



- Beschlusskammer 6 -

Beschluss

Az: BK6-09-141

In dem Verwaltungsverfahren

der Yello Strom GmbH, vertreten durch ihre Geschäftsführer Dr. Tobias Canz und
Martin Vesper, Taubenholzweg 1, 51105 Köln

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Hogan & Hartson Raue, Potsdamer Platz 1,
10785 Berlin

zur Überprüfung des Verhaltens

der SWB EnergieNetze GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer Theo Waerder,
Sandkaule 2, 53111 Bonn

- Antragsgegnerin -

wegen: Technische Mindestanforderungen in Bezug auf Messeinrichtungen,
hier: Einsatz von Zählersteckklemmen

hat die Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation,
Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn, gesetzlich vertreten durch ihren Präsidenten
Matthias Kurth,

durch den Vorsitzenden Matthias Otte,
den Beisitzer Andreas Faxel
und den Beisitzer Jens Lück

am 22.04.2010 beschlossen:

Behördensitz
Bonn
Tulpenfeld 4

Telefax Bonn
(02 28) 14-88 72

E-Mail
poststelle@bnetza.de
Internet
<http://www.bnetza.de>

X.400
S=poststelle
P=bnetza
A=bund400
C=de

Kontoverbindung
Bundeskasse Trier
BBk Trier
(BLZ 585 000 00)
Konto-Nr. 585 010 03
oder 585 010 05

1. Der Antrag nach § 31 EnWG wird zurückgewiesen.
2. Es wird nach § 65 Abs. 3 EnWG festgestellt, dass das Verhalten der Antragsgegnerin, die Verwendung von Zählersteckklemmen beim Einsatz von Messeinrichtungen zur Voraussetzung für die Tätigkeit der Antragstellerin als dritter Messstellenbetreiber zu machen, rechtswidrig war.
3. Eine Gebührenentscheidung bleibt vorbehalten.

G r ü n d e

A.

I. Die Antragstellerin ist ein bundesweit tätiges Energieversorgungsunternehmen. Seit Liberalisierung der Tätigkeitsbereiche „Messstellenbetrieb“ sowie „Messung“ durch die seit Oktober 2008 geltende neue Fassung des § 21b Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) bietet die Antragstellerin einen eigenen Stromzähler an, den sie unter dem Namen „Sparzähler online“ vermarktet.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen Verteilnetzbetreiber, der - mit Ausnahme einiger Stadtteile – das Stromverteilnetz auf dem Gebiet der Stadt Bonn betreibt.

Anfang 2009 trat die Antragstellerin an die Antragsgegnerin heran, um in deren Netzgebiet den Sparzähler online anbieten zu können. Hierbei machte die Antragsgegnerin die Aufnahme der Tätigkeit der Antragstellerin von der Unterzeichnung eines von ihr (der Antragsgegnerin) vorgelegten „Messstellen- und Messrahmenvertrag“ (nachfolgend „Rahmenvertrag“ genannt) abhängig, der unter anderem folgende Regelung enthält:

„§ 3 Voraussetzungen des Messstellenbetriebs und der Messung; technische Mindestanforderungen und Mindestanforderungen an Datenqualität und Datenumfang

...

(5) Der Netzbetreiber hat einheitlich für sein Netzgebiet die als **Anlage 2a und 2b** beigefügten Technischen Mindestanforderun-

gen und die als **Anlage 3a und 3b** beigelegten Mindestanforderungen in Bezug auf Datenumfang und Datenqualität aufgestellt. Die Einhaltung dieser Vorgaben während der gesamten Vertragslaufzeit ist Voraussetzung zur Durchführung des Messstellenbetriebs und/oder der Messung durch Dritte.“

Die zitierte Anlage 2a zum Rahmenvertrag enthält unter ihrer Ziffer 3 folgende Vorgabe:

„3. Messtechnische Anforderungen

Es gelten die Anforderungen gemäß VDN-Richtlinie „MeteringCode“ in der jeweils gültigen Fassung. Messeinrichtungen sind so zu dimensionieren, dass eine einwandfreie Messung im Sinne des Eichgesetzes gewährleistet ist.

Zählerplätze für Elektrizitätszähleranlagen haben der DIN 43870 „Zählerplätze“ sowie den für das Netzgebiet des Netzbetreibers geltenden Technischen Anschlussbedingungen (TAB in der jeweils gültigen Fassung, Technisches Regelwerk „Zähleranlagen“) und Normen/Richtlinien zu entsprechen.

