



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 94/20

Verkündet am:
23. November 2021
Barth
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 2021 durch den Richter Prof. Dr. Kirchhoff sowie die Richterinnen Dr. Roloff, Dr. Picker, Dr. Rombach und Dr. Vogt-Beheim

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 28. Oktober 2020 wird auf Kosten der Antragstellerin zurückgewiesen, die auch die notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur und der weiteren Beteiligten zu tragen hat.

Gründe:

- 1 A. Die Antragstellerin betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz. An ihr Mittelspannungsnetz ist einspeiseseitig ein ebenfalls von der Antragstellerin betriebenes, stromgeführtes Blockheizkraftwerk angeschlossen.
- 2 Dem Elektrizitätsverteilernetz der Antragstellerin ist das Netz der weiteren Beteiligten (im Folgenden: Beteiligte) vorgelagert. Bis 31. Dezember 2018 gewährte die Beteiligte der Antragstellerin für den Fall, dass das Blockheizkraftwerk im Netz der Antragstellerin ausfällt, Netzzugang mit Netzreservekapazität zu besonderen, im Preisblatt ausgewiesenen Entgelten. In den Jahren 2014 bis 2018 bestellte die Antragstellerin pro Jahr jeweils eine Netzreservekapazität von 7.000 kW für Fälle störungsbedingter Ausfälle von dezentralen Stromerzeugungsanlagen in ihrem Netz. In dieser Zeit nahm die Antragstellerin durchschnittlich zwei- bis viermal jährlich Netzreservekapazität bei ungeplant auftretenden Ausfällen einzelner Blöcke des Blockheizkraftwerks in Anspruch. Die Differenz zwischen der abrechnungsrelevanten und der tatsächlichen physikalischen Leis-

tungsspitze lag in den Jahren 2016 bis 2018 im Durchschnitt bei 3,686 MW. Abhängig vom jeweiligen Leistungspreis ergaben sich um 202.586 € (2016), 218.985 € (2017) und 218.997 € (2018) geringere vorgelagerte Netzkosten.

3 Mit Wirkung zum 31. Dezember 2018 kündigte die Beteiligte die Zusatzvereinbarung über die Netzreservekapazität. Auch ihre Preisblätter wiesen für das Jahr 2019 kein Entgelt für Netzreservekapazität mehr aus. Nachdem die Antragstellerin der Kündigung erfolglos widersprochen hatte, hat sie die Einleitung eines besonderen Missbrauchsverfahrens nach § 31 Abs. 1 Satz 1 EnWG mit dem Ziel beantragt, die Beteiligte zu verpflichten, ihr über den 31. Dezember 2018 hinaus die Bestellung von Netzreservekapazität nach sachlich gerechtfertigten Kriterien anzubieten. Die Bundesnetzagentur hat den Antrag mit der Begründung abgelehnt, ein missbräuchliches Verhalten der Beteiligten im Sinne des § 31 Abs. 1 Satz 2 EnWG liege nicht vor. Die Antragstellerin habe gegenüber der Beteiligten keinen Anspruch auf Gewährung von Netzreservekapazität. Die gegen diese Entscheidung gerichtete Beschwerde hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Begehren weiter.

4 B. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

5 I. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung (OLG Düsseldorf, RdE 2021, 152) im Wesentlichen ausgeführt:

6 Die Weigerung der Beteiligten, weiterhin Netzreservekapazität zu einem besonderen Preis anzubieten, sei nicht missbräuchlich. Die Beteiligte als vorgelagerte Netzbetreiberin treffe nicht die Pflicht, der Antragstellerin Netzreservekapazität zu gewähren. Weder die allgemeinen Grundsätze des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG noch die diese konkretisierenden Vorgaben der Stromnetzentgeltverordnung begründeten eine Verpflichtung der Beteiligten, der Antragstellerin die Buchung von Netzreservekapazität zu ermöglichen.

7 Eine entsprechende Pflicht folge nicht aus § 30 Abs. 1 Nr. 7 StromNEV. Die Befugnis der Regulierungsbehörde, Entscheidungen durch Festlegungen nach § 29 Abs. 1 EnWG über die Gewährleistung einer sachgerechten und einheitlichen Ermittlung von Entgelten für Netzreservekapazität zu treffen, erstreckte sich nur auf das "Wie" der Bereitstellung und Abrechnung der Netzreservekapazität. Darüber, ob Netzreservekapazität zu gewähren sei, enthalte die Vorschrift hingegen keine ausdrückliche Aussage. Ohne die Nennung in § 30 Abs. 1 Nr. 7 StromNEV wäre die Netzreservekapazität sogar nach § 17 Abs. 9 StromNEV unzulässig. Mit der Zulässigkeit der Bereitstellung und Abrechnung von Netzreservekapazität korrespondiere kein entsprechender Anspruch des nachgelagerten Netzbetreibers. Die Entgeltausgestaltung unterliege im Grundsatz der Vertragsfreiheit der Parteien. Obgleich sie durch die Stromnetzentgeltverordnung zahlreichen konkreten Vorgaben unterworfen werde, blieben Gestaltungsspielräume. Auch die in Bezug genommene Rechtsprechung lasse lediglich den Schluss auf die Zulässigkeit der Vereinbarung von Netzreservekapazität zu; eine Pflicht zur Bereitstellung folge daraus nicht.

