Oberlandesgericht Düsseldorf, 3 Kart 885/19

Datum:	07.10.2020
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	3. Kartellsenat
Entscheidungsart:	Beschluss
Aktenzeichen:	3 Kart 885/19
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2020:1007.3KART885.19.00

Leitsätze:

Den grundzuständigen Messstellenbetreiber i.S.d. § 2 S. 1 Nr. 4 MsbG trifft eine Rechtspflicht zur Erstellung und Testierung eines gesonderten Tätigkeitsabschlusses für den modernen Messstellenbetrieb aus § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG i.V.m. § 6b Abs. 3 S. 6 EnWG.

Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Die Beschwerde vom 30.12.2019 gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 26.11.2019, Az. BK8-19/06808-61, wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur trägt die Beschwerdeführerin.

Der Beschwerdewert wird auf … Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird zugelassen.

G r ü n d e : 1

A. 2

Die Beschwerdeführerin betreibt unter anderem ein Elektrizitätsverteilernetz mit … Entnahmestellen in Nordrhein-Westfalen und Niedersachen. Mit Einführung des 3

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. Mit Schreiben vom 27.06.2019 teilte die Beschwerdeführerin der Bundesnetzagentur mit, dass hierzu ihrer Ansicht nach keine Rechtspflicht bestehe und sie deshalb von der Erstellung und Testierung eines solchen Abschlusses für das Jahr 2018 absehe. Die Bundesnetzagentur eröffnete daraufhin am 01.09.2019 von Amts wegen ein Verwaltungsverfahren nach § 76 Abs. 2 MsbG in Form einer Aufsichtsmaßnahme gegen die Beschwerdeführerin zur Aufstellung von Tätigkeitsabschlüssen für den grundzuständigen Messstellenbetrieb nach § 3 Abs. 4 S. 2 MsbG. 4

Durch Beschluss vom 26.11.2019 (Az. BK8-19/06808-61) hat die Bundesnetzagentur die Beschwerdeführerin verpflichtet, einen Tätigkeitsabschluss für den modernden 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 erfolgt ist (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 hat die Bundesnetzagentur im Wesentlichen ausgeführt, dass sich durch den uneingeschränkten Verweis auf die buchhalterische Entflechtung sowie auf die umfassenden Verpflichtungen aus § 6b EnWG ergebe, dass zur Erfüllung dieser Vorgaben für die Tätigkeit des grundzuständigen Messstellenbetriebs nicht nur eine Kontentrennung von anderen Tätigkeiten vorzunehmen sei, sondern ein eigener Tätigkeitsabschluss zumindest aufzustellen und zu prüfen lassen sei. Dies folge sowohl aus Wortlaut als auch Sinn und Zweck der Vorschrift. 5

Hiergegen wendet sich die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde vom 30.12.2019. 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. 6

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, es fehle bereits 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. 7

Sie folge nicht aus dem Wortlaut der Vorschriften. Mit dem in der Verweisungsnorm erteilten umfänglichen Anwendungsbefehl von § 6b EnWG sei klar, dass nicht alle Regelungen des § 6b EnWG auf den grundzuständigen Messstellenbetrieb zur Anwendung kommen könnten. Der Verweis sei deshalb für die Frage, ob der moderne Messstellenbetrieb den sog. Katalogtätigkeiten nach § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG oder den sog. Nicht-Katalogtätigkeiten nach § 6b Abs. 3 S. 3 oder 4 EnWG, die in einem Tätigkeitsabschluss zusammengefasst werden könnten, zuzuordnen sei, unergiebig. Dass der moderne Messstellenbetrieb in § 6b Abs. 3 EnWG nicht als Katalogtätigkeit aufgeführt sei, spreche für seine Zuordnung zu den sonstigen Tätigkeiten außerhalb des Elektrizitäts- und Gassektors i.S.d. § 6b Abs. 3 S. 4 EnWG. 8

Sinn und Zweck des § 3 Abs. 4 S. 2 MsbG und des § 6b EnWG erforderten keinen gesonderten Tätigkeitsabschluss für den modernen Messstellenbetrieb. Diskriminierung und Quersubventionierung würden bereits dadurch verhindert, dass sie eine korrekte Kostenzuordnung und/oder -schlüsselung auf die Katalogtätigkeit „Elektrizitätsverteilung“ und auf die Nicht-Katalogtätigkeit „Tätigkeiten außerhalb des Elektrizitäts- und Gassektors“ vornehme. Die Kontrolle der Einhaltung des Trennungsgebots werde durch § 6b Abs. 3 S. 7 EnWG gewährleistet, die sachgerechte Zuordnung der Kosten im Tätigkeitsabschluss für die sonstigen (Nicht-Katalog-)Tätigkeiten nach § 6b Abs. 5 S. 2 EnWG werde vom Abschlussprüfer geprüft. Soweit sicherzustellen sei, dass Kosten des modernen Messstellenbetriebs nicht den Kosten des Netzbetriebs zugeordnet oder zugeschlüsselt würden, bestünden keine Unterschiede zu allen weiteren Nicht-Katalogtätigkeiten. Solche ergäben sich auch nicht daraus, dass der Messstellenbetrieb durch die Preisobergrenzen nach den §§ 31 f. MsbG anders als die Nicht-Katalogtätigkeiten teilreguliert sei. Insoweit bestehe auch ein Unterschied zu den vollregulierten Katalogtätigkeiten. Eine Zusammenfassung der Kosten des modernen Messstellenbetriebs mit den Kosten der übrigen Nicht-Katalogtätigkeiten sei unter den Gesichtspunkten der Quersubventionierung und Diskriminierung unkritisch, da es aus wirtschaftlicher Sicht keinen Sinn mache, Kosten einer (teil-)regulierten Tätigkeit wie dem modernen Messstellenbetrieb in vollständig dem Wettbewerb unterliegende Tätigkeiten zu schlüsseln. 9

Dass die Tätigkeit des modernen Messstellenbetriebs nicht zur Katalogtätigkeit erhoben werden müsse, ergebe sich auch eindeutig aus der abweichenden Methodik der Entgeltregulierung. Anders als die Kosten des Netzbetriebs für die Erlösobergrenzen seien die Kosten des modernen Messstellenbetriebs für die Preisobergrenzen gerade nicht maßgeblich. Die Herauslösung des modernen Messstellenbetriebs aus dem regulierten Netzbetrieb spreche gegen eine Gleichbehandlung mit den Katalogtätigkeiten. Die Verweisungsvorschrift laufe bei diesem Verständnis der Verweisung auch nicht ins Leere, weil ohne den Verweis auf § 6b EnWG der grundzuständige Messstellenbetrieb für moderne Messeinrichtungen und intelligente Messysteme im Netzbetrieb verbleiben könnte. 10

Zudem sei der angefochtene Beschluss mit zahlreichen Ermessensfehlern behaftet. Die Erwägungen der Bundesnetzagentur zum Regulierungskontosaldo seien nicht nachvollziehbar und sachfremd, so dass ein Ermessensfehlgebrauch vorliege. Die Ermessenserwägungen seien insgesamt unvollständig. Die Bundesnetzagentur hätte alternative Handlungs- und Gestaltungsmöglichkeiten prüfen müssen. Dies gelte umso mehr, als ein bereits begangener Rechtsverstoß nur für das Jahr 2018 vorliegen könne, nicht aber für das Jahr 2019 und sich der Feststellungsausspruch nach § 76 Abs. 3 MsbG gegenüber der Aufsichtsmaßnahme nach § 76 Abs. 2 MsbG als deutlich milderes Mittel darstelle. Da die Verletzung der Aufstellungspflicht im Jahr 2019 noch nicht einmal im Ansatz unmittelbar bevorgestanden habe, hätte sie auch diese Handlungsmöglichkeit mit in ihre Abwägungen einstellen müssen. Dies gelte umso mehr, als ein Feststellungsausspruch angesichts der Zielsetzung der Bundesnetzagentur, eine gerichtliche Klärung der Streitfrage herbeizuführen, naheliege. Dass der gesamte Beschluss mit einem Ermessensausfall behaftet sei, folge auch daraus, dass die Bundesnetzagentur bei ihren Ausführungen nur auf § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG rekurriere, Ermächtigungsgrundlage aber § 76 Abs. 2 MsbG sei, der eine entsprechende Ermessensausübung einfordere. Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung sei nur ansatzweise erkennbar und werde durch den Verweis auf eine bestehende gesetzliche Verpflichtung nicht entbehrlich. Zudem hätte die Bundesnetzagentur die Eingriffstiefe im Rahmen ihrer Ermessenserwägungen vorzeichnen müssen und die Frage, ob von einer Veröffentlichung der Tätigkeitsabschlüsse Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen seien, nicht offenlassen dürfen. § 76 Abs. 2 MsbG fordere eine umfassende 11

