



## **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. am 22.02.2016 beschlossen:

Der Antrag der Betroffenen vom 13.10.2015, die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde vom 12.06.2015 gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 16.04.2015, Az. BK6-13-042, anzuordnen, sowie der Antrag, die Vollziehung des Beschlusses auszusetzen, werden zurückgewiesen.

## Gründe

### A.

Die Betroffene betreibt einen Flughafen in Deutschland und unterhält hierzu ein Elektrizitätsversorgungsnetz zur Verteilung von Strom auf dem Flughafengelände. Sie ist als Betreiberin eines geschlossenen Verteilernetzes im Sinne des § 110 EnWG eingestuft. Die Letztverbraucher am Flughafen, u.a. die DFS Deutsche Flugsicherung GmbH, werden teils durch die Betroffene, teils durch Dritte mit Strom beliefert. Als Betreiberin eines geschlossenen Verteilernetzes nimmt sie nicht an der Anreizregulierung teil, sondern bildet ihre Entgelte kostenbasiert.

Nachdem die Bundesnetzagentur am 21.10.2013 ein Verfahren zur Harmonisierung der Vertragsgestaltung und der Abwicklung der Netznutzung eingeleitet hatte, hat die Behörde mit dem angegriffenen Beschluss vom 16.04.2015, Az. BK6-13-042, den Musterinhalt neu abzuschließender und bereits bestehender Netznutzungs- und Lieferantenrahmenverträge zum 01.01.2016 verbindlich vorgegeben.

In der Festlegung bestimmt die Bundesnetzagentur, dass Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen verpflichtet sind, bei der Gewährung eines Strom-Netzzugangs gemäß § 20 Abs. 1a EnWG mit Letztverbrauchern und Lieferanten ausschließlich die in der Anlage des Beschlusses aufgeführten Muster-Netznutzungs- und Lieferantenrahmenverträge zu verwenden (Tenorziffer 1). Bestehende Verträge sind zum 01.01.2016 inhaltlich anzupassen (Tenorziffer 2). In der Begründung des Beschlusses führt die Bundesnetzagentur aus, dass auch Betreiber von geschlossenen Verteilernetzen von der Festlegung erfasst seien, weil diese wie jeder Betreiber eines Energieversorgungsnetzes einen Netzzugang gewähren müssten (Begründung S. 13).

In dem Beschluss weist die Bundesnetzagentur darauf hin, dass - bei geschlossenen Verteilernetzen - eine Nachberechnungsklausel für Netzent-

gelte nicht erforderlich sei, weil die Entgelte keiner vorherigen Kostenprüfung unterlägen, vielmehr die Vermutung der Rechtmäßigkeit der veranschlagten Entgelte zugunsten der Betreiber der geschlossener Verteilernetze greife (Begründung S. 27). Sofern nicht ein Ausgleich nach § 8 Abs. 14 Muster-NNV in Betracht komme, sei jedenfalls eine Abwicklung nach den Regeln des allgemeinen Zivilrechts möglich.

§ 8 Abs. 14 Mustervertrag lautet:

„Werden Fehler in der Ermittlung von Rechnungsbeträgen oder in den der Rechnung zugrunde liegenden Daten festgestellt, so ist eine Überzahlung vom Netzbetreiber zu erstatten oder ein Fehlbetrag vom Netznutzer nachzuentrichten.“

Der Mustervertrag sieht außerdem eine ausnahmslose Sperrpflicht des Netzbetreibers vor, wonach die Netz- und Anschlussnutzung auf Anweisung eines vom Lieferanten belieferten Letztverbrauchers zu unterbrechen ist. § 10 Abs. 6 Mustervertrag lautet:

„Ist der Netznutzer ein Lieferant, unterbricht der Netzbetreiber auf dessen Anweisung die Netz- und Anschlussnutzung eines vom Lieferanten belieferten Letztverbrauchers im Elektrizitätsversorgungsnetz des Netzbetreibers längstens innerhalb von sechs Werktagen, wenn der Lieferant dem Netzbetreiber glaubhaft versichert, dass er

- a. dem Anschlussnutzer gegenüber hierzu vertraglich berechtigt ist,
- b. die Voraussetzungen für eine Unterbrechung der Anschlussnutzung vorliegen und
- c. dem Kunden des Lieferanten keine Einwendungen oder Einreden zustehen, die die Voraussetzungen der Unterbrechung der Anschlussnutzung entfallen lassen.

Der Lieferant stellt den Netzbetreiber hiermit von sämtlichen Schadenersatzansprüchen frei, die sich aus einer unberechtigten Unterbrechung ergeben können. Die Anweisung zur Sperrung erfolgt

gemäß dem Auftrag zur Unterbrechung der Anschlussnutzung (Anlage). Mit Übermittlung der Anweisung sichert der Lieferant dem Netzbetreiber das Vorliegen der oben genannten Voraussetzungen zu.“

In der Begründung der Festlegung verweist die Bundesnetzagentur darauf, dass die Voraussetzungen der Sperrregelung dem Verfahren gemäß § 24 Abs. 3 NAV entsprechen (Begründung S. 38).