8 Den übrigen Vorschriften der Stromnetzentgeltverordnung lasse sich gleichfalls keine dahingehende Pflicht entnehmen. Insbesondere biete § 17 StromNEV hierfür keine Anhaltspunkte. Eine ausdrücklich normierte Ausnahme zur Bildung des Jahresentgelts von den Vorgaben in § 17 Abs. 2 Satz 2 StromNEV finde sich in der Stromnetzentgeltverordnung nicht; eine strukturelle Vergleichbarkeit mit den in §§ 19 und 17a StromNEV geregelten Konstellationen, in denen von der Gleichzeitigkeitsfunktion abweichende Sonderregelungen für die Netzentgeltermittlung getroffen worden seien, liege nicht vor. Aus dem Regelungszweck des § 18 StromNEV folge nichts Abweichendes. Insoweit genüge, dass dem Betreiber einer dezentralen Erzeugungsanlage die Vorteile zukämen, die der Netzbetreiber infolge der dezentralen Einspeisung durch Vermeidung von Entgelten für die Nutzung vorgelagerter Netze erziele. Eine weitere Privilegierung des dezentral einspeisenden Netzbetreibers sei nicht geboten. Etwaige, sich aus

Ziff. 2.3.2 der Verbändevereinbarung II plus vom 13. Dezember 2001 (im Folgenden: VV II plus) ergebende Grundsätze könnten ohne korrespondierende Regelung in der StromNEV ebenfalls keine Verpflichtung der Beteiligten begründen.

9 Schließlich stelle die Weigerung der Beteiligten, der Beschwerdeführerin Netzreservekapazität zu gewähren und abzurechnen, keinen Preis- oder Konditionenmissbrauch nach § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 EnWG dar.

10 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand. Das Beschwerdegericht hat den nach § 31 Abs. 1 Satz 1 EnWG zulässigen Antrag (vgl. zu den Anforderungen BGH, Beschluss vom 17. Juli 2018 - EnVR 12/17, RdE 2018, 531 Rn. 15), die Beteiligte zu verpflichten, der Antragstellerin über den 31. Dezember 2018 hinaus Netzreservekapazität zu angemessenen Bedingungen anzubieten, zu Recht für unbegründet erachtet.

11 1. Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens ist allein das besondere Missbrauchsverfahren nach § 31 EnWG, also die Prüfung, ob das Verhalten des Netzbetreibers mit den Vorgaben in den Bestimmungen der Abschnitte 2 und 3 betreffend Netzanschluss und Netzzugang (§§ 17 bis 28a EnWG) und den auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen sowie den nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden übereinstimmt (§ 31 Abs. 1 Satz 2 EnWG). Die außerdem vom Beschwerdegericht behandelte Frage, ob der Missbrauchstatbestand des § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 EnWG erfüllt ist, weil nach Auffassung der Beschwerde die Entgelte nicht den Preisen in einem wirksamen Wettbewerb entsprechen, steht dagegen nicht zur Überprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht. Insoweit fehlt es an einer erforderlichen Ermessensentscheidung der Bundesnetzagentur.

12 a) Der Gegenstand des Beschwerdeverfahrens wird durch die vom Beschwerdeführer gestellten Anträge und die Entscheidung der Bundesnetzagentur bestimmt (vgl. § 78 Abs. 4 Nr. 1 EnWG). Der Streitgegenstand ist gekennzeichnet durch die erstrebte, im Rechtsmittelantrag zum Ausdruck

gebrachte Rechtsfolge sowie durch den Sachverhalt, aus dem sich die Rechtsfolge ergeben soll (BGH, Beschlüsse vom 6. November 2012 - EnVR 101/10, RdE 2013, 174 Rn. 27 - E.ON Hanse AG; vom 14. April 2015 - EnVR 16/14, RdE 2015, 406 Rn. 16). Zwar ist das Gericht im Grundsatz nur an das Ziel des Rechtsmittels gebunden, nicht aber an die rechtliche Begründung, die der Rechtsmittelführer dafür anführt (BGH, RdE 2013, 174 Rn. 27 - E.ON Hanse AG). Das Rechtsschutzziel ist allerdings nur insoweit maßgeblich als es nicht über den Gegenstand des Verwaltungsverfahrens hinausgeht. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist allein das, was bereits Gegenstand des Verwaltungsverfahrens war. Dies wiederum ist die behördliche Regelung, die im Hinblick auf einen konkreten Lebenssachverhalt angestrebt wird. Über welche Aspekte dabei zu befinden ist, richtet sich maßgeblich nach dem auf die Sache anzuwendenden materiellen Recht (vgl. BSG, Urteil vom 9. Dezember 2004 - B 6 KA 84/03 R, juris Rn. 27). Bei einem auf den Erlass eines Verwaltungsakts gerichteten Verwaltungsverfahren bestimmt sich der Gegenstand in Antragsverfahren nach dem gestellten Antrag und in den von Amts wegen eingeleiteten Verfahren nach dem Regelungswillen der Behörde (Gerstner-Heck in BeckOK, VwVfG, 54. Ed. [Stand: 1. Januar 2021], § 9 Rn. 26).

