

## **BGH: Rechtsgrundlage für die Befreiung von den Netzentgelten ist nichtig (§ 19 Abs. 2 StromNEV 2011)**

Mit Beschluss vom 06.10.2015 hat der BGH eine Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 08.05.2013 bestätigt, wonach die Rechtsgrundlage für die vollständige Befreiung bestimmter Netznutzer von den Netzentgelten (§ 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV 2011) nichtig ist. Welche Folgen hat dies für die Praxis?

### **Entscheidung des BGH vom 06.10.2015**

Nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV 2011 in der am 04.09.2011 in Kraft getretenen Fassung (StromNEV 2011) konnten Letztverbraucher, die an einer Abnahmestelle eine Benutzungsstundenanzahl von mindestens 7 000 Stunden und einen Strombezug von über zehn Gigawattstunden (GWh) pro Jahr erreichten, bei der zuständigen Regulierungsbehörde eine vollständige Befreiung von den Netzentgelten beantragen. Das OLG Düsseldorf hatte den durch einen Netzbetreiber angefochtenen Befreiungsbescheid der Regulierungsbehörde mit Beschluss vom 08.05.2013 (VI-3 Kart 178/12 (V)) aufgehoben und diese Entscheidung damit begründet, dass § 19 Abs. 2 StromNEV 2011 nichtig sei und es somit an einer wirksamen Rechtsgrundlage für den Befreiungsbescheid fehle. Diese Entscheidung hat der BGH mit Beschluss vom 06.10.2015 (EnVR 32/13) bestätigt (siehe [Deloitte Tax-News](#)). Im Folgenden lesen Sie unsere Auswertung der Entscheidung des BGH.

### **Entscheidungsbegründung des BGH**

Der BGH bestätigt die Auffassung des OLG Düsseldorf, wonach die Regelung in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV 2011 – obwohl sie vom Gesetzgeber erlassen wurde – als Rechtsverordnung zu beurteilen und deshalb uneingeschränkt auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu überprüfen ist. Im Rahmen dieser Prüfung kommt auch der BGH zu dem Ergebnis, dass § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV 2011 nicht durch die Rechtsgrundlage in § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3 EnWG gedeckt ist. Der BGH begründet seine Entscheidung wie folgt:

- Die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage in § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3 EnWG erlaube lediglich die nähere Ausgestaltung von Netzentgelten, nicht aber die vollständige Befreiung bestimmter Nutzer von den Netzentgelten.
- Im Widerspruch dazu sehe § 19 Abs. 2 StromNEV 2011 eine unentgeltliche Nutzung durch den in der Regelung definierten Nutzerkreis vor. Eine Gegenleistung durch den Letztverbraucher sei nicht ersichtlich. Die mit einer intensiven Netznutzung bei hoher Bandlast einhergehende Stabilisierung des Netzes könne jedenfalls nicht als Gegenleistung angesehen werden, die eine Befreiung von der Zahlung eines Netzentgelts rechtfertigt. Die stabilisierende Wirkung sei eine bloße Folge der Netznutzung. Die abstrakte Möglichkeit, dass eine solche Nutzung einen erwünschten und geldwerten Stabilisierungseffekt erzielen kann, könne nicht als Gegenleistung angesehen werden, die der Zahlung eines Entgelts gleichsteht.
- Auch die in § 19 Abs. 2 S. 6 StromNEV 2011 vorgesehenen Erstattungsleistungen, welche die Netzbetreiber von den Übertragungsnetzbetreibern erhalten, stellten kein Entgelt i.S.v. § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3 EnWG dar. Die Erstattung sei ein Ausgleich für die Leistung des Netzbetreibers, und zwar in der Gestalt, dass das entgangene Entgelt im wirtschaftlichen Ergebnis von Dritten zu tragen sei.
- Der Umstand, dass die Erstattungsleistungen auch auf Verbraucher umgelegt werden, die von den Netzentgelten befreit sind, sei ebenfalls nicht als Gegenleistung für die Netznutzung anzusehen. Sie stelle vielmehr eine zusätzliche Abgabe dar, die zwar an den Tatbestand der Netznutzung anknüpfe, aber der Kompensation von Mindererlösen diene, die der Gesamtheit der Netzbetreiber aufgrund der Genehmigung von individuellen Netzentgelten entstanden sind. Eine Ermächtigung zur Erhebung einer solchen Abgabe sei in § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3 EnWG nicht vorgesehen.

