



## OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

### BESCHLUSS

#### **In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache**

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., die Richterin am Oberlandesgericht vR. und die Richterin am Oberlandesgericht A.

am 22. März 2013

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

Die Beschwerde der Antragstellerin vom 25. Juli 2012 gegen die Festlegung der Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur vom 31. Oktober 2011– Aktenzeichen: BK 4-11-304 - wird als unzulässig verworfen.

Die Beschwerdeführerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur zu tragen.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 50.000 € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

### **Gründe:**

#### **A.**

Die Beschwerdeführerin ist ein regionales Strom- und Gasversorgungsunternehmen in B.

Mit ihrer Beschwerde vom 25. Juli 2012, die am selben Tage vorab per Telefax eingegangen ist, wendet sie sich gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 31. Oktober 2011, durch den diese die Eigenkapitalzinssätze für Alt- und Neuanlagen für Betreiber von Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen für die Dauer der zweiten Regulierungsperiode festgelegt hat.

Im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 21/2011 vom 2. November 2011, S. 3834 sind der Tenor der Festlegung, eine Rechtsbehelfsbelehrung sowie ein Hinweis auf die Veröffentlichung der vollständigen Festlegung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur und auf die Zustellungsfiktion des § 73 Abs. 1a Satz 3 EnWG bekannt gemacht worden.

In der veröffentlichten Mitteilung Nr. 817/2011 heißt es zu den Hinweisen und der Rechtsmittelbelehrung auszugsweise:

„Die vollständige Entscheidung kann auf der Homepage der Bundesnetzagentur ([www.bundesnetzagentur.de](http://www.bundesnetzagentur.de) Beschlusskammer 4) abgerufen werden. Gemäß § 73 Abs. 1a EnWG ergeht hiermit der Hinweis, dass die Festlegung mit dem Tag als zugestellt gilt, an dem seit dem Tag der Bekanntmachung im Amtsblatt der Bundesnetzagentur zwei Wochen verstrichen sind.

Gegen diese Entscheidung ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit der Zustellung der Entscheidung beginnenden Frist von einem Monat bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn (Postanschrift: Postfach 80 01, 53105 Bonn) einzureichen. Zur Fristwahrung genügt jedoch, wenn die Beschwerde innerhalb dieser Frist bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf eingeht.

.....“

Nachdem die Bundesnetzagentur darauf hingewiesen hatte, dass die Beschwerdefrist nicht eingehalten sei, hat die Beschwerdeführerin geltend gemacht, die Frist für die Beschwerdeeinlegung sei noch nicht abgelaufen, weil die Rechtsmittelbelehrung fehlerhaft sei. Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur gelte die Festlegung nicht schon mit der Veröffentlichung im Amtsblatt als bekannt gemacht, sondern erst nach Ablauf der 3-Tages-Fiktion des § 73 Abs. 1a EnWG i.V.m. § 41 Abs. 2 Satz 2 VwVfG. Unter Berücksichtigung dessen sei auch die Zweiwochenfrist für die Zustellungsfiktion nicht schon mit der eigentlichen Bekanntmachung am 2. November 2011, sondern erst drei Tage später, also am 5. November 2011, in Lauf gesetzt worden. Dies habe zur Folge, dass die Zustellung der streitgegenständlichen Festlegung erst am 19. November 2011 fingiert werde. Auf diesen Umstand habe die Bundesnetzagentur nicht hingewiesen bzw. ihn übersehen. Die insoweit unrichtige Rechtsmittelbelehrung begründe eine Rechtsmittelfrist von einem Jahr, innerhalb derer sie die Beschwerde eingereicht habe.

