



**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 F. und den Richter am Oberlandesgericht Dr. E. auf die mündliche Verhandlung vom 08.05.2013

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

Die Beschwerde der Betroffenen vom 16.12.2011 gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 31.10.2011, BK4-11-304, wird zurückgewiesen.

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

Der Beschwerdewert wird auf 50.000 € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

## Gründe:

### A.

Die Beschwerdeführerin betreibt ein Elektrizitätsversorgungsnetz im Sinne des § 3 Nr. 2 EnWG.

Die Bundesnetzagentur, die nach § 54 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 EnWG für die bundesweit einheitliche Festlegung von Eigenkapitalzinssätzen zuständig ist, legte mit dem angegriffenen Beschluss die für die Dauer der zweiten Regulierungsperiode für Betreiber von Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen geltenden Eigenkapitalzinssätze für Neu- und Altanlagen fest. Des Weiteren bestimmte sie unter Ziffer 2 des Tenors des Beschlusses, dass die Festlegung unter dem Vorbehalt des Widerrufs steht. Diese Nebenbestimmung begründete sie in der Festlegung wie folgt:

*„E (Widerrufsvorbehalt)*

*Die Beschlusskammer behält sich den Widerruf der Festlegung insbesondere für den Fall vor, in dem durch andere, die Rendite der Elektrizitäts- und Gasnetzbetreiber beeinflussende, gesetzlich vorgesehene Instrumente, wie z.B. die Einführung von Risikozuschlägen (sog. „Adder“), die Angemessenheit der mit dieser Entscheidung festgelegten Eigenkapitalzinssätze nicht mehr gegeben ist. Insbesondere auf europäischer Ebene wird derzeit die Einführung von Zuschlägen für die Betreiber von Energieversorgungsnetzen zur Abdeckung bestimmter Risiken vorgeschlagen, die maßgebliche Auswirkungen auch auf die Rendite der Betreiber von Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen in Deutschland mit sich bringen könnten. Zum jetzigen Zeitpunkt ist die Art und der Umfang der Risikozuschläge noch nicht absehbar, aber ihre grundsätzliche Einführung noch während der zweiten Regulierungsperiode, für die diese Festlegung der Eigenkapitalzinssätze Wirkung entfaltet, kann nicht ausgeschlossen werden. Um die Angemessenheit der Eigenkapitalzinssätze auch bei Einführung zusätzlicher Risikozuschläge sicherzustellen, könnte eine Anpassung der jetzigen Entscheidung zur Festlegung der Eigenkapital-*

*zinssätze erforderlich werden. Gleichzeitig mit dem Widerruf wird die Festlegung neuer Eigenkapitalzinssätze unter Berücksichtigung der dann geltenden Gesamtumstände erfolgen.“*

Mit ihrer Beschwerde wendet sich die Betroffene allein gegen die mit der Entscheidung verbundene Nebenbestimmung. Sie meint, die Beschwerde sei als isolierte Anfechtungsbeschwerde gemäß § 75 Abs. 1 Satz 1 EnWG zulässig. In der Sache sei die Beschwerde auch begründet. Der mit der Festlegung von Eigenkapitalzinssätzen verbundene Widerrufsvorbehalt sei sowohl formell als auch materiell rechtswidrig.

Es fehle an einer Ermächtigungsgrundlage für den Widerrufsvorbehalt. Auch die Systematik der Anreizregulierung und der mit den Regulierungsperioden beabsichtigte Vertrauensschutz stünden der Anordnung eines Widerrufsvorbehalts entgegen. Mit der Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für eine Regulierungsperiode solle für Netzinvestitionen Planungs- und Investitionssicherheit geschaffen werden. Ein Widerruf könne daher auch nicht auf § 29 Abs. 2 EnWG gestützt werden, weil die §§ 7 Abs. 6 Satz 1 und 2 GasNEV/StromNEV als spezialgesetzliche Regelung („Festlegung für eine Regulierungsperiode“) jede Änderung gemäß § 29 Abs. 2 EnWG ausschließen.

