

Gemeinsame Auslegungsgrundsätze III der Regulierungsbehörden

des Bundes und der Länder zu den Anforderungen an
die Markenpolitik und das Kommunikationsverhalten
bei Verteilernetzbetreibern (§ 7a Abs. 6 EnWG)

vom 16.07.2012

Inhalt

1	Einleitung	3
2	Adressat der Regelung.....	4
3	Kommunikationsverhalten und Markenpolitik	4
	3.1 Begriffsbestimmung und Abgrenzung – Markenpolitik als Teil der Kommunikation.	4
	3.2 Weitere besonders relevante Bereiche des Kommunikationsverhaltens	5
	3.2.1 Geschäftspapier und Werbemittel.....	5
	3.2.2 Internet.....	6
	3.2.3 Fahrzeuge.....	6
	3.2.4 Kennzeichnungen von Anlagen und Einrichtungen.....	6
	3.2.5 Shared Services.....	7
	3.2.5.1 Dienstleistungen aus dem Bereich der vertrieblichen Aktivitäten für den Netzbetreiber	7
	3.2.5.2 Dienstleistungen des Netzbetreibers für den Bereich der vertrieblichen Aktivitäten	7
	3.2.5.3 Callcenter.....	7
	3.2.5.4 Inkasso	7
4	Vertriebsaktivitäten.....	8
5	Verwechslungsgefahr.....	9
	5.1 Rückgriff auf markenrechtliche Kategorien.....	9
	5.2 Verwechslungsgefahr im engeren Sinne	11
	5.3 Auswirkungen auf die Firma	12
6	Tarifbezeichnungen eines mit dem Netzbetreiber verbundenen Lieferanten	12
7	Umsetzungskonzept.....	12
8	Kosten	12

1 Einleitung

Die neuen Regelungen zur Verteilernetzbetreiberentflechtung, die am 04.08.2011 in Kraft getreten sind, enthalten nur punktuelle Änderungen gegenüber dem bisherigen Rechtsrahmen. In § 7a Abs. 4 Satz 2 EnWG wurde aufgenommen, dass Verteilernetzbetreiber über die erforderliche Ausstattung in materieller, personeller, technischer und finanzieller Hinsicht verfügen müssen. Hierbei handelt es sich im Wesentlichen um eine Klarstellung des bereits in der Vorgängerregelung angelegten Gedankens, dass Netzbetreiber bestimmte Aufgaben unabhängig wahrnehmen müssen. Neu sind dagegen die Regelungen zu Markenpolitik und Kommunikationsverhalten in § 7a Abs. 6 EnWG.

- EXKURS -

Auf die bisherigen Leitfäden der Regulierungsbehörden wird vollumfänglich verwiesen. Die Anforderungen an das Informationsmanagement gegenüber dem Kunden und auch gegenüber den Regulierungsbehörden sind in der Vergangenheit schon als klare Anforderungen formuliert worden. Die neuen Regelungen bestärken die Anforderung, dass der „Kommunikationsbevollmächtigte gegenüber den Regulierungsbehörden“ nicht bei einem Unternehmen angestellt sein darf, das direkt oder indirekt für den laufenden Betrieb in den Bereichen der Gewinnung, Erzeugung oder des Vertriebs von Energie an Kunden zuständig ist.¹

Auch Daten zur eigenen Identität, also Unternehmensnamen, Logos, Websites und Emails wurden bereits in der Vergangenheit regelmäßig auf europäischer Ebene erhoben.² Im 3. Energiebinnenmarktpaket wurde diese Thematik dann aufgegriffen und einer Regelung zugeführt.³ In ihrem Auslegungsvermerk⁴ hat die Europäische Kommission die Wichtigkeit unterstrichen, gegenüber den Kunden klar und unterscheidbar aufzutreten.

§ 7a Abs. 6 EnWG ist seit seinem Inkrafttreten anzuwenden. Gesetzliche Übergangsvorschriften bestehen nicht. Zu der Frage, welche zusätzlichen Maßnahmen nunmehr binnen welcher Frist durch die Verteilernetzbetreiber zu ergreifen sind, haben die Regulierungsbehörden bereits eine Reihe individueller Anfragen erreicht, im vorliegenden Auslegungsvermerk soll zu diesem Thema nunmehr grundsätzlich Stellung bezogen werden.