...“

Die darin zitierte netzbetreiber-spezifische TAB der Antragsgegnerin wiederum sieht in ihrer Ziffer 7 unter anderem vor:

„Jede Zählerplatzfläche ist mit einer Zähler-Steckklemme einschließlich Aushebschutz, zugehörigen Anschluss-Steckstiften und Plombierhaube auszustatten.“

Bei der genannten Zähler-Steckklemme (nachfolgend „ZSK“ genannt) handelt es sich um einen Adapter, an dem von unten die stromführenden Versorgungskabel fest angeklemt sind und in den wiederum von oben Metallstifte eingeführt werden, mit denen der jeweilige Zähler zuvor bestückt worden ist. Dies ermöglicht ein schnelleres Wechseln des Zählers; zugleich können die stromführenden Versorgungsleitungen für die Dauer des Zählerwechsels durch Einstecken eines speziellen Griffs in die ZSK derart überbrückt werden, dass durch den Zählerwechsel keine Versorgungsunterbrechung beim Anschlussnutzer auftritt.

Die Vorgabe zur Ausstattung von Zählerplätzen mit ZSK findet sich unter den Stromverteilnetzbetreibern in Deutschland nicht flächendeckend. Insbesondere das vom damaligen „Verband der Netzbetreiber (VDN)“ für die bundesweite Verwendung herausgegebene Dokument „Technische Anschlussbedingungen TAB 2007 für den Anschluss an das Niederspannungsnetz“ sieht die Verwendung von ZSK nicht vor. Im Netzgebiet der Antragsgegnerin selbst existiert die Vorgabe der Verwendung von ZSK seit etwa 10 Jahren, eine flächendeckende Ausstattung aller Zählerplätze mit ZSK ist auch dort noch nicht erfolgt.

Im Zuge der Verhandlungen über den Abschluss des Rahmenvertrages wandte die Antragstellerin unter dem 23.01.2009 gegenüber der Antragsgegnerin ein, die im Rahmenvertrag aufgestellte Verpflichtung zur Ausstattung des Messplatzes mit einer ZSK könne nicht - auch nicht unter dem Vorbehalt der späteren Überprüfung - akzeptiert werden. Hierbei handele es sich um eine Vorgabe, die unter keinem Gesichtspunkt für eine sichere und störungsfreie Versorgung notwendig sei, sondern die lediglich den Zählerwechsel erleichtere.

Hintergrund der Ablehnung ist die Tatsache, dass der von der Antragstellerin entwickelte und vertriebene „Sparzähler online“ nur dann problemlos in die normierten Zählerplätze eingebaut werden kann, wenn auf die ZSK verzichtet wird. Gemeinsam mit der ZSK installiert lässt sich der Klemmdeckel des Zählers nicht mehr ordnungsgemäß schließen.

Die Antragsgegnerin ihrerseits war nicht bereit, einen Verzicht auf die genannte Verpflichtung zum Einsatz von ZSK auszusprechen. Mit Schreiben vom 17.02.2009 begründete sie das Festhalten an der Vorgabe im Wesentlichen mit der Aufrechterhaltung der Betriebsspannung in der jeweiligen Kundenanlage und der dadurch entfallenden Notwendigkeit, für den Zählerwechsel eine Terminvereinbarung mit dem Anschlussnutzer zu treffen.

Mit Schriftsatz vom 27.08.2009, bei der Bundesnetzagentur eingegangen am 31.08.2009, hat die Antragstellerin einen Antrag auf Durchführung eines Besonderen Missbrauchsverfahrens gem. § 31 EnWG gestellt. Hierbei hat sie zunächst beantragt, die Antragsgegnerin

„zu verpflichten, ihre „Ergänzungen und Erläuterungen zu den Technischen Anschlussbedingungen für den Anschluss an das Niederspan-

nungsnetz (TAB-2007) der SWB EnergieNetze GmbH“ („SWB-TAB 2007“) dahingehend abzuändern, dass die Verwendung von Zählersteckklemmen für Messstellenbetreiber nicht zwingend vorgeschrieben ist.“

Im Rahmen des Missbrauchsverfahrens hat die Beschlusskammer am 05.11.2009 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. In deren Verlauf erklärten die Vertreter der Antragsgegnerin, dass mit der in Ziffer 7 der Ergänzungen und Erläuterungen der Antragsgegnerin zu den TAB 2007 enthaltenen Klausel

„Jede Zählerplatzfläche ist mit einer Zähler-Steckklemme einschließlich Aushebschutz, zugehörigen Anschluss-Steckstiften und Plombierhaube auszustatten.“

nicht die zwingende Verpflichtung eines jeden Messstellenbetreibers auf Verwendung der ZSK ausgesprochen werden sollte. Die ZSK solle der Vereinfachung des Wechsels einer Messeinrichtung dienen. Ein dritter Messstellenbetreiber sei berechtigt, die ZSK bei Bedarf auszubauen und für eine spätere Wiederverwendung dem Anschlussnutzer auszuhändigen. Im Nachgang hat die Antragsgegnerin zudem schriftlich angekündigt, obige Erklärung nunmehr kurzfristig auch in entsprechende Anpassungen ihres Rahmenvertrages sowie der zugehörigen Anlagen einfließen zu lassen.