Bei der Festlegung handele es sich um eine gebundene Verwaltungsentscheidung, so dass § 36 Abs. 2 VwVfG weder unmittelbar noch analog anwendbar sei. Jedoch lägen nicht die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 2. Alt. VwVfG vor, weil der Widerrufsvorbehalt nicht zur Sicherstellung der gesetzlichen Voraussetzungen geboten sei. Selbst wenn eine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass des Widerrufsvorbehalts bestünde, sei die Anordnung hier ermessensfehlerhaft. So verstoße die völlig schrankenlose Ausgestaltung des Widerrufsvorbehalts gegen die Fixierung der Eigenkapitalzinssätze für eine Regulierungsperiode. Die Interessen der Netzbetreiber und die Notwendigkeit, Planungssicherheit zu schaffen, seien bei der Anordnung des Vorbehalts nicht ausreichend und fehlerhaft abgewogen worden. Außerdem unterliege die Bundesnetzagentur der „in Ansehung der in anderen Regelungsbereichen vorge-

nommen, unter Widerrufsvorbehalt gestellten Festlegungen“ der Selbstbindung der Verwaltung.

Die Betroffene beantragt,

- Ziffer 2 des Beschlusses der Beschwerdegegnerin vom 31. Oktober 2011 (BK 4-11/304) aufzuheben,
- hilfsweise die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die Beschwerdeführerin unter Abänderung von Ziffer 2 des Beschlusses unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden,
- hilfsweise festzustellen, dass der in Ziffer 2 des Beschlusses der Beschwerdegegnerin enthaltene Widerrufsvorbehalt die Beschwerdegegnerin nicht zu einer Abänderung der Festlegung der Eigenkapitalzinssätze über die Grenzen des § 29 Abs. 2 EnWG hinaus ermächtigt.

Die Bundesnetzagentur bittet um Zurückweisung der Beschwerde, indem sie den Vorbehalt des Widerrufs in der angegriffenen Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung seiner Gründe verteidigt. Der Vorbehalt sei gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG und – sofern man der Auffassung der Beschwerdeführerin folgen sollte – ggfs. auch nach § 36 Abs. 1 VwVfG zulässig. Durch den Vorbehalt solle sichergestellt werden, dass die gesetzlichen Voraussetzungen der Festlegung der Eigenkapitalzinssätze eingehalten werden. So dürfe eine Anpassung der Höhe der Eigenkapitalzinssätze nicht ausgeschlossen sein. Ein entsprechender Vorbehalt sei insbesondere dann zulässig, wenn – wie hier – mit einer Änderung der Rechtslage wegen Entwicklungen auf europäischer Ebene zu rechnen sei. Im Übrigen sei der Widerrufsvorbehalt auch durch § 29 Abs. 2 EnWG gedeckt. Außerdem sei ein Widerruf ggfs. gemäß § 49 Abs. 1 VwVfG zulässig. Der Widerrufsvorbehalt ändere nichts daran, dass die Eigenkapitalzinssätze als maßgeblicher Investitionsfaktor für die Netzbetreiber vorhersehbar und kalkulierbar blieben. Denn der Widerrufsvorbehalt solle nicht die

Möglichkeit eröffnen, den Netzbetreibern im Ergebnis weniger als eine Eigenkapitalverzinsung von 9,05% zu gewähren.

In der mündlichen Verhandlung hat die Bundesnetzagentur erklärt, dass mit dem Widerrufsvorbehalt ausschließlich deklaratorisch die Wirkung der nach § 29 Abs. 2 EnWG möglichen nachträglichen Abänderungskompetenz bestätigt werden solle.

## B.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

### 1.

Die Beschwerde ist zulässig.

Der isolierte Antrag, den Widerrufsvorbehalt aufzuheben, ist als Anfechtungsbeschwerde gemäß § 75 Abs. 1, 83 Abs. 2 VwGO zulässig. Bei dem allgemeinen Widerrufsvorbehalt handelt es sich um einen objektiv abgrenzbaren und bezeichnenbaren Teil des ansonsten begünstigenden Verwaltungsaktes, dessen Beseitigung im Wege der Teilanfechtungsbeschwerde verlangt werden kann (BVerwG NVwZ 2001, 919; NVwZ 2001, 429; Kopp/Schenke, VwVfG, § 36, Rdnr. 4 ff.; vgl. auch zum Meinungsstand bzgl. der isolierten Anfechtung einer Nebenbestimmung: OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2005, 394; BGH, Senat für Anwaltssachen, Urteil vom 26.11.2012, AnwZ (Brfg) 8/12; Pietzcker in Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 24. Ergänzungslieferung 2012, § 42, Rdnr. 121).