13 b) Danach steht im Streitfall allein die Ablehnung des Antrags auf Durchführung eines besonderen Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG mit dem Ziel zur Überprüfung, die Beteiligte zum fortdauernden Angebot von Netzreservekapazität zu verpflichten.

14 aa) Der Antrag gegenüber der Bundesnetzagentur betraf ausschließlich die Durchführung des besonderen Missbrauchsverfahrens. Ein missbräuchliches Verhalten, das nur den Regelbeispielen in § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 bis 6 EnWG zugeordnet werden kann, ist nicht im besonderen Missbrauchsverfahren verfolgbar (Robert in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., § 31 Rn. 15; vgl. auch Wahlhäuser in Kment, EnWG, 2. Aufl., § 31 Rn. 2; Weyer in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 31 EnWG Rn. 18; Boos in

Theobald/Kühling, Energierecht, 111. EL [Stand: April 2021], § 31 EnWG Rn. 19). Zwar kann die Bundesnetzagentur über ein missbräuchliches Verhalten nicht nur auf Antrag, sondern auch von Amts wegen entscheiden (vgl. BT-Drucks. 15/3917, S. 63). Ein Entschließungsermessen, gerichtet auf die Prüfung der Voraussetzungen des allgemeinen Missbrauchsverfahrens nach § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 EnWG, wurde seitens der Regulierungsbehörde jedoch nicht ausgeübt.

15 bb) Eine gerichtliche Prüfung des § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 EnWG im Rahmen des vorliegenden Energieverwaltungsrechtsverfahrens setzte eine vorgelagerte Entscheidung der Regulierungsbehörde nach § 30 Abs. 2 EnWG bezogen auf diesen Missbrauchstatbestand voraus. Auch § 75 Abs. 1 EnWG erlaubt dem Beschwerdeführer lediglich, die Beschwerde auf neue Tatsachen und Beweismittel innerhalb des durch den Streitgegenstand vorgegebenen Rahmens zu stützen (vgl. BGH, RdE 2013, 174 Rn. 27 - E.ON Hanse AG).

16 2. Die Kündigung der Zusatzvereinbarung über Netzreserveleistung durch die Beteiligte verstößt nicht gegen die nach § 31 Abs. 1 Satz 2 EnWG maßgeblichen Bestimmungen. Weder die Vorgaben der Stromnetzentgeltverordnung zur Netzentgeltbildung noch die übergeordneten Regelungen in §§ 20, 21 EnWG begründen eine Pflicht der Beteiligten, Netzreservekapazität zu einem besonderen Entgelt anzubieten.

17 a) Die Gewährung und Bestellung von Netzreservekapazität haben zur Folge, dass hohe Leistungswerte, die sich beim vorübergehenden Ausfall einer dezentralen Erzeugungsanlage einstellen, nicht berücksichtigt werden, sofern die Ausfallzeit einen bestimmten - zwischen den Parteien vereinbarten - Höchstwert pro Jahr nicht übersteigt. Im Gegenzug hat der Besteller ein festes Entgelt zu zahlen. Dieses fällt zwar auch dann an, wenn die Reservekapazität nicht in Anspruch genommen wird. Typischerweise ist es aber geringer als das

zusätzliche Entgelt, das zu zahlen wäre, wenn die während der Ausfallzeiten anfallenden Leistungswerte entsprechend den allgemeinen Regeln berücksichtigt würden. Die Bestellung von Reservekapazität ermöglicht es dem Netzbetreiber mithin, sich gegen die Risiken eines vorübergehenden Ausfalls dezentraler Erzeugungsanlagen durch Zahlung eines festen Betrags abzusichern (vgl. BGH, Beschluss vom 14. November 2017 - EnVR 41/16, RdE 2018, 123 Rn. 27 - Netzreservekapazität).

18 b) Offenbleiben kann, ob der mit der fehlenden Bereitstellung von Netzreservekapazität zu einem besonderen Entgelt verbundene Nachteil für den nachgelagerten Netzbetreiber sich auf die Gewährung des Netzzugangs nach § 20 EnWG auswirkt, der nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund ausgeschlossen oder erschwert werden darf (vgl. zu nachteiligen Konditionen für den Lieferanten als Netznutzer BGH, Urteil vom 14. April 2015 - EnZR 13/14, RdE 2015, 302 Rn. 18, 19 - Versorgungsunterbrechung I) oder - entsprechend der Annahme des Beschwerdegerichts - allein die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang gemäß § 21 EnWG betroffen sind. Aus der Differenzierung folgt für die in Streit stehende Frage kein unterschiedlicher Prüfungsmaßstab. Die Regelung in § 21 Abs. 1 EnWG konkretisiert die Pflicht aus § 20 Abs. 1 EnWG (BGH, RdE 2015, 302 Rn. 20 - Versorgungsunterbrechung I) und bestimmt im Ausgangspunkt, dass die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein müssen sowie nicht ungünstiger sein dürfen, als sie von den Betreibern der Energieversorgungsnetze in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb ihres Unternehmens oder gegenüber verbundenen oder assoziierten Unternehmen angewendet und tatsächlich oder kalkulatorisch in Rechnung gestellt werden.