Hinsichtlich der Haftung der Netzbetreiber formuliert der Mustervertrag ferner (§ 12 Abs. 4):

„Eine Haftung der Vertragspartner nach zwingenden Vorschriften des Haftpflichtgesetzes und anderen Rechtsvorschriften bleibt unberührt.“

Die Betroffene wendet sich gegen drei in der Festlegung gemachte Vorgaben. Sie hält den Beschluss für rechtswidrig, weil die Mustervereinbarung keine Möglichkeit zur Nachberechnung von Netzentgelten vorsehe. So könne dies etwa erforderlich sein, wenn ein Netznutzer einen Antrag nach § 110 Abs. 4 EnWG stelle und eine Überprüfung der erhobenen Netzentgelte verlange. Werde im Verwaltungs- oder gerichtlichen Verfahren dann festgestellt, dass die Netzentgelte unangemessen hoch seien, müsse die Betroffene ihre Preise reduzieren und vereinnahme dann zunächst geringere Netzentgelte. Gehe die Betroffene dann gegen den Bescheid der Bundesnetzagentur oder einen gerichtlichen Beschluss vor und gewinne, bedürfe es für die dann nachzuberechnenden Entgelte einer rechtssicheren Rechtsgrundlage. Umgekehrt könne sich bei einer behördlichen oder gerichtlichen Überprüfung ergeben, dass die erhobenen Netzentgelte zu niedrig gewesen seien, so dass dann ebenfalls eine Rechtsgrundlage für Nachforderungen existieren müsse. Da die Betroffene als Betreiberin eines geschlossenen Verteilernetzes nicht der Anreizregulierung unterliege, scheidet eine Nachberechnung nach diesen Regeln aus. Auch könnten Differenzbeträge nicht rechtssicher nach §§ 5,

11 StromNEV im Rahmen der periodenübergreifenden Saldierung berücksichtigt werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.08.2006, VI-3 Kart 295/06 (V)).

Auch die Möglichkeit, im Einvernehmen mit dem Vertragspartner anderes zu vereinbaren (§ 1 Abs. 2 Mustervertrag), böte eine kaum belastbare Grundlage, mögliche Nachforderungsansprüche vertraglich abzusichern. So dürfe nach § 1 Abs. 2 S. 3 Mustervertrag der Abschluss solcher Individualvereinbarungen nicht zur Bedingung für den Abschluss des Netzvertrages gemacht werden. § 8 Abs. 14 Mustervertrag greife ebenfalls nicht, weil es sich bei den hier infrage stehenden Nachberechnungsszenarien nicht um „Fehler in der Ermittlung von Rechnungsbeträgen“ oder „Fehler in den der Rechnung zu Grunde liegenden Daten“ handele. § 8 Abs. 14 Mustervertrag erfasse ausschließlich Berechnungsfehler, die dem Verantwortungsbereich des Versorgungsunternehmens hinsichtlich der Abrechnung des Energieverbrauchs zuzurechnen seien. Im Zeitpunkt der Erhebung der Entgelte seien diese aber nicht fehlerhaft berechnet. Auch § 7 Abs. 4 Mustervertrag biete keine entsprechende Rechtsgrundlage, weil die Norm nicht regle, wie mit Nachforderungen umzugehen sei, wenn die Vorgaben sich nachträglich als rechtswidrig herausstellten:

„Der Netzbetreiber ist zur Anpassung der Entgelte berechtigt oder verpflichtet, soweit sich eine solche aus gesetzlicher, behördlicher oder gerichtlicher Vorgabe ergibt.“

Außerdem sei die Klausel nicht rückwirkend anwendbar. Eine gerichtliche Entscheidung würde nicht ohne Weiteres rückwirkend das - an die jeweilige vorangegangene behördliche Anordnung – angepasste und veröffentlichte Preisblatt als Rechtsgrundlage der Vereinbarung des Netzentgelts aufheben.

