



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

Verkündet am:
24. Mai 2011
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

EnVR 27/10

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: _____ ja

Freiwillige Selbstverpflichtung

ARegV § 11 Abs. 2 Satz 4

Die freiwillige Selbstverpflichtung eines Netzbetreibers zur Beschaffung von Verlustenergie in einem marktorientierten, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren kann nur dann nach § 11 Abs. 2 Satz 4 ARegV als wirksame Verfahrensregulierung anerkannt werden, wenn sie die Vorgaben einer von der Bundesnetzagentur getroffenen Festlegung einhält.

BGH, Beschluss vom 24. Mai 2011 - EnVR 27/10 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Mai 2011 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf und die Richter Dr. Raum, Dr. Kirchhoff, Dr. Grüneberg und Dr. Bacher

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. Februar 2010 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens und die der Bundesnetzagentur entstandenen notwendigen Auslagen.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 50.000 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Die Antragstellerin betreibt auf dem Gebiet der Stadt München ein Elektrizitätsverteilernetz mit mehr als 100.000 unmittelbar oder mittelbar angeschlossenen Kunden. Sie begehrt von der Bundesnetzagentur den Erlass einer Festlegung, mit der die Kostenanteile für die Beschaffung von Verlustenergie bei einer von ihr entsprechend einer freiwilligen Selbstverpflichtung vorgenommenen Beschaffung als wirksam verfahrensreguliert i.S.d. § 11 Abs. 2 Satz 4 ARegV erklärt werden.
- 2 Die Bundesnetzagentur leitete im Februar 2008 ein Verfahren zur Festlegung des Ausschreibungsverfahrens für Verlustenergie und zur Bestimmung der Netzverluste gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 6, § 10 Abs. 1 StromNZV i.V.m. § 22 Abs. 1, § 29 EnWG ein. Mit Festlegung vom 21. Oktober 2008 (BK6-08-006) schloss sie das Verfahren ab und stellte Rahmenvorgaben für die Beschaffung von Verlustenergie auf.
- 3 Parallel dazu entwickelten die Netzbetreiber unter Federführung des Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW) und des Verbandes kommunaler Unternehmen e.V. (VKU) im Mai 2008 eine "Freiwillige Selbstverpflichtung nach § 11 Abs. 2 ARegV der deutschen Verteilungsnetzbetreiber für ein verbindliches Verfahren zur Beschaffung von Energie zur Deckung von Verlusten gemäß § 22 Abs. 1 1. Alternative EnWG, § 10 Abs. 1 StromNZV". Mit Schreiben vom 25. Juli 2008 unterwarf sich die Antragstellerin gegenüber der Bundesnetzagentur dieser freiwilligen Selbstverpflichtung und beantragte, das darin enthaltene Regelungswerk als wirksame Verfahrensregulierung i.S.d. § 11 Abs. 2 Satz 4 i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV festzulegen. Mit Beschluss vom 4. Dezember 2008 lehnte die Bundesnetzagentur den Antrag ab.
- 4 Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen. Mit der - zugelassenen - Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin ihren Antrag weiter.

5 II. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Das Oberlandesgericht hat die
Beschwerde der Antragstellerin gegen den angefochtenen Beschluss der Bundes-
netzagentur zu Recht zurückgewiesen.

6 1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt
begründet:

7 Die von der Antragstellerin erhobene Verpflichtungsbeschwerde sei gemäß
§ 75 Abs. 3 Satz 1 EnWG statthaft. Insbesondere sei die Antragstellerin beschwer-
debefugt, weil ihr Vorbringen das Bestehen eines Anspruchs auf die begehrte Fest-
legung als möglich erscheinen lasse.