Vor diesem Hintergrund hat der BGH die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur gegen den Beschluss des dritten Kartellsenats des OLG Düsseldorf zurückgewiesen. Die Beschwerde der betroffenen Verteilnetzbetreiberin gegen den Genehmigungsbescheid der

Bundesnetzagentur bezüglich der Netzentgeltbefreiung eines an das Netz angeschlossenen Letztverbrauchers war damit auch in der letzten Instanz erfolgreich.

### **Kritik an der Entscheidung des BGH**

Die relativ knappe Entscheidungsbegründung des BGH kann in einigen Punkten nicht recht überzeugen.

- Der BGH zieht die Grenze der Ermächtigungsgrundlage damit offenbar zwischen einer beliebig weitgehenden Reduzierung einerseits und der vollständigen Befreiung andererseits. Der vom BGH in diesem Kontext attestierte „qualitative Unterschied“ ist jedoch eher theoretischer Natur. In der Praxis hat der Schritt zwischen einer umfassenden Reduzierung und einer vollständigen Befreiung im Zweifel eine verschwindend geringe Bedeutung.
- Darüber hinaus kann ein qualitativer Unterschied schon an sich in Frage gestellt werden. Denn selbstverständlich kann ein Entgelt grundsätzlich auch die Größenordnung „null“ annehmen (an den Strombörsen ist es sogar regelmäßig zu beobachten, dass Preise negativ werden). Daher sprechen die besseren Argumente dafür, dass die Ermächtigungsgrundlage in § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und insbesondere Nr. 3 EnWG („Sonderfälle der Netznutzung“) neben der Reduzierung auch eine vollständige Freistellung umfasst.
- Ferner sind auch die Ausführungen, mit denen der BGH eine Gegenleistung ablehnt, nicht ganz nachvollziehbar. Für die Beurteilung, ob eine Gegenleistung des Netznutzers vorliegt, kommt es darauf an, ob und inwieweit dem Netzbetreiber durch das Nutzungsverhalten des Letztverbrauchers ein Vorteil zufließt. Einen solchen Vorteil hat der Ordnungsgeber offenbar angenommen. Insoweit missachtet der BGH die Einschätzungsprärogative des Ordnungsgebers, wenn er den Eintritt positiver Stabilisierungseffekte infrage stellt und die netzstabilisierende Wirkung als Gegenleistung für die Netzentgeltbefreiung ablehnt.
- Darüber hinaus ist die vom BGH angeführte „Gegenleistungs-Prämisse“ des § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3 EnWG aus Sicht des Netzbetreibers durchaus erfüllt. Denn dieser steht aufgrund der in § 19 Abs. 2 S. 6 StromNEV 2011 vorgesehenen Erstattungsleistungen finanziell so, wie er ohne die Netzentgeltbefreiungen stehen würde. Es kann also keine Rede davon sein, dass der Netzbetreiber sein Netz unentgeltlich zur Verfügung stellen muss. Eine Leistung ist nicht nur deswegen unentgeltlich, weil sie von Dritten bezahlt wird (zu denen hier wiederum auch die befreiten Letztverbraucher selbst zählen!).

Interessant ist zudem, dass der BGH auf einige Argumente der Vorinstanz überhaupt nicht eingeht. So hatte das OLG Düsseldorf die Nichtigkeit des § 19 Abs. 2 StromNEV 2011 auch damit begründet, dass es an einem sachlichen Zusammenhang zwischen der Änderung der Verordnung und den weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen fehle. Hier wäre eine Aussage des BGH zu den Anforderungen an den sachlichen Zusammenhang und eine Bewertung der diesbezüglich sehr strengen Auslegung der Vorinstanz von Interesse gewesen. Darüber hinaus hatte das OLG Düsseldorf recht ausholend argumentiert, dass die vollständige Befreiung des § 19 Abs. 2 StromNEV 2011 gegen das Diskriminierungsverbot des § 21 Abs. 1 EnWG verstoße. Auch hierauf geht der BGH mit keinem Wort ein.