Folgenabwägung, die eine abschließende Bewertung auch dieser Frage erfordert hätte. Die Bundesnetzagentur könne sich insoweit nicht auf eine fehlende Zuständigkeit zurückziehen. Die Durchführung eines Ordnungsmittelverfahrens hänge essenziell von dem vorherigen Zutun der Bundesnetzagentur ab. Die Überwachung der Entflechtungsvorschriften gehöre zu ihrer Kernkompetenz, wie aus § 54 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 EnWG folge. Ihr stehe damit eine Anordnungsbefugnis nach § 65 Abs. 2 EnWG zu, die Zuwiderhandlung könne mit Zwangsgeldern (§ 94 EnWG) bzw. Bußgeldern (§ 95 EnWG) sanktioniert werden. Die Bundesnetzagentur könne zudem die Darlegungslast für das Bestehen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen wegen § 71 EnWG nicht auf die Beschwerdeführerin verlagern. Hiervon abgesehen stellten die in den Tätigkeitsabschlüssen befindlichen aufwandsgleichen Kostenpositionen (wie z.B. Personalkosten) neben den kalkulatorischen Kostenpositionen aber auch den wesentlichen Bestandteil der Kosten eines Messstellenbetreibers dar und seien als originäre Betriebsdaten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Tätigkeitsabschlüsse für sonstige Bereiche des Energiesektors seien zudem aufgrund der Regelungssystematik des § 6b Abs. 7 S. 5 und S. 6 EnWG gesetzlich als Geschäftsgeheimnisse einzuordnen.

Die Auslegung der Verweisungsnorm durch die Bundesnetzagentur führe zu einem unauflösbaren Konflikt sowohl mit dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Bestimmtheitsgebot als auch mit dem Gebot des Vorbehalts des Gesetzes, da sie offensichtlich contra legem erfolge. Die Verweisung in § 3 Abs. 4 S. 2 MsbG genüge dem Bestimmtheitsgebot im Sinne der Rechtsklarheit nicht, weil der Verweis nicht eindeutig sei. Insbesondere habe sich der Gesetzgeber nicht zu möglichen Geheimhaltungsinteressen des grundzuständigen Messstellenbetreibers geäußert, so dass sich eine Veröffentlichungspflicht aus dem „nackten“ Verweis in § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG nicht herleiten lasse. 12

Schließlich sei der angefochtene Beschluss auch deshalb rechtswidrig, weil er weder der Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustandes durch Beseitigung eines in die Zukunft fortwirkenden Rechtsverstoßes – bezogen auf das Jahr 2018 - diene noch eine Erstbegehungsgefahr in Form eines drohenden unmittelbar bevorstehenden Rechtsverstoßes vorliege. Im angefochtenen Beschluss erläutere die Bundesnetzagentur nicht, woran sie eine Erstbegehungsgefahr festmache. Die Verletzung der Aufstellpflicht habe im Jahr 2019 noch nicht unmittelbar bevorgestanden, sondern denklogisch erst mit Ablauf des 31.12.2019 begründet werden können, wobei die handelsrechtlichen Vorschriften Aufstellungsfristen von bis zu einem halben Jahr vorsähen. 13

Die Beschwerdeführerin beantragt, 14

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 26.11.2019, Az. BK8-19/06808-61 aufzuheben. 15

Die Bundesnetzagentur beantragt, 16

die Beschwerde zurückzuweisen. 17

Sie ist der Ansicht, dass sie ihre Entscheidung zutreffend auf § 76 Abs. 2 MsbG gestützt habe. Im Streitfall habe die ernste Besorgnis einer drohenden Zuwiderhandlung bestanden, weil die Beschwerdeführerin – auch im Rahmen der Anhörung – die Ansicht vertreten habe, zur Erstellung eines gesonderten Tätigkeitsabschlusses für den modernen Messstellenbetrieb nicht verpflichtet zu sein. Die nachträgliche Feststellung eines Verstoßes gemäß § 76 Abs. 3 MsbG sei demgegenüber subsidiär. 18

Die Beschwerdeführerin habe auch eine Rechtspflicht aus dem MsbG verletzt. Dem Wortlaut der Vorschrift des § 3 Abs. 4 S. 2 MsbG werde nur eine Auslegung gerecht, die das 19

vorgegebene Ziel (Vermeidung von Diskriminierung und Quersubventionierung) ebenso wie den vorgesehenen Weg dorthin (buchhalterische Entflechtung) berücksichtige. Auch systematische Gründe sprächen dafür, dass ein separater Tätigkeitsabschluss erforderlich sei. Die Führung getrennter Konten hätte im MsbG angeordnet werden können, ohne dass es eines Verweises auf § 6b EnWG bedurft hätte. Der Verweis diene zudem rechtstechnisch gerade dem Zweck, eine zusätzliche Anpassung des § 6b EnWG-Katalogs unnötig zu machen. Die bloße getrennte Kontenführung reiche auch nicht aus, Diskriminierung und Quersubventionierung effektiv entgegenzuwirken. Nur ein gesonderter Tätigkeitsabschluss könne von Dritten – z.B. ihr selbst – geprüft und nachvollzogen werden. Die Tätigkeit des grundzuständigen Messstellenbetreibers im modernen Messstellenbetrieb gleiche den nicht regulierten Tätigkeiten nicht in einer Weise, dass sie ohne Transparenzverlust mit ihnen zusammenfasst werden könnte.