¹ Siehe Konkretisierung der gemeinsamen Auslegungsgrundsätze der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zu den Entflechtungsbestimmungen in §§ 6-10 EnWG vom 21.10.2008.

² Z.B. als Indikatoren im ERGEG Status Review on the Liberalization and Implementation of the Regulatory Framework.

³ Art. 26 Abs. 3 RICHTLINIE 2009/72/EG und 2009/73/EG: „Ist der Verteilernetzbetreiber Teil eines vertikal integrierten Unternehmens, stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die Tätigkeiten des Verteilernetzbetreibers von den Regulierungsbehörden oder sonstigen zuständigen Stellen beobachtet werden, so dass er diesen Umstand nicht zur Verzerrung des Wettbewerbs nutzen kann. Insbesondere müssen vertikal integrierte Verteilernetzbetreiber in ihren Kommunikationsaktivitäten und ihrer Markenpolitik dafür Sorge tragen, dass eine Verwechslung in Bezug auf die eigene Identität der Versorgungssparte des vertikal integrierten Unternehmens ausgeschlossen ist.“

⁴ COMMISSION STAFF WORKING PAPER INTERPRETATIVE NOTE ON DIRECTIVE 2009/72/EC CONCERNING COMMON RULES FOR THE INTERNAL MARKET IN ELECTRICITY AND DIRECTIVE 2009/73/EC CONCERNING COMMON RULES FOR THE INTERNAL MARKET IN NATURAL GAS - THE UNBUNDLING REGIME, Seite 27: “The DSO in its communication and branding cannot create confusion in respect of the separate identity of the supply company of the vertically integrated undertaking (Article 26(3) Electricity and Gas Directives). This implies a general obligation to avoid any confusion for consumers between the DSO and the supply company. In order to identify whether or not there is confusion in a particular case, European Union trade mark law may serve as a point of reference.“

Das Papier stellt keine Festlegung i.S.d. § 29 EnWG dar und hat auch nicht den Charakter einer Verwaltungsvorschrift, sondern dient den Unternehmen als Orientierungshilfe. Die Verantwortung für die rechtskonforme Umsetzung der Entflechtungsbestimmungen liegt bei den Unternehmen. Die vorliegenden Auslegungsgrundsätze geben das gemeinsame Verständnis der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zur Auslegung und Umsetzung der Entflechtungsbestimmungen wieder. Die mit der Entflechtung regelmäßig verbundenen komplexen Sachverhalte bedürfen hierbei naturgemäß einer Prüfung im Einzelfall. Hierbei stehen die Regulierungsbehörden zur Verfügung, um vor der endgültigen Umsetzung von Maßnahmen eine Bewertung abzugeben, sofern die Projekte hinreichend konkret sind.

2 Adressat der Regelung

Adressat der Regelung ist der Verteilernetzbetreiber. Die De-minimis-Grenze gilt auch für die neuen Regelungen zu Markenpolitik und Kommunikationsverhalten. Für Unternehmen unterhalb dieser Grenze gelten die bekannten Regeln zur informatorischen Entflechtung unverändert.

Adressat der Regelung ist der Verteilernetzbetreiber. Er hat eine Verwechslungsgefahr zwischen den Bereichen Netz und „Vertriebsaktivitäten“ des Unternehmens auszuschließen. Damit ändert sich jedoch nichts an der Verantwortung des gesamten vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens (viEVU) für die Einhaltung der Entflechtungsvorschriften (§ 6 EnWG). Sollte der Netzbetreiber also für seine Maßnahmen auf die Mitwirkung anderer Unternehmen oder Personen im viEVU angewiesen sein, so sind diese zur Mitwirkung verpflichtet.

Auf einen nach § 7b EnWG in eine eigene Speichergesellschaft ausgegründeten Speicherbetreiber findet § 7a Abs. 6 EnWG keine Anwendung.

Der Gesetzgeber hat zudem die Möglichkeit aus Art. 26 Abs. 4 der Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG wahrgenommen und gem. § 7a Abs. 7 EnWG auch die neuen Regelungen zu Markenpolitik und Kommunikationsverhalten nur solchen Netzbetreibern auferlegt, die im Strom- oder Gasnetz mindestens 100.000 unmittelbar oder mittelbar angeschlossene Kunden haben.⁵ Die Regelung des § 7a Abs. 6 EnWG betrifft allerdings nur solche Netzbetreiber, die als rechtlich entflochtene Netzgesellschaft organisiert sind. Für Netzbetreiber unter der De-minimis-Grenze bleiben die Regelungen, insbesondere zur informatorischen Entflechtung, mit Wirkung auf ihr Kommunikationsverhalten bestehen.