8 Die Beschwerde sei aber unbegründet. Die Bundesnetzagentur habe den
Antrag auf Festlegung des der freiwilligen Selbstverpflichtung zugrundeliegenden
Verfahrens als wirksame Verfahrensregulierung für die Beschaffung von Verlus-
tenergie zu Recht abgelehnt. Aus der Regelungssystematik und dem Sinn und
Zweck der § 21a EnWG, § 11 ARegV ergebe sich, dass die Regulierungsbehörde
Kostenanteile nur dann als dauerhaft nicht beeinflussbar gelten lassen und insoweit
ein Festlegungsverfahren nach § 11 Abs. 2 Satz 4, § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV einleiten
müsse, wenn es sich tatsächlich um objektiv nicht vom Netzbetreiber beeinflussbare
Kosten handele. Andernfalls stehe der Regulierungsbehörde ein weites (Aufgreif-,
Entschließungs- und Gestaltungs-)Ermessen zu, das nicht den rechtlich geschützten
Interessen des Netzbetreibers diene.

9 Nach diesen Maßgaben habe die Antragstellerin keinen Anspruch auf Erlass
der begehrten Festlegung. Bei den Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie
handele es sich nicht um objektiv nicht beeinflussbare Kosten. Vielmehr könne die
Antragstellerin auf der Grundlage der von ihr abgegebenen Selbstverpflichtung die
Beschaffungskosten durch die Wahl von Ausschreibungszeitpunkten und
-zeiträumen sowie der Losgröße der Langfristkomponente, durch die Bildung von
Ausschreibungsgemeinschaften, die Form der Beschaffung des langfristig prognosti-

zierbaren Verlustenergiebedarfs und die Art und Weise der Prognose des zu beschaffenden Bedarfs sowie durch die fehlenden Vorgaben für die Beschaffung der Kurzfriskomponente beeinflussen.

- 10 Die Antragstellerin habe auch keinen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Neubescheidung ihres Antrags. Ein solcher Anspruch setze voraus, dass das der Behörde eingeräumte Ermessen auch den rechtlich geschützten Interessen des Antragstellers diene. Dies sei hier nicht der Fall. Das der Regulierungsbehörde nach § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV eingeräumte Ermessen solle ihr die Möglichkeit geben, von den Grundzügen des gesetzgeberisch vorgegebenen Modells der Anreizregulierung in Fortführung der vorgegebenen Methode methodisch konsequente Abweichungen zu entwickeln. Das Ermessen diene daher nicht einem rechtlich geschützten Interesse des einzelnen Netzbetreibers, sondern vornehmlich der Erreichung der in § 32 Abs. 1 ARegV genannten Ziele und Zweckrichtungen. Der einzelne Netzbetreiber werde durch eine ihn begünstigende Entschließung der Regulierungsbehörde lediglich in seinen wirtschaftlichen Interessen betroffen.
- 11 Unabhängig davon habe die Bundesnetzagentur den Antrag aber auch in der Sache zu Recht abgelehnt. Das der Selbstverpflichtung zugrunde liegende Verfahren lasse maßgebliche Punkte der Festlegung vom 21. Oktober 2008 (BK6-08-006) außer Betracht, so dass es nicht als wirksame Verfahrensregulierung i.S.d. § 11 Abs. 2 Sätze 2 und 4 ARegV anzuerkennen sei. Dies gelte insbesondere wegen der Abweichungen in Bezug auf die Vertragslaufzeit, auf den fehlenden Mindestzeitraum zwischen Angebotszuschlag und Lieferbeginn und die Frist für die Veröffentlichung von Angebotsinformationen vor Beginn der Ausschreibung.
- 12 Schließlich könne die Antragstellerin auch nicht verlangen, dass die Bundesnetzagentur die in der Festlegung vom 21. Oktober 2008 (BK6-08-006) getroffenen Vorgaben als wirksame Verfahrensregulierung festlege. Dem stehe schon entgegen, dass diese Vorgaben nach der erklärten Zielsetzung der Festlegung, aber auch ma-

teriiell den Verteilernetzbetreibern noch Spielräume einer Kostenbeeinflussung ließen.

13 2. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

14 a) Das Beschwerdegericht hat zu Recht die Zulässigkeit der von der Antragstellerin erhobenen Verpflichtungsbeschwerde bejaht.