Ferner sei der Hinweis der Bundesnetzagentur auf die Regeln des allgemeinen Zivilrechts unbeachtlich; dies sei keine Zusicherung und widersprüchlich. Einerseits wolle die Bundesnetzagentur durch den Mustervertrag die wesentlichen Bereiche des Netzzugangs regeln, andererseits las-

se sie „sehenden Auges“ bestimmte Bereiche offen. Die Regeln des Mustervertrages seien verbindlich vorgegeben, so dass ein vertraglicher Nacherhebungsanspruch ausscheide. Auch komme eine Störung der Geschäftsgrundlage gemäß den §§ 313 ff. BGB nicht in Betracht, weil für den Abrechnungszeitraum eine Geschäftsgrundlage bestanden habe. Dies gelte sinngemäß auch für einen etwaigen Anspruch aus Bereicherungsrecht, weil der Netznutzungsvertrag als Rechtsgrund eine Kondition der empfangenen Leistung ausschließe. Der Betreiber des geschlossenen Verteilernetzes habe aufgrund der zwischenzeitlichen Korrektur des Preisblatts „nach unten“ schuldrechtlich wirksam zu geringe Netzentgelte vereinnahmt. Eine Unbilligkeit der Leistungsbestimmung nach § 315 BGB komme aber nicht in Betracht, weil das Energiewirtschaftsrecht eine Leistungsbestimmung nach § 315 BGB wegen zu geringer Netzentgelte nicht kenne.

Darüber hinaus bestimme die Festlegung rechtswidrig und in unverhältnismäßiger Weise, weil ausnahmslos, eine Sperrpflicht des Netzbetreibers auf Anweisung eines Lieferanten (§ 10 Abs. 6 Muster-Vertrag). So sei die Betroffene zur Stromunterbrechung verpflichtet, wenn der jeweilige Lieferant glaubhaft versichere, dass er hierzu vertraglich berechtigt sei. Die Betroffene sei aber in ihrem geschlossenen Verteilernetz in besonderem Maße auf eine sichere Versorgung mit Elektrizität angewiesen, um die Sicherheit des Flugbetriebs – etwa durch die DFS Deutsche Flugsicherung GmbH – zu gewährleisten. Es bestünde darüber hinaus die Gefahr, dass die Betroffene Verpflichtungen gegenüber anderen Letztverbrauchern verletzen könnte, wenn sie eine Sperranweisung ohne Abwägung umsetze. Die etwaigen Kosten einer Strom-Weiterbelieferung bis zur Beendigung der Bilanzkreiszuordnung (i.d.R. zwei Tage) seien gegenüber den mit einer unberechtigten Sperre verbundenen Schäden weit geringer. Der Lieferant könne sich gegenüber seinem Endkunden absichern, müsse dessen Bonität bei Vertragsschluss berücksichtigen. Die in dem Mustervertrag angeordnete unbedingte Sperrpflicht auf Anweisung des Lieferanten entspreche – anders als die Bundesnetzagentur in dem Beschluss meine (Begründung S. 38) – auch nicht § 24 Abs. 3 NAV. § 24 Abs. 3 NAV be-

treffe nur das Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Anschlussnutzer, wohingegen § 10 Abs. 6 Mustervertrag darüber hinausgehe und eine Verpflichtung des Netzbetreibers gegenüber dem Lieferanten zur Sperrung begründe. § 24 Abs. 3 NAV gelte nicht in geschlossenen Verteilernetzen.

Außerdem erlaube § 12 Abs. 4 des Mustervertrags nicht, die Ersatzpflicht des Netzbetreibers wegen Sachschäden nach § 7 S. 2 HPfIG zu reduzieren. § 7 S. 2 HPfIG ermögliche aber, eine Ersatzpflicht nach § 2 HPfIG für Sachschäden gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts, öffentlich-rechtlichen Sondervermögen oder Kaufleuten wegen Sachschäden auszuschließen. Ein derartiger Ausschluss sei bisher weitgehend geübte Praxis gewesen und entspreche dem Grundsatz einer kostengünstigen Energieversorgung. Eine Haftung eines Netzbetreibers nach dem HPfIG werde etwa bei Schäden aufgrund von unverschuldeten Spannungsschwankungen relevant. Liege kein Verschulden vor, scheidet eine Haftung nach § 25a StromNZV i.V.m. § 18 NAV aus. Gegenüber gewerblichen Netzkunden komme auch nicht eine verschuldensunabhängige Haftung des Netzbetreibers nach den Regeln des ProdHaftG in Betracht. Im Übrigen halte die Bundesnetzagentur eine Haftungsbegrenzung nach § 18 NAV in Netzanschluss- und Anschlussnutzungsverträgen oberhalb Niederspannung unter Bezugnahme auf die Verordnungsbegründung für nicht missbräuchlich (vgl. BR-Drs. 367/06, S. 54 f.; BNetzA BK6p-07-013, Veröffentlichung zur Haftungsregelung in Netzanschluss- und Anschlussnutzungsverträgen oberhalb der Niederspannung).

Die Vollziehung des Beschlusses stelle eine unbillige Härte für die Betroffene dar (§ 77 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EnWG). Durch das Fehlen einer Nachberechnungsklausel könnten zu gering vereinnahmte Netzentgelte nicht mehr nachgefordert werden. Außerdem seien die Folgen für die Sicherheit des Flugverkehrs dramatisch, in ihrem wirtschaftlichen Ausmaß kaum absehbar und deshalb für die Betroffene nicht hinnehmbar. Auch vergrößere die fehlende Möglichkeit der Haftungsbegrenzung das finanzielle Risiko der Betroffenen derart, dass eine Existenzbedrohung nicht auszuschließen sei. Es könnten immens hohe Kosten für die Betroffene entstehen.