19 Weitere Konkretisierung erfahren die Regelungen der §§ 20, 21 EnWG - insbesondere bezogen auf die Angemessenheit der Entgelte - durch die aufgrund des § 24 EnWG erlassene Stromnetzentgeltverordnung, die auch mit Blick auf die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 2. Sep-

tember 2021 (C-718/18, juris Rn. 113 ff. - Kommission/Deutschland) grundsätzlich weiterhin Anwendung findet (vgl. BGH, Beschlüsse vom 8. Oktober 2019 - EnVR 58/18, RdE 2020, 78 Rn. 60 ff., 70 ff. - Normativer Regulierungsrahmen; vom 26. Oktober 2021 - EnVR 17/20, RdE 2022, 119 Rn. 14 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Anders als im Bereich der Regulierungsaufgaben (vgl. dazu BGH, RdE 2022, 119 Rn. 15 f. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II) kommt der Frage einer hinreichenden Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur bei der Missbrauchsaufsicht keine Bedeutung zu. Insoweit ist allein entscheidend, ob gegen bestehende Vorschriften oder Festlegungen der Regulierungsbehörde im Sinne von § 31 Abs. 1 Satz 2 EnWG verstoßen wird.

20 c) Der Stromnetzentgeltverordnung lässt sich keine Pflicht der Beteiligten entnehmen, die Bestellung von Netzreservekapazität zu reduzierten Entgelten zu ermöglichen. Sie ergibt sich insbesondere nicht aus § 30 Abs. 1 Nr. 7 StromNEV.

21 aa) Gemäß § 17 Abs. 8 StromNEV in der bis 30. Dezember 2019 geltenden Fassung (jetzt: § 17 Abs. 9 StromNEV) sind andere als in der Stromnetzentgeltverordnung genannte Entgelte unzulässig. Mit Blick darauf hat das Beschwerdegericht angenommen, die Gewährung von Netzreservekapazität sei möglich, weil sie in § 30 Abs. 1 Nr. 7 StromNEV erwähnt werde. Auch der Bundesgerichtshof hat die Nutzung von Netzreservekapazität als Möglichkeit, vorsorgliche Maßnahmen zur Sicherung des Netzes beim Ausfall dezentraler Versorgungsanlagen zu ergreifen, als zulässig vorausgesetzt (BGH, RdE 2018, 123 - Netzreservekapazität).

22 bb) Aus dieser Möglichkeit folgt jedoch keine Pflicht zum Angebot von Netzreservekapazität auf Grundlage von § 30 Abs. 1 Nr. 7 StromNEV. Die Vorschrift ermächtigt allein zu Festlegungen nach § 29 Abs. 1 EnWG.

23 (1) Nach § 30 Abs. 1 StromNEV kann die Regulierungsbehörde zur Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs und der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zwecke unter Beachtung der Anforderungen eines sicheren Netzbetriebs Entscheidungen durch Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG über die Gewährleistung einer sachgerechten und einheitlichen Ermittlung von Entgelten für Netzreservekapazität treffen. Diese Befugnis der Regulierungsbehörde dient der Gewährleistung angemessener Netzentgelte. Dabei hat sie zu prüfen, ob der Nutzen der beabsichtigten Festlegung in einem angemessenen Verhältnis zu den damit verbundenen Kosten - insbesondere für die Netzbetreiber - steht (vgl. Begründung des Entwurfs der Stromnetzentgeltverordnung, BR-Drucks. 245/05, S. 44; Mohr in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 30 StromNEV Rn. 1).

24 (2) § 30 Abs. 1 StromNEV kann kein weitergehender Regelungsgehalt als eine Festlegungsbefugnis bezogen auf die dort genannten Regelungsbereiche entnommen werden.

25 (a) Die Ermächtigung zur Festlegung beziehungsweise deren Änderung nach § 29 Abs. 1 und 2 EnWG ist eine besondere Handlungsform der Regulierungsbehörde zur Erfüllung ihrer Aufgaben, durch die Art. 37 Abs. 6, 10 der Richtlinie 2009/72/EG vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG (jetzt: Art. 59 Abs. 7 und Art. 60 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2019/944 vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU) in nationales Recht umgesetzt wurden. Die Regulierungsbehörde ist insbesondere nach Art. 37 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2009/72/EG dafür verantwortlich, anhand transparenter Kriterien die Tarife beziehungsweise die entsprechenden Methoden zur Entgeltermittlung festzulegen, und nach Art. 37 Abs. 10 der Richtlinie 2009/72/EG befugt, von Netzbetreibern zu verlangen, die Vertragsbedingungen einschließlich der Tarife zu ändern, um

sicherzustellen, dass sie angemessen sind und nicht diskriminierend angewendet werden. Wie sie dieser ihr zugewiesenen Aufgabe gerecht wird, insbesondere welche Tarife und Bedingungen sie festlegt, ist ihr überantwortet.