II. Die Antragstellerin hält die Vorgabe der zwingenden Verwendung von ZSK durch die Antragsgegnerin für missbräuchlich. Als Mindestanforderung an die Messeinrichtung im Sinne des § 21b EnWG sei die Vorgabe insbesondere nicht sachlich gerechtfertigt und diskriminierend. Diskriminierend seien insbesondere solche technischen Bedingungen, die zwar auf alle Betroffenen gleichermaßen Anwendung fänden, die jedoch neue Messstellenbetreiber gegenüber dem etablierten Messstellenbetreiber (=Netzbetreiber) systematisch und strukturell benachteiligten.

Darüber hinaus hätten technische Mindestanforderungen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einzuhalten, was bedeute, dass nur solche Anforderungen gestellt werden dürften, die für die Erreichung des zulässig gesetzten Ziels erforderlich seien. Die als Maßstab heranzuziehenden Ziele seien die Einhaltung

der allgemeinen technischen Sicherheit sowie die Gewährleistung der sicheren und störungsfreien Versorgung – namentlich mit Blick auf die Erfordernisse des Verteilnetzes. Für diese Ziele sei die Verwendung von ZSK nicht erforderlich. So sei auch ohne ihre Verwendung eine Beeinträchtigung der technischen Sicherheit nicht zu befürchten, ebenso seien beim Verzicht auf Zählersteckklemmen keine unzulässigen Rückwirkungen auf das Versorgungsnetz zu erwarten.

Die Antragstellerin ist schließlich der Ansicht, durch das im Rahmen der mündlichen Verhandlung gemachte Zugeständnis der Antragsgegnerin sei noch keine Erledigung des Besonderen Missbrauchsverfahrens eingetreten. In ihrem Schreiben vom 22.02.2010 hält sie ihren Antrag vom 27.08.2009 – nunmehr als Antrag zu 1) - ausdrücklich aufrecht und beantragt ergänzend als Antrag zu 2),

„hilfsweise festzustellen, dass die Forderung der SWB in ihren SWB-TAB 2007 zur zwingenden Verwendung von Zählersteckklemmen für Messstellenbetreiber rechtswidrig war.“

Die Antragsgegnerin beantragt konkludent,

den Antrag der Antragstellerin vollumfänglich zurückzuweisen.

Nach Auffassung der Antragsgegnerin werden in Deutschland bereits seit rund 20 Jahren Zählerplätze mit ZSK ausgestattet, der Verbreitungsgrad liege bei ca. 25 bis 30 % der Netzbetreiber. Die von der Antragsgegnerin vorgegebene ZSK entspreche außerdem dem Stand der Technik und sei durch ein Zulassungsverfahren anerkannt.

Entscheidend spreche für das Erfordernis der Ausrüstung mit ZSK, dass der Zähler ohne Unterbrechung der Betriebsspannung ausgetauscht werden könne. Dies erspare die sonst erforderliche vorherige Abschaltung technischer Geräte in der Kundenanlage und im Vorlauf Terminvereinbarungen mit den Kunden. Da die Antragstellerin ihre Kunden nicht im Vorfeld darüber informiere, dass bei Einbau des Sparzählers online eine Unterbrechung der Betriebsspannung erforderlich werde, könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Kunden die Nachteile, die mit dem Einbau des Sparzählers online insoweit verbunden seien, bewusst in Kauf nähmen.

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, die angegriffene Vorgabe sei mit § 21b Abs. 3 Satz 2 EnWG und § 8 Abs. 1 MessZV vereinbar. Sie sei sachlich gerechtfertigt, weil zum einen ein sachlicher Grund für die Vorgabe bestehe und die Vorgabe außerdem auch angemessen sei.

Sachliche Gründe könnten aus technischen Anforderungen des Netzbetriebs resultieren, namentlich in Bezug auf die Betriebssicherheit des Netzes und der an das Netz angeschlossenen Anlagen; sie könnten sich des Weiteren aus solchen technischen Anforderungen ergeben, die zwar für die Betriebssicherheit nicht zwingend erforderlich seien, die jedoch für den Netzbetrieb und den Messstellenbetrieb förderlich seien.

In diesem Sinn seien ZSK geeignet, den technisch sicheren und störungsfreien Betrieb des Netzes zu fördern, indem sie Unfallrisiken verringerten, das Auftreten von Kurzschlüssen vermieden und die Fehleranfälligkeit der Messanlage senkten. Auch unterstützen ZSK den Wettbewerb im Messstellenbereich insofern, als ein Zählerwechsel damit innerhalb weniger Minuten zu erreichen sei, was Transaktionskosten einspare.