15 Gemäß § 75 Abs. 3 Satz 1 EnWG ist eine Beschwerde auch gegen die Unterlassung einer beantragten Entscheidung der Regulierungsbehörde zulässig, auf deren Erlass der Antragsteller einen Rechtsanspruch geltend macht. Die erforderliche Beschwerdebefugnis fehlt nur dann, wenn ein Recht auf die begehrte Entscheidung offensichtlich nach keiner Betrachtungsweise bestehen kann (vgl. BGH, Beschlüsse vom 14. November 1968 - KVR 1/68, BGHZ 51, 61, 64 - Taxiflug und vom 25. Oktober 1983 - KVR 8/82, WuW/E BGH 2058, 2059 - Internord).

16 Nach diesen Maßgaben ist die Beschwerdebefugnis der Antragstellerin gegeben. Die Antragstellerin hat den Erlass einer Festlegung dahingehend begehrt, dass durch die freiwillige Selbstverpflichtung eine umfassende Regulierung der Beschaffung von Verlustenergie im Sinne der § 11 Abs. 2 Satz 4, § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV vorliegt. Nach dem Wortlaut dieser Vorschriften kann das Bestehen eines subjektiven Rechts der Antragstellerin auf den Erlass der begehrten Festlegung nicht von vornherein verneint werden.

17 b) Anders als die Rechtsbeschwerde meint, hat das Beschwerdegericht den mit der Verpflichtungsbeschwerde verfolgten Antrag aber zu Recht zurückgewiesen.

18 Dabei kann dahinstehen, ob - was das Beschwerdegericht gemeint hat - der Erlass einer solchen Festlegung im Ermessen der Regulierungsbehörde steht. Dies bedarf keiner Entscheidung, weil bereits die tatbestandlichen Voraussetzungen der § 11 Abs. 2 Satz 4, § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV nicht gegeben sind.

- 19 Der Erlass einer Festlegung nach § 11 Abs. 2 Satz 4 ARegV, § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV setzt voraus, dass der betreffende Bereich durch vollziehbare Entscheidungen der Regulierungsbehörden oder, was hier allein in Betracht kommt, durch freiwillige Selbstverpflichtungen der Netzbetreiber umfassend reguliert ist. Die der Regulierung zugrunde liegende freiwillige Selbstverpflichtung muss einerseits in dem Sinne umfassend sein, dass den Netzbetreibern dadurch keine oder nur geringfügige Möglichkeiten einer eigenständigen Kostenbeeinflussung gelassen werden (vgl. BR-Drucks. 417/07, S. 52). Zum anderen muss das darin enthaltene Regelwerk mit den für den betreffenden Bereich geltenden Rechtsnormen in Einklang stehen. Daran fehlt es hier.
- 20 aa) Nach § 22 Abs. 1 EnWG, § 10 Abs. 1 Satz 1 StromNZV ist der Netzbetreiber im Interesse einer preiswerten Energieversorgung (vgl. BR-Drucks. 613/04 S. 111) verpflichtet, Verlustenergie in einem marktorientierten, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu beschaffen. Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 StromNZV sind im Regelfall Ausschreibungsverfahren durchzuführen. Des Weiteren sind die Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen nach § 10 Abs. 2 Satz 1 StromNZV verpflichtet, einen Bilanzkreis zu führen, der ausschließlich den Ausgleich von Verlustenergie umfasst; dies soll der Transparenz der Beschaffung von Verlustenergie dienen (vgl. BR-Drucks. 244/05, S. 25).
- 21 Die näheren Einzelheiten des Ausschreibungsverfahrens für die Beschaffung von Verlustenergie hat die Bundesnetzagentur aufgrund der Ermächtigung in § 24 Satz 1 Nr. 1, § 22 Abs. 1 Satz 1, § 29 Abs. 1 EnWG, § 27 Abs. 1 Nr. 6, § 10 Abs. 1 Satz 1 StromNZV durch die Festlegung vom 21. Oktober 2008 (BK6-08-006) geregelt. Bei einer solchen Festlegung handelt es sich um eine Allgemeinverfügung (vgl. BGH, Beschluss vom 29. April 2008 - KVR 28/07, WuW/E DE-R 2369 Rn. 8 ff. - EDIFACT), die, solange sie nicht aufgehoben ist, für die Netzbetreiber verbindlich ist. Die freiwillige Selbstverpflichtung eines Netzbetreibers zur Beschaffung von Verlustenergie kann daher nur dann als wirksame Verfahrensregulierung anerkannt

werden, wenn sie die inhaltlichen Vorgaben der das Ausschreibungsverfahren betreffenden Festlegung der Bundesnetzagentur einhält.

22 bb) Danach hat das Beschwerdegericht einen Anspruch der Antragstellerin auf Erlass der begehrten Festlegung im Ergebnis zu Recht verneint.

23 (1) Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur folgt dies allerdings nicht bereits daraus, dass von der Festlegung vom 21. Oktober 2008 (BK6-08-006) - wie sie meint - eine Sperrwirkung in dem Sinn ausgeht, dass einem Netzbetreiber die Abgabe einer freiwilligen Selbstverpflichtung nach § 11 Abs. 2 Satz 4 ARegV von vornherein nicht mehr möglich ist. Insoweit verkennt die Bundesnetzagentur, dass die Festlegung vom 21. Oktober 2008 nur das Ausschreibungsverfahren i.S.d. § 10 StromNZV betrifft, andere Aspekte der Beschaffung von Verlustenergie dagegen unregelt lässt und damit keine umfassende Regulierung dieses Bereichs im Sinne von § 11 Abs. 2 Satz 4 ARegV darstellt. Dies zeigt auch das von ihr selbst entwickelte Muster für eine freiwillige Selbstverpflichtung für die Beschaffung von Verlustenergie, die auf der Festlegung vom 21. Oktober 2008 aufbaut und für die Preis- und Mengenfestsetzung davon unabhängige Parameter festlegt.

24 (2) Die von der Antragstellerin vorgelegte Selbstverpflichtung genügt indes bereits deshalb nicht den Anforderungen des § 11 Abs. 2 Satz 4 ARegV, weil sie von zwingenden Vorgaben der Festlegung der Bundesnetzagentur vom 21. Oktober 2008 (BK6-08-006) abweicht.

25 Nach den zutreffenden Ausführungen des Beschwerdegerichts betrifft dies insbesondere die Regelungen zur Vertragslaufzeit, zum Mindestzeitraum zwischen Angebotszuschlag und Lieferbeginn und zum zeitlichen Vorlauf der Angebotsinformationen vor Beginn der Ausschreibung. In der freiwilligen Selbstverpflichtung der Antragstellerin beträgt die Vertragslaufzeit „grundsätzlich ein Kalenderjahr“ (D.1.b), während Nummer 4 der Festlegung der Bundesnetzagentur bestimmt, dass diese „ein Jahr nicht überschreiten“ darf, und damit - anders als die Selbstverpflichtung -

längere Laufzeiten grundsätzlich nicht zulässt. Ferner enthält die Selbstverpflichtung der Antragstellerin entgegen Nummer 6 der Festlegung keine Bestimmung über einen Mindestzeitraum zwischen Angebotszuschlag und Lieferbeginn. Schließlich beträgt die Frist für die Veröffentlichung von Angebotsinformationen vor Beginn der Ausschreibung nach Abschnitt D.2.a (1) der Selbstverpflichtung nur zwei Wochen, während Nummer 10 Buchst. c Doppelbuchst. aa der Festlegung eine Frist von drei Wochen vorschreibt.