Die Betroffene sei nach der Flugbetriebsgenehmigung dafür verantwortlich, den Flughafen in einem betriebssicheren Zustand zu halten. Die zu befürchtenden Nachteile seien daher unverhältnismäßig. Der Hauptantrag setze keine Eilbedürftigkeit voraus.

Die Betroffene beantragt,

die aufschiebende Wirkung der von der Betroffenen am 12.06.2015 beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegten Beschwerde (Az. VI-3 Kart 109/15 (V)) gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 16.04.2015, (Az. BK6-13-042) anzuordnen,

hilfsweise,

bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens die Aussetzung der Vollziehung des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 16.04.2015 (Az. BK6-13-042) anzuordnen.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Die Sache sei nicht eilbedürftig. So hätten sich die Parteien im September 2015 auf ein Musterverfahren geeinigt und die Beschwerdebegründung sei dann am 11.09.2015 erfolgt. Die übrigen Beschwerdeverfahren seien durch eine Verlängerung der Beschwerdebegründungsfrist bis zum 14.09.2016 faktisch ruhend gestellt worden.

Hinsichtlich des geltend gemachten Fehlens einer Netzentgelt-Nachberechnungsklausel sei zu berücksichtigen, dass bei geschlossenen Verteilernetzen gemäß § 110 Abs. 4 EnWG die Vermutung der Rechtmäßigkeit der veranschlagten Entgelte bestehe. So finde keine ex ante-Kostenprüfung statt (§§ 110 Abs. 1, 23a EnWG). Denkbar sei daher allenfalls der Fall, dass ein Netznutzer eine Überprüfung der Entgelte anstoße,



um geringere Netzentgelte zu erreichen. In der Entscheidung des Senats vom 30.8.2006 (VI-3 Kart 295/06 (V)) habe der Senat sich nur mit der Frage befasst, ob die Verwendung einer Netzentgelt-Nachberechnungsklausel untersagt werden dürfe und dies im Ergebnis abgelehnt. Hieraus folge jedoch nicht, dass zwingend eine solche Klausel aufzunehmen sei. Im Übrigen greife die Ausgleichsregelung nach § 8 Abs. 14 Mustervertrag. Außerdem komme eine zivilrechtliche, bereicherungsrechtliche Rückabwicklung in Betracht, weil der Rechtsgrund für die ausgetauschten Leistungen ex tunc wegfiel, wenn sich vereinnahmte Netzentgelte im Nachhinein als unbillig herausstellten.

Die Anordnung der Sperrpflicht folge bereits aus § 24 Abs. 3 NAV, wonach der Netzbetreiber „auf Anweisung des Lieferanten“ zu handeln habe. Eine unzulässige Beschränkung der Sperrpflicht beinhalte ein enormes Schadenspotenzial auf Seiten des Lieferanten, weil dieser bei Nichtzahlung eines Kunden die Stromlieferung nicht stoppen könne. Im Übrigen sei in der Branche ein entsprechender Anspruch des Lieferanten auf Unterbrechung der Anschlussnutzung allgemein anerkannt und werde praktiziert. Die Regelung sei verhältnismäßig, solle den Netzzugang öffnen und den Wettbewerb fördern. Da der Lieferant den Netzbetreiber von Schadensersatzansprüchen freizustellen habe, drohten auch keine Schäden bei einer unberechtigten Unterbrechung. Mögliche Auswirkungen auf den Flughafenbetrieb gehörten zum allgemeinen Betriebsrisiko.

Auch sei nicht zwingend eine weitergehende Haftungsbeschränkung für bestimmte Sachschäden in den Mustervertrag aufzunehmen gewesen. Der Mustervertrag gelte nicht nur für den in § 7 S. 2 HPfIG genannten Personenkreis, sondern auch darüber hinaus. Darüber hinaus stehe es den Beteiligten frei, individualvertraglich und in beiderseitigem Einverständnis abweichende Regeln zu treffen.

Die Betroffene habe auch keine konkreten Umstände dargetan, die eine unbillige Härte begründeten. Sie habe nur hypothetische Szenarien geschildert. Das öffentliche Interesse an der Vollziehung überwiege, schon

weil die Betroffene nur drei Einzelvorschriften des Mustervertrages angegriffen habe.

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

B.

Der Eilantrag hat in der Sache keinen Erfolg.

I.

Der Antrag, die aufschiebende Wirkung der eingelegten Beschwerde anzuordnen ist zulässig, aber unbegründet.

1.

Der Antrag, die aufschiebende Wirkung der eingelegten Beschwerde anzuordnen, ist zulässig (§ 77 Abs. 3 S. 4 EnWG).