Die Entscheidung sei auch ermessensfehlerfrei. Die für die schlichte Anordnung der bestehenden gesetzlichen Verpflichtung erforderlichen Ermessenserwägungen seien erfolgt. Sie habe insbesondere Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahme erörtert. Die Entscheidung lasse die Verpflichtung zur Veröffentlichung ausdrücklich offen. Der Umfang der Veröffentlichungspflichten bezüglich der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung ergebe sich allein aus den Vorgaben des HGB. Die Bezugnahme auf das Regulierungskonto sei nicht sachfremd, da es sich um ein jährlich wiederkehrendes Verfahren handele und die Kosten für das Jahr 2019 für den zum 30.06.2020 zu stellenden Antrag zum Regulierungskonto relevant seien. Auch eine Ermessensüberschreitung liege nicht vor. Die Maßnahme sei erforderlich, ein milderes Mittel nicht ersichtlich. Der verfolgte Zweck, mittels Durchsetzung einer gesetzlichen Pflicht zur Transparenz beizutragen, stehe nicht außer Verhältnis zur Belastung der Beschwerdeführerin mit einem Tätigkeitsabschluss, den sie angesichts der unstreitig bereits getrennt geführten Konten unproblematisch aufstellen und prüfen lassen könne. Sie habe die Frage der Veröffentlichungspflicht des Tätigkeitsabschlusses für den grundzuständigen Messstellenbetrieb auch offenlassen können, da sie für die Durchsetzung der Veröffentlichungspflicht nicht zuständig sei, sondern das nach § 335 HGB zuständige Bundesamt für Justiz. Allerdings habe sich der Gesetzgeber bezüglich der hier streitgegenständlichen Daten für eine Veröffentlichungspflicht entschieden. Durch den Globalverweis auch auf § 6c EnWG sprächen gewichtige Argumente dafür, hier eine Veröffentlichungspflicht anzunehmen. Aus gesetzgeberischen Wertungen und Regelungen des HGB und EnWG ergäben sich Einschränkungen des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Die grundsätzliche Pflicht nach § 6b Abs. 7 S. 6 EnWG, Tätigkeitsabschlüsse zu Tätigkeitsbereichen, die nicht in Abs. 3 S. 1 aufgeführt sind, als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln, stehe dem nicht entgegen, da dieser Regelung nur freiwillig über die gesetzlichen Pflichten hinaus aufgestellte Tätigkeitsabschlüsse unterfielen, etwa für andere Tätigkeiten innerhalb des Elektrizitätssektors nach § 6b Abs. 3 S. 3 EnWG. Die Beschwerdeführerin habe allerdings das Vorliegen eventueller Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in einem entsprechenden Tätigkeitsabschluss bislang nicht substantiiert dargelegt. Die dort enthaltenen Angaben seien hoch aggregierte Werte, die keine Rückschlüsse auf einzelne Sachverhalte zuließen. Die ihrer Ermessensentscheidung zugrundeliegenden Annahmen seien zutreffend, auch im Hinblick auf die Eingriffstiefe bezüglich der Beschwerdeführerin. Die Frage der Veröffentlichungspflicht sei bereits nicht verfahrensgegenständlich. Zudem sei die Möglichkeit, dass es sich bei den Daten im aufzustellenden Tätigkeitsabschluss um nach § 6b Abs. 4 EnWG zu veröffentlichende Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handeln sollte, Teil ihrer Ermessenserwägungen gewesen. Schließlich könne ihre Ermessensentscheidung, mit der lediglich eine gesetzliche Pflicht umgesetzt werde, nicht davon abhängen, ob eine weitere gesetzliche Pflicht bestehe oder nicht. 20

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung vom 19.08.2020 Bezug genommen. 21

B. 22

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 bleibt aber in der Sache ohne Erfolg. 23

I. Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die angefochtenen Aufsichtsmaßnahme nach § 76 Abs. 2 EnWG folgt aus § 54 Abs. 1 EnWG. In Streit steht die Verletzung einer etwaigen Rechtspflicht der Beschwerdeführerin aus § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG i.V.m. § 6b EnWG. § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG verweist hinsichtlich der Zuständigkeit auf § 54 EnWG (hierzu ausführlich Senat, Beschluss v. 07.10.2020, VI-3 Kart 884/19 [V]). Da mehr als 100.000 Kunden an das Elektrizitätsversorgungsnetz der Beschwerdeführerin angeschlossen sind, greift die Zuständigkeitszuweisung zur Landesregulierungsbehörde für die Überwachung der Vorschriften zur Entflechtung nach § 6 Abs. 1 in Verbindung mit den §§ 6a bis 7a EnWG gemäß § 54 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 EnWG nicht ein, so dass die Auffangzuständigkeit der Bundesnetzagentur nach § 54 Abs. 3 S. 1 EnWG gilt. 24

II. Die Bundesnetzagentur hat zutreffend angenommen, dass die Beschwerdeführerin als grundzuständige Messstellenbetreiberin i.S.d. § 2 S. 1 Nr. 4 MsbG eine Rechtspflicht aus § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG i.V.m. § 6b Abs. 3 S. 6 EnWG zur Erstellung und Testierung eines gesonderten Tätigkeitsabschlusses für den modernen Messstellenbetrieb trifft. Die pauschale Verweisung in § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG auf § 6b EnWG erstreckt sich bei der gebotenen systematischen und teleologischen Auslegung auch auf die in § 6 Abs. 3 S. 6 EnWG normierte Verpflichtung zur Erstellung eines gesonderten Tätigkeitsabschlusses und die daran anknüpfenden Verpflichtungen, diesen prüfen zu lassen und der Bundesnetzagentur vorzulegen. 25

1. Die Verpflichtung zur Erstellung eines gesonderten Tätigkeitsabschlusses für den grundzuständigen Messstellenbetrieb entsprechend § 6b Abs. 3 S. 6 EnWG folgt allerdings nicht schon aus dem Wortlaut der Verweisungsnorm. 26

Der Verweis in § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG auf den gesamten Inhalt des § 6b EnWG und damit auf sämtliche in § 6b Abs. 3 EnWG normierte Vorgaben zur Führung spezifischer Konten und zur Erstellung von Tätigkeitsabschlüssen ist unspezifisch. Eine inhaltlich vollumfängliche entsprechende Anwendung des § 6b Abs. 3 EnWG auf den grundzuständigen Messstellenbetrieb kommt sachlogisch nicht in Betracht, da dieser zwischen verschiedenen Tätigkeiten differenziert und daran im Hinblick auf die Pflicht zur Erstellung von Tätigkeitsabschlüssen unterschiedliche Rechtsfolgen knüpft. 27

1.1. Nach § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG haben Unternehmen nach Abs. 1 S. 1 für jede Tätigkeit innerhalb enumerativ aufgezählter, bestimmter Unternehmensbereiche, zu denen auch die Elektrizitätsverteilung zählt (sog. Katalogtätigkeiten), in ihrer internen Rechnungslegung getrennte Konten zu führen, wie dies erforderlich wäre, wenn diese Tätigkeiten von rechtlich selbständigen Unternehmen ausgeführt werden würden. Für die anderen Tätigkeiten innerhalb des Elektrizitäts- bzw. Gassektors sind nach § 6 Abs. 3 S. 3 EnWG Konten zu führen, die innerhalb des jeweiligen Sektors zusammengefasst werden können; für Tätigkeiten außerhalb des Elektrizitäts- und Gassektors sind gemäß § 6 Abs. 3 S. 4 EnWG ebenfalls eigene Konten zu führen, die zusammengefasst werden können (jeweils sog. Nicht- 28

Katalogtätigkeiten). Eine Tätigkeit kann mithin nur einer bzw. einem der in § 6 Abs. 3 S. 1, S. 3 und S. 4 EnWG genannten Tätigkeiten bzw. Tätigkeitsbereiche zugeordnet werden.

1.2. Mit der Einordnung einer Tätigkeit als Katalogtätigkeit oder Nicht-Katalogtätigkeit sind im Hinblick auf die Verpflichtung zur Erstellung - und dem folgend der Prüfung und Vorlage - von Tätigkeitsabschlüssen unterschiedliche Rechtsfolgen verbunden. 29

Für Katalogtätigkeiten sind nicht nur jeweils getrennte Konten zu führen, sondern ist nach § 6 Abs. 3 S. 6 EnWG auch jeweils ein *eigener* Tätigkeitsabschluss (Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung) zu erstellen, der vom Abschlussprüfer zu prüfen und nach § 6b Abs. 4 EnWG im Bundesanzeiger bekannt zu machen ist. Für Tätigkeiten, die unter die Nicht-Katalogtätigkeiten gefasst werden, besteht hingegen keine Pflicht zur Erstellung einer gesonderten Tätigkeitsabschlusses für jeden einzelnen Tätigkeitsbereich. Dahinstehen kann die umstrittene Frage, ob sich § 6 Abs. 3 S. 6 EnWG schon im Ausgangspunkt nur auf Katalogtätigkeiten bezieht oder ob er auch auf Nicht-Katalogtätigkeiten anwendbar ist (zum Meinungsstand ausführlich Poullie in; BerlK-EnR, 4. Aufl., § 6b EnWG Rn. 68). Denn auch wenn man von letzterem ausgeht, unterscheidet sich der Inhalt der Aufstellungspflicht. Wenn man den modernen Messstellenbetrieb mit der Beschwerdeführerin den Nicht-Katalogtätigkeiten außerhalb des Elektrizitäts- und Gassektor zuordnen würde, bestünde nach § 6 Abs. 3 S. 6 EnWG keine Verpflichtung zur Erstellung eines *gesonderten* Tätigkeitsbeschlusses für den modernen Messstellenbetrieb. Das hierfür gesondert geführte Konto kann mit den weiteren für diesen Tätigkeitsbereich geführten Konten vielmehr undifferenziert in einem Tätigkeitsabschluss zusammengefasst werden, wie unmittelbar aus § 6b Abs. 3 S. 4 EnWG folgt. 30

