



Beschlusskammer 8

Aktenzeichen: BK8-12-100

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
auf Grund des Antrags

der HH-EL Energie Hanse GmbH, Rothenbaumchaussee 114, 20149 Hamburg,
vertreten durch den Geschäftsführer,

- Antragstellerin -

gegen

die [REDACTED]
vertreten durch den Vorstand,

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Brock, Müller und Ziegenbein,
Schwedenkai 1, 24013 Kiel,

wegen besonderer Missbrauchsaufsicht nach § 31 Abs. 1 EnWG,

hat die Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekom-
munikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch den Vorsitzenden Alexander Lüdtké-Handjery,
den Beisitzer Rainer Bender
und den Beisitzer Bernd Petermann

am 25.09.2013 beschlossen:

1. Der Antrag wird abgewiesen.

2. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

Gründe

I.

Mit Schreiben vom 18.12.2012 hat die Antragstellerin bei der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur einen Antrag auf Überprüfung des Verhaltens der Antragsgegnerin gemäß § 31 EnWG gestellt. In der weiteren Korrespondenz mit der Beschlusskammer bestand die Antragstellerin auf die Durchführung eines förmlichen Missbrauchsverfahrens. Mit Schreiben vom 20.03.2013 übermittelte sie eine geschwärzte Fassung des Antrags vom 18.12.2012 ohne die zuvor enthaltenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Nach gewährter Fristverlängerung erfolgte hierauf mit Schreiben vom 10.05.2012 eine Stellungnahme der Antragsgegnerin, auf die die Antragstellerin mit Schreiben vom 03.06.2013 erwiderte.

Jeweils mit Schreiben vom 30.07.2013 erhielten die Beteiligten erneut Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Antragstellerin nahm mittels Schreiben vom 06.08.2013 Stellung, die Antragsgegnerin äußerte sich mit Schreiben vom 14.08.2013.

Die Antragstellerin trägt vor, die Antragsgegnerin habe als Netzbetreiber bezogen auf die Jahre 2000 bis 2008 mit einigen anderen Netznutzern auf Basis des § 315 BGB gerichtliche und außergerichtliche Vergleiche geschlossen. Die Antragstellerin sei dadurch gegenüber anderen Netznutzern mit der Forderung eines überhöhten Entgeltes für die Netznutzung belastet worden. Die Antragstellerin habe daraufhin die

von der Antragsgegnerin geltend gemachten Forderungen gekürzt. Vor dem Landgericht Kiel und dem Landgericht Hamburg habe die Antragsgegnerin von der Antragstellerin die Differenz zwischen den gezahlten Entgelten und den Entgelten laut Preisblatt eingefordert. In dem Verhalten der Antragsgegnerin liege ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot der §§ 20, 21 Abs. 1 S. 1 EnWG. Abgesehen davon, dass § 21 EnWG keine Rechtfertigungsmöglichkeit für Ungleichbehandlungen vorsehe, könne die Antragsgegnerin auch keine Rechtfertigungsgründe darlegen.

Aufgrund der anhängigen zivilgerichtlichen Verfahren müsse die Antragstellerin Rückstellungen bilden, so dass das entsprechende Kapital nicht für den laufenden Geschäftsbetrieb zur Verfügung stehe und die Antragstellerin dadurch im Wettbewerb zu ihren Konkurrentinnen und darüber hinaus in ihrem allgemeinen Geschäftsbetrieb gegenwärtig wirtschaftlich beschränkt sei. Die Möglichkeit der Auflösung der Rückstellungen nach einer rechtskräftigen Beendigung der Verfahren – aufgrund des Instanzenzuges in möglicherweise einigen Jahren – führe nicht zum Wegfall der gegenwärtigen Beeinträchtigung. Die Antragstellerin könne bei offensichtlich erfolglosen Inanspruchnahmen die Rückstellungen auflösen. Hierzu sei sie trotz der Zivilrechtsstreitigkeiten aber nur und erst in der Lage, soweit ihr unterhalb der veröffentlichten Preisblätter liegende Entgelte bekannt werden, die anderen Netznutzern zum Beispiel im Wege von Vergleichen auf Basis des § 315 BGB gewährt wurden. Zudem sei der geltend gemachte Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nur ein subsidiäres Hilfsargument in den Rechtsstreiten, das nicht notwendigerweise beschieden werden müsse.

Auch seien die rechtlichen Interessen der Antragstellerin trotz Beschränkung der Auseinandersetzungen auf die Zeit bis zur Kalkulationsperiode 2008 andauernd gegenwärtig berührt. Der Bundesgerichtshof bejahe beim Vorenthalten der angemessenen Vergütung für eingespeisten Strom, was das Vermögen des Berechtigten in ähnlicher Weise beeinträchtigte wie die Erhebung überhöhter Entgelte, die fortdauernde Beeinträchtigung des Vermögens. Die Voraussetzungen eines Beseitigungsanspruchs nach § 33 GWB und § 32 EnWG unterschieden sich nicht von der gegenwärtigen Interessenberührung im Sinne des § 31 EnWG, weil alle Fälle übereinstimmend eine fortdauernde Beeinträchtigung bedingten. Die Rechtsverstöße der Antragsgegnerin aus den Kalkulationsperioden bis 2008 wirkten dementsprechend bis heute fort, zumal maßgeblich nicht die Kalkulationsperioden seien, für die selektiv

individuelle Rückzahlungen geleistet wurden, sondern die Zeitpunkte der Ungleichbehandlung, die naturgemäß später lägen.