Die verpflichtende Verwendung von ZSK sei schließlich auch angemessen. Die Belastungen, die das Erfordernis ihres Einsatzes für Messstellenbetreiber mit sich bringen, stünden nicht außer Verhältnis zu dem mit ihrer Verwendung erzielten Nutzen für die technische Sicherheit und für den Kunden. Der Marktzutritt werde der Antragstellerin im Ergebnis nicht durch die hier angegriffene Vorgabe der Antragsgegnerin erschwert, sondern durch die eigene Nichtberücksichtigung langjährig bewährter Standards in Bezug auf die Zählerkonstruktion.

III. Die Beschlusskammer hat gem. § 55 Abs. 1 Satz 2 EnWG die Landesregulierungsbehörde Nordrhein-Westfalen am 07.09.2009 über die Eröffnung des Verfahrens informiert. Mit Schreiben vom 08.04.2010 hat sie dem Bundeskartellamt und der Landeskartellbehörde gem. § 58 Abs. 1 Satz 2 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die Verfahrensakte Bezug genommen.

B.

I. Die Bundesnetzagentur ist zuständige Behörde. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um ein Energieversorgungsunternehmen mit mehr als 100.000 unmittelbar oder mittelbar angeschlossenen Kunden, weshalb die unmittelbare Zuständigkeit gem. § 54 Abs. 1 EnWG gegeben ist. Die Bundesnetzagentur entscheidet gemäß § 59 Abs. 1 Satz 1 EnWG durch die Beschlusskammer.

II. Der auf Entscheidung im Besonderen Missbrauchsverfahren nach § 31 EnWG gerichtete Antrag ist hinsichtlich beider Wortlautanträge unzulässig.

1. Erledigung der Streitigkeit

Zwingende Voraussetzung einer Entscheidung nach § 31 EnWG ist das Vorliegen einer gegenwärtigen erheblichen Interessenberührung des Antragstellers im Entscheidungszeitpunkt. Das Erfordernis der Gegenwartigkeit lässt sich dem Wortlaut des § 31 Abs. 1 Satz 1 („erheblich berührt werden“, „inwieweit das Verhalten [...] mit den Vorgaben [...] übereinstimmt.“) entnehmen¹.

Ursprünglich war eine Interessensberührung der Antragstellerin aufgrund der im Streit stehenden technischen Mindestanforderungen der Antragsgegnerin gegeben. Die Interessensberührung ist jedoch dadurch im Sinne einer Erledigung entfallen, dass die Antragsgegnerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung konzidierte, einer Installation der Messeinrichtung der Antragstellerin ohne gleichzeitigen Einsatz der Zählersteckklemme werde zugestimmt, sofern die dann ungenutzte Zählersteckklemme dem Anschlussnutzer zur späteren Wiederverwendung ausgehändigt werde.

Hierdurch ist die streitgegenständliche Frage, ob die Antragstellerin verpflichtet sei, in jedem Falle eine in der Kundenanlage vorhandene Zählersteckklemme auch zu benutzen, geklärt worden. Indes kommt es für den konkreten Fall

¹ vgl. BNetzA, Beschluss vom 11.12.2007, BK6-07-018, S. 7; Beschluss vom 15.01.2008, BK8-06-029, S. 7; Beschluss vom 03.03.2010, BK7-09-005, S. 10.

nicht darauf an, dass die Antragsgegnerin bis zum Zeitpunkt der Entscheidung ihren im Internet veröffentlichten „Messstellen- und Messrahmenvertrag“ nebst der zugehörigen Anlagen noch nicht inhaltlich angepasst hat. Die Beschlusskammer erwartet allerdings, dass die Antragsgegnerin ihre Vertragsbedingungen schon im Interesse der Rechtsklarheit unverzüglich anpasst, wovon nach der Ankündigung der Antragsgegnerin jedoch auch auszugehen sein dürfte.

Ein anderes Ergebnis ergibt sich im Hinblick auf die Frage der Erledigung auch nicht unter Heranziehung des von der Antragstellerin konkret formulierten Missbrauchsantrages, der unmittelbar auf Abänderung der TAB 2007 der Antragsgegnerin gerichtet ist. Denn konkrete und inhaltlich über § 31 Abs. 1 EnWG hinausgehende Anträge sind grundsätzlich als unselbständige - aber zur Bestimmung des Überprüfungsgegenstandes regelmäßig förderliche - Anregungen an die Beschlusskammer zu verstehen, über die gemäß § 31 Abs. 1 EnWG antragspflichtige Überprüfung hinaus auch weitere im Ermessen der Beschlusskammer stehende Maßnahmen nach § 30 Abs. 2 EnWG zur wirksamen Abstellung der Zuwiderhandlung in Erwägung zu ziehen². Aufgrund seiner Unselbständigkeit vermag ein solcher Antrag indes keine Wirkung bezüglich der Frage zu entfalten, wann eine Erledigung des Verfahrens anzunehmen ist.

2. Keine Fortsetzungsfeststellungsentscheidung

Zugleich ist auch der auf rückwirkende Feststellung der Rechtswidrigkeit gerichtete Antrag zu 2) unzulässig.