2. Es ist somit eine Auslegung dahingehend erforderlich, ob über den Verweis in § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG die Vorgaben für Katalogtätigkeiten und damit auch die Verpflichtung zur Erstellung eines gesonderten Tätigkeitsabschlusses auf den grundzuständigen Messstellenbetrieb anwendbar sind, oder ob dieser als Nicht-Katalogtätigkeit einzuordnen ist. Letzteres hätte zur Folge, dass allenfalls ein zusammengefasster Tätigkeitsabschluss für alle Tätigkeiten außerhalb des Elektrizitäts- und Gassektors erstellt werden müsste, kein geschäftsfeldbezogener gesonderter Tätigkeitsabschluss, wie er mit der streitgegenständlichen Aufsichtsmaßnahme verlangt wird. 31

In der Gesetzesbegründung finden sich keine direkten Aussagen zum Umfang der entsprechenden Anwendung des § 6b EnWG. Systematische und teleologische Erwägungen sprechen aber maßgeblich dafür, den grundzuständigen Messstellenbetrieb wie eine Katalogtätigkeit i.S.d. § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG zu behandeln und einen gesonderten Tätigkeitsabschluss für diesen Geschäftsbereich zu verlangen. 32

2.1. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin steht dem nicht von vornherein entgegen, dass der grundzuständige Messstellenbetrieb nicht explizit in § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG aufgeführt ist. Zwar sind die Katalogtätigkeiten in § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG enumerativ und abschließend aufgeführt (Knauff in: Kment, EnWG, 2. Aufl., § 6b Rn. 13). Dies gilt jedoch nur für die Aufzählung innerhalb der Norm. Es steht dem Gesetzgeber frei, über eine Verweisungsnorm auch in einem anderen Gesetz die analoge Anwendung der für Katalogtätigkeiten geltenden Vorschriften für eine diesen gleichzusetzende Tätigkeit anzuordnen. Dies stellt eine gesetzestechnisch übliche Vorgehensweise dar, die dem Umstand Rechnung trägt, dass der Gesetzgeber die den modernen Messstellenbetrieb betreffenden Regelungen durch das MsbG gerade bewusst aus dem EnWG herausgelöst hat. Es bedarf daher nicht zwingend einer Aufnahme des modernen Messstellenbetriebs in den Katalog des § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG, um diesen wie eine Katalogtätigkeit ansehen und 33

einen gesonderten Tätigkeitsabschluss verlangen zu können (so aber Reck in: Theobald/Kühling, Energierecht, 106. EL, § 3 MsbG Rn. 72 m.w.N.).

2.2. Für die Gleichsetzung des grundzuständigen Messstellenbetriebs mit den Katalogtätigkeiten spricht zunächst in systematischer Hinsicht der in § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG enthaltene Verweis auf § 6c EnWG. 34

2.2.1. § 6c EnWG ordnet die entsprechende Anwendung der Ordnungsgeldvorschriften der §§ 335 bis 335b HGB auf die Verletzung von Pflichten nach § 6b Abs. 1 S. 1, Abs. 4 des vertretungsberechtigten Organs des Energieversorgungsunternehmens sowie auf das Energieversorgungsunternehmen an. Damit werden die Pflichten, einen Jahresabschluss und einen Lagebericht aufzustellen, prüfen zu lassen und offenzulegen, dem Sanktionsregime der §§ 335 ff. HGB unterworfen. In sachlicher Hinsicht wird der Anwendungsbereich dahingehend erweitert, dass auch die Zuwiderhandlung gegen die Pflicht zur Offenlegung der Tätigkeitsabschlüsse nach § 6b Abs. 3 EnWG mit einem Ordnungsgeld belegt werden kann. In persönlicher Hinsicht wird der Anwendungsbereich durch die Erstreckung auch auf solche Energieversorgungsunternehmen erweitert, bei denen es sich nicht um eine Kapitalgesellschaft oder um eine Gesellschaft i.S.d. § 264a HGB handelt (Hölscher in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., § 6c Rn. 3; Heinlein/Büsch in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 6c EnWG Rn. 2). 35

2.2.2. Die Anordnung der entsprechenden Anwendung von § 6c EnWG ist nur dann sinnvoll, wenn man den grundzuständigen Messstellenbetrieb den Katalogtätigkeiten gleichsetzt und damit die Aufstellung eines gesonderten Tätigkeitsabschlusses verlangt. Denn nur in einem solchen Fall besteht die hierdurch sanktionierte Pflicht nach § 6b Abs. 4 EnWG zur unverzüglichen Einreichung des Tätigkeitsabschlusses beim Betreiber des Bundesanzeigers und dazu, diesen unverzüglich im Bundesanzeiger bekannt machen zu lassen. 36

Bei einer Einordnung des grundzuständigen Messstellenbetrieb als Nicht-Katalogtätigkeit liefe der Verweis auf § 6c EnWG hingegen ins Leere. Auch hier kann dahinstehen, ob man eine Pflicht zur Aufstellung eines die einzelnen Konten zusammenfassenden Tätigkeitsabschluss annimmt oder nicht (vgl. vorstehend unter 1.2.). Denn selbst wenn man davon ausgeht, dass der grundzuständige Messstellenbetreiber einen die einzelnen Konten zusammenfassenden Tätigkeitsabschluss vorlegen müsste, bestünde für diesen Tätigkeitsabschluss keine Publizitätspflicht nach § 6b Abs. 4 EnWG. Die Regulierungsbehörde hat nach § 6b Abs. 7 S. 6 Tätigkeitsabschlüsse zu den Nicht-Katalogtätigen als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln. Diese sind – soweit man sie unter den Begriff der Geschäftsberichte fasst (so Heinlein/Büsch in Theobald/Kühling, a.a.O., § 6b EnWG Rn. 60; wohl auch Poullie in: BerlK-EnR, a.a.O., § 6b EnWG Rn. 95) – gemäß § 6b Abs. 7 S. 5 EnWG auch nicht im Internet zu veröffentlichen. Die dahinterstehende grundlegende Wertung des Gesetzgebers, derartige Tätigkeitsabschlüsse als schutzwürdige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse einzustufen, ist auch im Rahmen des § 6b Abs. 4 EnWG zu beachten, so dass diese nicht der Publizität nach § 6b Abs. 4 EnWG unterliegen können (so im Ergebnis auch Hölscher in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 6b Rn. 45). Der ausdrücklich angeordnete Geheimnisschutz würde leerlaufen und damit den Willen des Gesetzgebers konterkarieren, wenn gleichzeitig eine Veröffentlichung im Bundesanzeiger verpflichtend wäre. 37

2.2. Des Weiteren spricht für eine Gleichsetzung des grundzuständigen Messstellenbetriebs mit den Katalogtätigkeiten die systematische Erwägung, dass bei einer Einordnung des grundzuständigen Messstellenbetriebs als Tätigkeit außerhalb des Elektrizitäts- und Gassektors der Verweis in § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG lediglich klarstellende Funktion hätte, weil diese Zuordnung mit den sich aus § 6b EnWG ergebenden Konsequenzen schon aus 38

dem weiteren Regelungsgehalt des MsbG folgt. Dann aber hätte es nahegelegen, dass der Gesetzgeber diese rein deklaratorische Wirkung in der Gesetzesbegründung auch adressiert. Die Gesetzesbegründung spricht aber dafür, dass der Gesetzgeber von einer konstitutiven Wirkung der Verweisung ausgeht.