### **Reichweite der aktuellen Entscheidung**

Die aktuelle Entscheidung des BGH entfaltet – entsprechend dem allgemeinen Grundsatz – eine Wirkung inter partes, d.h. sie wirkt nur zwischen den am Rechtsstreit beteiligten Parteien. Andere Gerichtsverfahren zu § 19 Abs. 2 StromNEV 2011 sowie die auf Grundlage dieser Norm erlassenen Verwaltungsakte (Befreiungsbescheide sowie die Festlegung der Bundesnetzagentur zu den Einzelheiten des § 19 StromNEV-Umlagemechanismus vom 14. Dezember 2011) berührt die aktuelle Entscheidung des BGH also nicht unmittelbar. Allerdings lässt die Entscheidung erkennen, wie der BGH (und ggf. auch die vorinstanzlichen Oberlandesgerichte) in den anhängigen Parallelverfahren entscheiden wird (bzw. werden).

### **Bedeutung für anhängige Verfahren**

Soweit derzeit noch Beschwerden von Letztverbrauchern anhängig sind, mit denen die zuständigen Regulierungsbehörden verpflichtet werden sollen, einen Befreiungsbescheid gemäß § 19 Abs. 2 S. 3 StromNEV 2011 zu erlassen (viele dieser Beschwerden wurden nach den Beschlüssen des OLG Düsseldorf vom 6. März 2013 ruhend gestellt), dürfte keine realistische Aussicht mehr darauf bestehen, dass diese Beschwerden in der letzten Instanz erfolgreich sein werden. Umgekehrt dürften Beschwerden, mit denen Netzbetreiber oder sonstige Dritte die Befreiungsbescheide zugunsten bestimmter Letztverbraucher anfechten, grundsätzlich als begründet angesehen sein.

Auch in den beim BGH anhängigen Verfahren, welche die Beschlüsse des OLG Düsseldorf

vom 6. März 2013 zum Gegenstand haben (EnVR 26/13 u.a.), ist das Ergebnis der Entscheidung absehbar. Der BGH wird die Entscheidungen des OLG Düsseldorf, die Festlegung der Bundesnetzagentur vom 14. Dezember 2011 aufzuheben, im Ergebnis bestätigen. Diese Entscheidung dürfte – anders als die aktuelle Entscheidung vom 6. Oktober 2015 – eine Wirkung inter omnes entfalten, da die Festlegung nicht teilbar ist und die Aufhebung somit für alle betroffenen Akteure gleichermaßen gelten muss. Damit entfällt die Grundlage für den Umlagemechanismus. Insoweit ist mit einer Rückabwicklung der § 19 StromNEV-Umlage zur Verteilung der Kosten aus den vollständigen Netzentgeltbefreiungen gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV 2011 zu rechnen.

#### **Betroffener Zeitraum**

Der Beschluss vom 6. Oktober 2015 und die weiteren zu erwartenden Entscheidungen des BGH betreffen in erster Linie das Jahr 2011 sowie teilweise die Jahre 2012 und 2013. Die am 22. August 2013 in Kraft getretene neue Fassung des § 19 Abs. 2 StromNEV erlaubte anstelle der vollständigen Befreiung von den Netzentgelten nur noch ein gestaffelt-reduziertes individuelles Netzentgelt, das – je nach erreichter Benutzungszahl – nicht weniger als zehn bis 20% des veröffentlichten Netzentgeltes betragen durfte. Nach den Übergangsvorschriften in § 32 Abs. 7 StromNEV wurden die bis dahin erteilten Genehmigungen vollständiger Netzentgeltbefreiungen mit Ablauf des 31.12.2013 unwirksam. Ferner waren die neuen Regelungen in bestimmten Fällen rückwirkend ab dem 1.1.2012 anwendbar, so dass die Nichtigkeit des § 19 Abs. 2 StromNEV 2011 aus Sicht der betroffenen Letztverbraucher jedenfalls das Jahr 2011 und ggf. die Jahre 2012 und 2013 in Bezug auf die Differenz zwischen der vollständigen Befreiung und der nach neuem Recht möglichen Reduzierung der Netzentgelte betrifft. Da gemäß § 19 Abs. 2 S. 15 StromNEV 2013 auch der neue Umlagemechanismus rückwirkend ab dem 1. Januar 2012 anzuwenden war, würde sich eine mögliche Rückabwicklung der StromNEV-Umlage auf das Jahr 2011 beschränken.