Die Antragstellerin führt weiter aus, dass auch das Verhalten der Antragsgegnerin vor Inkrafttreten des EnWG 2005 am 13.07.2005 der Überprüfung durch die Bundesnetzagentur unterliege. Nach ihrer Ansicht wären die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Ungleichbehandlung erst erfüllt gewesen, als die bis dahin die vollen Entgelte laut Preisblatt entrichtenden Netznutzer nur zu einem kleinen Teil abweichend von den bis dahin eingehaltenen Preisblättern individuelle Rückzahlungen erhielten.

Zudem sei die Antragsgegnerin entgegen ihrer Darstellung Netzbetreiber und somit richtige Beschwerdegegnerin. Die von der Antragsgegnerin benannte [REDACTED] sei eine Tochtergesellschaft der Antragsgegnerin, auf die zwar das Stromnetz zum 01.01.2010 übertragen wurde, jedoch trete die Antragsgegnerin weiterhin öffentlich in ihrem Internetauftritt als Betreiber des streitgegenständlichen Netzes auf.

Die Antragstellerin beantragt,

das Verhalten der Antragsgegnerin wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot durch die Gewährung individueller Entgelte zu überprüfen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzuweisen.

Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, dass der Antrag nicht zulässig sei. Die Bundesnetzagentur sei für Sachverhalte in Zeiträumen vor Inkrafttreten des EnWG 2005 am 13.07.2005 nicht zuständig. Auch sei das Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin für in der Vergangenheit abgeschlossene Sachverhalte nicht gegeben.

Zudem sei die Antragsgegnerin nicht die richtige Beschwerdegegnerin. Die [REDACTED] sei nicht Netzbetreiber der relevanten Netze. Dies sei die [REDACTED]

Weiterhin sei der Antrag nicht begründet. Abgesehen davon, dass nach Auffassung der Antragsgegnerin Ungleichbehandlungen i. S. v. § 21 EnWG mit sachlichen Gründen rechtfertigbar sind, sei schon kein Verstoß gegen § 21 EnWG gegeben. § 21 EnWG stelle auf regulierte Netzentgelte ab, wohingegen die von der Antragstellerin monierten Vergleiche Netzentgelte für Zeiträume vor der ersten Regulierungsperiode betreffen.

Die Landesregulierungsbehörde Schleswig-Holstein im Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume des Landes Schleswig-Holstein und das Bundeskartellamt wurden über die Einleitung des Verfahrens informiert.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akte Bezug genommen.

II.

Der Antrag war gem. § 31 Abs. 1 S. 2 EnWG abzuweisen. Der Antrag auf Durchführung eines besonderen Missbrauchsverfahrens gem. § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG ist unzulässig.

1. **Zuständigkeit (§§ 54 und 59 EnWG)**

Die Bundesnetzagentur ist gemäß § 54 Abs. 1 EnWG zuständige Regulierungsbehörde. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer ergibt sich aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

2. **Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 67 EnWG)**

Den Beteiligten wurde gemäß § 67 Abs. 1 EnWG die Möglichkeit zur schriftlichen Stellungnahme gegeben. Die Beteiligten haben mit Schreiben vom 10.05.2013 und 03.06.2013 Stellung genommen.

Gemäß § 67 Abs. 3 S. 1 EnWG steht die Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Ermessen der Beschlusskammer. Die Beteiligten haben keinen Antrag auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt. Die Durchführung einer

mündlichen Verhandlung ist überdies auch nicht erforderlich. Der Sachverhalt und die Positionen der Beteiligten, die keinen Einigungswillen erkennen lassen, sind hinreichend geklärt. Bei der Frage, ob mit der Gewährung individueller Entgelte gegen das Diskriminierungsverbot des § 21 EnWG verstoßen wird, handelt es sich lediglich um eine Rechtsfrage. Weitergehende Erkenntnisse sind auch in einer mündlichen Verhandlung nicht zu erwarten.

3. Behördenbeteiligung (§ 55 Abs. 1 S. 1; § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG)

Die Landesregulierungsbehörde, in deren Gebiet die AG ihren Sitz hat, wurde gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG über die Einleitung des Verfahrens informiert. Dem Bundeskartellamt und der Landesregulierungsbehörde, in deren Bundesland der Sitz der AG belegen ist, wurde gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

4. Erhebliche Interessenberührung (§ 31 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2 EnWG)

Nach § 31 Abs. 2 S. 2 EnWG weist die Regulierungsbehörde einen auf Durchführung eines besonderen Missbrauchsverfahrens gerichteten Antrag als unzulässig ab, wenn der Antrag die Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 S. 1 EnWG nicht erfüllt.