2.2.1. Wie bereits im Eilbeschluss des Senats vom 30.01.2020 näher ausgeführt, adressiert die Regelung in § 3 Abs. 4 S. 2 MsbG nach dem Willen des Verordnungsgebers nur die Betreiber von Energieversorgungsnetzen als originär grundzuständige Messstellenbetreiber, da nur bei diesen die Gefahr besteht, dass Kosten, die im Rahmen des grundzuständigen Messstellenbetriebs entstehen, in deren Erlösobergrenzen eingehen und diese dadurch einen Wettbewerbsvorteil erlangen (BT-Drs. 18/7555, S. 75 f.; siehe auch Drozella in: BerlK-EnR, a.a.O., § 3 MsbG Rn. 3). Für Betreiber von Energieversorgungsnetzen gilt § 6b EnWG allerdings ohnehin unmittelbar, da Adressaten der Rechnungslegungspflicht nach § 6b Abs. 1 EnWG neben den vertikal integrierten Versorgungsunternehmen im Sinne des § 3 Nr. 38 EnWG und Betreibern von Speicheranlagen alle rechtlich selbständigen Netzbetreiber sind. 39

2.2.2. Hieraus folgt, dass der Verweisungsnorm in § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG kein eigenständiger Regelungsgehalt zukäme, wenn man den grundzuständigen Messstellenbetrieb als Tätigkeit außerhalb des Elektrizitäts- und Gassektors einordnet. Der hiergegen erhobene Einwand der Beschwerdeführerin, dass ohne den Verweis auf § 6b EnWG der Messstellenbetrieb im Netzbetrieb verweilen würde, greift nicht durch. Denn die Herauslösung des modernen Messstellenbetriebs aus dem Netzbetrieb mit der Folge, dass dieser – ohne die Verweisung in § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG - im Rahmen des § 6b Abs. 3 EnWG als Nicht-Katalogtätigkeit einzuordnen wäre, ergibt sich aus dem weiteren Regelungsgehalt des MsbG. 40

Die strikte Trennung von Messstellenbetrieb und Netzbetrieb stellt eine entscheidende Weichenstellung des MsbG dar, wie schon der Anwendungsbereich des Gesetzes in § 1 Nr. 3 MsbG verdeutlicht, wonach das Gesetz Regelungen zur Aufgabentrennung von Messstellenbetrieb und Netzbetrieb trifft. Entsprechende Regelungen, durch die der Gesetzgeber die Aufspaltung der den Netzwirtschaften traditionell zugewiesenen Aufgaben fortsetzt (vgl. i.E. Dix in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 2 MsbG Rn. 12 f.; Säcker/Zwanziger in BerlK-EnR, a.a.O., § 1 MsbG Rn. 18), finden sich insbesondere in § 3 MsbG und in §§ 5 f MsbG. § 3 Abs. 1 S. 1 MsbG weist die mit dem Messstellenbetrieb verbundenen Aufgaben, Rechte und Pflichten dem jeweiligen Messstellenbetreiber und nicht dem Netzbetreiber zu. Diese Rollentrennung verfestigen § 4 MsbG und § 2 S. 1 Nr. 4 MsbG, die zeigen, dass der grundzuständige Messstellenbetreiber nicht mit dem jeweiligen Netzbetreiber personenidentisch sein muss. Ohnehin kann der Anschlussnutzer oder -nehmer nach Maßgabe der §§ 5 f. MsbG den Messstellenbetreiber wählen, so dass selbst bei einem Zusammenfallen von Netz– und Messstellenbetreiber in einer Person die Rolle des Messstellenbetreibers für eine konkrete Messstelle von einem Dritten ausgeübt werden kann. Die regulatorische Trennung zwischen Messstellenbetrieb und Netzbetrieb wird hinsichtlich der Kosten in § 7 MsbG normiert. Nach § 7 Abs. 2 MsbG sind Kosten des grundzuständigen Messstellenbetreibers für den modernen Messstellenbetrieb weder bei den Entgelten für den Netzzugang nach den §§ 21 und 21a EnWG noch bei der Genehmigung der Entgelte nach § 23a EnWG zu berücksichtigen. Da § 6b EnWG die Voraussetzungen für die Kostenregulierung schaffen soll (vgl. BT-Drs. 17/10754, S. 21) und insoweit die für eine Kostenzuordnung zu einzelnen Marktstufen hohe Transparenz herstellt (Heinlein/Büsch in: Theobald/Kühling, a.a.O, § 6b EnWG Rn. 2, Knauff in: Kment, a.a.O., § 6b Rn. 3, Poullie in BerlK-EnR, a.a.O., § 6b EnWG Rn. 2) wäre es nur folgerichtig, den kostenmäßig vom Netzbetrieb zu lösenden grundzuständigen Messstellenbetrieb schon auf Grundlage der 41

genannten Vorschriften nicht mehr als Elektrizitäts- bzw. Gasverteilung i.S.d. § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG, sondern als Tätigkeit außerhalb des Elektrizitäts- bzw. Gassektors einzuordnen.

2.2.3. Da die Verweisungsnorm vor diesem Hintergrund zwar nicht – wie vom Senat noch im Eilbeschluss vom 30.01.2020 vertreten – obsolet wäre, aber sich in einer deklaratorischen Wirkung erschöpft, wenn man sie im Sinne der Beschwerdeführerin auslegt, wäre zu erwarten gewesen, dass dies vom Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung auch adressiert wird, etwa indem ausdrücklich auf diese Funktion hingewiesen wird. Dort heißt es allerdings lediglich, dass § 3 Abs. 4 S. 2 MsbG die Einbeziehung des grundzuständigen Messstellenbetreibers in das Entflechtungsregime anordne (BT-Drs. 18/7555), was eine konstitutive Wirkung der Verweisungsnorm impliziert. 42

2.3. Auch die Betrachtung der Regelungsziele der einschlägigen Normen spricht für eine Gleichsetzung des grundzuständigen Messstellenbetriebs mit den Katalogtätigkeiten gemäß § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG (a.A. ohne nähere Begründung Drozella in: BerlK-EnR, a.a.O., § 3 MsbG Rn. 61). 43

2.3.1. Zwar ist eine solche Gleichsetzung nicht bereits unter Berücksichtigung des Regelungszweckes des § 6b EnWG gerechtfertigt. Der grundzuständige Messstellenbetrieb ist mit den Katalogtätigkeiten strukturell nicht in einer Weise vergleichbar, dass eine Gleichbehandlung schon aus diesem Grund erforderlich wäre. 44

