



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 34/17

Verkündet am:
13. November 2018
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. November 2018 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg, den Vorsitzenden Richter Dr. Raum und die Richter Prof. Dr. Kirchhoff, Dr. Grüneberg und Dr. Bacher

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. März 2017 wird zurückgewiesen.

Die Betroffene trägt die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur.

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 150.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

- 1 A. Die Betroffene betreibt einen Flughafen und unterhält hierzu ein Elektrizitätsversorgungsnetz, das als geschlossenes Verteilernetz im Sinne von § 110 EnWG eingestuft ist. Die Letztverbraucher werden teils durch die Betroffene und teils durch Dritte mit Strom beliefert.

- 2 Mit Festlegung vom 16. April 2015 (BK6-13-042) hat die Bundesnetzagentur alle Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen verpflichtet, anlässlich der Gewährung von Netzzugang zum Zweck der Entnahme von Elektrizität mit Letztverbrauchern und Lieferanten ausschließlich Verträge abzuschließen, die inhaltlich den Anlagen 1 bis 4 der Festlegung entsprechen, und bestehende Verträge bis zum 1. Januar 2016 entsprechend anzupassen. Mit Beschluss vom 20. Dezember 2017 (BK6-17-168) hat die Bundesnetzagentur die Festlegung teilweise geändert.

- 3 Anlage 1 der Festlegung enthält einen Mustervertrag, der in § 10 Abs. 6 folgende Regelung vorsieht (Änderungen vom 20. Dezember 2017 sind hervorgehoben):
 - ¹Ist der Netznutzer ein Lieferant, unterbricht der Netzbetreiber auf dessen Anweisung die Netz- und Anschlussnutzung eines vom Lieferanten belieferten Letztverbrauchers im Elektrizitätsversorgungsnetz des Netzbetreibers längstens innerhalb von sechs Werktagen, wenn der Lieferant dem Netzbetreiber glaubhaft versichert, dass er
 - a. dem Anschlussnutzer gegenüber hierzu vertraglich berechtigt ist,
 - b. die Voraussetzungen für eine Unterbrechung der Anschlussnutzung vorliegen und
 - c. dem Kunden des Lieferanten keine Einwendungen oder Einreden zustehen, die die Voraussetzungen der Unterbrechung der Anschlussnutzung entfallen lassen.
 - ²Der Lieferant stellt den Netzbetreiber hiermit von sämtlichen Schadenersatzansprüchen frei, die sich aus einer unberechtigten Unterbrechung ergeben kön-

nen. ³Die Anweisung zur Sperrung und zur Entsperrung sowie zur Stornierung dieser Anweisungen erfolgt gemäß dem Auftrag zur Unterbrechung/Wiederherstellung der Anschlussnutzung (Anlage). ⁴Mit Übermittlung der Anweisung sichert der Lieferant dem Netzbetreiber das Vorliegen der oben genannten Voraussetzungen zu.

4 Anlage 4 der Festlegung enthält ein Formular für die Erteilung eines Sperrauftrags. Darin heißt es unter anderem (Änderungen vom 20. Dezember 2017 sind hervorgehoben):

Der Lieferant beauftragt den Netzbetreiber nach Maßgabe des zwischen Lieferant und Netzbetreiber geschlossenen Netznutzungsvertrages (Lieferantenrahmenvertrag), die Anschlussnutzung an der nachfolgend aufgeführten Entnahmestelle des vom Lieferanten belieferten Letztverbrauchers innerhalb von 6 Werktagen zu unterbrechen / schnellstmöglich wiederherzustellen / bzw. einen erteilten Auftrag zur Unterbrechung unverzüglich zu stornieren.

Der Lieferant versichert dass er

[es folgt die Aufzählung aus § 10 Abs. 6 Satz 1 des Mustervertrags]

Der Lieferant stellt den Netzbetreiber von sämtlichen Schadenersatzansprüchen frei, die sich aus einer unberechtigten Unterbrechung ergeben.

Der Lieferant trägt die Kosten der Sperrung. Gleiches gilt für die auf die Wiederherstellung der Anschlussnutzung (Entsperrung) entfallenden Kosten, wenn die Entsperrung vom Lieferanten beauftragt wird. Die Kosten richten sich nach den zum Zeitpunkt der Sperrung/Entsperrung geltenden Preisen des Netzbetreibers.