#### **Schutz durch bestandskräftige Befreiungsbescheide im Falle einer Rückabwicklung?**

Im Rahmen einer möglichen Rückabwicklung der StromNEV-Umlage für das Jahr 2011 könnten Netzbetreiber gegenüber Netznutzern Netzentgeltnachzahlungen geltend machen. Derartige Nachforderungen können Letztverbraucher – soweit vorhanden – grundsätzlich ihre bestandskräftigen Befreiungsbescheide entgegenhalten. Denn Verwaltungsakte werden durch den Wegfall der Rechtsgrundlage nicht automatisch beseitigt, sondern bleiben gemäß § 43 Abs. 2 VwVfG grundsätzlich wirksam. Vor diesem Hintergrund berührt auch die durch den BGH festgestellte Nichtigkeit des § 19 Abs. 2 StromNEV 2011 die bestandskräftig gewordenen Befreiungsbescheide grundsätzlich nicht. Diese wurden erst durch die verordnungsrechtliche Anordnung in § 32 Abs. 7 S. 2 StromNEV mit Ablauf des 31. Dezember 2013 unwirksam. Eine Aufhebung der Befreiungsbescheide durch die Regulierungsbehörden mit Wirkung für die Vergangenheit (ex tunc) dürfte in der Regel u.a. aus Vertrauensschutzgründen ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig sein.

#### **Entscheidung im Beihilfenverfahren der EU-Kommission für 2016 erwartet**

Sollte jedoch die EU-Kommission in ihrem Beihilfenverfahren (und ggf. die europäischen Gerichte) zu dem Ergebnis kommen, dass es sich bei den Netzentgeltbefreiungen nach § 19 Abs. 2 StromNEV 2011 um unzulässige Beihilfen handelt, dürfte es zu einer umfassenden Rückabwicklung der Netzentgeltbefreiungen kommen. In diesem Fall würden auch bestandskräftige Befreiungsbescheide nicht helfen. Denn bei einem Verstoß gegen Unionsrecht greifen die oben aufgeführten (nationalen) Grundsätze für die Rücknahme von begünstigenden Verwaltungsakten nicht (sog. effet utile). Vielmehr würde die Kommission in diesem Fall gemäß Art. 14 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 die „Rückforderung“ anordnen. Das Rücknahmeermessen der Regulierungsbehörden wäre dann auf null reduziert und die Behörde zur Aufhebung der Befreiungsbescheide verpflichtet. Das Beihilfenverfahren der EU-Kommission zu § 19 Abs. 2 StromNEV 2011 ist angesichts des EEG-Beihilfenverfahrens in den Jahren 2013/2014 etwas ins Hintertreffen geraten. Eine endgültige Entscheidung wird für das Jahr 2016 erwartet.

---

Diese Mandanteninformation enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen eines Einzelfalles gerecht zu werden. Sie hat nicht den Sinn, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen jedweder Art zu sein. Sie stellt keine Beratung, Auskunft oder ein rechtsverbindliches Angebot dar und ist auch nicht geeignet, eine persönliche Beratung zu ersetzen. Sollte jemand Entscheidungen jedweder Art auf Inhalte dieser Mandanteninformation oder Teile davon stützen, handelt dieser ausschließlich auf eigenes Risiko. Deloitte GmbH übernimmt keinerlei Garantie oder Gewährleistung noch haftet sie in irgendeiner anderen Weise für den Inhalt dieser Mandanteninformation. Aus diesem Grunde empfehlen wir stets, eine persönliche Beratung einzuholen.

This client information exclusively contains general information not suitable for addressing the particular circumstances of any individual case. Its purpose is not to be used as a basis for commercial decisions or decisions of any other kind. This client information does neither constitute any advice nor any legally binding information or offer and shall not be deemed suitable for substituting personal advice under any circumstances. Should you base decisions of any kind on the contents of this client information or extracts therefrom, you act solely at your own risk. Deloitte GmbH will not assume any guarantee nor warranty and will not be liable in any other form for the content of this client information. Therefore, we always recommend to obtain personal advice.