26 (b) Die Festlegungsbefugnis zur Gewährleistung einer sachgerechten und einheitlichen Ermittlung von Entgelten für Netzreservekapazität nach § 30 Abs. 1 Nr. 7 StromNEV, § 29 Abs. 1 EnWG setzt auch nicht zwingend eine Pflicht des Netzbetreibers zu einem entsprechenden Angebot voraus. Vielmehr sind jedenfalls auch Festlegungen denkbar, die allein für diejenigen Netzbetreiber gelten, die eine Buchung von Netzreservekapazität ermöglichen.

27 (3) Macht die Regulierungsbehörde deshalb von ihrer Befugnis keinen Gebrauch und trifft keine Festlegung über die Gewährleistung einer sachgerechten und einheitlichen Ermittlung von Entgelten für Netzreservekapazität, bietet die Vorschrift keine Grundlage für eine Pflicht des Netzbetreibers, die beim Ausfall einer dezentralen Erzeugungsanlage benötigte Elektrizität in besonderer Weise abzurechnen. Erst eine Festlegung der Bundesnetzagentur zieht eine darauf bezogene Prüfung des Verhaltens eines Netzbetreibers im besonderen Missbrauchsverfahren gemäß § 31 Abs. 1 Satz 2 EnWG nach sich.

28 cc) Das Beschwerdegericht hat zutreffend angenommen, dass sich eine Pflicht des vorgelagerten Netzbetreibers zur Bereitstellung und Abrechnung von Netzreservekapazität nicht aus Sinn und Zweck des § 18 StromNEV ableiten lässt.

29 (1) Nach dieser Vorschrift erhalten Betreiber von dezentralen Erzeugungsanlagen vom Betreiber des Elektrizitätsverteilernetzes, in das sie einspeisen, ein Entgelt, das den gegenüber den vorgelagerten Netz- oder Umspannebenen durch die jeweilige Einspeisung vermiedenen Netzentgelten entsprechen muss. Der damit verbundene Zweck, dem Betreiber einer dezentralen Erzeugungsanlage die Vorteile zukommen zu lassen, die der Netzbetreiber infolge der

dezentralen Einspeisung durch Vermeidung von Entgelten für die Nutzung vorgelagerter Netze erzielt (BGH, Beschluss vom 20. Juni 2017 - EnVR 40/16, RdE 2017, 543 Rn. 20 - Heizkraftwerk Würzburg GmbH; RdE 2018, 123 Rn. 23 - Netzreservekapazität), führt jedoch nicht zu weitergehenden Pflichten des vorgelagerten Netzbetreibers. Insbesondere muss er dem nachgelagerten Netzbetreiber für die Zeit des Ausfalls dezentraler Erzeugungsanlagen keine Sonderkonditionen im Vergleich zu den übrigen Netznutzern einräumen.

30 (2) Der Ordnungsgeber hat dem Beitrag zur Netzkostenminderung infolge dezentraler Einspeisung bereits dadurch Rechnung getragen, dass er dem Betreiber einer entsprechenden Erzeugungsanlage die Vorteile vermiedener Netzentgelte für die Nutzung vorgelagerter Netze zukommen lässt (vgl. BGH, RdE 2018, 123 Rn. 23 f. - Netzreservekapazität). Zusätzlich bestimmt § 15 Abs. 1 Satz 3 StromNEV, dass für die Einspeisung selbst keine Netzentgelte zu entrichten sind. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Betreiber einer dezentralen Erzeugung dadurch weiter privilegiert werden sollte, dass er vom Betreiber des Netzes, an das er angeschlossen ist, generell - die im Regelfall für ihn vorteilhafte - Netzreservekapazität in Anspruch nehmen können und dem Netzbetreiber wiederum das gleiche Recht gegenüber dem vorgelagerten Netzbetreiber zustehen muss.

31 (3) Anders als die Rechtsbeschwerde meint, setzt die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14. November 2017 (RdE 2018, 123) keine Pflicht zum Angebot und zur Abrechnung von Netzreservekapazität auf Wunsch des nachgelagerten Netzbetreibers voraus. Dass die Bestellung von Reservekapazität es dem Netzbetreiber ermöglicht, sich gegen die Risiken eines vorübergehenden Ausfalls dezentraler Erzeugungsanlagen gegen Zahlung eines festen Betrags abzusichern (BGH, RdE 2018, 123 Rn. 27), bedeutet nicht, dass ein entsprechendes Angebot bestehen muss. Der Entscheidung kann allein entnommen werden, dass im Fall eines Angebots von Netzreservekapazität durch den vorgelagerten Netzbetreiber die mit der Bestellung verbundenen Vor- und Nachteile

gemäß § 18 Abs. 1 und 2 StromNEV bei der Berechnung des dem Betreiber der dezentralen Erzeugungsanlage zu zahlenden Einspeiseentgelts zu berücksichtigen sind (BGH, RdE 2018, 123 Rn. 25 bis 31 - Netzreservekapazität). Stellt der (vorgelagerte) Netzbetreiber indes keine Netzreservekapazität zu besonderen Preisen zur Verfügung, fehlt es an entsprechenden Vorteilen, so dass bei der Berechnung der vermiedenen Netzentgelte die Kosten für den Zeitraum des Ausfalls der dezentralen Erzeugungsanlage ausgehend von den bestehenden Tarifen einzustellen sind.