### 2.

Die Beschwerde ist unbegründet.

Ohne Erfolg wendet die Betroffene sich dagegen, dass die Bundesnetzagentur sich in Ziffer 2 der Festlegung vorbehalten hat, die Festlegung mit Blick auf zukünftige Änderungen der Sach- oder Rechtslage zu widerrufen. Eine solche

Änderungsbefugnis steht ihr schon kraft Gesetzes nach § 29 Abs. 2 EnWG zu, so dass der Regelung in Ziffer 2 des Tenors des Beschlusses – wie die Bundesnetzagentur auch in der mündlichen Verhandlung erklärt hat - kein eigenständiger Regelungsgehalt zukommt.

a)

Gemäß § 29 Abs. 1 EnWG trifft die Bundesnetzagentur Entscheidungen über die Bedingungen und Methoden für den Netzanschluss oder den Netzzugang nach den in § 17 Abs. 3, § 21a Abs. 6, § 21b Abs. 4 und § 24 EnWG genannten Rechtsverordnungen u.a. durch Festlegung gegenüber einem Netzbetreiber, einer Gruppe von oder allen Netzbetreibern. Solche im Wege der Festlegung getroffenen Entscheidungen ergänzen die gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben, denn durch diese Handlungsform sollen wiederkehrende Fragestellungen standardisiert vorab geklärt werden (vgl. nur: Schmidt-Preuß in BerlKommEnR, 2. A., Rdnr. 9 zu § 29). Dazu gehört auch die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze, über die die Regulierungsbehörde nach § 7 Abs. 6 StromNEV/GasNEV unter Beachtung der Vorgaben in den Absätzen 4 und 5 vor Beginn einer Regulierungsperiode für deren Dauer – hier von fünf Jahren gemäß § 3 Abs. 2 ARegV - zu entscheiden hat.

b)

Zur Änderung einer solchen Festlegung im Sinne einer Anpassung an Veränderungen der Sach- oder Rechtslage ist die Bundesnetzagentur - ohne dass es auf den Widerrufsvorbehalt ankommt - nach § 29 Abs. 2 EnWG befugt.

§ 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG räumt der Bundesnetzagentur ausdrücklich die Befugnis ein, die nach Abs. 1 von ihr festgelegten oder genehmigten Bedingungen oder Methoden nachträglich zu ändern, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass diese weiterhin den Voraussetzungen für eine Festlegung oder Genehmigung genügen. Satz 2 hält ergänzend fest, dass die §§ 48 und 49 des Verwaltungsverfahrensgesetzes unberührt bleiben. Mit der Befugnis nach § 29 Abs. 2 EnWG soll die Regulierungsbehörde sicherstellen können, dass die von ihr nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten oder genehmigten Bedingungen und

Methoden angemessen sind und nichtdiskriminierend angewendet werden (BT-Drs. 15/3917, S. 62). Damit setzt der Gesetzgeber Art. 23 Abs. 4 der Elektrizitätsrichtlinie und Art. 25 Abs. 4 der Gasrichtlinie um. Sinn und Zweck ist es, die Regulierungsbehörde mit der Flexibilität auszustatten, die notwendig ist, um die getroffenen Entscheidungen an veränderte tatsächliche oder rechtliche Umstände anzupassen und so die Effektivität der Regulierung zu sichern (Schmidt-Preuß in BerlKommEnR, Rdnr. 13, 63 zu § 29).