Die rückwirkende Feststellung eines beendeten rechtswidrigen Verhaltens ist in § 31 EnWG – anders als in § 65 Abs. 3 EnWG und § 83 Abs. 2 S. 2 EnWG – bereits dem Wortlaut nach gerade nicht vorgesehen. Es existiert darüber hinaus auch nach Sinn und Zweck des Besonderen Missbrauchsverfahrens kein Bedürfnis für die Anerkennung eines weitergehenden Schutzes der Antragstellerin. Das von der Antragstellerin ausdrücklich genannte Interesse, aufgrund gleichgelagerter Problemstellungen in der Verhandlung mit anderen Netzbetreibern eine Präzedenzentscheidung der Kammer herbeiführen zu wollen, ist nachvollziehbar. Allein würde die Anerkennung eines Entscheidungsan-

² vgl. BNetzA, Beschluss vom 23.08.2007, BK6-07-013, S. 10; Beschluss vom 05.09.2007, BK6-07-022, S. 13.

spruchs, gerichtet auf rückwirkende Beurteilung bereits erledigter Sachverhalte, ersichtlich zu einer Vielzahl von abstrakt durch die Regulierungsbehörde zu beurteilenden Rechtsfragen führen, was mit den zur Verfügung stehenden Ressourcen nicht zu leisten wäre und diese für die Entscheidung wirklich akuter (gegenwärtiger) Missbrauchsfälle blockieren würde³.

Im Übrigen geht die Argumentation der Antragstellerin fehl, wenn mit Verweis auf § 32 Abs. 4 EnWG ausgeführt wird, die Entscheidung im Besonderen Missbrauchsverfahren diene auch der Absicherung eines zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs der Antragstellerin, weshalb die Zulässigkeit eines Fortsetzungsfeststellungsantrages anzuerkennen sei. Ersichtlich wendet sich § 32 Abs. 4 EnWG allein an die Zivilgerichte als Normadressaten und nicht an die Regulierungsbehörden. Im Übrigen kann aus der Tatsache, dass die Zivilgerichte aufgrund des § 32 Abs. 4 EnWG an Entscheidungen der Regulierungsbehörden gebunden sind, nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass die Regulierungsbehörden auch in jedem Falle zu einer Entscheidung verpflichtet sind. Die Reichweite von § 32 Abs. 4 und § 31 Abs. 1 EnWG ist nach dem Wortlaut der Vorschriften auch materiell nicht deckungsgleich. Während nach § 32 Abs. 4 EnWG eine Bindung der Zivilgerichte nur an Verstöße gegen eine Vorschrift der Abschnitte 2 und 3 besteht, erstreckt sich der Prüfungsumfang nach § 31 Abs. 1 S. 2 EnWG auch auf Verstöße gegen die auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen sowie die nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten oder genehmigten Bedingungen oder Methoden. Überdies bezieht sich die Bindung der Zivilgerichte an die behördliche Entscheidung nur auf die Feststellung des Verstoßes als solchen, nicht aber auf weitere für die Begründung eines Schadensersatzanspruchs erforderliche Tatbestandsmerkmale wie die haftungsbegründende und –ausfüllende Kausalität, das Verschulden oder die Schadenshöhe. Allein schon aus diesem Grunde würde die Anerkennung eines Fortsetzungsfeststellungsanspruchs im Verwaltungsverfahren die Sache nicht dem Streit entziehen. Vielmehr würde der Streitstoff lediglich aufgeteilt mit der Folge, dass über einen Teil des Schadensersatzanspruchs – den festgestellten Verstoß gegen eine Bestimmung der Abschnitte 2 und 3 des EnWG – das OLG Düsseldorf zu verhandeln hätte, über den anderen Teil die allgemeinen Zivilgerichte erster Instanz. Ungeachtet des möglichen öffentlichen Interesses an der nachträglichen Feststellung einer Zuwiderhandlung,

³ vgl. BNetzA, Beschluss vom 11.12.2007, BK6-07-018, S. 8; Beschluss vom 15.01.2008, BK8-06-029, S. 8; Beschluss vom 03.03.2010, BK7-09-005, S. 10.

dem über § 65 Abs. 3 EnWG zur Geltung verholfen werden kann, besteht für einen individuellen Anspruch auf Erlass einer Fortsetzungsfeststellungsentscheidung nach § 31 EnWG, die für die Antragstellerin nur von begrenztem Nutzen wäre, daher kein Raum.

III. Es wird von Amts wegen festgestellt, dass das ursprüngliche Verhalten der Antragsgegnerin wegen Verstoß gegen § 21b Abs. 3 EnWG rechtswidrig war.

Gemäß § 65 Abs. 3 EnWG hat die Regulierungsbehörde die Möglichkeit, von Amts wegen unter Ausübung pflichtgemäßen Ermessens eine Zuwiderhandlung gegen Vorschriften des EnWG auch dann festzustellen, wenn bereits eine Beendigung dieses Verhaltens eingetreten ist, sofern diesbezüglich ein berechtigtes Interesse besteht.