32 dd) Die weiteren Vorschriften der Stromnetzentgeltverordnung bieten auch bei einer Gesamtbetrachtung keine Anhaltspunkte für eine Pflicht zum Angebot von Netzreservekapazität. Sie lässt sich weder aus den Regelungen in §§ 16, 17 StromNEV ableiten, die gerade eine einheitliche Ermittlung und Abrechnung gegenüber den Netznutzern vorsehen, noch besteht mangels Vergleichbarkeit Raum für eine entsprechende Anwendung der ausdrücklich geregelten Ausnahmen von der Gleichzeitigkeitsfunktion in § 17 Abs. 2a und § 19 StromNEV. Dagegen wendet sich auch die Antragstellerin nicht. Rechtsfehler des Beschwerdegerichts sind nicht ersichtlich.

33 d) Den seitens der Antragstellerin angeführten systematischen Erwägungen lässt sich gleichfalls keine Pflicht der Netzbetreiber entnehmen, Netzreservekapazität zu einem reduzierten Entgelt anzubieten. Der Umstand, dass nach den Regelungen des Energiewirtschaftsrechts und der bestehenden Rechtsverordnungen grundsätzlich der Wortlaut einer Vorschrift erkennen lässt, ob dem Netzbetreiber eine Wahl gelassen wird, er berechtigt ist oder ihm eine Verpflichtung auferlegt wird, führt nicht weiter. Für das Bereitstellen von Netzreservekapazität zu einem besonderen Entgelt fehlt es gerade an einer Norm, die sprachlich in entsprechender Weise differenziert. Der seitens der Rechtsbeschwerde daraus gezogene Schluss, ohne ausdrücklich eingeräumten Entscheidungsspielraum bestehe die Pflicht, eine nach dem Gesetz zulässige Netzabrechnung - wie vom Netznutzer gefordert - vorzunehmen, ist nicht tragfähig. Auch

im regulierten Bereich bleiben Spielräume für private Rechtsgestaltung (vgl. Mohr, EuZW 2019, 229, 231).

34 e) Das Beschwerdegericht hat darüber hinaus zu Recht angenommen, dass die historische Entwicklung der Regelungen im Energiewirtschaftsrecht keine Anhaltspunkte für eine vom Willen des Gesetz- oder Verordnungsgebers getragene Pflicht zum Angebot von Netzreservekapazität aufzeigt.

35 aa) Insofern genügt entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht, dass die Netzreservekapazität in der VV II plus vom 13. Dezember 2001 unter der Bezeichnung Reservenetzkapazität vorgesehen und detailliert geregelt war. Dabei kann dahinstehen, ob sich aus der Verbändevereinbarung eine Pflicht der Netzbetreiber ergab, Netzreservekapazität anzubieten. Weder nehmen die aktuell geltenden Vorschriften auf die Regelungen der Verbändevereinbarung zur Reservenetzkapazität Bezug, noch lässt sich der Begründung zur Stromnetzentgeltverordnung ein Hinweis darauf entnehmen, dass der Verordnungsgeber hinsichtlich der für den Streitfall relevanten Frage an die VV II plus hätte anknüpfen wollen. Der Begründung des Entwurfs der Stromnetzentgeltverordnung ist lediglich zu entnehmen, dass sich die in § 15 StromNEV geregelten Grundsätze der Entgeltermittlung aus den zulässigen Kosten "im Wesentlichen an der bisherigen Praxis" orientieren, die sich bewährt habe (vgl. BR-Drucks. 245/05, S. 38). Sie verhält sich dagegen schon nicht dazu, dass nach der VV II plus geltende Grundsätze auch hinsichtlich der weiteren Vorschriften "im Wesentlichen" in die Verordnung überführt worden wären oder sogar ohne ausdrückliche Regelung hätten fortgelten sollen. Die Begründung enthält erst recht keinen Hinweis auf eine Einordnung der Netzreservekapazität als verpflichtende Berechnungsmethode, die der Netzbetreiber anbieten muss.

36 bb) Das Beschwerdegericht hat ferner rechtsfehlerfrei angenommen, dass die rechtliche Entwicklung des sogenannten Pooling als der zeitgleichen

Abrechnung mehrerer durch denselben Netznutzer genutzter Stromentnahmestellen bis zur gesetzlichen Regelung in § 17 Abs. 2a StromNEV keinen weiteren Aufschluss über die Frage einer Pflicht zum Angebot von Netzreservekapazität gibt.

37 Der Umstand, dass zunächst Unklarheit über die Weitergeltung des in der VV II plus vorgesehenen Pooling bestand und insoweit - möglicherweise - eine Parallele zum verpflichtenden Angebot von Netzreservekapazität bestehen könnte, genügt nicht. Eine solche Parallele würde schon deshalb nicht ausreichen, weil es sich beim Pooling nicht um eine mit der Netzreservekapazität vergleichbare Abrechnungsmodalität handelt. Gemeinsam ist dem Pooling und dem reduzierten Entgelt für Netzreservekapazität vielmehr allein, dass die Abrechnung für den betroffenen Netznutzer - im Fall des Pooling generell und für die Nutzung von Netzreservekapazität im Regelfall - günstiger ist. Darüber hinaus weist die vor der Regelung in § 17 Abs. 2a StromNEV umstrittene Frage, ob der Begriff der Entnahmestelle in § 17 Abs. 2 StromNEV allein einen singulär physischen Anschlusspunkt erfasst "oder auch die unter Geltung der Verbändevereinbarung II Strom plus als Branchenstandard entwickelten und branchenweit praktizierten gepoolten" Anschlusspunkte (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Juni 2013 - VI-3 Kart 61/11 (V), juris Rn. 3 ff.), keinen Bezug zur Frage nach einem verpflichtenden Angebot von Netzreservekapazität auf.

38 Ebenso wenig ergeben sich aus der Begründung zur Neuregelung des § 17 Abs. 2a StromNEV Anhaltspunkte für eine generelle Fortgeltung der VV II plus, auch wenn der Verordnungsgeber sich veranlasst sah, "eine rechtssichere Regelung für das in der Praxis weit verbreitete Pooling von mehreren Entnahmestellen zu schaffen" (vgl. BR-Drucks. 447/13 [Beschluss] S. 4). Sie legt vielmehr nahe, dass es auch aus Sicht des Verordnungsgebers vor dieser Regelung keine dahingehende Verpflichtung gab. Der von der Rechtsbeschwerde aus der Begründung des Verordnungsgebers hervorgehobene Aspekt, nach der eine

Einschränkung des Pooling mehrerer Entnahmestellen der Versorgungssicherheit zuwiderlaufen "kann" (vgl. BR-Drucks. 447/13 [Beschluss] S. 4), ist schon deshalb unerheblich, weil entsprechende Risiken bei einem fehlenden Angebot für die Inanspruchnahme von Netzreservekapazität nicht ersichtlich sind.

39 f) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde wird eine Pflicht zum Angebot von Netzreservekapazität nicht dadurch "bestätigt", dass die Bundesnetzagentur elektronische Preisblätter für Marktlokationen erstellt hat, deren Preisblattteil 5 die Netzreservekapazität betrifft. Nach Angabe der Bundesnetzagentur sollten damit lediglich mögliche Konstellationen bei der Netzentgeltabrechnung abgebildet werden. Es wurde also dem Umstand Rechnung getragen, dass Netzbetreiber tatsächlich die Buchung von Netzreservekapazität anbieten. Die Nennung einer Kostenposition in einem vorgegebenen Muster könnte ohnehin keine Pflicht des Netzbetreibers begründen, Netzreservekapazität anzubieten.

40 g) Eine solche Pflicht lässt sich auch den übergeordneten Vorschriften der Abschnitte 2 und 3 des Energiewirtschaftsgesetzes, insbesondere den §§ 20, 21 EnWG nicht entnehmen. Vielmehr ist eine Vertragsgestaltung, die keine Netzreservekapazität zu gesonderten Entgelten vorsieht, mit §§ 20, 21 EnWG vereinbar. Weder erschwert sie den Netzzugang ohne sachlich gerechtfertigten Grund noch stehen ihr die konkretisierenden Vorgaben des § 21 Abs. 1 EnWG entgegen, nach denen die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein müssen und nicht ungünstiger sein dürfen, als sie von den Betreibern der Energieversorgungsnetze in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb ihres Unternehmens oder gegenüber verbundenen oder assoziierten Unternehmen angewendet und tatsächlich oder kalkulatorisch in Rechnung gestellt werden. Anders als nach der Vorgängerregelung in § 6 Abs. 1 EnWG in der bis zum 12. Juli 2005 geltenden Fassung (vgl. BGH, Urteil vom 18. Oktober 2005 - KZR 36/04, BGHZ 164, 336, 345 [juris Rn. 27] - Stromnetznutzungsentgelt I) kommt der VV II plus für § 21 EnWG

keine Bedeutung zu. Anstelle der Möglichkeit der Netzbetreiber im Rahmen von Verbändevereinbarungen mit ihren Abnehmern die Netzzugangsbedingungen frei auszuhandeln, ist die Ex-ante-Regulierung getreten. Die Methode, nach welcher die Netznutzungsentgelte bestimmt werden sollen, ist nunmehr in der Stromnetzentgeltverordnung geregelt.

41 aa) Die Nichtgewährung von Netzreservekapazität zu besonderen Preisen führt zu keiner Diskriminierung potentieller Nutzer eines solchen Angebots. Ein Bedarf an Netzreservekapazität zu besonderen Entgelten besteht nur für Netznutzer mit eigener Stromerzeugung oder nachgelagerte Netzbetreiber, die - wie die Antragstellerin - selbst eine dezentrale Erzeugungsanlage betreiben, ihren Netzkunden Netzreservekapazität zur Verfügung stellen möchten oder damit verbundene Vorteile bei der Entgeltberechnung nutzen möchten. Soweit diesen die mit der pauschalierten Abrechnungsweise der Netzreservekapazität gebotene Vergünstigung nicht angeboten wird, geht damit keine Diskriminierung einher. Vielmehr wird ihnen der Netzzugang zu denselben Bedingungen gewährt wie den übrigen Netznutzern.