§ 29 Abs. 2 EnWG gibt der Regulierungsbehörde die Befugnis zur Änderung, also sowohl zur nachträglichen Aufhebung wie auch zur Abänderung der erlassenen Festlegung ohne Rücksicht darauf, ob diese rechtswidrig ist. Schon nach dem Fachrecht ist ein Widerruf der Festlegung daher „aufgrund gesetzlicher Regelung“ zulässig und damit gesetzlich vorbehalten (s.a. § 49 Nr. 1 VwVfG). Dass der Gesetzgeber die Aufhebungsmöglichkeit nicht als Widerrufsvorbehalt bezeichnet hat, ist unerheblich, wenn es sich – wie hier – jedenfalls in der Sache um eine Ermächtigung zur nachträglichen Aufhebung oder Abänderung ohne Rücksicht auf die Rechtswidrigkeit handelt (Kopp/Ramsauer, § 49, Rdnr. 32).

Der gesetzliche Änderungs- und damit auch Widerrufsvorbehalt ist auch durch zulässige gesetzgeberische Ziele gerechtfertigt. Die Änderungsbefugnis der Regulierungsbehörde soll - wie bereits ausgeführt - sicherstellen, dass die von ihr nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden angemessen sind und nichtdiskriminierend angewendet werden (BT-Drs. 15/3917, S. 62). Auf diese Weise soll die Regulierungsbehörde mit der Flexibilität ausgestattet werden, die notwendig ist, um die getroffenen Entscheidungen an veränderte tatsächliche oder rechtliche Umstände anzupassen und so die Effektivität der Regulierung zu sichern. Damit werden die Konstellationen des § 49 Abs. 2 Nr. 3 und 4 VwVfG, die nachträgliche Änderung der Sach- oder Rechtslage, einschließlich neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse der Regulierungsbehörde, erfasst (s.a. Schmidt-Preuß in BerlKommEnR, Rdnr. 74 zu § 29). Zugleich soll es nicht darauf ankommen, ob es sich um eine den Netzbetreiber begünstigende oder belastende Entscheidung handelt (Britz/Hellermann/ Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 22 zu § 29). Auch in anderen Netzwirtschaften hat

sich der Gesetzgeber zu spezialgesetzlichen - und erweiterten - Änderungsmöglichkeiten veranlasst gesehen, so etwa in § 24 PostG und § 30 TKG.

c)

Vor diesem Hintergrund kommt dem Widerrufsvorbehalt in Ziffer 2 der Festlegung kein eigenständiger Regelungsgehalt zu.

Für die Frage, ob eine Regelung überhaupt als Nebenbestimmung - und ggfs. als welche – anzusehen ist, ist nicht die Bezeichnung der Regelung als Befristung, Bedingung, Widerrufsvorbehalt o.ä., sondern ihr materieller Gehalt maßgeblich (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. A., Rdnr. 14 zu § 36; Henneke in: Knack, VwVfG, 8. A., Rdnr. 11 zu § 36). Es kommt entscheidend darauf an, wie die getroffene Regelung nach ihrem objektiven Erklärungswert und den sonst den Betroffenen bekannten Umständen nach Treu und Glauben zu verstehen ist. Dabei ist im Zweifel die für den Betroffenen weniger belastende Art anzunehmen (Kopp/Ramsauer, a.a.O.).

Die damit gebotene Auslegung ergibt, dass die Beschlusskammer auf die ihr nach § 29 Abs. 2 EnWG mögliche Anpassung der Festlegung an veränderte tatsächliche oder rechtliche Umstände hinweisen wollte. Die Bundesnetzagentur hat dies in der mündlichen Verhandlung so auch klarstellend erklärt.

Die Beschlusskammer hat in den Gründen der Festlegung ausgeführt, dass der „vorbehaltene Widerruf“ insbesondere den Fall erfassen soll, in dem durch andere, die Rendite der Elektrizitäts- und Gasnetzbetreiber beeinflussende, gesetzlich vorgesehene Instrumente, wie z. B. die Einführung von Risikozuschlägen (sog. „Adder“), die Angemessenheit der mit dieser Entscheidung festgelegten Eigenkapitalzinssätze nicht mehr gegeben ist. Damit gibt sie zum Ausdruck, dass ihr „Vorbehalt des Widerrufs“ nur die Anpassung an veränderte sachliche oder rechtliche Umstände ermöglichen soll, die das Fachrecht in § 29 Abs. 2 EnWG ohnehin vorsieht. Die Aufnahme des Widerrufsvorbehalts ist damit rein deklaratorisch, denn er enthält nur einen Hinweis auf die ohnehin bestehende Rechtslage, die allgemeine Widerruflichkeit der Festlegung (vgl. auch Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. A., Rdnr. 7a zu § 36; Stelkens/Bonk/Sachs,