26 Diese Abweichungen der Selbstverpflichtung von der Festlegung sind nicht deshalb unschädlich, weil sie - wie die Rechtsbeschwerde geltend macht - kostenneutral sind oder allenfalls einen geringfügigen Einfluss auf die Höhe der Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie haben. Die Anerkennung der Selbstverpflichtung als wirksame Verfahrensregulierung scheidet schlicht deshalb aus, weil sie die verbindlichen Vorgaben der Festlegung vom 21. Oktober 2008 (BK6-08-006) nicht einhält. Die Antragstellerin hat diese weder angefochten noch deren formelle oder materielle Rechtmäßigkeit in Zweifel gezogen. Im Übrigen liegt es jedenfalls nahe, dass die unterschiedlichen Regelungen in der Festlegung vom 21. Oktober 2008 (BK6-08-006) und in der Selbstverpflichtung durchaus Einfluss auf die Höhe der Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie haben können. Dies zeigt sich etwa an der - dreiwöchigen - Frist für die Veröffentlichung von Angebotsinformationen vor Beginn der Ausschreibung in Nummer 10 Buchst. c Doppelbuchst. aa der Festlegung. Hierdurch soll Ausschreibungsinteressenten genügend Zeit gegeben werden, sich über die Ausschreibung zu informieren (vgl. Nummer II. 4.2.8 der Gründe der Festlegung vom 21. Oktober 2008). Eine zu kurze Frist birgt die Gefahr, dass sich verbundene oder assoziierte Unternehmen aufgrund einer internen Information einen Vorteil verschaffen. Ähnliche Erwägungen gelten für die Festlegung der maximalen Vertragslaufzeit von einem Jahr in Nummer 4 der Festlegung. Diese hat zum Ziel, auch kleineren Anbietern die Möglichkeit der Ausschreibungsteilnahme zu geben und somit auf dem Bereich für Verlustenergie durch häufig wiederkehrende Ausschreibungen einen wirksamen und nachhaltigen Wettbewerb zu etablieren (vgl. Nummer II. 4.2.1 der Gründe der Festlegung vom 21. Oktober 2008).

27 cc) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde hat die Antragstellerin auch nicht deshalb einen Anspruch auf Erlass einer Festlegung nach § 11 Abs. 2 Satz 4 ARegV, weil es sich bei den Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie naturgemäß um dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten handele. Ob diese Annahme der Rechtsbeschwerde zutrifft, bedarf keiner Entscheidung. Denn auch dann müsste die Antragstellerin die für das Beschaffungsverfahren geltenden Vorgaben des § 10 Abs. 1 Satz 1 StromNZV und der Festlegung vom 21. Oktober 2008 (BK6-08-006) beachten. Dies ist indes - wie oben ausgeführt - nicht der Fall.

28 c) Soweit das Beschwerdegericht - als minus - einen Anspruch der Antragstellerin auf Anerkennung der Festlegung vom 21. Oktober 2008 (BK6-08-006) als wirksame Verfahrensregulierung i.S.d. § 11 Abs. 2 Sätze 2 und 4 ARegV geprüft und diesen verneint hat, wird dies von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffen. Gegen die Verneinung eines solchen Anspruchs ist auch in der Sache nichts zu erinnern. Die Festlegung vom 21. Oktober 2008 stellt keine umfassende Regulierung der Beschaffung von Verlustenergie dar. Sie regelt - wie oben ausgeführt - lediglich die näheren Einzelheiten des Ausschreibungsverfahrens. Ein weitergehender Inhalt kommt ihr nicht zu. Dies entspricht auch dem Willen der Bundesnetzagentur, wonach die Festlegung nur das Ausschreibungsverfahren für Verlustenergie und das Verfahren zur Bestimmung der Netzverluste regeln sollte (vgl. Nummer II. 1 der Gründe der Festlegung vom 21. Oktober 2008); dementsprechend wird als Ermächtigungsgrundlage auch nur §§ 29, 54 EnWG, § 10 Abs. 1, § 27 Abs. 1 Nr. 6 StromNZV genannt, und nicht etwa § 11 Abs. 2 Satz 4, § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV.

29

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG.

Tolksdorf

Raum

Kirchhoff

Grüneberg

Bacher

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 17.02.2010 - VI-3 Kart 105/09 [V] -