3 Kommunikationsverhalten und Markenpolitik

3.1 Begriffsbestimmung und Abgrenzung – Markenpolitik als Teil der Kommunikation

Der Begriff des Kommunikationsverhaltens ist weit auszulegen. Die Markenpolitik ist ein wesentlicher Teil des Kommunikationsverhaltens.

⁵ Zum Kundenbegriff siehe Beschluss der BK6 (BK6-07-031) S. 9 ff.

Die Gesetzesbegründung führt aus: „verpflichtet [sind] die Verteilernetzbetreiber in ihrem Verhalten, vor allem bei ihrer Kommunikation mit Personen außerhalb des vertikal integrierten Unternehmens, darauf zu achten, dass Verwechslungen mit den Vertriebsaktivitäten des vertikal integrierten Unternehmens ausgeschlossen sind (z.B. durch ein eigenes Logo, eigenes Briefpapier, mit dem eigenen Logo gekennzeichnete Fahrzeuge, nicht unmittelbar aber für die Öffentlichkeit nicht oder nur schwer zugängliche und daher kaum sichtbare Namenszüge an Infrastrukturen, wie z.B. Gasleitungen, Stromkästen).“⁶

Kommunikationsverhalten ist hierbei jede Handlung bei der der Netzbetreiber mit Dritten, insbesondere mit Letztverbrauchern, in Kontakt tritt. Die Regelung bezieht sich zunächst auf den geschäftlichen Verkehr, also jedes Marktverhalten, sei es ein positives Tun oder ein Unterlassen, wenn ein bestimmtes Handeln rechtlich geboten ist.⁷

Hierbei ist die Marke der Informationskanal, der die verschiedenen Marktseiten miteinander verbindet. Marken führen einen Dialog zwischen Unternehmen und Verbraucher.⁸ Kommunikationsverhalten und Markenpolitik stehen also nicht trennscharf nebeneinander. Die Markenpolitik ist vielmehr ein wesentlicher Bestandteil und eine Grundlage des Kommunikationsverhaltens. Insofern ist der Markenpolitik durch die explizite Nennung in der Norm auch eine besondere Wichtigkeit beigemessen worden.

Neben der Außenkommunikation zeigt die Begründung zum Energiewirtschaftsgesetz allerdings noch eine weitere Schutzrichtung der Norm auf. Durch die getrennten Kommunikationsaktivitäten soll nämlich auch bei den Mitarbeitern des Verteilernetzbetreibers die Identität als selbständiger Netzbetreiber und als Netzgesellschaft gestärkt werden.⁹ Insofern ist nicht nur das Verhalten im geschäftlichen Verkehr, sondern auch unternehmensinternes Kommunikationsverhalten betroffen.

3.2 Weitere besonders relevante Bereiche des Kommunikationsverhaltens

Nachfolgend sind besonders relevante Bereiche des Kommunikationsverhaltens aufgeführt. Hierbei handelt es sich um eine beispielhafte, nicht abschließende Aufzählung.

3.2.1 Geschäftspapier und Werbemittel

Als Teile der unmittelbar an den Kunden gerichteten Kommunikation sind Geschäftspapiere und Werbemittel¹⁰ besonders relevante Bereiche des Kommunikationsverhaltens. Hierzu gehören jede Form von Schriftstücken, die zur Benutzung im geschäftlichen Verkehr bestimmt sind, etwa Briefe, Preislisten, Ablesekarten und Faxe. Natürlich sind auch Verträge und Vertragsunterlagen umfasst. Zu den relevanten Werbemitteln zählen etwa Anzeigen in Zeitschriften und Zeitungen, Werbefilme und Werbeplakate sowie Werbegeschenke und sonstige Zugabewaren.¹¹ Auch Eigenpublikationen des viEVU wie z.B. Kundenzeitschriften sind ein üblicher Teil des Kommunikationsverhaltens und müssen hinsichtlich des Netzbetriebs und der vertrieblichen Aktivitäten verwechslungssicher gestaltet sein.

