

## Beglaubigte Abschrift

VI-3 Kart 884/19 [V]



Verkündet am: 07.10.2020

...

## Oberlandesgericht Düsseldorf

### Beschluss

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 19.08.2020 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Frister und die Richterinnen am Oberlandesgericht Pastohr und Dr. Webler

#### **b e s c h l o s s e n :**

Der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 26.11.2019, Az. BK8-19/00766-61, wird aufgehoben.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beschwerdeführerin trägt die Bundesnetzagentur.

Der Beschwerdewert wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird zugelassen.

#### **Gründe:**

**A.**

Die Beschwerdeführerin ist eine Elektrizitätsverteilernetzbetreiberin. Ihr Netzgebiet weist ... Entnahmestellen auf. Mit Einführung des Messstellenbetriebsgesetzes (MsbG) im Jahr 2016 wurde sie grundzuständige Messstellenbetreiberin i.S.d. § 2 S. 1 Nr. 4 MsbG. Eine Übertragung der Grundzuständigkeit auf ein anderes Unternehmen ist bislang nicht erfolgt.

Mit Informationsschreiben vom 13.05.2019 forderte die Bundesnetzagentur alle grundzuständigen Netzbetreiber zur Übermittlung eines separaten Tätigkeitsabschlusses für den Messstellenbetrieb für moderne Messeinrichtungen und intelligente Messsysteme (im Folgenden: modernden Messstellenbetrieb) über das Energiedatenportal auf. Dem kam die Beschwerdeführerin nicht nach. Die Bundesnetzagentur eröffnete deshalb am 01.08.2019 von Amts wegen ein Verwaltungsverfahren nach § 76 Abs. 2 MsbG in Form einer Aufsichtsmaßnahme gegen die Beschwerdeführerin zur Aufstellung von Tätigkeitsabschlüssen für den grundzuständigen modernen Messstellenbetrieb nach § 3 Abs. 4 S. 2 MsbG. Mit Schreiben vom 30.09.2019 hörte sie die Beschwerdeführerin in der Sache an, die mit Schreiben vom 15.10.2019 Stellung nahm.

Durch den angefochtenen Beschluss vom 26.11.2019 (Az. BK8-19/00766-61, Anlage Bf 1) hat die Bundesnetzagentur die Beschwerdeführerin dazu verpflichtet, einen Tätigkeitsabschluss für den modernen Messstellenbetrieb aufstellen und prüfen zu lassen (Tenorziffer 1) und den Tätigkeitsabschluss unverzüglich nach Feststellung des Jahresabschlusses an sie zu übersenden, wobei eine Verpflichtung der Beschwerdeführerin zur Offenlegung des Tätigkeitsabschlusses nach Tenorziffer 1 nicht erfolgte (Tenorziffer 2). Die Verpflichtungen nach Tenorziffer 1 und 2 sollen nach Tenorziffer 3 auf Jahresabschlüsse anzuwenden sein, die ab dem nächsten Bilanzstichtag für das Geschäftsjahr 2019 aufgestellt werden. Zur Begründung ihrer auf § 76 MsbG gestützten Zuständigkeit hat sie ausgeführt, dass eine Kompetenz der Landesregulierungsbehörden für Aufsichtsmaßnahmen zu den Vorgaben des MsbG nach dem Wortlaut des § 76 MsbG ausgeschlossen sei, die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur sei von jeher allumfassend ausgelegt. Da zudem in der Gesetzesbegründung klargestellt sei, dass mit dem neuen Ansatz zur Kostenregulierung mit Preisobergrenzen keine zusätzlichen Aufgaben für die Landesverwaltung verbunden seien, könne es sich bei dem in

§ 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG enthaltenen Verweis auf § 54 EnWG nur um ein Redaktionsversehen handeln, zumal der Verweis auf die Zuständigkeitsregelung in der Gesetzesbegründung nicht erläutert werde.

Hiergegen richtet sich die am 30.12.2019 erhobene Beschwerde der Beschwerdeführerin. Ihren mit der Beschwerdeschrift gestellten Antrag, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde anzuordnen, hat der Senat durch Beschluss vom 30.01.2020, auf den wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird, zurückgewiesen.

Die Beschwerdeführerin trägt vor, dass nicht die Bundesnetzagentur, sondern die Landesregulierungsbehörde Schleswig-Holstein für die Anordnung einer Aufsichtsmaßnahme zur Durchsetzung der in Rede stehenden Rechtspflicht der Beschwerdeführerin zuständig sei, da § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG auf § 54 EnWG verweise und diese Vorschrift als spezielle Zuständigkeitsregelung die allgemeine Zuständigkeitsregelung in § 76 Abs. 2 MsbG verdränge. Dass der Verweis auf § 54 EnWG kein redaktionelles Versehen sei, folge eindeutig aus der Gesetzeshistorie.