Ist eine Sperrung/Entsperrung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich, wird der Netzbetreiber den Lieferanten hierüber unverzüglich informieren und mit ihm evt. weitere Schritte abstimmen. Als solcher Grund gilt insbesondere eine gerichtliche Verfügung, welche die Sperrung untersagt.

5 Mit ihrer Beschwerde, die ursprünglich gegen drei und zuletzt noch gegen zwei Bestimmungen des Mustervertrags gerichtet war, hat die Betroffene unter anderem beantragt, die angefochtene Festlegung aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, eine neue Festlegung zu erlassen, die dem

Netzbetreiber das Recht gibt, die in § 10 Abs. 6 des Mustervertrags vorgesehene Sperrung zu verweigern, wenn dies aus technischen Gründen oder aufgrund von sonstigen aner kennenswerten Interessen der Netzbetreiber erforderlich ist. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde zurückgewiesen.

6 Mit ihrer vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Betroffene ihr Begehren hinsichtlich § 10 Abs. 6 des Mustervertrags weiter, und zwar in erster Linie hinsichtlich der ursprünglichen Fassung und hilfsweise hinsichtlich der geänderten Fassung vom 20. Dezember 2017. Die Bundesnetzagentur tritt dem Rechtsmittel entgegen.

7 B. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

8 I. Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur hat der Änderungsbescheid vom 20. Dezember 2017 weder zur Erledigung der Hauptsache noch zu einer sonstigen Änderung der Beurteilungsgrundlage geführt.

9 Mit dem Beschluss vom 20. Dezember 2017 ist die ursprüngliche, von der Betroffenen angefochtene Festlegung nicht aufgehoben, sondern nur in einzelnen Punkten geändert worden. Die im Rechtsbeschwerdeverfahren noch zu beurteilenden Regelungen in § 10 Abs. 6 des Mustervertrags und im Formular gemäß Anlage 4 sind inhaltlich unverändert geblieben und lediglich um einzelne Zusätze ergänzt worden. Sie sind deshalb weiterhin Gegenstand des von der Betroffenen verfolgten Rechtsschutzbegehrens.

10 Dass der Änderungsbeschluss anordnet, nur noch Verträge nach dem neuen Muster zu schließen, führt nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Ausschlaggebend ist vielmehr, inwieweit die angegriffene Regelung inhaltliche Änderungen erfahren hat. Diesbezüglich hat der Änderungsbeschluss nicht zu wesentlichen Abweichungen geführt. Damit ist die ursprüngliche Regelung - mit den im Änderungsbeschluss vorgesehenen, für die Beurteilung des Streitfalls

aber nicht relevanten Modifikationen - weiterhin in Kraft. Deshalb bedarf es keiner Beschwerde gegen den Änderungsbescheid, um das ursprüngliche Begehren weiterzuverfolgen.

11 II. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung, soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren von Interesse, im Wesentlichen wie folgt begründet:

12 Es könne offenbleiben, ob die Betroffene lediglich die Aufhebung der angefochtenen Festlegung oder auch die begehrte Neubescheidung verlangen könne. Beide Anträge seien unbegründet, weil die angefochtene Festlegung rechtmäßig sei.

13 Die Festlegung sei durch die Ermächtigungsgrundlage in § 29 Abs. 1 EnWG und § 27 Abs. 1 Nr. 15 StromNZV gedeckt. Diese Vorschriften umfassten die Ermächtigung, den Inhalt von Netznutzungsverträgen und Lieferant Rahmenverträgen vollständig zu regeln. Bei der Beurteilung der Frage, inwieweit die Einführung einheitlicher Vertragsstandards geboten sei, um zu vermeiden, dass eine Vertragsvielfalt Konflikte verursache und die Abwicklung der Netznutzung erschwere, komme der Regulierungsbehörde ein Beurteilungsspielraum zu. Vor diesem Hintergrund sei die Vorgabe einer Sperrpflicht in § 10 Abs. 6 des Mustervertrags aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Eine Einschränkung dieser Pflicht im Hinblick auf technische Gründe oder sonstige anerken nenswerte Interessen sei nicht zwingend geboten gewesen. Die Regelung berücksichtige, dass ein Lieferant der Mitwirkung des Netzbetreibers bedürfe, um das ihm gegenüber dem Letztverbraucher zustehende Zurückbehaltungsrecht ausüben zu können.