⁶ BT-Drs. 17/6072, S. 57.

⁷ Vgl. Fezer, Markenrecht, 4. Auflage, § 14 Rn. 24.

⁸ Vgl. Fezer, Markenrecht, Einleitung Rn. 10 f.

⁹ BT-Drs. 17/6072, S. 57.

¹⁰ Zur kostenseitigen Anerkennung von Werbung des Netzbetreibers siehe auch 8.

¹¹ Zur Einordnung als Geschäftspapier und Werbemittel siehe Fezer, Markenrecht, § 14 Rn. 952.

Einer einheitlichen Gestaltungsrichtlinie im verbundenen Unternehmen sind damit deutliche Grenzen gesetzt.

Um dem Schutzzweck der Identitätsbildung der Mitarbeiter an den Verteilernetzbetreiber Rechnung zu tragen, ist darüber hinaus auch bei internen Mitteilungen an die Mitarbeiter der gleiche Maßstab anzuwenden.

3.2.2 Internet

Die Kommunikation zwischen Energieversorgungsunternehmen und ihren Kunden findet zunehmend über das Internet statt. Insofern spielt dieses Medium auch für eine verwechslungssichere Kommunikation eine zentrale Rolle. Daher sind aus Sicht der Regulierungsbehörden folgende Mindeststandards einzuhalten:

- kein gemeinsamer Internetauftritt Vertriebsaktivitäten / Netzgesellschaft;
- auf der Internetseite des Vertriebes findet sich kein Logo des Netzbetreibers und umgekehrt ;
- keine gemeinsame Stelle für Kontaktanfragen (E-Mail-Adresse, Kontaktformular).

3.2.3 Fahrzeuge

Geschäftswagen haben für die Anwendung des § 7a Abs. 6 EnWG eine besondere Bedeutung.¹² Das liegt nicht zuletzt im Werbegehalt begründet, der mit dem Einsatz entsprechend markierter Fahrzeuge verbunden ist.

Folglich ist es nicht zulässig, dass bei Tätigkeiten im Rahmen des Netzbetriebs Fahrzeuge genutzt werden, die mit einer Marke für die Vertriebsaktivitäten versehen sind. Das gilt besonders für Fahrzeuge, auf denen ein entsprechendes Logo aufgebracht ist. Damit sind jedoch neutrale Fahrzeuge verwendbar, die keine Hinweise auf ein Unternehmen oder ein Produkt enthalten. .

Zur Frage, wann entsprechende Maßnahmen ergriffen werden müssen, finden sich Hinweise unter 7.

3.2.4 Kennzeichnungen von Anlagen und Einrichtungen

Die Verwechslungsgefahr ist auch hinsichtlich der Kennzeichnungen von Anlagen und Einrichtungen wie z. B. Gasleitungen, Stromverteilerkästen und Strommasten auszuschließen. Neue Anlagen sind künftig verwechslungssicher zu gestalten. Gleiches gilt bei ohnehin anstehenden Auswechslungen der Kennzeichnungen. Die Nutzung von Netzanlagen als „Werbeflächen für konzerneigene Vertriebsaktivitäten“ ist untersagt. Dies gilt besonders für Stromverteilerkästen und Umspannanlagen.

Zur Frage, wann entsprechende Maßnahmen ergriffen werden müssen, finden sich Hinweise unter 7.

¹² So sind Fahrzeuge in der Gesetzesbegründung auch explizit als Regelungsgegenstand benannt.

3.2.5 Shared Services

3.2.5.1 Dienstleistungen aus dem Bereich der vertrieblichen Aktivitäten für den Netzbetreiber

Shared Service-Aktivitäten, insbesondere Dienstleistungen aus Unternehmensbereichen oder Unternehmen, die auch vertriebliche Aktivitäten wahrnehmen, sind für den Netzbetreiber weiterhin möglich. Hier ist allerdings beim Kundenkontakt darauf zu achten, dass diese im engeren Sinne „verwechslungssicher“ für den Kunden ausgeführt werden.

3.2.5.2 Dienstleistungen des Netzbetreibers für den Bereich der vertrieblichen Aktivitäten

Die gleichen Grundsätze gelten auch für Dienstleistungen in umgekehrter Richtung. Wird der Netzbetreiber dienstleistend tätig, etwa indem sein Personal für einen verbundenen wettbewerblichen Messstellenbetreiber aktiv wird, darf er in dieser Funktion nicht mit dem Netzbetreiber verwechselt werden.