Hiervon abgesehen fehle es auch an einer tauglichen Rechtsgrundlage für die ihr auferlegte Verpflichtung zur Erstellung und Prüfung eines Tätigkeitsabschlusses für den modernen Messstellenbetrieb. Eine solche Pflicht könne nicht auf § 3 Abs. 4 S. 2 MsbG und den dort enthaltenen Verweis auf §§ 6b, 6c und 54 EnWG gestützt werden. Weder nach dem Wortlaut der Vorschriften noch nach deren Sinn und Zweck sei ein gesonderter Tätigkeitsabschluss für den modernen Messstellenbetrieb erforderlich. Ein solcher sei auch systematisch nicht geboten. Die Auslegung der Bundesnetzagentur erfolge offensichtlich contra legem und verstoße gegen das verfassungsrechtlich gewährleistete Bestimmtheitsgebot und das Gebot des Vorbehalts des Gesetzes. Zudem sei der angefochtene Beschluss mit zahlreichen Ermessensfehlern behaftet und es liege weder eine Wiederholungs- noch eine Erstbegehungsgefahr vor.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 26.11.2019, Az. BK8-19/00766-61 aufzuheben.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, ihre Zuständigkeit folge aus den im angefochtenen Beschluss dargelegten Gründen aus § 76 MsbG. Auch die Bundesländer hätten keinen Zweifel an der alleinigen Zuständigkeit der Bundesnetzagentur, wie etwa aus der E-Mail der Regulierungskammer des Freistaates Bayern vom 08.10.2019 (Anlage BG 1, Bl. 250 f. GA) hervorgehe.

Die Beschwerdeführerin habe zudem eine Rechtspflicht aus dem MsbG verletzt, da sie zur Vorlage eines gesonderten Tätigkeitsabschlusses für den modernen Messstellenbetrieb verpflichtet sei. Dies folge aus einer Auslegung der Verweisungs- und Bezugsnorm unter Berücksichtigung des vorgegebenen Ziels (Vermeidung von Diskriminierung und Quersubventionierung) ebenso wie des vorgesehenen Wegs dorthin (buchhalterische Entflechtung). Auch systematische Gründe sprächen für die Erforderlichkeit eines separaten Tätigkeitsabschlusses. Die angefochtene Entscheidung sei ermessensfehlerfrei, insbesondere stehe der verfolgte Zweck, mittels Durchsetzung einer gesetzlichen Pflicht zur Transparenz beizutragen, nicht außer Verhältnis zur Belastung der Beschwerdeführerin mit einem Tätigkeitsabschluss.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen.

## **B.**

Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie als Anfechtungsbeschwerde nach § 75 Abs. 1, § 78 Abs. 1 und Abs. 2, § 83 Abs. 2 EnWG statthaft. Sie ist auch begründet. Es fehlt bereits an der erforderlichen Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die auf § 76 Abs. 2 MsbG gestützte Aufsichtsmaßnahme.

**I.** Zwar kann nach § 76 Abs. 2 EnWG die Bundesnetzagentur, wenn ein Unternehmen oder eine Vereinigung von Unternehmen seinen Verpflichtungen nach dem

MsbG oder den auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen nicht nachkommt, die Maßnahmen zur Einhaltung der Verpflichtungen anordnen. § 76 MsbG stellt damit ein spezifisches Aufsichtsverfahren dar, das dem Aufsichtsverfahren nach § 65 EnWG ausdrücklich nachgebildet ist. Die Vorschrift sorgt nach der Gesetzesbegründung (BR-Drs. 18/7555, S. 110) für eine entsprechende Geltung des Missbrauchsverbots aus § 30 Abs. 1 Nr. 1-3 EnWG für grundzuständige Messstellenbetreiber, ohne dass dies inhaltlich eine Einschränkung erfahren würde.

**II.** Im Anwendungsbereich des § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG richtet sich die regulierungsbehördliche Zuständigkeit indes abweichend hiervon nach der allgemeinen Zuständigkeitsregelung des EnWG. Dies folgt aus dem in § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG enthaltenen Verweis auf § 54 EnWG.

Durch den in § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG enthaltenen Verweis auf § 54 EnWG wird eine von § 76 MsbG abweichende Regelung ausschließlich für die in der Verweisungsnorm angeordnete buchhalterische Entflechtung getroffen. Damit liegt zwar eine Abweichung vom Gesamtkonzept der Zuständigkeitszuweisung im MsbG (Allzuständigkeit der Bundesnetzagentur) vor. Dafür, dass es sich bei der Bezugnahme auf § 54 EnWG um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers handelt, für die buchhalterische Entflechtung nach § 3 Abs. 4 S. 2 MsbG auf die allgemeine Zuständigkeitsregelung nach dem EnWG und nicht auf die Zuständigkeitsregelung nach dem MsbG zurückzugreifen, spricht indes entscheidend die Gesetzeshistorie. Im Referentenentwurf des Gesetzes zur Digitalisierung der Energiewende (abrufbar unter [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de), S. 28 f.) war der Verweis auf § 54 EnWG noch nicht enthalten, so dass die buchhalterische Entflechtung des modernen Messstellenbetriebs unzweifelhaft in den Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur nach § 76 MsbG gefallen wäre. Allerdings hat das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie in seiner Stellungnahme auf den Referentenentwurf vom 14.10.2015 (abrufbar unter [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de)) sodann mit Blick auf die Zuständigkeit für die Überwachung der Entflechtungsvorgaben darauf verwiesen, dass diese im EnWG zwischen der Bundesnetzagentur und der Landesregulierungsbehörde aufgeteilt sei, und angeregt, für den Fall des grundzuständigen Messstellenbetriebs durch einen Netzbetreiber eine entsprechende Anwendung des § 54 EnWG ausdrücklich in § 3 Abs. 4 MsbG-E anzuordnen und die Begründung entsprechend zu ergänzen. Diese Anordnung richtet sich unmissverständlich darauf, die Überwachung und Durchsetzung der entflechtungsrechtlichen Vorgaben im modernen Messstellenbetrieb nicht der Allzuständigkeit der

Bundesnetzagentur zuzuordnen, sondern abweichend hiervon die Zuständigkeit für die Aufsicht über die entflechtungsrechtlichen Vorgaben nach der allgemeinen Zuständigkeitsregelung des EnWG zu bestimmen.

In der Folge ist der Verweis auf § 54 EnWG ergänzt worden, ohne dass sich hierfür – soweit ersichtlich – aus einer der anderen Stellungnahmen auf den Referentenentwurf, insbesondere denen der zuständigen Ministerien anderer Bundesländer, ein anderer Anlass als die aufgeführte Anregung entnehmen ließe. Dies lässt nur den Schluss zu, dass die in der Gesetzesbegründung nicht näher erläuterte Änderung auf die Anregung des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie zurückgeht. Es entspricht somit dem Willen des Gesetzgebers, die Überwachung der Vorgaben zur buchhalterischen Entflechtung auch im Anwendungsbereich des § 3 Abs. 4 S. 2 MsbG abweichend von § 76 MsbG der allgemeinen Zuständigkeitsregelung des § 54 EnWG zu unterwerfen. Soweit es in der Gesetzesbegründung bezogen auf den mit dem Gesetz verbundenen Erfüllungsaufwand für die Verwaltung heißt, dass neue Aufgaben für die Landesverwaltung nicht vorgesehen sind (BT-Drs. 18/7555, S. 10), führt dies nicht zu einer anderen Bewertung, da durch den Verweis auf § 54 EnWG lediglich eine bestehende Zuständigkeit im Bereich der Entflechtung erweitert wird. Auf die Auslegung, die die Verweisungsnorm durch Regierungsbehörden erfährt, kommt es im Übrigen nicht an.

Der Senat hält deshalb für das Hauptsacheverfahren an seinen Erwägungen im Eilbeschluss vom 30.01.2020 (S. 9 f., Bl. 99 f. GA), in dem er noch ohne Berücksichtigung des Ablaufs des Gesetzgebungsverfahrens bei der gebotenen summarischen Prüfung ausreichende Anhaltspunkte dafür erkannt hat, dass der Verweis auf § 54 EnWG ein redaktionelles Versehen darstellt, nicht fest.

**III.** Da nach § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG i.V.m. § 54 Abs. 2 Nr. 4 EnWG die Landesregulierungsbehörde für die Überwachung der Vorschriften zur Entflechtung nach § 6 Abs. 1 i.V.m. §§ 6a bis 7a EnWG zuständig ist, soweit Energieversorgungsunternehmen betroffen sind, an deren Elektrizitäts- oder Gasverteilernetz jeweils weniger als 100 000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind, und diese Voraussetzungen im Streitfall unstreitig vorliegen, ist nicht die Bundesnetzagentur, sondern die Landesregulierungsbehörde Schleswig-Holstein für die streitgegenständliche Aufsichtsmaßnahme zuständig.

**C.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG. Es entspricht billigem Ermessen, die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Bundesnetzagentur aufzuerlegen, da diese in der Hauptsache unterlegen ist. Dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Eilantrag keinen Erfolg hatte, führt zu keiner anderen Kostenfolge, da die wirtschaftlichen Konsequenzen aus dem streitgegenständlichen Rechtsverhältnis nicht maßgeblich durch den begehrten Eilrechtsschutz determiniert werden.

Die Festsetzung des Beschwerdewertes findet ihre Grundlage in § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO und beruht mangels einer konkreten Bezifferbarkeit des wirtschaftlichen Interesse des Beschwerdewertes auf einer pauschalen Schätzung im Einvernehmen mit den Verfahrensbeteiligten.

**D.**

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung haben (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG).

**Rechtsmittelbelehrung:**

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die

technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder ([www.justiz.de](http://www.justiz.de)) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).

Frister

Pastohr

zugleich für RichterIn am Oberlandesgericht  
Dr. Webler, die urlaubsabwesend ist

Beglaubigt

Urakundsbeamter/in der Geschäftsstelle  
Oberlandesgericht Düsseldorf