Die Bundesnetzagentur bittet, die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen. Die Beschwerdefrist sei nicht eingehalten. Die Rechtsbehelfsbelehrung sei ordnungsgemäß, denn für die Zustellung der Festlegung sei allein § 73 Abs. 1a Satz 3 EnWG einschlägig, auf den in der Veröffentlichung hingewiesen worden sei. Der in Satz 4 a.F. weiter in Bezug genommene § 41 Abs. 2 Satz 2 VwVfG sei für die Zustellung der Festlegung nicht von Belang, da er nur im – hier nicht einschlägigen - Falle der elektronischen Übermittlung eines Verwaltungsakts Anwendung finde.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

**B.**

Die Beschwerde ist unzulässig und daher – ohne mündliche Verhandlung – zu verwerfen. Da eine Entscheidung in der Sache selbst nicht ergeht, kann der Senat ohne mündliche Verhandlung entscheiden (vgl. Senat, Beschlüsse vom 26.09.2008, VI-3 Kart 38/08 (V) und vom 30.01.2008, VI-3 Kart 212/07 (V); Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., 2010, Rdnr. 1 zu § 81; Salje, EnWG, 2006, Rdnr. 4 zu § 81). Der § 81 Abs. 1 EnWG zu entnehmende Grundsatz, dass aufgrund mündlicher Verhandlung zu entscheiden ist, gilt nur für eine Entscheidung „über die Beschwerde“ und damit nicht für ihre Verwerfung wegen Unzulässigkeit.

Die Beschwerde ist unzulässig, da sie erst am 25. Juli 2012 und damit nicht binnen der Frist von einem Monat ab Zustellung der Entscheidung eingegangen ist (§ 78 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 EnWG).

1. Gemäß § 73 Abs. 1 Satz 1 EnWG ist die Regulierungsbehörde verpflichtet, ihre mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Entscheidungen nach den Vorschriften des VwZG des Bundes förmlich zuzustellen. § 73 Abs. 1a EnWG sieht für Festlegungen oder sie ändernde Beschlüsse nach § 29 Abs. 1, Abs. 2 EnWG ergänzend dazu vor, dass die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden kann. Letztere wird dadurch bewirkt, dass der verfügende Teil der Festlegung oder des Änderungsbeschlusses, die Rechtsbehelfsbelehrung und ein Hinweis auf die Veröffentlichung der vollständigen Entscheidung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur in ihrem Amtsblatt bekannt gemacht werden. Mit Ablauf einer Frist von zwei Wochen seit dem Tag der Bekanntmachung im Amtsblatt gilt die Festlegung oder der Änderungsbeschluss als zugestellt; darauf ist in der Bekanntmachung – aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit - ebenfalls hinzuweisen.

Mit dieser Regelung, die mit Wirkung vom 4. August 2011 in Kraft getreten ist, will der Gesetzgeber die Zustellung von Festlegungen, die gegenüber einer Gruppe oder allen Marktteilnehmern getroffen werden soll, erleichtern (BR-Drs. 17/6072, S. 174). Damit trägt er dem Umstand Rechnung, dass die individuelle, unterneh-

mensbezogene Zustellung in Massenverfahren nicht zweckmäßig ist, weil sie einen erheblichen Aufwand verursacht. Zugleich sollen mögliche Fehlerquellen vermindert werden. Das allgemeine Verfahrensrecht sieht in §§ 69 Abs. 2 Satz 3 - 5, 74 Abs. 5 VwVfG vergleichbare Regelungen für Massenverfahren vor; in Fachgesetzen wird die entsprechende Anwendung dieser Regelungen, mit denen die Einzelzustellung durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt wird, angeordnet (s. etwa § 10 Abs. 8 BImSchG, § 6 Abs. 5 LuftVG, § 22 UVPG).

2. Die Zustellung der Festlegung der Bundesnetzagentur ist entsprechend § 73 Abs. 1a EnWG durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt worden. Diese ist – wie in Satz 2 der Neuregelung vorgesehen – dadurch bewirkt worden, dass der verfügbare Teil der Festlegung, die Rechtsbehelfsbelehrung und ein Hinweis auf die Veröffentlichung der vollständigen Entscheidung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur in ihrem Amtsblatt vom 2. November 2011 bekannt gemacht worden sind. An die so bewirkte öffentliche Bekanntmachung knüpft die Fiktion der Zustellung in Satz 3 an, indem die am 2. November 2011 bekannt gemachte Entscheidung „mit dem Tag als zugestellt gilt, an dem seit dem Tag der Bekanntmachung im Amtsblatt der Bundesnetzagentur zwei Wochen verstrichen sind“. Die mit einer Rechtsmittelbelehrung versehene Festlegung der Bundesnetzagentur ist den betroffenen Netzbetreibern damit am 16. November 2011 wirksam zugestellt worden.