Zu den im Rahmen eines solchen Antrages vorzutragenden Tatsachen zählen nach § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 EnWG unter anderem die im Einzelnen anzuführenden Gründe, weshalb der Antragsteller durch das Verhalten des Netzbetreibers betroffen ist. Aufgrund der Systematik ist anzunehmen, dass der Begriff der Betroffenheit mit demjenigen der Interessenberührung übereinstimmt (vgl. Salje, EnWG, § 31 Rn. 10; Bundesnetzagentur, B. v. 11.12.2006, BK7-06-018; Robert in Britz/Hellermann/Hermes, § 31 Rn. 19). Für die Annahme der Zulässigkeit eines Antrages nach § 31 EnWG kann verlangt werden, dass die vorzutragenden Tatsachen zumindest die Möglichkeit einer Interessenberührung begründen (vgl. Salje, EnWG, § 31 Rn. 4). Die Interessenberührung muss gegenwärtig bestehen (vgl. Bundesnetzagentur, B. v. 11.12.2007, BK6-07-018; Robert, Britz/Hellermann/Hermes, § 31 Rn. 8).

Eine gegenwärtige Interessenberührung ist gegeben, wenn das streitgegenständliche Verhalten des Antragsgegners eine Berührung rechtlicher oder wirtschaftlicher

Interessen des Antragstellers bewirkt (vgl. Bundesnetzagentur, B. v. 13.08.2008, BK7-08-003; OLG Düsseldorf, VI-3 Kart 161/06 (V); Schütte, Regulierung der Energiewirtschaft, S. 1509, unter Verweis auf BGH, EnVR 1/08, Rn. 17).

An das Darlegungserfordernis des § 31 Abs. 2 S. 1 EnWG sind grundsätzlich keine hohen Anforderungen zu stellen. Gleichwohl ergibt sich aus dem Sinn und Zweck – enge Fristbindung des Verfahrens – der formalen Vorgaben, dass substanzlose Vorträge ohne weiteren Prüfungsaufwand zurückgewiesen werden können (vgl. Bundesnetzagentur, B. v. 17.11.2006, BK7-06-74; Robert in Britz/Hellermann/Hermes, § 31 Rn. 19; Salje, EnWG, § 31 Rn. 11).

Vorliegend trägt die Antragstellerin bereits keine gegenwärtige Betroffenheit vor und eine solche ist auch nicht ersichtlich. Die Antragstellerin begehrt die Überprüfung von Verhaltensweisen der Antragsgegnerin, die die Erhebung der Netznutzungsentgelte in den Jahren 2000 bis 2008 betreffen. Der Antragstellerin geht es nicht darum, ein gegenwärtiges missbräuchliches Verhalten der Antragsgegnerin wirksam abzustellen, sie beabsichtigt vielmehr die Verfolgung eventueller zivilrechtlicher Ansprüche für in der Vergangenheit abgeschlossene Sachverhalte. Die Antragstellerin kann hinsichtlich dieser in der Vergangenheit liegender Sachverhalte grundsätzlich zivilgerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen und hat dies bereits getan. Dass dies aufgrund des gegebenen Rechtswegs längere Zeit in Anspruch nehmen wird, begründet keine gegenwärtige Betroffenheit.

Zudem ist im Rahmen eines besonderen Missbrauchsverfahrens gemäß § 31 EnWG die von der Antragstellerin eigentlich beabsichtigte Offenlegung von Angaben über den Inhalt und den Gegenstand der gerichtliche und außergerichtliche Vergleiche auf Basis des § 315 BGB mit anderen Netznutzern nicht zwingend zu erreichen. Zu schützende Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse könnten dazu führen, dass zwar möglicherweise ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 21 EnWG festgestellt werden kann, die von der Antragstellerin aber eigentlich beabsichtigte Feststellung der konkreten Höhe der möglicherweise unberechtigt erhobenen Forderungen hingegen nicht möglich ist.

5. Fazit

Der Antrag ist unzulässig und daher abzuweisen.

Die für ein besonderes Missbrauchsverfahren nach § 31 EnWG notwendige gegenwärtige Betroffenheit bzw. gegenwärtige Interessenberührung ist nicht gegeben, da die Antragstellerin die Überprüfung von Verhaltensweisen der Antragsgegnerin begehrt, die die Erhebung der Netznutzungsentgelte in den Jahren 2000 bis 2008 betreffen.

Die Frage, ob es sich bei der Antragsgegnerin um einen Netzbetreiber und um die richtige Beschwerdegegnerin handelt, kann daher dahinstehen.

III.

Der Tenor zu Ziffer 2.) ordnet an, dass hinsichtlich der Kosten gemäß § 91 EnWG ein gesonderter Bescheid ergeht.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann binnen einer Frist von einem Monat nach 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 bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf) eingeht.

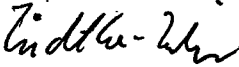
Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten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

schrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

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

Bonn, den 25.09.2013


Vorsitzender


Lüdtké-Handjery

Beisitzer


Bender

Beisitzer


Petermann