1. Die Verpflichtung eines dritten Messstellenbetreibers auf die zwingende Verwendung von Zählersteckklammern bei Einbau einer Messeinrichtung überschreitet die Grenzen derjenigen Vorgaben, die ein Netzbetreiber einem dritten Messstellenbetreiber im Sinne technischer Mindestanforderungen an die Messeinrichtung gem. § 21b Abs. 3 EnWG auferlegen darf.

a) Die Beschlusskammer hat vorliegend bereits erhebliche Zweifel, ob die Verfahrensweise eines pauschalen Verweises auf die TAB - hier hinsichtlich der Anforderungen an Zählerplätze - überhaupt geeignet sein kann, um in wirksamer Weise technische Mindestanforderungen bezüglich der Messeinrichtungen dritter Messstellenbetreiber aufzustellen.

§ 21b EnWG stellt die Durchführung des Messstellenbetriebs durch einen Dritten unter die Bedingung, dass der einwandfreie und den eichrechtlichen Vorschriften entsprechende Messstellenbetrieb durch den Dritten gewährleistet ist und des Weiteren die vom Dritten eingesetzte Messeinrichtung den vom Netzbetreiber einheitlich für sein Netzgebiet vorgesehenen technischen Mindestanforderungen und Mindestanforderungen in Bezug auf Datenumfang und Datenqualität genügt. Die Regelungen des Netzbetreibers erlangen damit eine entscheidende Bedeutung für die Frage, ob ein Messstellenbetreiber - insoweit als potentieller Wettbewerber des regelgebenden Netzbetreibers - in dessen

Netzgebiet zugelassen wird. Der Dritte ist hierbei in besonderer Weise auf frühzeitige Rechtsklarheit und Eindeutigkeit angewiesen, um vor Entfaltung seiner Aktivitäten (Werbung, Vertragsanbahnungen etc.) einschätzen zu können, ob die von ihm einzusetzende Technik mit Anforderungen des Netzbetreibers kollidieren wird oder nicht. Denn einer sich erst im laufenden Betrieb ergebenden Unverträglichkeit der eingesetzten Messeinrichtung mit technischen Mindestanforderungen des Netzbetreibers kann der Dritte kurzfristig meist weder durch Einsatz eines Alternativgerätes begegnen, noch sind ohne weiteres technische Veränderungen am Ausgangsgerät möglich, da dies regelmäßig eine erneute Gerätezulassung erfordert.

Ob der von der Antragsgegnerin in Anlage 2a des Rahmenvertrages verwendete Verweis

*„... Zählerplätze für Elektrizitätszähleranlagen haben der DIN 43870 „Zählerplätze“ sowie den für das Netzgebiet des Netzbetreibers geltenden Technischen Anschlussbedingungen (TAB in der jeweils gültigen Fassung, Technisches Regelwerk „Zähleranlagen“) und Normen/Richtlinien zu entsprechen.
...“*

dem mit Blick auf die wettbewerbliche Bedeutung zu fordernden Maß an Transparenz genügt, wozu nach Ansicht der Kammer nicht nur die bloße Publizierung, sondern auch ein Mindestmaß an Verständlichkeit und Rechtsklarheit gehört, begegnet indes erheblichen Bedenken. Denn die technischen Anschlussbedingungen der Antragsgegnerin, auf die vorliegend verwiesen wird, gehen zurück auf § 20 Niederspannungsanschlussverordnung (NAV). Als detaillierte Ausgestaltung von Netzanschlussbedingungen im Sinne von § 18 EnWG wenden sich TAB daher primär an die jeweiligen Akteure im Rechtsverhältnis zwischen Anschlussnehmer und Netzbetreiber. Nimmt der Netzbetreiber wie vorliegend in Aufstellung technischer Mindestanforderungen für den Messstellenbetrieb pauschalen Bezug auf die von ihm aufgestellten TAB – auch wenn dies hier zumindest bezüglich der Zählerplätze thematisch eingegrenzt ist -, so ist dies geeignet, bei einem potentiellen Messstellenbetreiber den Eindruck zu erwecken, er habe nunmehr in eigener Person dafür einzustehen, dass Verhaltenspflichten aus dem Netzanschlussverhältnis dauerhaft eingehalten werden.

b) Ob nicht insofern ein Pauschalverweis auf TAB aufgrund mangelnder Rechtsklarheit dazu führen muss, dass hierdurch im Ergebnis keine wirksamen technischen Mindestanforderungen aufgestellt worden sind, kann im vorliegenden Fall allerdings dahinstehen. Denn jedenfalls ist die von der Antragstellerin konkret beanstandete Vorgabe