14 Ein Netzbetreiber dürfe die Entscheidungsfreiheit des Lieferanten im Verhältnis zu dessen Abnehmern nicht ohne zureichenden Grund einschränken. Die Interessen des Netzbetreibers würden durch die in der Festlegung

vorgegebene Klausel in ausreichendem Maße berücksichtigt. Ein besonderes Interesse der Betroffenen in ihrer Funktion als Netzbetreiber, das die Klausel als nicht sachgerecht oder unverhältnismäßig erscheinen lassen könne, sei nicht erkennbar. Soweit die Betroffene geltend mache, eine unberechtigte Sperrung könne den Betrieb des Flughafens insgesamt beeinträchtigen, gehe es nicht um ihre Rolle als Netzbetreiberin. Die Gefahr, dass der Flugbetrieb durch eine Stromabschaltung beeinträchtigt werde oder zum Erliegen komme, sei Teil des von der Betroffenen zu tragenden Betriebsrisikos. Zudem sei ziemlich fernliegend, dass die Voraussetzungen für eine Stromabschaltung etwa gegenüber der DFS Deutsche Flugsicherung GmbH eintreten könnten.

15 III. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung stand.

16 1. Zu Recht ist das Beschwerdegericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die angefochtene Festlegung durch die Ermächtigungsgrundlage in § 29 Abs. 1 EnWG und § 27 Abs. 1 Nr. 15 StromNZV gedeckt ist.

17 a) Nach § 29 Abs. 1 EnWG darf die Regulierungsbehörde im Wege der Festlegung unter anderem über die Bedingungen und Methoden für den Netzanschluss oder den Netzzugang nach den in § 24 EnWG genannten Rechtsverordnungen entscheiden.

18 Zu diesen Verordnungen gehört die Stromnetzzugangsverordnung, die auf der Grundlage von § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EnWG die Bedingungen für den Netzzugang näher regelt. Von dieser Ermächtigung sind gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und 3 EnWG insbesondere Regelungen umfasst, mit denen die Rechte und Pflichten der Beteiligten, die Bestimmungen der Verträge und die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse einheitlich festgelegt werden können.

19 b) Nach der auf dieser Grundlage wirksam eingeräumten Ermächtigung in § 27 Abs. 1 Nr. 15 StromNZV kann die Regulierungsbehörde zur Verwirkli-

chung eines effizienten Netzzugangs und der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zwecke insbesondere Festlegungen zu den Inhalten der Verträge nach den §§ 24 bis 26 StromNZV treffen.

20 aa) Entgegen den von der Rechtsbeschwerde insoweit geäußerten Zweifeln darf die Regulierungsbehörde auf dieser Grundlage nicht nur einzelne Regelungen oder den erforderlichen Mindestinhalt vorgeben, sondern auch ein vollständiges Vertragswerk.

21 Ihrem Wortlaut nach betrifft die Ermächtigung den Inhalt der in §§ 24 bis 26 StromNZV geregelten Netznutzungs- bzw. Lieferantenrahmenverträge insgesamt. Sie ist nicht auf Punkte beschränkt, die nach § 24 Abs. 2 und § 25 Abs. 2 StromNZV in solchen Verträgen zwingend geregelt werden müssen. Vielmehr umfasst sie auch Festlegungen zu anderen Gesichtspunkten, sofern insoweit ein Bedürfnis für einheitliche Vorgaben besteht.

22 Dies deckt sich mit dem Zweck der Vorschriften. In § 24 Abs. 2 und § 25 Abs. 2 StromNZV hat der Ordnungsgeber ein Mindestprogramm von Punkten vorgegeben, die in jedem Fall einer vertraglichen Regelung bedürfen. Damit hat er nicht ausgeschlossen, dass sich je nach Zusammenhang auch zusätzliche Punkte als regelungsbedürftig erweisen, und zwar nicht nur durch individuelle Vereinbarung, sondern bei Vorliegen der dafür einschlägigen Voraussetzungen auch durch Festlegung seitens der Regulierungsbehörde.

23 bb) Ohne Rechtsfehler ist das Beschwerdegericht zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Bedürfnis für eine einheitliche Regelung besteht.