2.

Der Antrag ist jedoch unbegründet.

a)

Es bestehen bei summarischer Prüfung keine ernstlichen Zweifel, dass die von der Betroffenen angegriffenen Klauseln und die Festlegung – soweit angegriffen - rechtmäßig sind.

Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit können in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht gegeben sein, wobei das Verfahren nach § 77 Abs. 3 Satz 4 EnWG wegen seines vorläufigen Charakters nur eine summarische Prüfung zulässt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.02.2015, VI-3 Kart 3/15 (V); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.08.2006, VI-3 Kart 295/06 (V)). Daraus folgt, dass die abschließende Feststellung des Sachverhalts und die Bewertung schwieriger Rechtsfragen der im Beschwerdeverfahren zu treffenden Hauptsacheentscheidung vorbehalten bleiben müssen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.02.2015, VI-3 Kart 3/15 (V)). Im Verfahren über den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde liegen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung erst vor, wenn die Aufhebung des Bescheids überwiegend wahrscheinlich ist. Nicht ausreichend ist dagegen, wenn eine Tatfrage oder die Rechtslage lediglich offen ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2012, VI-3 Kart 14/12; Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 77, Rn. 16f.).

Nach diesen Maßstäben hat der Senat bei summarischer Prüfung keine ernstlichen Zweifel daran, dass die hier streitigen Klauseln rechtmäßig sind.

aa)

Es ist schon nicht fernliegend, dass bereits der Mustervertrag davon ausgeht, dass Nachberechnungen zulässig sind. So verweist § 7 Abs. 4 Mustervertrag darauf, dass der Netzbetreiber zur Anpassung der Entgelte berechtigt oder verpflichtet ist, soweit sich eine solche aus gesetzlicher, behördlicher oder gerichtlicher Vorgabe ergibt, wobei der Anwendungsbereich der Regelung offenbleiben kann. Die Vorschrift ist jedenfalls ersichtlich weit gefasst. Es wird deutlich, dass der Netzbetreiber Änderungen, die sich auf die Höhe der Entgelte nach oben und unten durch Veränderungen der Rechtslage oder Entscheidungen der Regulierungsbehörden und Gerichte ergeben, nicht „als eigenes Risiko“ tragen, sondern diese an seinen Vertragspartner weitergeben können soll. Auch § 8 Abs. 14 Mustervertrag

zielt in diese Richtung und erlaubt bei einer fehlerhaften Ermittlung von Beträgen oder Daten eine entsprechende Korrektur.

Die Frage bedarf hier keiner Entscheidung. Es ist nicht ersichtlich, weshalb im Grundsatz eine Nachberechnung von Netzentgelten nach zivilrechtlichen Vorschriften ausgeschlossen sein soll. So hat der Bundesgerichtshof anerkannt, dass eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung in Fällen überhöhter Netzentgelte in Betracht kommt (BGH, Beschluss vom 22.07.2014, KZR 27/13, NJW 2014, 3089; BGH, Beschluss vom 15.12.2015, EnZR 70/14).

Im Übrigen ist auch eine Anpassung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage denkbar. So wird aus der Wertung des § 7 Abs. 4 Mustervertrag (vgl. auch § 7 Abs. 7 Mustervertrag sowie für die der ARegV unterliegenden Fälle § 7 Abs. 5 Mustervertrag) deutlich, dass in den dort genannten Fällen gerade nicht eine bestimmte Vertragsseite die Risiken etwaiger Entgeltveränderungen durch Gesetz, Regulierungsbehörde oder Gerichte tragen, sondern dies der Risikosphäre beider Vertragsteile zugeordnet werden und die Geschäftsgrundlage entsprechend angepasst werden soll (vgl. § 313 Abs. 1 BGB, dort „Anpassung des Vertrages“). Die Bundesnetzagentur verweist in der Festlegung ferner darauf, dass etwa die Formulierung in § 7 Abs. 1 Mustervertrag denkbar weit gefasst sei, um einem Netzbetreiber die Weitergabe von Belastungen auf Grundlage der Entgeltklausel auch im Fall der Änderung bestehender oder der Einführung neuer Verbindlichkeiten zu ermöglichen (Begründung S. 26).

bb)

Auch hinsichtlich der in dem Mustervertrag angeordneten Sperrpflicht bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Vorgabe.

Die Regelung berücksichtigt, dass der Netzbetreiber zwischen Lieferant und Letztverbraucher eingebunden ist, der Lieferant nicht „aus eigener Kraft“ von seinem Zurückbehaltungsrecht – etwa im Falle eines Zahlungs-

verzuges – Gebrauch machen und seinem Kunden, dem Letztverbraucher, den Strom abstellen kann. Hierzu bedarf es der Mitwirkung des Netzbetreibers (vgl. BGH, Urteil vom 14.04.2015, EnZR 13/14, NJW 2015, 2032).

§ 24 Abs. 3 NAV gibt dem Netzbetreiber unter bestimmten Voraussetzungen das Recht, die Versorgung eines Abnehmers aus dem Niederspannungsnetz auf Anweisung des Lieferanten zu unterbrechen (BGH, Urteil vom 14.04.2015, EnZR 13/14, NJW 2015, 2032). Die Netzanschlussverordnung regelt hierbei das Verhältnis zwischen Netzbetreiber und einem Anschlussnehmer (BGH, Urteil vom 14.04.2015, EnZR 13/14, NJW 2015, 2032). Zwar kann aus § 24 Abs. 3 NAV nicht eine Pflicht des Netzbetreibers entnommen werden, einem Verlangen des Lieferanten unter den dort genannten Voraussetzungen nachzukommen. Vielmehr ist für das Rechtsverhältnis zwischen Netzbetreiber und Lieferanten der abgeschlossene Netznutzungsvertrag maßgeblich (BGH, Urteil vom 14.04.2015, EnZR 13/14, NJW 2015, 2032).

Beschränkungen der vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten ergeben sich aber aus § 20 Abs. 1 EnWG (BGH, Urteil vom 14.04.2015, EnZR 13/14, NJW 2015, 2032). Ein Netzbetreiber verstößt gegen § 20 Abs. 1 Satz 1 EnWG, wenn er den Zugang zum Netz davon abhängig macht, dass sich ein Lieferant bestimmten, für ihn nachteiligen Vertragskonditionen unterwirft, ohne dass dieses Verlangen sachlich gerechtfertigt ist (BGH, Urteil vom 14.04.2015, EnZR 13/14, NJW 2015, 2032). Der Mustervertrag will diese Pflichten einheitlich regeln. Hierzu gehören auch die Voraussetzungen, unter denen ein Netzbetreiber verpflichtet ist, einem Unterbrechungsverlangen nachzukommen (BGH, Urteil vom 14.04.2015, EnZR 13/14, NJW 2015, 2032). Der Bundesgerichtshof hat festgestellt, dass ein Netzbetreiber „nicht ohne weiteres“ verpflichtet sei, jedem Unterbrechungsverlangen eines Stromlieferanten nachzukommen (BGH, Urteil vom 14.04.2015, EnZR 13/14, NJW 2015, 2032). Ein Netzbetreiber schränkt den Zugang zu seinem Netz aber etwa in sachlich nicht gerechtfertigter Weise ein, wenn er einem Lieferanten, der Abnehmer im Rahmen eines

Sonderkundenverhältnisses beliefert, die Möglichkeit verwehrt, ein ihm aus dem Lieferungsvertrag zustehendes Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen, ohne dass dies aus technischen Gründen oder aufgrund von sonstigen aner kennenswerten Interessen des Netzbetreibers erforderlich ist (BGH, Urteil vom 14.04.2015, EnZR 13/14, NJW 2015, 2032). So darf der Netzbetreiber die Entscheidungsfreiheit des Lieferanten im Verhältnis zu dessen Abnehmern nicht ohne zureichenden Grund einschränken, indem er den Netzzugang davon abhängig macht, dass er den Lieferanten auf die Möglichkeit der Kündigung oder des Zugriffs auf erbrachte Vorauszahlungen oder Sicherheitsleistungen verweist.

Der Bundesgerichtshof lässt hierbei nachvollziehbar erkennen, dass der Netzbetreiber ein Unterbrechungsbegehren nicht von zusätzlichen Anforderungen abhängig machen darf, weil andernfalls die Gefahr der Diskriminierung besteht. Auch soll der Lieferant nicht darauf verwiesen werden, zunächst selbst gegen seinen Kunden/Letzverbraucher vorzugehen und erst in einem zweiten Schritt sich an seinen Netzbetreiber zu wenden, damit dieser dann eine Stromabschaltung durchführt. Der Bundesgerichtshof macht so deutlich, dass ein Netzbetreiber nicht auf den Wettbewerb dadurch Einfluss nehmen darf, dass er eine Ausübung vertraglicher Rechte gegenüber den Abnehmern, bei der die Mitwirkung des Netzbetreibers erforderlich ist, generell verwehrt oder von zusätzlichen, nicht gerechtfertigten Voraussetzungen abhängig macht.

Der Bundesgerichtshof hält es für erforderlich, aber auch für ausreichend, wenn der Lieferant im Verhältnis zum Netzbetreiber - im Hinblick auf das Sicherungsinteresse des Netzbetreibers und mögliche wirtschaftliche Folgen - dessen Kosten trägt und ihn von Ersatzansprüchen des Abnehmers freistellt, die aus einer unberechtigten Unterbrechung resultieren könnten (BGH, Urteil vom 14.04.2015, EnZR 13/14, NJW 2015, 2032; vgl. auch § 24 Abs. 3 NAV).

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist – nach summarischer Prüfung des Senats – die angegriffene Regelung nicht zu beanstanden. Die Klausel berücksichtigt die Interessen des Netzbetreibers in ausreichendem Maße.

Es ist im konkreten Fall kein besonderes Interesse der Betroffenen – in ihrer Funktion als Netzbetreiber – erkennbar, welches die Klausel als nicht sachgerecht oder unverhältnismäßig erscheinen lassen könnte. Soweit die Betroffene ausführlich darauf abstellt, dass eine unberechtigte Sperrung eines Netzanschlusses eines einzelnen Letztverbrauchers auf dem Flughafengelände den Betrieb des Flughafens insgesamt beeinträchtigen könnte, stellt dies die Regelung nicht infrage. Es geht nicht vorrangig um die Rolle der Betroffenen als Betreiberin des Flughafens, sondern um ihre Funktion als Netzbetreiber. So will der Mustervertrag lediglich mögliche Interessenkonflikte zwischen Netzbetreiber, Lieferant und Letztverbraucher regeln. Ein Netzbetreiber ist aber regelmäßig nicht dadurch erheblich in seinen Rechten beeinträchtigt, dass er auf Anweisung eines Lieferanten gegen einen Letztverbraucher vorzugehen, ihm etwa den Strom abzustellen hat.

Die mögliche Gefahr, dass aufgrund einer Stromabschaltung bei einem auf dem Flughafengelände ansässigen Unternehmen der Flugbetrieb beeinträchtigt oder sogar zum Erliegen kommen könnte, ist hingegen Teil des typischerweise mit dem Betrieb eines Flughafens verbundenen und von der Betroffenen zu tragenden Betriebsrisikos. Es entspricht dem Risiko unternehmerischer Tätigkeit, dass Lieferanten oder Subunternehmer nicht mehr leistungsfähig sein könnten, etwa wegen Insolvenz oder Stromabschaltungen, mit der Folge, dass dann der für die eigene Geschäftstätigkeit notwendige Beitrag des Vertragspartners nicht mehr erbracht und so das eigene Unternehmen gefährdet werden kann. Es ist im Übrigen ziemlich fernliegend, dass ein Lieferant - unter glaubhafter Versicherung, dass die Voraussetzungen für eine Stromabschaltung, z.B. wegen Zahlungsverzugs, vorlägen – der DFS Deutsche Flugsicherung GmbH, einer hundertprozentigen Tochter des Bundes, den Strom abstellen möchte.

Der Bundesgerichtshof hält zum Schutz des Netzbetreibers einen Freistellungsanspruch des Netzbetreibers gegen den Lieferanten für ausreichend. Dass hier möglicherweise ein gewisses Insolvenzrisiko auf Seiten des Netzbetreibers bestehen kann, hat der Bundesgerichtshof gesehen, aber nicht beanstandet.

Auch Interessen der Allgemeinheit, hier der Betrieb des Flughafens, stehen nicht entgegen. Dass Flughäfen zeitweise nicht betrieben werden können, ist etwa im Winter nicht ungewöhnlich und Teil des typischen Transportrisikos (s. auch unten).

cc)

Soweit der Mustervertrag nicht ermöglicht, die Haftung für Sachschäden nach § 7 Abs. 2 HPfIG auszuschließen, ist dies – nach summarischer Prüfung – nicht ermessensfehlerhaft und nicht zu beanstanden.

Der Senat kann keine Existenzbedrohung der Betroffenen darin erkennen, wenn Netzbetreiber – für Sachschäden - gegenüber Kaufleuten oder juristischen Personen des öffentlichen Rechts wie gegenüber Privatpersonen haften. Hierbei ist insbesondere zu sehen, dass der nach § 7 Abs. 2 HPfIG grundsätzlich mögliche Haftungsausschluss nur Sachschäden und nicht die oft mit höheren Schadensbeträgen verbundenen Personenschäden erfasst. Es ist auch nicht ersichtlich, dass dieses zusätzliche Risiko für Sachschäden mit weit höheren Versicherungsprämien verbunden oder möglicherweise nicht versicherbar wäre.

Dem steht auch nicht entgegen, dass ein entsprechender Haftungsausschluss für Sachschäden in der Vergangenheit möglicherweise üblich gewesen war.



b)

Es ist ferner nicht erkennbar, dass die fehlende Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde für die Betroffene eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hat.

Nur schwerwiegende, nicht wieder gutzumachende Nachteile stellen eine Härte dar, wobei die Unbilligkeit einer Härte entfällt, wenn überwiegende öffentliche Interessen bestehen (Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Auflage 2015, § 77, Rn. 17). So können selbst Existenzbedrohungen aufgrund eines überwiegenden öffentlichen Interesses nicht unbillig sein (Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Auflage, § 77, Rn. 17). Der Maßstab für den Erfolg eines Aussetzungsantrags ist daher hoch (Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Auflage 2015, § 77, Rn. 17), auch weil der sofortigen Vollziehbarkeit von Entscheidungen der Regulierungsbehörde im Rahmen der Abwägung ein hoher Rang einzuräumen ist (OLG München, Beschluss vom 22.02.2007, Kart 2/06, ZNER 2007, 62; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.07.2006, 3 Kart 286/06, ZNER 2006, 258; Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Auflage 2015, § 77, Rn. 17). Ein Abweichen von der gesetzgeberischen Grundentscheidung für den Sofortvollzug ist die Ausnahme und es bedarf besonderer Umstände, um eine solche Ausnahme zu rechtfertigen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.07.2006, 3 Kart 286/06, ZNER 2006, 258).

Danach besteht hier keine unbillige Härte. Soweit sich mögliche Beeinträchtigungen der Betroffenen in ihrer Rolle als Netzbetreiber ergeben, sind diese allenfalls von untergeordneter Bedeutung, weil ihr bei einer Inanspruchnahme ein Freistellungsanspruch gegen den Lieferanten zusteht. Das Risiko, dass ein Lieferant möglicherweise insolvent werden könnte und ein Freistellungsanspruch daher nicht mehr durchgesetzt werden könnte, ist zwar denkbar, aber – wie erläutert – vom Bundesgerichtshof als nachrangig eingeschätzt worden.

Soweit sich eine unbillige Härte, schwerwiegende, nicht wiedergutzumachende Nachteile für die Betroffene aus ihrer Rolle als Betreiberin des

Flughafens ergeben könnten, rechtfertigt dies ebenfalls nicht, die auf-schiebende Wirkung anzuordnen.

Die von der Betroffenen geltend gemachten Belastungen, Störungen und möglicherweise finanziellen Auswirkungen betreffen aus den dargestellten Gründen das allgemeine Unternehmerrisiko, wie es für den Betrieb eines Flughafens typisch ist. So arbeiten an einem Flughafen zahlreiche Unternehmen zusammen, die aufeinander angewiesen sind, um einen ordnungsgemäßen Flug- und Abfertigungsbetrieb zu gewährleisten. Führt die Betroffene etwa bestimmte Aufgaben nicht selbst durch, sondern lässt diese durch Subunternehmer oder Fremdfirmen ausführen, etwa IT-, Wach-, Sicherheits- oder Reinigungsdienste, muss sie von vornherein damit rechnen, dass diese Unternehmen kurzfristig ausfallen, insolvent werden oder zeitnah nicht über das notwendige Personal verfügen könnten. Auch die Gefahr einer Bombendrohung gehört hierbei zum Betriebsrisiko eines Flughafens. Diese Risiken sind weit höher einzustufen als die Gefahr einer etwaigen, eher theoretischen, unberechtigten oder gar vorsätzlich sittenwidrigen Stromabschaltung. Das Risiko „Stromabstellen“ ist angesichts dieser anderen Risiken von untergeordneter Bedeutung. Einem berechtigten Begehren einer Stromabschaltung hat die Betroffene nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Übrigen sowieso nachzukommen.

Es ist nachvollziehbar, dass die DFS Deutsche Flugsicherung GmbH von entscheidender Bedeutung für den Betrieb des Flughafens ist. Wie erläutert, erscheint es andererseits wenig lebensnah, dass ein Stromlieferant dem bundeseigenen Unternehmen den Strom abstellen könnte. Aber selbst wenn, wäre dies – wie etwa ein Streik der Fluglotsen – ein typisches Betriebsrisiko eines Flughafens. Dass der Gesetzgeber das Risiko eines zeitweisen Ausfalls des Flugverkehrs als nicht überragend gravierend ansieht, zeigt sich auch daran, dass die seinerzeitige Bundesanstalt für Flugsicherung im Januar 1993 durch die privatrechtliche organisierte DFS Deutsche Flugsicherung GmbH abgelöst worden ist. Die Änderung in die privatrechtliche Organisationsform ist gewählt worden, obwohl damals

klar war, dass von da an mit Streiks der seither nicht mehr beamteten Fluglotsen zu rechnen war und dies zu Störungen und Stilllegungen von Flughäfen führen wird.

Im Übrigen ist das öffentliche Interesse an der Vollziehung der Entscheidung der Bundesnetzagentur zu berücksichtigen, das etwaige Nachteile der Betroffenen überwiegt.

## II.

Aus den genannten Gründen kam auch nicht in Betracht, die Aussetzung der Vollziehung des Beschlusses der Bundesnetzagentur anzuordnen.

## III.

Die Entscheidung ist unanfechtbar. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof kommt nur gegen in der Hauptsache erlassene Beschlüsse des Oberlandesgerichts in Betracht (§ 86 Abs. 1 EnWG).

L.

Dr. E.

F.