„Jede Zählerplatzfläche ist mit einer Zähler-Steckklemme einschließlich Aushebschutz, zugehörigen Anschluss-Steckstiften und Plombierhaube auszustatten.“

als technische Mindestanforderung an eine Messeinrichtung nicht mit § 21b Abs. 3 EnWG vereinbar.

aa) Die genannte Vorgabe ist grundsätzlich an den Anforderungen des § 21b Abs. 3 EnWG zu messen, denn hierbei handelt es sich um eine technische Mindestanforderung an die Messeinrichtung. Zwar betrifft die auferlegte Verpflichtung keine unmittelbare Eigenschaft der Messeinrichtung selbst, sondern konkretisiert vielmehr das technische Installationsumfeld, innerhalb dessen die Messeinrichtung einzubauen ist. Eine solche Vorgabe wirkt sich allerdings in gleich schwerwiegender Weise auf die Einsetzbarkeit der betreffenden Messeinrichtung im jeweiligen Netzgebiet aus, sodass es gerechtfertigt erscheint, diese Vorgabe wie eine unmittelbare technische Anforderung an die Messeinrichtung selbst zu behandeln und damit dem Erfordernis der sachlichen Rechtfertigung und der Diskriminierungsfreiheit zu unterwerfen.

bb) Die technische Mindestanforderung, eine Messeinrichtung zwingend gemeinsam mit einer ZSK einzubauen, überschreitet die durch § 21b Abs. 3 Satz 3 EnWG gesetzten Grenzen. Sie ist sachlich nicht gerechtfertigt.

Zutreffend mögen die von der Antragsgegnerin vorgebrachten Argumente sein, wonach die Verwendung von ZSK im Netz der Antragsgegnerin durchaus zweckdienlich und praktisch ist. Gerade unter dem Gesichtspunkt der ununterbrochenen Aufrechterhaltung der Stromversorgung in der Kundenanlage des von einem Zählerwechsel betroffenen Anschlussnutzers sowie hinsichtlich der Verringerung der Zahl unbeabsichtigter Kurzschlüsse ist auch für die Beschlusskammer die Sinnhaftigkeit der Verwendung einer ZSK durchaus nachvollziehbar. Auch vermag sich die Kammer der Einschätzung der Antragsgegnerin anzuschließen, wonach die Verwendung von ZSK grundsätzlich geeignet

sein kann, um zu einer Beschleunigung des Wechsellvorgangs und damit zur Absenkung von Transaktionskosten beizutragen.

Die Anforderungen an das Kriterium der sachlichen Rechtfertigung in § 21b Abs. 3 Satz 3 EnWG gehen jedoch – und dies verkennt die Antragsgegnerin vorliegend – über die Frage nach einer bloßen Sachdienlichkeit einer technischen Mindestanforderung hinaus. Die erhebliche wettbewerbliche Relevanz, die eine technische Mindestanforderung nach § 21b Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 EnWG mit der Konsequenz der Nichtzulassung zum Wettbewerb entfaltet, falls der Wettbewerber nicht in der Lage ist, die betreffenden Vorgaben zu erfüllen, macht es nach Überzeugung der Kammer unabdingbar, eine sachliche Rechtfertigung nur dann anzunehmen, wenn jenseits der bloßen Geeignetheit und Praktikabilität auch eine Erforderlichkeit der betreffenden Anforderung zu bejahen ist. Dies ist hier aber gerade nicht der Fall.

Gegen die Annahme einer technischen Erforderlichkeit spricht nach Ansicht der Kammer bereits als erstes Indiz, dass der Einsatz von ZSK offenbar für nicht so essentiell im Hinblick auf den sicheren Anschluss von Kundenanlagen an Verteilnetze angesehen wurde, dass eine entsprechende Vorgabe Aufnahme in die vom damaligen VDN erstellten technischen Anschlussbedingungen („TAB“) gefunden hätte. Die Einschätzung wird ferner gestützt durch die Tatsache, dass nach dem eigenen Vortrag der Antragsgegnerin nicht einmal die Hälfte der deutschen Netzbetreiber die ZSK zur Verwendung in ihren Netzen vorsehen. Schließlich spricht auch die eigene Praxis der Antragsgegnerin, wonach die ZSK im Netz nur sukzessive eingeführt wird, gegen die Annahme einer Erforderlichkeit. Denn bestünden ohne den Einsatz einer ZSK ernstzunehmende Risiken in Bezug auf die technische Sicherheit des Netzes, der angeschlossenen Kundenanlagen oder in Bezug auf die Versorgungssicherheit der Verbraucher, so dürfte die Antragsgegnerin bereits zur Vermeidung entsprechender Haftungsrisiken längst für einen flächendeckenden Einsatz gesorgt haben.