24 Wie der Senat bereits in anderem Zusammenhang näher ausgeführt hat, ist die Möglichkeit, die Versorgung zu unterbrechen und damit das Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB durchzusetzen, für einen Lieferanten ein bedeutsames und effektives Mittel, um einen Abnehmer zur Erfüllung seiner Zahlungs-

verpflichtungen zu veranlassen. Dem Netzbetreiber, auf dessen Mitwirkung der Lieferant zur Anwendung dieses Mittels angewiesen ist, wird zwar in § 24 Abs. 3 NAV eine entsprechende Befugnis eingeräumt. Diese betrifft aber nur das Verhältnis zwischen ihm und dem Anschlussinhaber. Für das Rechtsverhältnis zwischen dem Netzbetreiber und dem Lieferanten ist hingegen der zwischen diesen geschlossene Vertrag maßgeblich (BGH, Urteil vom 14. April 2015 - EnZR 13/14, RdE 2015, 302 Rn. 15 f. - Versorgungsunterbrechung). Für die Ausgestaltung der diesbezüglichen Vertragsbedingungen können sich aus § 20 Abs. 1 Satz 1 EnWG Beschränkungen ergeben. So ist es einem Netzbetreiber verboten, ein Ersuchen aus Gründen abzulehnen, die zu einer Diskriminierung einzelner Lieferanten führen (BGH, RdE 2015, 302 Rn. 17 ff. - Versorgungsunterbrechung).

- 25 Vor diesem Hintergrund durfte die Bundesnetzagentur ohne Rechtsfehler zu der Einschätzung gelangen, dass im Interesse der Verwirklichung eines effizienten und diskriminierungsfreien Netzzugangs ein Bedürfnis besteht, die vertraglichen Regelungen zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Netzbetreiber dem Unterbrechungsverlangen eines Lieferanten nachzukommen hat, einheitlich vorzugeben.
- 26 2. Zu Recht hat das Beschwerdegericht ferner entschieden, dass die angegriffene Festlegung nicht nur zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich, sondern auch verhältnismäßig ist.
- 27 a) Wie auch die Rechtsbeschwerde im Ansatz nicht verkennt, ist es angesichts der Bedeutung, die die Möglichkeit einer Versorgungsunterbrechung für einen Lieferanten hat, angemessen, den Netzbetreiber grundsätzlich dazu zu verpflichten, einem entsprechenden Verlangen nachzukommen, und ihm ein Weigerungsrecht nur für den Fall zuzubilligen, dass der Unterbrechung technische Gründe oder andere aner kennenswerte Interessen entgegenstehen.

28 Für den Netzbetreiber ergibt sich daraus keine unzumutbare oder aus sonstigen Gründen unverhältnismäßige Belastung, wenn ihm die vertragliche Regelung die Möglichkeit offenlässt, bei Vorliegen solcher aner kennenswerten Interessen von der Sperrung abzusehen.

29 b) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde wird die von der Bundesnetzagentur vorgegebene Regelung diesen Anforderungen gerecht.

30 Die vorgegebenen Vertragsbestimmungen statuieren keine ausnahmslose Sperrpflicht. Die Voraussetzungen, die in § 10 Abs. 6 des Mustervertrags und in dem nach Satz 3 dieser Bestimmung für die Erteilung eines Sperrauftrags zu verwendenden Formular geregelt sind, stellen vielmehr sicher, dass den aner kennenswerten Interessen des Netzbetreibers in der gebotenen Weise Rechnung getragen wird.

31 aa) Nach § 10 Abs. 6 Satz 1 des Mustervertrags und der damit übereinstimmenden Erklärung im Auftragsformular muss der Lieferant glaubhaft versichern, dass die Voraussetzungen für eine Unterbrechung der Anschlussnutzung vorliegen.

32 Dem Netzbetreiber ist damit zwar nicht in jedem Fall die Möglichkeit eröffnet, besondere Mittel zur Glaubhaftmachung zu verlangen. Er kann die Ausführung des Auftrags aber ablehnen, wenn sich aus konkreten Anhaltspunkten eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür ergibt, dass der Lieferant im Verhältnis zum Kunden nicht zur Unterbrechung der Versorgung berechtigt ist.

33 Der Umstand, dass der Lieferant das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Unterbrechung glaubhaft versichern muss, führt darüber hinaus dazu, dass der Lieferant gegenüber dem Netzbetreiber die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der Unterbrechung im Verhältnis zum Kunden trägt.