42 bb) Anhaltspunkte dafür, dass die Netznutzung zu einheitlich berechneten Entgelten für alle Netznutzer das von der Antragstellerin betriebene Elektrizitätsverteilernetz unangemessen treffen könnte, oder dass die Beteiligte konzernintern weiterhin Netzreservekapazität anböte, bestehen ebenfalls nicht. Die Annahme des Beschwerdegerichts, es sei nicht ersichtlich, dass ein Abweichen von dem typisierenden Ansatz der Gleichzeitigkeitsfunktion nach § 16 StromNEV durch die Bereitstellung und Abrechnung von Netzreservekapazität als Absicherung gegen den Ausfall dezentraler Erzeugungsanlagen erforderlich ist, um verursachungsgerechte und damit angemessene Netzentgelte sicherzustellen, hält rechtlicher Nachprüfung stand.

43 (1) Netzentgelte, die sich allein an den Regelungen der §§ 16, 17 StromNEV orientieren und keine besonderen Tarife für die Nutzung von Netzreservekapazitäten vorsehen, sind nicht ohne weiteres unangemessen. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass die durch die Stromnetzentgeltverordnung erfolgte Konkretisierung des Angemessenheitserfordernisses durch die Orientierung an dem Beitrag des Netznutzers zur zeitgleichen Höchstlast (§ 16 StromNEV in Verbindung mit Anlage 4 zur StromNEV) und die schematische Anwendung der Gleichzeitigkeitsfunktion im Einzelfall nicht angemessen ist und eine Modifizierung - wie durch die Regelungen in § 19 StromNEV - geboten ist. Zudem bilden einheitliche Tarife nicht ab, dass im Fall dezentraler Einspeisung der Bedarf der Netznutzung nicht dauerhaft, sondern nur im Fall des geplanten oder ungeplanten Ausfalls einer dezentralen Erzeugungsanlage besteht. Von der Angemessenheit ist allerdings grundsätzlich schon dann auszugehen, wenn das geforderte Entgelt eine adäquate Gegenleistung für die dem Netznutzer zugutekommende Netznutzung darstellt (vgl. Kühling, N&R 2004, 12, 13; Säcker/Meinzenbach in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 21 EnWG Rn. 49; Missling in Theobald/Kühling, Energierecht, 111. EL [Stand: April 2021], § 21 EnWG Rn 24). Dass dies - gerade im Vergleich zu den anderen Netznutzern - bei einem Verzicht auf das Angebot von Netzreservekapazität nicht der Fall sein könnte, ist nicht ersichtlich. Allein der Umstand, dass die Netznutzung ohne die Zurverfügungstellung von Netzreservekapazität im Regelfall höhere Kosten verursacht, führt nicht zur Unangemessenheit der Entgelte.

44 (2) Tatsächliche Feststellungen dazu, dass sich das Netznutzungsentgelt ohne ein Angebot von Netzreservekapazität als unangemessen erweisen könnte, etwa weil es in keinem adäquaten Verhältnis zur genutzten Leistung stünde, hat das Beschwerdegericht nicht getroffen. Die Rechtsbeschwerde macht auch nicht geltend, dass entsprechender Vortrag verfahrensfehlerhaft übergangen worden wäre. Im Übrigen kommt der Regulierungsbehörde bei der Frage, ob die Netzentgelte angemessen sind, ein Beurteilungsspielraum zu. Sie ist nach Art. 60 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2019/944 befugt, erforderlichenfalls von

den Übertragungsnetz- und Verteilernetzbetreibern zu verlangen, die in Art. 59 der Richtlinie (EU) 2019/944 genannten Vertragsbedingungen, einschließlich der Tarife oder Methoden, zu ändern, damit sie gemäß Artikel 18 der Verordnung (EU) 2019/943 angemessen sind und diskriminierungsfrei angewendet werden. Angesichts der Einhaltung der Regelungen der Stromnetzentgeltverordnung und der Verursachungsgerechtigkeit der gleichmäßigen Entgeltberechnung ist nicht ersichtlich, dass die Bundesnetzagentur von ihren Befugnissen rechtsfehlerhaft keinen Gebrauch gemacht hätte.

45 cc) Dahinstehen kann, ob eine Überprüfung am Maßstab des Als-ob-Wettbewerbspreises (§ 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 EnWG) auch im Rahmen des § 21 EnWG Bedeutung erlangen kann (vgl. Säcker/Meinzenbach in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 21 EnWG Rn. 49), weil auch danach ein missbräuchliches Verhalten der Beteiligten nicht in Betracht kommt. Soweit sich aus den konkretisierenden energiewirtschaftsrechtlichen Bestimmungen und den Festlegungen der Bundesnetzagentur nichts anderes ergibt, besteht grundsätzlich ein Tarifgestaltungsspielraum der Netzbetreiber. Dementsprechend kann auch im Wege der Preismissbrauchsaufsicht keine schematische Übernahme der Tarifgestaltung anderer Netzbetreiber gefordert werden (vgl. im Einzelnen Beschluss vom 23. November 2021 - EnVR 91/20, z. Veröff. best., Rn. 51 bis 53).

46 C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG.

Kirchhoff

Roloff

Picker

Rombach

Vogt-Beheim

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 28.10.2020 - VI-3 Kart 842/19 (V) -