3. Fehlt der Einwand der Betroffenen, mit Blick auf § 73 Abs. 1a Satz 4 EnWG in der im Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblichen Fassung, gelte die Festlegung erst am 5. November 2011 als bekannt gemacht, so dass sie erst am 19. November 2011 als zugestellt gelte. Die Fiktion der Zustellung knüpft allein an den Tag der (öffentlichen) Bekanntmachung im Amtsblatt der Bundesnetzagentur, hier also an den 2. November 2011, an, denn durch diese wird die öffentliche Bekanntmachung der Festlegung bewirkt.

Dass § 73 Abs. 1a Satz 4 EnWG in der bis zum 27. Dezember 2012 geltenden Fassung die entsprechende Anwendung des § 41 Abs. 2 Satz 2 VwVfG vorsieht, ändert daran nichts. Danach gilt ein Verwaltungsakt, der im Inland oder in das Ausland elektronisch übermittelt wird, am dritten Tage nach der Absendung als bekannt gegeben. Dieser Verweis kann entgegen der Auffassung der Betroffenen

keinen Einfluss auf den Zeitpunkt der Zustellung haben, die durch die öffentliche Bekanntmachung der Festlegung ersetzt wird. Die Zustellungsfiktion knüpft – wie schon ausgeführt - an den Tag der (öffentlichen) Bekanntmachung im Amtsblatt der Bundesnetzagentur, hier also den 2. November 2011, an. Die öffentliche Bekanntmachung wird – so § 71 Abs. 1a Satz 2 EnWG - dadurch bewirkt, dass im Amtsblatt der Bundesnetzagentur der verfügende Teil der Festlegung, die Rechtsbehelfsbelehrung und der Hinweis auf die Veröffentlichung der vollständigen Entscheidung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur bekannt gemacht werden. Die Bekanntgabefiktion des § 41 Abs. 2 Satz 2 VwVfG hat schon nach dem Wortlaut des § 71 Abs. 1a EnWG darauf keinen Einfluss.

Der Verweis auf § 41 Abs. 2 Satz 2 VwVfG kann auch nach seiner systematischen Stellung keine Bedeutung für die Bekanntmachungsfiktion haben, an die die Zustellungsfiktion anknüpft. Die Norm bezieht sich nur auf die – nicht förmliche - elektronische Bekanntgabe von Verwaltungsakten, während der Gesetzgeber in § 73 Abs. 1 EnWG die förmliche Zustellung der Entscheidungen der Regulierungsbehörde nach den Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes vorsieht. Soweit es die Regelungen zum Ersatz der – förmlichen - Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung angeht, wäre daher allenfalls Raum für eine entsprechende Anwendung der in § 41 Abs. 4 VwVfG vorgesehenen Regelungen, da diese die öffentliche Bekanntgabe von Verwaltungsakten und daher ebenfalls eine den Betroffenen gegenüber nicht konkret-individuell erfolgende Bekanntgabe betreffen. Dafür, dass es sich insoweit um einen fehlerhaften Verweis auf die Norm des § 41 Abs. 2 Satz 2 VwVfG handelt, spricht im Übrigen auch die vom Gesetzgeber nachträglich vorgenommene Änderung. Durch das Dritte Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften ist die Verweisung mit Wirkung vom 28. Dezember 2012 dahin geändert worden, dass nicht § 41 Abs. 2 Satz 2 VwVfG, sondern § 41 Abs. 4 Satz 4 VwVfG entsprechend gilt. § 41 Abs. 4 VwVfG, der die öffentliche Bekanntgabe von Verwaltungsakten betrifft, sieht in dem maßgeblichen Satz 4 vor, dass in einer Allgemeinverfügung ein von der Bekanntmachungsfiktion abweichender Tag, jedoch frühestens der auf die Bekanntmachung folgende Tag bestimmt werden kann. Zur Begründung dieser Änderung hat der Gesetzgeber angeführt, dass es sich um eine redaktionelle Korrektur eines fehlerhaften Verweises handelt (BT-Drs. 17/10754 vom 24. September 2012, S. 38).