Darüber hinaus vermögen auch die von der Antragsgegnerin vorgebrachten Argumente in Bezug auf den unterbrechungsfreien Zählerwechsel nicht die Annahme einer Erforderlichkeit zu begründen. Hat sich ein Anschlussnutzer dafür entschieden, einen Dritten (hier: die Antragsstellerin) mit der Durchführung des Messstellenbetriebs zu beauftragen, so obliegt die Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen, die aus dem Wechsel der Messeinrichtung re-

sultieren, jedenfalls nicht mehr dem Netzbetreiber. Davon geht offenbar auch die Antragsgegnerin selbst aus, indem sie in § 18 Abs. 4 ihres Rahmenvertrages vorgibt:

„Der Austausch von Messeinrichtungen während des Messstellenbetriebs (z. B. wegen Umbau der Messstelle, Wechsel des Messverfahrens, Störungen, eichrechtlicher Vorgaben oder turnusmäßigen Wechsel) liegt im Verantwortungsbereich des Messstellenbetreibers.“

Weiter begründet auch die von der Antragsgegnerin vorgebrachte Absicht, durch die Vorgabe von ZSK das Auftreten von wechselbedingten Kurzschlüssen zu vermeiden, keine Erforderlichkeit im Sinne von § 21b Abs. 3 Satz 3 EnWG. Denn nach den eigenen Bedingungen der Antragsgegnerin in § 18 Abs. 1 des Rahmenvertrages dürfen

„...Sämtliche Arbeiten im Zusammenhang mit Einbau, Ausbau, Betrieb und Wartung der Messeinrichtung [...] außer durch den Netzbetreiber nur durch ein in das Installateurverzeichnis des Netzbetreibers nach § 13 Abs. 2 S. 4 NAV bzw. § 13 Abs. 2 S. 3 NDAV eingetragenes Unternehmen und im Bereich des DVGW-Arbeitsblattes G 492 nur durch ein nach DVGW entsprechend zertifiziertes Unternehmen ausgeführt werden.“

Hiermit dürfte in ausreichender Weise sichergestellt sein, dass wechselbedingte Störungen auf ein Minimum reduziert werden.

Schließlich liegen auch keine sonstigen übergeordneten Gründe vor, die vorliegend eine Erforderlichkeit im Sinne des § 21b Abs. 3 Satz 3 EnWG bezüglich des Einsatzes von ZSK begründen. Übergeordnete Gründe können sich etwa aus gesetzlichen Vorgaben ergeben, die unmittelbar Einfluss auf die Beschaffenheit der einzusetzenden Messeinrichtungen nehmen; in Betracht kämen auch entsprechende regulierungsbehördliche Vorgaben, etwa Festlegungen im Sinne des § 13 Nr. 1 MessZV, die zur Förderung der wettbewerblichen Entwicklung in Bezug auf Eigenschaften einzusetzender Messeinrichtungen getroffen werden. Aber auch derartige Vorgaben sind weder objektiv gegeben, noch hat sich die Antragsgegnerin hierauf berufen.

2. An der nachträglichen Feststellung dieser Zuwiderhandlung besteht nach Überzeugung der Beschlusskammer ein berechtigtes Interesse.

In Ausübung der Befugnisse des § 65 EnWG hat die Regulierungsbehörde ein Aufgreifermessens auszuüben. Nach dem Wortlaut des § 65 Abs. 3. kann sie tätig werden, wenn ein berechtigtes Interesse an nachträglicher Feststellung der Zuwiderhandlung besteht. Ein solches ist insbesondere dann anzunehmen, wenn entweder eine Wiederholung des zu beanstandenden Verhaltens durch das betroffene Unternehmen selbst oder Dritte droht oder aber die zu klärende Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat. Darüber hinaus besteht ein berechtigtes Interesse auch dann, wenn die Rechtslage unsicher und damit ungeklärt ist, ob sich Netzbetreiber auf diese Weise verhalten dürfen⁴.

Vorliegend erscheint es angebracht, die begangenen Zuwiderhandlungen auch nachträglich festzustellen. Zum einen veröffentlicht die Antragsgegnerin den hier gegenständlichen Rahmenvertrag weiterhin im Internet und nährt damit den Verdacht, dass sie sich auch gegenüber anderweitigen Messstellenbetreibern wiederholt in der hier als rechtswidrig beurteilten Art und Weise verhalten wird. Außerdem verwendet nach dem Vorbringen der Antragstellerin eine nicht unerhebliche Zahl anderer Netzbetreiber gleiche oder ähnlich formulierte Vorgaben in ihren Vertragswerken. Die nachträgliche Feststellung ist damit geeignet, weitere gleich gelagerte Missbrauchsverfahren zum selben Thema zu vermeiden und die Frage inhaltlich einer Klärung zuzuführen.

⁴ Salje, Energiewirtschaftsgesetz, § 65 Rn. 25.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann binnen einer Frist von einem Monat ab Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist schriftlich bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf) eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (§ 76 Abs.1 EnWG).

Matthias Otte
Vorsitzender

Andreas Faxel
Beisitzer

Jens Lück
Beisitzer