VwVfG, 7. A., Rdnr. 25, 33 zu § 36; Henneke in: Knack, VwVfG, 8. A., Rdnr. 11 zu § 36; Senat, Beschluss vom 20.04.2011, VI-3 Kart 15/10 (V), Rdnr. 109). Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, dass die Nebenbestimmung einen über diesen gesetzlichen Rahmen hinausgehenden - und damit einen eigenen - Regelungsinhalt hat.

Der Gesetzgeber hat die Änderungsbefugnis uneingeschränkt in § 29 Abs. 2 EnWG vorgesehen, so dass sie auch für die konkrete Festlegung der Eigenkapitalzinssätze gilt. Insbesondere folgt nichts anderes aus dem Umstand, dass die Festlegung gem. § 7 Abs. 6 Satz 1, Satz 2 StromNEV/GasNEV vor Beginn der Regulierungsperiode und für deren Dauer erfolgen soll. Dies sind nur Vorgaben des Verordnungsgebers für den Zeitpunkt und die zeitliche Geltung der Festlegung. Sie können daher die auf Gesetzebene grundsätzlich vorgesehene Änderbarkeit der Festlegung aufgrund nachträglich eintretender tatsächlicher oder rechtlicher Umstände ohnehin nicht außer Kraft setzen. Im Übrigen widerspräche es dem Gesetzesvorbehalt, wenn eine verordnungsrechtliche Regelung den Anwendungsbereich einer gesetzlichen Ermächtigungsnorm, hier des § 29 Abs. 2 EnWG, insgesamt ausschließen könnte (vgl. zum Vorrang des Gesetzes: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Auflage 2008, § 44, Rdnr. 45 ff.).

d)

Damit stellt sich nicht die Frage der Vereinbarkeit des „Widerrufsvorbehalts“ in Ziffer 2 des Tenors mit den Regelungen des Verwaltungsverfahrenrechts, insbesondere des § 36 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 VwVfG. Letztere betrifft nur den konstitutiven Widerrufsvorbehalt mit der Folge, dass sie auf Verwaltungsakte, die – wie hier - bereits kraft Gesetzes und damit ohne einen besonderen Widerrufsvorbehalt abänderbar sind, nicht anzuwenden ist (Kopp/Ramsauer, Rdnr. 25 zu § 36). Der (Änderungs)-Vorbehalt ist daher entgegen der Auffassung der Betroffenen nicht an den Voraussetzungen des § 36 VwVfG zu messen.

Aus dem Umstand, dass nach § 29 Abs. 2 Satz 2 EnWG die allgemeinen Vorschriften der §§ 48, 49 VwVfG unberührt bleiben, kann schließlich nichts ande-

res folgen. Damit hat der Gesetzgeber lediglich festgehalten, dass die Änderungsbefugnis der Regulierungsbehörde in § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG nicht abschließend geregelt ist, sie also durch die allgemeinen Regelungen der §§ 48, 49 VwVfG ergänzt wird.

## 3.

Aus den genannten Gründen ist auch der erste Hilfsantrag unbegründet.

Hinsichtlich des zweiten Hilfsantrages ist der Antrag bereits unzulässig, weil die Anfechtungsbeschwerde die Feststellungsbeschwerde verdrängt und ein weitergehendes Feststellungsinteresse – schon aufgrund der eindeutigen Erklärung der Bundesnetzagentur in der mündlichen Verhandlung - nicht erkennbar ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.12.2010, VI-3 Kart 237/09 (V), Rdnr. 26, zit. nach juris, RdE 2011, 227; allgemein vgl. arg. e. § 43 I VwGO, vgl. zur Nichtigkeitsfeststellungsklage: Pietzcker in Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 24. Ergänzungslieferung 2012, § 43, Rdnr. 27).

## 4.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG.

Den Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren setzt der Senat auf 50.000 € fest (§ 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO).

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung i. S. d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.

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 1 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. 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).

L.

F.

Dr. E.