Die Katalogtätigkeiten betreffen Tätigkeitsbereiche, in denen die Monopolstrukturen eine Entflechtung erforderlich machen. Im Rahmen der Entgeltregulierung wird den monopolistischen Strukturen dadurch Rechnung getragen, dass Erlösobergrenzen festgelegt werden. Der grundzuständige Messstellenbetrieb ist zwar stärker den regulierten Katalogtätigkeiten angenähert, weil er nicht, wie die „Tätigkeiten außerhalb des Elektrizitäts- und Gassektors“, rein wettbewerblich geprägt ist. Auch er unterliegt einer (Teil-)Regulierung, etwa im Hinblick auf Ausstattungsverpflichtungen nach § 29 MsbG oder die Übertragungspflicht nach § 45 MsbG, vor allem aber im Streitfall bedeutsam im Hinblick auf die Preisobergrenzen nach §§ 31 f. MsbG. Allerdings bestehen im Vergleich zu den Katalogtätigkeiten auch deutliche Unterschiede. Nach der Gesetzesbegründung zu § 10 EnWG 2005, der insoweit inhaltsgleichen Vorgängervorschrift des § 6b EnWG, liefern die Tätigkeitsabschlüsse für die Tätigkeitsbereiche des Netzbetriebs der Regulierungsbehörde aussagekräftige Netzdaten für eine mögliche Überprüfung der Netznutzungsentgelte (BT-Drs. 15/3917, S. 55). Die Regelungen des § 6b EnWG sollen die Voraussetzungen für die Kostenregulierung schaffen und Quersubventionierung und Diskriminierung in vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen verhindern (BT-Drs. 17/10754, S. 21). Anders als bei den Katalogtätigkeiten bedarf es beim grundzuständigen Messstellenbetrieb solcher aussagekräftiger Netzdaten nicht, denn hier gelten nicht die Grundsätze der Anreizregulierung, sondern die gesetzlichen Preisobergrenzen nach § 31 f. MsbG. Wie auch die Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss (dort S. 12) zutreffend erkannt hat, sind für diese die tatsächlichen, aus einem Tätigkeitsabschluss abgeleiteten Kosten bei der Preisgestaltung irrelevant. Damit gebietet die Art der Regulierung des Sektors keine Gleichbehandlung mit den vollregulierten Katalogtätigkeiten. 45

2.3.2. Allerdings folgt aus der Anordnung der buchhalterischen Entflechtung als dem Regelungszweck der Verweisungsnorm das Erfordernis, wie bei den Katalogtätigkeiten die Eigenständigkeit des grundzuständigen Messstellenbetriebs zu fingieren mit der Folge, dass für ihn ein gesonderter Tätigkeitsabschluss zu erstellen und nach Prüfung vorzulegen ist. 46

47

Hierfür spricht zunächst die grundsätzliche Überlegung, dass der grundzuständige Messstellenbetrieb nach dem expliziten Wortlaut des § 3 Abs. 4 S. 2 MsbG Gegenstand einer buchhalterischen Entflechtung sein soll. Gegenstand der buchhalterischen Entflechtung in § 6b EnWG sind aber gerade die Katalogtätigkeiten: Durch die Anforderung in § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG wird deren rechtliche Selbständigkeit fingiert (Poullie in: BerlK-EnR, a.a.O., § 6b EnWG Rn. 4; Heinlein/Büsch in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 6b EnWG Rn. 43), wobei der gesonderte Tätigkeitsabschluss Konsequenz der geschäftsfeldbezogenen Eigenständigkeitsfiktion der unselbstständigen Unternehmensteile ist (Knauff in: Kment, a.a.O., § 6b Rn. 22). Bei einer solchen grundsätzlichen Betrachtungsweise erscheint es – unbeschadet der bereits aufgezeigten systematischen Erwägungen – auch aus teleologischen Gründen fernliegend, auf § 6b EnWG zu verweisen, um damit zu erreichen, dass die Tätigkeit nach dem MsbG wie eine eigentlich nicht von der buchhalterischen Entflechtung erfasste Tätigkeit anzusehen ist.

Hinzu kommt, dass der grundzuständige Messstellenbetrieb nur dann sinnvoll regulatorisch aus dem Netzbetrieb herausgelöst werden kann, wenn er wie eine Katalogtätigkeit einer Eigenständigkeitsfiktion unterliegt. 48

2.3.2.1. Nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 4 S. 2 MsbG dient die buchhalterische Entflechtung der Unabhängigkeit des grundzuständigen Messstellenbetriebs von anderen Tätigkeiten der Energieversorgung. Zum Regelungszweck heißt es weiter in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/7555, S. 63): 49

„Es ist folglich ein eigenes Regulierungsregime für den Netzbetrieb zu schaffen; der Messstellenbetrieb ist regulatorisch aus dem Netzbetrieb herauszulösen. Es muss insbesondere verhindert werden, dass die Kosten für den Rollout intelligenter Messsysteme mit den Netzkosten „verschmiert“ werden und durch den Messstellenbetreiber jenseits der dafür vorgesehenen Entgelte mittelbar (insb. über die Netzentgelte) eingepreist werden. Nur durch eine solche Herauslösung kann eine verursachungsgerechte Kostenzuordnung vorgenommen werden, die das erforderliche Maß an Transparenz mit sich bringt.“ 50

Die dort aufgezeigte Gefahr der „Verschmierung“ der Kosten wird auf S. 77 der Gesetzesbegründung näher erläutert und darauf verwiesen, dass der Netzbetreiber im Rahmen des grundzuständigen Messstellenbetriebs durch das Regulierungsregime gegenüber einem wettbewerblichen Messstellenbetreiber einen Vorteil erlangen und den Wettbewerb um den Messstellenbetrieb oder – im Falle einer Übertragung – den grundzuständigen Messstellenbetrieb behindern könne. 51

2.3.2.2. Eine ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers, eine Eigenständigkeit des modernen Messstellenbetriebs zu fingieren, folgt hieraus zwar nicht, da jeweils nur eine Unabhängigkeit von anderen Tätigkeiten der Energieversorgung bzw. vom Netzbetrieb verlangt wird. Eine Aussage darüber, ob auch eine Unabhängigkeit von anderen Tätigkeiten außerhalb der Energieversorgung bzw. des Netzbetriebs erforderlich ist, lässt sich dem nicht entnehmen. 52

2.3.2.3. Dieses Erfordernis folgt aber aus dem Regelungszweck, eine verursachungsgerechte Kostenzuordnung vornehmen zu können, die das erforderliche Maß an Transparenz gewährleistet. 53

Die Bundesnetzagentur ist im angefochtenen Beschluss (dort S. 9) zutreffend davon ausgegangen, dass in den Fällen, in denen die Rolle des grundzuständigen Messstellenbetreibers und die des Verteilnetzbetreibers in einer rechtlichen selbstständigen 54

Einheit zusammenfallen, die reale Gefahr und das wirtschaftliche Interesse besteht, Kosten aus der Aufgabe mit Preisobergrenzen, also der hier einschlägigen Tätigkeit des grundzuständigen Messstellenbetriebs, in die Kosten des allgemeinen Netzbetriebs zu verlagern, um mit der Preisobergrenze zurecht zu kommen oder die Gewinne im Rahmen der Preisobergrenze zu maximieren.

Der Gefahr einer solchen Verschiebung von Kosten des modernen Messstellenbetriebs in die Kosten des Netzbetriebs und damit die Erlösobergrenze wird nicht schon dadurch begegnet, dass eine Trennung von den den vollregulierten Netzbetrieb erfassenden Katalogtätigkeiten und eine Zuordnung zu den Tätigkeiten außerhalb des Elektrizitäts- und Gassektors i.S.d. § 6 Abs. 3 S. 4 EnWG erfolgt. 55

Zwar wäre die Sachangemessenheit der Kostenzuordnung in einem solchen Fall bereits Gegenstand der Abschlussprüfung nach 6b Abs. 3 S. 6 f. EnWG. Nach § 6b Abs. 5 EnWG umfasst die Prüfung des Jahresabschlusses gemäß Abs. 1 auch die Einhaltung der Pflichten zur Rechnungslegung nach Abs. 3, wobei neben dem Vorhandensein getrennter Konten auch zu prüfen ist, ob die Wertansätze und die Zuordnung der Konten sachgerecht und nachvollziehbar erfolgt sind und der Grundsatz der Stetigkeit beachtet worden ist. Im Bestätigungsvermerk zum Jahresabschluss ist anzugeben, ob die Vorgaben nach Abs. 3 eingehalten worden sind. 56