Vor diesem Hintergrund kann dem Verweis auf die Regelung des § 41 Abs. 2 Satz 2 VwVfG auch nach ihrem Sinn und Zweck allenfalls die Bedeutung zukommen, dass die dort vorgesehene Fiktion der Bekanntgabe bei elektronischer Übermittlung die Kenntnis von dem vollständigen Inhalt der Festlegung betrifft. Wird ein Verwaltungsakt nur mit dem verfügenden Teil bekannt gemacht, kann ergänzend geregelt werden, wie der Betroffene im Übrigen, also hinsichtlich seiner Gründe Kenntnis erlangen kann. So sieht § 41 Abs. 4 Satz 2 VwVfG etwa vor, dass im Falle der öffentlichen Bekanntgabe auch anzugeben ist, wo die Verwaltungsentscheidung einzusehen ist. Im Falle der öffentlichen Bekanntmachung von Entscheidungen in Massenverfahren gibt der Gesetzgeber den Betroffenen nach der öffentlichen Bekanntmachung das Recht, den schriftlichen Verwaltungsakt bzw. Planfeststellungsbeschluss anzufordern, um ihn vollständig zur Kenntnis nehmen und prüfen zu können, ob er Rechtsmittel einlegen will (§ 69 Abs. 2 Satz 6 VwVfG und § 74 Abs. 5 Satz 4 VwVfG). Bei der öffentlichen Bekanntmachung nach § 73 Abs. 1a EnWG ist die Ausgangslage indessen eine andere. Der Gesetzgeber sieht hier von einer schriftlichen Bekanntgabe des vollständigen Festlegungs- oder Änderungsbeschlusses völlig ab und lässt die elektronische Bekanntgabe der vollständigen Entscheidung im Internet, auf der Internetseite der Bundesnetzagentur, ausreichen, weil jeder Netzbetreiber ohne weiteres Zugriff auf das Internet hat. Daher bedarf es hier nur des Hinweises auf die Veröffentlichung der vollständigen Entscheidung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur. Angesichts dessen kann dem Rückgriff auf die Fiktion des § 41 Abs. 2 Satz 2 VwVfG allenfalls die Bedeutung zukommen, dass der Zeitpunkt der Bekanntgabe und damit der tatsächlichen Kenntnis des vollständigen Festlegungs- bzw. Änderungsbeschlusses fingiert werden soll, um den Unwägbarkeiten des Internets Rechnung zu tragen. Die dort vorgesehene Fiktion betrifft die Bekanntgabe bei elektronischer Übermittlung eines Verwaltungsakts im Inland wie in das Ausland. Ein auf diese Weise bekannt gegebener Verwaltungsakt gilt erst am dritten Tage nach der Absendung als bekannt gegeben, obwohl die elektronische Übermittlung in der Regel unmittelbar erfolgt. Da der Übertragungsweg im Internet nicht vorhersehbar ist, hat der Gesetzgeber bei elektronischer Übermittlung wie bei der postalischen Übersendung einen Zeitraum von drei Tagen vorgesehen (BT-Drs. 14/9000, S. 34; Schmitz-Schlatmann, NVwZ 2002, 1281, 1288; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. A., Rdnr. 123 zu § 41; Henneke in: Knack, VwVfG, 8. A., Rdnr. 18a zu § 41).

Entsprechendes kann – wie die Betroffene einräumt – auch bei elektronischem Abruf der Festlegung von der Internetseite der Bundesnetzagentur gelten; durch Serverausfall oder – überlastung können Verzögerungen bei der elektronischen Übermittlung entstehen. Da diese Fiktion der Bekanntgabe nur die weitere Information über den vollständigen Inhalt der Festlegung betreffen kann, kann sie indessen keinen Einfluss auf die schon zuvor erfolgte öffentliche Bekanntmachung haben.

4. Durch die so fingierte Zustellung ist die Monatsfrist des § 78 Abs. 1 EnWG am 16. November 2011 in Lauf gesetzt worden.

Ohne Erfolg macht die Betroffene insoweit geltend, entsprechend § 58 Abs. 2 VwGO müsse die Beschwerdefrist ein Jahr betragen, weil die der Entscheidung beigefügte Rechtsmittelbelehrung mangelhaft sei.

Die Rechtsmittelfrist beginnt entsprechend § 58 Abs. 1 VwGO nur zu laufen, wenn der Betroffene über das einschlägige Rechtsmittel, die einzuhaltende Frist, den Zwang zur Schriftform, die Stelle, bei der das Rechtsmittel einzulegen ist (§ 78 Abs. 1 EnWG), die Notwendigkeit der Begründung des Rechtsmittels und die diesbezügliche Frist (§ 78 Abs. 3 und 4 EnWG) sowie über den Vertretungszwang (§ 78 Abs. 5 EnWG) belehrt worden ist.

Diese Erfordernisse erfüllt die im Amtsblatt der Bundesnetzagentur vom 2. November 2011 veröffentlichte Rechtsmittelbelehrung, die Gegenstand der Festlegung ist. Insbesondere genügt es, wenn die Betroffenen darüber belehrt werden, dass die Beschwerde schriftlich binnen einer mit der Zustellung der Entscheidung beginnenden Frist von einem Monat bei der Bundesnetzagentur oder dem Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt werden muss. Die Angabe der abstrakten Frist ist grundsätzlich ausreichend, da die konkrete Berechnung in die Eigenverantwortlichkeit der Betroffenen fällt. Aus dem Umstand, dass die Zustellung hier durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt worden ist, folgt nichts anderes. Insbesondere musste die Rechtsmittelbelehrung weder das genaue Datum des Beginns der Zwei-Wochen-Frist – die Veröffentlichung im Amtsblatt – noch das konkrete Datum, an dem die Zustellung als erfolgt gilt, angeben. Der besonderen Schutzbedürftigkeit der von der Zustellungsfiktion betroffenen Netzbetreiber wird schon da-



durch Rechnung getragen, dass § 73 Abs. 1a Satz 3 EnWG es als erforderlich, aber auch ausreichend ansieht, dass in der – öffentlichen – Bekanntmachung auf die Zustellungsfiktion im Einzelnen hingewiesen wird. Dass für die öffentliche Bekanntmachung von Gerichtsentscheidungen gem. § 56a VwGO etwas anderes gelten soll (vgl. nur: Crzybulka in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. A., Rdnr. 21 zu § 56a; Kopp/Schenke, VwGO, 18. A., Rdnr. 9 zu § 56a), wendet die Betroffene ohne Erfolg ein. Die öffentliche Bekanntmachung nach § 56a Abs. 2 VwGO erfolgt durch Aushang des bekanntzugebenden Schriftstücks an der Gerichtstafel oder durch Einstellung in ein elektronisches Informationssystem, durch seine Veröffentlichung im Bundesanzeiger sowie in den vom Gericht dafür bestimmten Tageszeitungen. Da aber allein die Veröffentlichung im Bundesanzeiger die Zustellungsfiktion bewirkt, ist es aus rechtsstaatlichen Gründen geboten, dass (auch) beim Aushang oder der Einstellung in ein elektronisches Informationssystem sowie bei der Veröffentlichung in den Tageszeitungen über den Beginn der Rechtsmittelfrist exakt informiert wird, die Belehrung also den Tag bezeichnet, an dem der Bundesanzeiger erscheint oder erschienen ist (s.a. Meissner in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO beck-online, 23. Ergänzungslieferung 2012, Rdnr. 29 zu § 56a).

Fehl geht schließlich der Einwand der Betroffenen, es habe zusätzlich auch eines Hinweises auf die bei elektronischer Übermittlung vorgesehene Dreitagesfrist bedurft. Da die Einstellung der vollständigen Festlegung in das elektronische Informationssystem wie auch die - fingierte - Kenntnis von ihr – wie schon dargelegt – keinen Einfluss auf die durch öffentliche Bekanntmachung ersetzte Zustellung und auch nicht auf den Lauf der Rechtsmittelfrist hat, bedurfte es des Hinweises nicht.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG. Die Beschwerdeführerin hat als im Beschwerdeverfahren unterlegene Partei die Gerichtskosten zu tragen und der Bundesnetzagentur die ihr entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten.

6. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das von der Beschwerdeführerin mit der Beschwerde gegen die Festlegung verbundene Interesse schätzt der Senat - im Einvernehmen mit den Beteiligten - auf 50.000 €.

**C.**

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat.

**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 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, sowie die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Rechtsbeschwerde stützt. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

**L.****vR.****A.**