- 34 bb) Zusätzlich abgesichert wird dies durch die nach § 10 Abs. 6 Satz 2 des Mustervertrags geschuldete und im Auftragsformular vorgesehene Erklärung des Lieferanten, dass er den Netzbetreiber von sämtlichen Schadensersatzansprüchen freistellt, die sich aus einer unberechtigten Unterbrechung ergeben.
- 35 Die Freistellung führt zwar nicht zum Erlöschen von möglicherweise bestehenden Ersatzansprüchen des Anschlussinhabers oder Letztverbrauchers gegenüber dem Netzbetreiber. Falls sich der Netzbetreiber solchen Ansprüchen ausgesetzt sieht, obliegt es aber dem Lieferanten, dessen Inanspruchnahme abzuwenden oder den Gläubiger zu befriedigen.
- 36 Diese Regelung führt für den Netzbetreiber auch dann nicht zu einer unzumutbaren Belastung, wenn der Lieferant wirtschaftlich nicht in der Lage ist, seine Freistellungspflicht zu erfüllen. Nach dem Wortlaut von § 10 Abs. 6 Satz 2 des Mustervertrags genügt es zwar, wenn der Lieferant eine Freistellungserklärung abgibt. Aus dem Sinn und Zweck der Bestimmung ergibt sich aber, dass sich der Netzbetreiber mit einer solchen Erklärung nicht zufrieden geben muss, wenn konkrete Anhaltspunkte eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür begründen, dass die Unterbrechung im Verhältnis zum Kunden unberechtigt ist und dass der Lieferant nicht in der Lage sein wird, daraus entstehende Ersatzansprüche zu erfüllen.
- 37 cc) Durch die im Auftragsformular vorgesehene Erklärung, dass der Netzbetreiber den Auftrag nicht ohne weiteres ausführen muss, wenn eine Sperrung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist, wird der Netzbetreiber darüber hinaus in angemessener Weise davor geschützt, eine Handlung vornehmen zu müssen, zu der er tatsächlich oder rechtlich nicht in der Lage ist.

- 38 Eine weitergehende Ausnahmeregelung ist auch nicht für den Fall geboten, dass der Betreiber eines geschlossenen Verteilernetzes aufgrund seiner Rolle als Betreiber der vom Netz versorgten Einrichtung weitergehenden Verpflichtungen unterliegt und dies zur Folge hat, dass eine Sperre zwar im Verhältnis zwischen Kunde und Lieferant rechtmäßig ist, nicht aber im Verhältnis zwischen Kunde und Netzbetreiber.
- 39 Solche Verpflichtungen können zwar nicht allein deshalb unberücksichtigt bleiben, weil sie sich nicht aus der Rolle als Netzbetreiber ergeben. Andererseits können sie, wie das Beschwerdegericht zutreffend ausgeführt hat, nicht ohne weiteres dazu führen, dass ein Lieferant die berechtigte Durchsetzung von vertraglichen Rechten gegenüber einem Kunden zurückstellen und damit dem Netzbetreiber die aus der Übernahme einer anderweit übernommenen Aufgabe resultierenden Risiken abnehmen muss. In entsprechenden Situationen kann sich aus der Verantwortung des Netzbetreibers für den Betrieb einer Einrichtung wie etwa eines Flughafens vielmehr die Pflicht ergeben, nur solche Nutzer mit einer für den Betrieb der Einrichtung unerlässlichen Tätigkeit zu betrauen, die hinreichende Gewähr dafür bieten, dass sie ihren finanziellen Verpflichtungen gegenüber Dritten nachkommen, den Nutzern entsprechende vertragliche Verpflichtungen aufzuerlegen und frühzeitig für eine Ablösung zu sorgen, wenn der Nutzer diesen Verpflichtungen nicht nachkommt.
- 40 Ob und unter welchen Voraussetzungen sich für die Betroffene aus § 45 LuftVZO oder sonstigen luftfahrtrechtlichen Vorschriften in Einzelfällen dennoch ein Verbot ergeben kann, an einer Versorgungsunterbrechung mitzuwirken, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Ein solches Verbot hätte zur Folge, dass die Sperrung aus rechtlichen Gründen nicht möglich ist. In einem solchen Fall ist der Netzbetreiber nach der Erklärung im Auftragsformular berechtigt, den Lieferanten entsprechend zu informieren und die weiteren Schritte mit ihm abzustimmen.

41 Einer detaillierteren vertraglichen Regelung solcher Konstellationen bedarf es jedenfalls deshalb nicht, weil ihr Eintritt allenfalls in Extremsituationen zu erwarten ist, für die sich ohnehin kaum allgemeine Regeln aufstellen lassen und in denen die Vertragsparteien in besonders starkem Maße an die Gebote von Treu und Glauben gebunden sind.

42 C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG, die Festsetzung des Gegenstandswerts auf § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG und § 3 ZPO.

Limperg

Raum

Kirchhoff

Grüneberg

Bacher

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 15.03.2017 - VI-3 Kart 109/15 (V) -