Hierdurch wird aber die vom Gesetzgeber verlangte verursachungsgerechte Kostenzuordnung, die das erforderliche Maß an Transparenz gewährleistet, nicht erreicht. Der grundzuständige Messstellenbetrieb unterscheidet sich von den sonstigen Tätigkeiten des Elektrizitäts- und Gassektors im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit des wettbewerblichen Bereiches deutlich. Es besteht ein besonderes Bedürfnis der Allgemeinheit und insbesondere der Regulierungsbehörde, die Zuordnung von Kosten zu dem für den grundzuständigen Messstellenbetrieb geführten Konto auch im Einzelnen nachvollziehen zu können. Dies folgt aus dem engen sachlichen Zusammenhang zwischen dem konventionellen Messstellenbetrieb als Teil des Netzbetriebs und dem nunmehr wettbewerblichen modernen Messstellenbetrieb, der erstmalig der buchstäblichen „Herauslösung“ aus dem Netzbetrieb bedarf. Dass hierdurch die Gefahr einer „Verschmierung“ von Kosten im Ansatzpunkt erheblich größer ist als bei Tätigkeitsbereichen, die seit jeher oder jedenfalls langjährig etabliert kein Bestandteil des Netzbetriebs sind, liegt auf der Hand. Dieser qualitative Unterschied besteht unabhängig davon, dass es auch einzelne andere Kostenpositionen im wettbewerblichen Bereich der „Tätigkeiten außerhalb des Elektrizitäts- und Gassektors“ geben mag, die verhältnismäßig leicht unter den Kosten des Netzbetriebs „versteckt“ werden können. Die Bundesnetzagentur hat in der mündlichen Verhandlung insbesondere zutreffend darauf verwiesen, dass gerade die Herauslösung der Kosten der Zähler, die nunmehr dem modernen Messstellenbetrieb zuzuordnen sind, aus dem Regulierungskonto schwierig und mit erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten verbunden ist. Die vom Gesetzgeber verlangte erforderliche Transparenz setzt deshalb voraus, dass die Prüfung der Kostenzuordnung nicht nur im Rahmen der Abschlussprüfung nach § 6b Abs. 3. S. 6 EnWG erfolgt, sondern in qualifizierter Weise insbesondere auch der Regulierungsbehörde ermöglicht wird. Dies erfordert die Vorlage eines gesonderten Tätigkeitsabschlusses für den modernen Messstellenbetrieb. Nur ein solcher versetzt die Bundesnetzagentur in die Lage, die Abgrenzung der Kosten des modernen Messstellenbetriebs von denen des Netzbetriebs auf ihre sachliche Richtigkeit hin nachzuvollziehen. 57

58

3. Da sich der Umfang der unspezifischen Verweisung auf § 6b EnWG nach alledem ohne Weiteres anhand tragfähiger Anknüpfungspunkte im Wege der Auslegung ermitteln lässt, bestehen keine durchgreifenden Bedenken im Hinblick auf die Bestimmtheit der Verweisungsnorm und den Vorbehalt des Gesetzes.

III. Die Bundesnetzagentur war nach § 76 Abs. 2 MsbG auch zu der streitgegenständlichen Aufsichtsmaßnahme ermächtigt. 59

Nach § 76 Abs. 2 MsbG kann, wenn ein Unternehmen oder eine Vereinigung von Unternehmen seinen Verpflichtungen nach dem MsbG oder den auf Grund des MsbG erlassenen Rechtsverordnungen nicht nachkommt, die Bundesnetzagentur die Maßnahmen zur Einhaltung der Verpflichtungen anordnen. Voraussetzung für den Erlass einer Aufsichtsmaßnahme in Gestalt der Anordnungsverfügung ist mithin ein Rechtsverstoß gegen eine Regelung des MsbG und darauf gestützter Rechtsverordnungen (Weyer in: BerlK-EnR, a.a.O., § 76 MsbG Rn. 8). Die Rechtsverletzung muss grundsätzlich bereits eingetreten sein und noch andauern. Wie im Rahmen des § 65 EnWG und des § 32 GWB anerkannt, gilt Gleiches, wenn ein Versto?unmittelbar bevorsteht (Weyer in: BerlK-EnR, a.a.O., § 76 MsbG Rn. 14). Notwendig ist die ernste Besorgnis einer drohenden Zuwiderhandlung; die bloße Möglichkeit eines späteren rechtswidrigen Verhaltens ist nicht ausreichend. 60

Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Der Entscheidung des Bundesnetzagentur liegen die tatsächlichen Feststellungen zugrunde, dass die Beschwerdeführerin der Ansicht ist, nicht zur Aufstellung eines gesonderten Tätigkeitsabschluss für den grundzuständigen Messstellenbetrieb verpflichtet zu sein, dass sie aus diesem Grund für das Jahr 2018 keinen gesonderten Tätigkeitsabschluss aufgestellt und eingereicht hat und dass sie auch im Rahmen des Aufsichtsverfahrens an der von ihr vertretenen Rechtsansicht festhält. Dies lässt nur den Schluss zu, dass die Beschwerdeführerin auch für die kommenden Jahren keinen gesonderten Tätigkeitsabschluss erstellen und vorlegen wird, zumal sich aus den tatsächlichen Feststellungen der Bundesnetzagentur keinerlei Anhaltspunkte dafür entnehmen lassen, dass die Beschwerdeführerin von ihrer auf eine bestimmte Rechtsansicht gestützten, grundsätzlichen Verweigerungshaltung abgerückt wäre. Die Bundesnetzagentur hat damit, wie sich aus dem Kontext ihrer Entscheidung ohne Weiteres ergibt, maßgeblich an die in der Vergangenheit erfolgte Zuwiderhandlung gegen eine periodisch wiederkehrende Handlungspflicht angeknüpft, mithin an eine hieraus resultierende Wiederholungsgefahr. 61

Der Anknüpfung an die Wiederholungsgefahr kann nicht entgegengehalten werden, dass sich die Bundesnetzagentur entschlossen hat, die Anordnungsverfügung nicht auch auf den Tätigkeitsabschluss für das Geschäftsjahr 2018 zu erstrecken. Denn dies betrifft allein die Frage, mit welchen Maßnahmen sie dem von ihr festgestellten Rechtsverstoß begegnen will und hat keine Auswirkungen auf die durch den erstmaligen Verstoß gegen die Rechtspflicht begründete Wiederholungsgefahr. Die durch die Wiederholungsgefahr begründete Begehungsgefahr besteht bei einer periodisch wiederkehrenden Handlungspflicht unmittelbar (vgl. zu § 32 GWB Jaeger in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 97. EL, § 32 GWB Rn. 8 m.w.N., wonach ein künftiger Rechtsverstoß, der auf Grund der Annahme einer Wiederholungsgefahr unterbunden werden soll, im Beurteilungszeitpunkt nicht unmittelbar bevorstehen muss). Darauf, dass die Handlungspflicht im Hinblick auf das Geschäftsjahr 2019 bei Erlass des angefochtenen Beschlusses am 26.11.2019 noch nicht entstanden war, kommt es deshalb nicht an. 62

IV. Die Entscheidung ist schließlich ermessensfehlerfrei. 63

64

1. Die Bundesnetzagentur „kann“ Maßnahmen nach § 76 Abs. 1 bis 3 EnWG ergreifen, d.h. deren Erlass steht im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Nach den vom Bundesgerichtshof zu § 65 EnWG entwickelten Grundsätzen (BGH, Beschluss v. 03.04.2014, EnVR 10/13, Rn. 15 – Stadtwerke Homberg, juris) hat ihr der Gesetzgeber dabei ein weites Ermessen eingeräumt. Dies betrifft sowohl die Frage, ob die Behörde ein Aufsichtsverfahren einleitet (Aufgriffsermessen), als auch die Frage, ob und gegebenenfalls welche Maßnahmen sie ergreift (Entschließungs- bzw. Auswahlermessen). Die Ermessensentscheidung ist nach den auch im Energiewirtschaftsrecht geltenden allgemeinen Grundsätzen gerichtlich nur daraufhin überprüfbar, ob die Behörde die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten (Ermessensüberschreitung), ihr Ermessen überhaupt nicht ausgeübt (Ermessensnichtgebrauch) oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (Ermessensfehlgebrauch). Um diese Überprüfung zu ermöglichen, muss die Behörde ihre Ermessensausübung nachvollziehbar darlegen.

2. Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe bestehen keine Bedenken im Hinblick auf die Ausübung des Aufgriffsermessens. Die Bundesnetzagentur hat die Einleitung des Verwaltungsverfahrens damit begründet, dass sie bereits im Rahmen der Kostenprüfung im Jahr 2017 zur Bestimmung des Ausgangsniveaus für die dritte Regulierungsperiode ihr Rechtsverständnis zur Bedeutung des § 3 Abs. 5 MsbG geäußert habe, der Kostenabgrenzung im Rahmen der Prüfung der Regulierungskonten für das Jahr 2018 indes erstmals wirtschaftliche Bedeutung zukomme. Auch ihr Auswahlermessen hat sie fehlerfrei betätigt. 65

2.1. Ein Ermessensnichtgebrauch lässt sich nicht feststellen. Die Bundesnetzagentur hat sich im angefochtenen Beschluss unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Verweisungsvorschrift zur Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahme geäußert und auch deren Verhältnismäßigkeit in zeitlicher Hinsicht begründet. Sie hat sich gerade nicht auf die Begründung beschränkt, dass sich die Verpflichtung zur Aufstellung des Tätigkeitsabschlusses bereits aus dem Gesetz ergebe. 66

2.2. Es stellt auch keine sachfremde, zu einem Ermessensfehlgebrauch führende Erwägung der Bundesnetzagentur dar, dass diese im angefochtenen Beschluss die Kostenabgrenzung auch für laufende Verfahren der Beschlusskammer etwa zum Regulierungskonto nach § 6 Abs. 1 S. 3 ARegV für erforderlich erachtet. Die Bundesnetzagentur ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Abgrenzung der Kosten des modernen von denen des konventionellen Messstellenbetriebs, die durch die Erlösobergrenze abgedeckt werden, erforderlich ist, wie aus § 5 Abs. 1 ARegV folgt. Die Beschwerdeführerin kann dem nicht entgegenhalten, dass es sich bei der Feststellung des Regulierungskontos nicht um ein laufendes Verfahren handele. Die Kosten für das Jahr 2019 sind für den zum 30.06.2020 zu stellenden Antrag zum Regulierungskontosaldo relevant. Hierbei handelt es sich zwar im Zeitpunkt der angefochtenen Entscheidung strenggenommen noch um kein laufendes Verfahren, die Erwägungen der Bundesnetzagentur zur Erforderlichkeit der Kostenabgrenzung tragen aber unabhängig davon, ob der Antrag bereits gestellt ist oder zukünftig gestellt werden wird. 67

2.4. Die Bundesnetzagentur ist bei der Ausübung ihres Ermessens des Weiteren nicht von einer unrichtigen Tatsachengrundlage ausgegangen. Zwar hat sie im Zusammenhang mit ihren Ausführungen zu Tenorziffer 2 begründet, warum sie von der Anordnung einer Offenlegung des nach Tenorziffer 1 vorzulegenden Tätigkeitsabschlusses abgesehen hat und dabei ausgeführt, dass der Tätigkeitsabschluss, wenn er Betrieb- und Geschäftsgeheimnisse 68

enthalte, nach § 6b Abs. 7 S. 6 EnWG von der Regulierungsbehörde als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis zu behandeln wäre und eine Offenlegung dieser Regelung widerspreche. Diese Annahme ist rechtsirrig, da die Verpflichtung zur Vorlage beim Betreiber des Bundesanzeigers zum Zwecke der unverzüglichen Bekanntmachung im Bundesanzeiger nach § 6b Abs. 4 EnWG für Katalogtätigkeiten und damit über den Verweis in § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG auch für den grundzuständigen Messstellenbetrieb unabhängig davon besteht, ob und in welchem Umfang der Tätigkeitsabschluss Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Netzbetreibers bzw. grundzuständigen Messstellenbetreibers enthält.

Indes ist diese Annahme nicht Gegenstand der Ermessensentscheidung geworden. Die Bundesnetzagentur hat in ihren Ermessenserwägungen neben der Bedeutung der Kostenabgrenzung bei der Prüfung des Regulierungskontos darauf abgestellt, dass sie lediglich die Umsetzung bestehender gesetzlicher Pflichten anordne, wobei insbesondere aufgrund der zeitlichen Einschränkung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt werde. Da es der Bundesnetzagentur somit maßgeblich um die Umsetzung einer bestehenden gesetzlichen Pflicht ging, auf deren gesetzlich angeordnete Folgen sie keinen Einfluss hat, war es weder erforderlich noch angezeigt, im Rahmen der Ermessenserwägungen eine Folgenbetrachtung anzustellen. Eine solche hat die Bundesnetzagentur dementsprechend auch nicht vorgenommen, so dass ihre in anderem Kontext geäußerte rechtsirrige Annahme zum Umgang mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nicht kausal für ihre Ermessensentscheidung war und damit auch keinen Ermessensfehler begründet. 69

2.5. Die Beschwerdeführerin kann schließlich nicht erfolgreich geltend machen, dass die Bundesnetzagentur es in ermessensfehlerhafter Weise unterlassen hätte, einen Feststellungsausspruch nach § 76 Abs. 3 MsbG als milderes Mittel zu erwägen. 70

Dies ist schon deshalb nicht der Fall, weil ein Feststellungsausspruch im Ausgangspunkt zur Erreichung des Regelungsziels des § 76 Abs. 2 MsbG, nämlich der Einhaltung der Verpflichtungen aus dem MsbG, nicht gleichermaßen geeignet ist. Im Rahmen der Erforderlichkeit als Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt es allein darauf an, ob im konkreten Fall ein milderes, eine wirksame Abstellung ermöglichendes Mittel existiert (zu § 65 EnWG, dem § 76 MsbG nachgebildet ist, Hanebeck in Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 65 Rn. 7). Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bedeutet, dass die Belastungen, die dem Unternehmen auferlegt werden, nicht die Grenzen dessen überschreiten dürfen, was zur Erreichung des angestrebten Zieles – der Wiederherstellung des legalen Zustandes im Hinblick auf die verletzten Vorschriften – angemessen und erforderlich ist (vgl. zu § 32 GWB auch Bornkamm/Tolkmitt in: Langen/Bunte, GWB, 13. Aufl., § 32 Rn. 45 m.w.N.). Durch die Feststellung der Zuwiderhandlung wird der Rechtsverstoß, den es abzustellen gilt, jedoch gerade nicht beendet. Sofern die Verpflichtung aus dem MsbG, auf deren Nichterfüllung sich der Feststellungsausspruch bezieht, weiterhin nicht erfüllt wird, besteht keine Möglichkeit, ihre Einhaltung durchzusetzen. Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob im Streitfall auch die Voraussetzungen für einen reinen Feststellungsausspruch nach 76 Abs. 3 MsbG vorgelegen hätten. 71

C. 72

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 2 EnWG. Es entspricht billigem Ermessen, die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, da diese in der Hauptsache unterlegen ist. 73

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 74

Beschwerdewertes auf einer pauschalen Schätzung im Einvernehmen mit den Verfahrensbeteiligten.

D. 75

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). 76

Rechtsmittelbelehrung: 77

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) 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). 78

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE