

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. März 2015 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg und die Richter Dr. Raum, Dr. Kirchhoff, Dr. Grüneberg und Dr. Bacher

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Betroffenen wird der am 29. Mai 2013 verkündete Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf aufgehoben.

Auf die Beschwerde der Betroffenen wird der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 31. Oktober 2011 (BK4-11-304) in Nr. 2 aufgehoben.

Die Bundesnetzagentur hat die Kosten des Beschwerde- und des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Betroffenen zu tragen.

Der Gegenstandswert wird auf 50.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

1 A. Die Betroffene betreibt ein Elektrizitätsversorgungsnetz.

2 Mit Beschluss vom 31. Oktober 2011 (BK4-11-304) hat die Bundesnetz-
agentur die Eigenkapitalzinssätze für Neu- und Altanlagen für die Dauer der
zweiten Periode der Anreizregulierung festgelegt. Unter Nr. 2 des Beschluss-
tenors hat sie ausgesprochen, die Festlegung stehe unter dem Vorbehalt des
Widerrufs.

3 Mit ihrer Beschwerde hat die Betroffene in erster Linie die Aufhebung
dieses Widerrufsvorbehalts begehrt.

4 Die Bundesnetzagentur ist der Beschwerde entgegengetreten. In der
mündlichen Verhandlung vor dem Beschwerdegericht hat sie erklärt, mit dem
Widerrufsvorbehalt solle ausschließlich deklaratorisch die ihr zustehende Abän-
derungskompetenz nach § 29 Abs. 2 EnWG bestätigt werden.

5 Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen
wendet sich die Betroffene mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen
Rechtsbeschwerde. Die Bundesnetzagentur tritt dem Rechtsmittel entgegen.

6 B. Die zulässige Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung des angefoch-
tenen Vorbehalts.

7 I. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie
folgt begründet:

8 Dem angefochtenen Widerrufsvorbehalt komme kein eigenständiger Re-
gelungsgehalt zu. Die Bundesnetzagentur habe in den Gründen ihrer Entschei-
dung ausgeführt, der Vorbehalt solle insbesondere den Fall erfassen, dass sich
die festgelegten Zinssätze im Hinblick auf neue gesetzlich vorgesehene Instru-
mente wie zum Beispiel einen Risikozuschlag ("adder") als nicht mehr ange-

messen erwiesen. Damit habe sie zum Ausdruck gebracht, dass der Vorbehalt nur eine Anpassung an veränderte sachliche oder rechtliche Umstände ermöglichen solle, die das Fachrecht in § 29 Abs. 2 EnWG ohnehin vorsehe. Diese Änderungsbefugnis gelte auch für die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze. Der Umstand, dass die Festlegung gemäß § 7 Abs. 6 StromNEV vor Beginn der Regulierungsperiode und für deren gesamte Dauer zu erfolgen habe, führe nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Die Frage, ob der Widerrufsvorbehalt mit § 36 VwVfG vereinbar sei, stelle sich damit nicht.

9 II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

10 1. Zu Recht hat das Beschwerdegericht den Widerrufsvorbehalt als selbständig anfechtbar angesehen, weil es sich hierbei um eine Nebenbestimmung handelt, die von der Festlegung der Zinssätze trennbar ist (vgl. BGH, Beschluss vom 14. August 2008 - KVR 36/07, RdE 2008, 337 Rn. 91 - Stadtwerke Trier; Beschluss vom 15. Mai 1984 - KVR 11/83, BGHZ 91, 178, 179 - Wettbewerbsregeln; BVerwGE 112, 221, 224; BVerwGE 112, 263, 265).

11 2. Keiner Entscheidung bedarf die Frage, ob sich die Bundesnetzagentur mit der angefochtenen Nebenbestimmung lediglich Änderungen vorbehalten hat, die gemäß § 29 Abs. 2 EnWG zulässig sind, oder ob sie darüber hinausgehende Änderungsbefugnisse in Anspruch genommen hat. Unabhängig von dieser Frage kann der Vorbehalt jedenfalls deshalb keinen Bestand haben, weil er nicht hinreichend deutlich erkennen lässt, unter welchen Voraussetzungen ein Widerruf möglich sein soll.

12 a) Für die Auslegung einer behördlichen Entscheidung ist gemäß §§ 133, 157 BGB nicht der innere Wille der erlassenden Behörde maßgebend, sondern allein der erklärte Wille, wie ihn der Empfänger bei objektiver Würdigung verstehen konnte (BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010 - EnVR 52/09, RdE 2011, 59 Rn. 12 - GABi Gas; BVerwGE 126, 149 Rn. 52). Hierbei ist nicht

nur der Tenor der Entscheidung von Bedeutung. Dieser ist vielmehr im Lichte der Begründung auszulegen (BGH, Beschluss vom 10. Februar 2009 - KVR 67/07, BGHZ 180, 323 Rn. 41 - Gaslieferverträge; Beschluss vom 14. März 1990 - KVR 4/88, BGHZ 110, 371, 377 - Sportübertragungen).

13 b) Das Beschwerdegericht, dessen Auslegung im Rechtsbeschwerdeverfahren der uneingeschränkten Überprüfung unterliegt (vgl. zum Revisionsverfahren BGH, Urteil vom 22. September 2009 - XI ZR 286/08, NJW 2010, 144 Rn. 20; BGH, Urteil vom 9. Dezember 1982 - III ZR 106/81, BGHZ 86, 104, 110; BVerwGE 135, 209 Rn. 18), hat diese Grundsätze zwar im Ansatz zutreffend herangezogen. Es hat jedoch nicht hinreichend beachtet, dass dem Vorbehalt auch dann ein eigenständiger Regelungsgehalt zukommt, wenn die Bundesnetzagentur damit keine weitergehenden Rechte in Anspruch genommen hat, als dies in § 29 Abs. 2 EnWG vorgesehen ist.

14 aa) Zutreffend ist das Beschwerdegericht allerdings davon ausgegangen, dass ein Widerrufsvorbehalt, der sich in der Bezugnahme auf eine unmittelbar im Gesetz vorgesehene Widerrufsmöglichkeit erschöpft, im Einzelfall als bloßer Hinweis auf die bestehende Gesetzeslage anzusehen sein kann (vgl. dazu BVerwGE 71, 48, 50; BVerwGE 124, 47, 51). Ein Hinweis dieses Inhalts ist weder ein Verwaltungsakt im Sinne von § 35 VwVfG (BVerwGE 71, 48, 50) noch eine mit der Beschwerde anfechtbare Entscheidung im Sinne von § 75 Abs. 1 EnWG. Seine Funktion erschöpft sich darin, die von der Entscheidung Betroffenen frühzeitig auf eine kraft Gesetzes bestehende Widerrufsmöglichkeit aufmerksam zu machen und die eventuelle Entstehung eines Vertrauenstatbestands - die bei unmittelbar im Gesetz vorgesehenen Widerrufsgründen im Hinblick auf § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 6 Satz 1 VwVfG ohnehin nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt - zu vermeiden.

15 bb) Ebenfalls noch zutreffend ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass der angefochtene Vorbehalt sich nicht in einem solchen Hinweis erschöpft.

16 Das Beschwerdegericht hat zwar ausgeführt, der Widerrufsvorbehalt habe rein deklaratorischen Charakter und enthalte nur einen Hinweis auf die ohnehin bestehende Rechtslage. Dennoch hat es die auf Aufhebung des Vorbehalts gerichtete Beschwerde nicht als unzulässig verworfen, sondern sich mit der Frage befasst, ob eine Festlegung der Eigenkapitalzinssätze gemäß § 7 Abs. 6 StromNEV der in § 29 Abs. 2 EnWG vorgesehenen Änderungsmöglichkeit unterliegt. Damit ist das Beschwerdegericht, wie die Rechtsbeschwerde zutreffend aufzeigt, implizit davon ausgegangen, dass der Vorbehalt doch eine eigenständige Regelung enthält, nämlich die verbindliche Feststellung, dass die getroffene Festlegung in den Anwendungsbereich von § 29 Abs. 2 EnWG fällt.

17 Diese Auslegung ist zutreffend. Sie wird bereits durch den Umstand nahegelegt, dass der Widerrufsvorbehalt in den Tenor der behördlichen Entscheidung aufgenommen wurde. Für sie spricht ferner, dass sich weder im Tenor noch in der Begründung ein Hinweis auf § 29 Abs. 2 EnWG oder auf eine sonstige gesetzliche Vorschrift findet, aus der sich unmittelbar eine Änderungsbezugnis ergibt. Vor diesem Hintergrund ist dem Umstand, dass sich die Bundesnetzagentur einen Widerruf ausdrücklich "vorbehalten" hat, zu entnehmen, dass sie die Frage, ob eine spätere Änderung der Entscheidung überhaupt in Betracht kommt, jedenfalls für den Fall der Einführung eines gesetzlichen Risikozuschlags vorab verbindlich entscheiden und damit einen späteren Streit über die Anwendbarkeit von § 29 Abs. 2 EnWG ausschließen wollte.

- 18 c) Eine Nebenbestimmung dieses Inhalts kann weder auf § 29 Abs. 1 oder 2 EnWG noch auf eine sonstige Ermächtigungsgrundlage gestützt werden. Sie ist vielmehr rechtswidrig, weil sie die Voraussetzungen, unter denen ein Widerruf der getroffenen Festlegung möglich sein soll, nicht hinreichend bestimmt festlegt.
- 19 aa) § 29 Abs. 2 EnWG ermächtigt die Regulierungsbehörde, eine getroffene Festlegung nachträglich zu ändern, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass sie weiterhin den für sie einschlägigen Voraussetzungen entspricht. Ob sich hieraus über den Wortlaut der Vorschrift hinaus auch die Befugnis ergibt, schon bei Erlass der ursprünglichen Entscheidung durch einen Widerrufs- oder Änderungsvorbehalt verbindlich festzulegen, dass die getroffene Entscheidung in den Anwendungsbereich des § 29 Abs. 2 EnWG fällt, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Ein solcher Vorbehalt wäre allenfalls dann zulässig, wenn darin die Voraussetzungen, unter denen ein Widerruf oder eine Änderung möglich bleiben soll, hinreichend konkret festgelegt werden. Dieser Anforderung wird der angefochtene Vorbehalt nicht gerecht.
- 20 Mit der als möglich dargestellten Einführung gesetzlicher Risikozuschläge wird zwar eine Konstellation beschrieben, in der eine Änderung der Zinssätze "insbesondere" zulässig sein soll. Daraus geht aber nicht hervor, dass die Einführung solcher Zuschläge unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung stets eine Änderungsmöglichkeit eröffnen soll, und es werden auch keine Kriterien dafür benannt, die eine solche Möglichkeit begründen können. Vielmehr wird ausgeführt, Art und Umfang möglicher Zuschläge seien noch nicht absehbar. Damit sind die Voraussetzungen für einen Widerruf nicht hinreichend bestimmt festgelegt. Dem angefochtenen Vorbehalt ist vielmehr zu entnehmen, dass sich die Bundesnetzagentur für den Fall der Einführung von gesetzlichen Risikozuschlägen und für weitere, nicht im einzelnen benannte Konstellationen alle Möglichkeiten offenhalten, sich aber gerade noch nicht in der einen oder anderen Richtung festlegen wollte.

- 21 Ein solcher Vorbehalt ist schon deshalb unzulässig, weil er einerseits darauf gerichtet ist, das Bestehen einer im Gesetz abstrakt vorgesehenen Widerrufsmöglichkeit verbindlich festzulegen, zugleich aber nicht erkennen lässt, wie weit diese Bindungswirkung reichen soll. Der von einer solchen Entscheidung Betroffene muss damit rechnen, dass er sich gegenüber einem später ausgesprochenen Widerruf nicht mehr mit inhaltlichen Einwendungen zur Wehr setzen kann, wenn er den Vorbehalt in Bestandskraft erwachsen lässt. Wenn er bereits den Vorbehalt anfecht, kann er inhaltliche Einwendungen zur Anwendbarkeit und zur tatbestandlichen Reichweite von § 29 Abs. 2 EnWG allenfalls auf einer abstrakten Ebene geltend machen, weil der Vorbehalt gerade nicht erkennen lässt, für welche konkreten Fallgestaltungen ein Widerruf möglich sein soll. Damit würden die Rechtsschutzmöglichkeiten in nicht mehr zumutbarer Weise eingeschränkt.
- 22 bb) Vor diesem Hintergrund kann der angefochtene Vorbehalt auch nicht auf § 36 VwVfG gestützt werden.
- 23 Dabei kann offen bleiben, ob die Anwendung von § 36 VwVfG bei der Festlegung der Eigenkapitalzinssätze gemäß § 7 Abs. 6 StromNEV in Betracht kommt. Auch nach § 36 VwVfG wäre ein Widerrufsvorbehalt allenfalls dann zulässig, wenn die Voraussetzungen, unter denen der Widerruf möglich sein soll, hinreichend bestimmt festgelegt werden. Dieser Anforderung wird der angefochtene Vorbehalt aus den bereits dargelegten Gründen nicht gerecht.
- 24 3. Die von der Rechtsbeschwerde eingehend behandelte und vom Beschwerdegericht bejahte Frage, ob eine Festlegung der Eigenkapitalzinssätze gemäß § 7 Abs. 6 StromNEV überhaupt einer Änderung nach § 29 Abs. 2 EnWG zugänglich ist, bedarf mithin keiner Entscheidung.

25 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG, die Festsetzung des Gegenstandswerts auf § 50 Abs. 1 Satz 1 GKG und § 3 ZPO.

Limperg

Raum

Kirchhoff

Grüneberg

Bacher

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 29.05.2013 - VI-3 Kart 462/11 (V) -