3.2.5.3 Callcenter

Die auszuschließende Verwechslungsgefahr bedeutet in vielen Fällen auch erhöhte Anforderungen an die telefonische Kommunikation mit den Kunden sowie an die Kommunikation über E-Mail und Kontaktformulare auf einer Website. Unzulässig ist nach Auffassung der Regulierungsbehörden die vielfach noch übliche Benutzung der gleichen Service-Telefonnummer für Netzbetrieb und vertriebliche Aktivitäten. Über eindeutig zuzuordnende Nummern ist künftig auch sicherzustellen, dass der Anrufer nicht erst über eine persönliche Abfrage des Grundes für den Anruf einem zuständigen Gesprächspartner zugeordnet wird, sondern dass das Anliegen des Kunden mit Hilfe der eindeutigen Rufnummer direkt dem Netzbereich zugeordnet und entsprechend bearbeitet wird. Im Übrigen wird auf die Anforderungen der informatorischen Entflechtung hingewiesen.¹³

Die Regelungen gelten auch für die Verwendung von Notfallnummern. Nach der neuen gesetzlichen Regelung ist es nicht mehr zulässig, für den Fall einer technischen Störung als Kontakt ein Unternehmen mit Vertriebsaktivitäten anzugeben. Eingeführte Störfallnummern sind auf den Netzbetreiber zu übertragen.

3.2.5.4 Inkasso

Für den Bereich Inkasso kann auf die bereits ausgeführten Grundsätze zurückgegriffen werden. Bei einem Inkassoverfahren wegen Forderungen des Netzbetreibers darf keine Verwechslungsgefahr zu den vertrieblichen Bereichen bestehen. Dies gilt für Geschäftspapier wie für persönlichen und telefonischen Kontakt.

¹³ Gemeinsame Richtlinie der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zur Umsetzung informatorischen Entflechtung nach § 9 EnWG vom 13.07.2007.

4 Vertriebsaktivitäten

Die Verwechslungsgefahr zwischen Netzbetrieb und den „Vertriebsaktivitäten“ des Unternehmens ist auszuschließen. Ein Netzbetreiber muss also in Markenpolitik und Kommunikationsverhalten nicht zwangsläufig die Verwechslungsgefahr mit dem kompletten viEVU ausschließen. Der Begriff Vertriebsaktivitäten umfasst jedoch sowohl die Hilfstätigkeiten beim Verkauf von Energie als auch vertriebliche Aktivitäten wie den Messstellenbetrieb, soweit dieser als wettbewerbliche Dienstleistung angeboten wird.

Die Verbändeanhörung im Gesetzgebungsverfahren 2011 hatte noch eine gesetzliche Regelung zum Gegenstand, die ganz generell die Vermeidung der Verwechslungsgefahr zum viEVU betraf. Zum Ende des Gesetzgebungsprozesses wurde die Regelung dann dahingehend eingeschränkt, dass die Verwechslungsgefahr nur zwischen Verteilernetzbetreiber und den Vertriebsaktivitäten des viEVU ausgeschlossen sein muss.

Damit sind Lösungen möglich geworden, bei denen z.B. lediglich der Vertriebsbereich die Markenpolitik anpasst und verwechslungssicher gestaltet wird, so dass der Netzbetreiber keine Maßnahmen treffen muss. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die verwechslungssichere Marke unter der der Vertriebsbereich kommuniziert auch die Markenpolitik in ihrer Gesamtheit bestimmen muss. Damit scheiden z.B. Modelle aus, bei denen in bestimmten Regionen – insbesondere im Netzgebiet des verbundenen Netzbetreibers – oder auf den nicht-onlinegestützten Vertriebswegen weiterhin mit einer zweiten Marke operiert wird, bei der eine Verwechslung nicht ausgeschlossen ist.

Allerdings ist darauf zu verweisen, dass die Grundsätze der informatorischen Entflechtung weiterhin im gesamten vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen gelten. Hier hat es keine Einschränkung auf die vertrieblichen Bereiche gegeben.

Es ergibt sich aus dem Wortlaut, dass unter dem Begriff „Vertriebsaktivitäten“ mehr als der reine Vertrieb von Energie zu verstehen ist. Während „Vertrieb“ den Verkauf bzw. Weiterverkauf von Energie an Kunden meint¹⁴, sind unter „Vertriebsaktivitäten“ nicht nur die reine Tätigkeit des Verkaufs, sondern auch die dafür erforderlichen Hilfstätigkeiten wie Marketing, Abrechnung und Energiedatenmanagement zu verstehen. Maßstab ist auch hier der Kontakt zum Kunden. Die Verpflichtung der Verteilernetzbetreiber, bei ihren nach außen gerichteten Kommunikationsaktivitäten darauf zu achten, Verwechslungen mit den Vertriebsaktivitäten des viEVU zu vermeiden, soll die Transparenz für den Kunden erhöhen.¹⁵

Damit sind neben dem Verkauf und Weiterverkauf von Energie noch weitere vertriebliche Aktivitäten des viEVU gegenüber Kunden einer Verwechslungsgefahr mit dem Netzbetrieb zu entziehen. Das gilt z.B. für den Umgang mit vertrieblichen Aktivitäten im Bereich des Messstellenbetriebs durch Dritte.

Der Messstellenbetrieb ist nach § 21b Absatz 1 EnWG Teil der Zugangsleistung des Netzbetreibers und damit dieser Tätigkeit zugehörig, wenn kein Dritter den Messstellenbetrieb übernimmt.

¹⁴ Vgl. Boesche in Berliner Kommentar zum Energierecht, § 3 Rn. 105.

¹⁵ BT-Drs. 17/6072 S. 57

Dieser Messstellenbetrieb durch Dritte ist in § 21b Abs. 2 i.V.m. § 21b Abs. 3, § 21c EnWG geregelt (geändert durch EnWG 2011).¹⁶ Der Messstellenbetrieb ist folglich für den Wettbewerb geöffnet, und es stellen sich die gleichen Fragen zur Diskriminierung wie beim Verkauf von Energie an Kunden.¹⁷ Wird also außer vom Netzbetreiber von anderer Stelle des viEVU der Messstellenbetrieb angeboten, so sind auch gegenüber dieser Vertriebsaktivität die Regelungen des § 7a Abs. 6 EnWG einzuhalten. Die wettbewerbliche Zählersparte des viEVU darf nicht mit der Zählersparte und dem oft als „Grundmessstellenbetrieb“ bezeichneten Tätigkeiten des Netzbetreibers verwechselt werden.

5 Verwechslungsgefahr

5.1 Rückgriff auf markenrechtliche Kategorien

Verwechslungsgefahr besteht dann, wenn der Verbraucher nicht klar erkennen kann, wenn er es mit seinem Netzbetreiber zu tun hat. Dabei ist davon auszugehen, dass die Rollenentflechtung dem durchschnittlichen Verbraucher nicht geläufig ist. Die Kennzeichnung der Netzgesellschaft im Verhältnis zu den Vertriebsaktivitäten darf daher nicht nur untergeordnete Bedeutung haben. Bei der Auslegung dieser Anforderungen werden die Regulierungsbehörden markenrechtliche Maßstäbe heranziehen.

Regelungen zu Marken- und Kommunikationsverhalten finden sich in § 7a und in § 10a EnWG. Zwischen beiden Normen gibt es Unterschiede. So muss beim unabhängigen Transportnetzbetreiber die Verwechslung mit dem gesamten viEVU, nicht nur mit Vertriebsaktivitäten ausgeschlossen werden. Außerdem ist auch die Firmierung verwechslungssicher vorzunehmen.

Für die Frage der Verwechslungsgefahr sind diese Unterschiede jedoch nicht erheblich. Insbesondere ist bei den Verteilernetzbetreibern auch kein anderer tauglicher Maßstab zur Bewertung der Verwechslungsgefahr erkennbar. Die Gefahr der Verwechslung ist bei den Kunden mit Anschluss an das Verteilernetz (überwiegend Haushaltskunden am Niederspannungsnetz) besonders groß.

Daher sind die gleichen Maßstäbe bei der Auslegung der Verwechslungsgefahr für § 7a Abs. 6 und für § 10 Abs. 4 EnWG anzulegen. In der Begründung zum EnWG findet sich für den Unabhängigen Transportnetzbetreiber der Bezug zum Markenrecht.¹⁸ Gleiches gilt für

¹⁶ Vgl. zu den verschiedenen Rollen Bericht der Bundesnetzagentur über "Wettbewerbliche Entwicklungen und Handlungsoptionen im Bereich Zähl- und Messwesen und bei variablen Tarifen" S. 20 f. http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/BNetzA/Sachgebiete/Energie/Sonderthemen/BerichtZaehlMesswesen/BerichtZaehlMesswesenpdf.pdf?__blob=publicationFile.

¹⁷ Zum wettbewerblichen Ansatz im Zähl- und Messwesen siehe Bericht der Bundesnetzagentur über "Wettbewerbliche Entwicklungen und Handlungsoptionen im Bereich Zähl- und Messwesen und bei variablen Tarifen" S. 7.

¹⁸ Siehe BT-Drs. 17/6072, S. 60.

die Verwechslungsgefahr für den Verteilernetzbetreiber.¹⁹ Schließlich nennt auch die Europäische Kommission das Markenrecht als Referenz.²⁰

In markenrechtlichen Streitigkeiten sind die Rollen üblicherweise klar verteilt. Der Inhaber der Marke versucht zu verhindern, dass ein Dritter, insbesondere Wettbewerber, unter Ausnutzung von Ähnlichkeiten an den positiven Eigenschaften partizipiert, die mit seiner Marke in Verbindung gebracht werden. Der Markeninhaber wird also immer versuchen, Ähnlichkeiten soweit als möglich zu verbieten. Netzbetrieb und vertriebliche Aktivitäten im viEVU haben dieses Abgrenzungsbedürfnis von Natur aus nicht. Sie stehen nicht im Wettbewerb, vielmehr gehören sie zur gleichen Unternehmensgruppe. Diese Unterschiede von markenrechtlichen und energiewirtschaftlichen Sachverhalten werden nicht verkannt und sind in der Bewertung zu berücksichtigen. Es bleiben Wertungsspielräume. Die Orientierung an markenrechtlichen Grundlagen gemäß den Ausführungen im Folgenden ist geeignet, den Unternehmen eine rechtssichere Umsetzung der Anforderungen gegenüber den Regulierungsbehörden zu ermöglichen.

Ein Verstoß gegen die Entflechtungsregeln ist nur dann anzunehmen, wenn eine Verwechslungsgefahr im engeren Sinne vorliegt.

- Einer **Verwechslungsgefahr im engeren Sinne** unterliegt der Verkehr dann, wenn die beteiligten Verkehrskreise aufgrund der Ähnlichkeit der Kollisionszeichen zu der irrigen Annahme verleitet werden, die markierten Produkte stammten aus ein und demselben Unternehmen. Verwechslungsschutz besteht, weil ein Produkt dem falschen Unternehmen zugeordnet wird.

Die Regulierungsbehörden tragen der ausschließlich entflechtungsrechtlich motivierten Anforderungen des EnWG auch dadurch Rechnung, indem sie das zulässige Konzernverhältnis des viEVU anerkennen und **nicht** verlangen, dass die markenrechtliche ebenfalls gebräuchliche Kategorie²¹ der Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne ausgeschlossen werden muss.

- Einer **Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne** unterliegt der Verkehr dann, wenn die beteiligten Verkehrskreise zwar keiner Irreführung über die Unternehmensidentität unterliegen, weil der Verkehr zwar erkennt, es handele sich um verschiedene Produkte, jedoch aufgrund der Zeichenähnlichkeit vom Bestehen besonderer wirtschaftlicher Beziehungen oder engerer organisatorischer Zusammenhänge zwischen den Unternehmen ausgeht.

Diese Ergebnis stützt auch die Begründung des § 7a EnWG zum Verteilernetzbetrieb, wo ausgeführt ist, dass insbesondere durch die getrennte Markenpolitik deutlich werden soll, dass es der Kunde mit zwei rechtlich voneinander getrennten Unternehmen (nämlich Vertrieb und Netzbetrieb) zu tun hat, die aber derselben Unternehmensgruppe angehören können.²²

¹⁹ Die Gesetzesbegründung verweist in BT-Drs. 17/6072, S. 57 im Rahmen der Ausführungen zur Verteilernetzbetreiberentflechtung zudem auf die Maßstäbe der Verwechslungsgefahr im weiteren und engeren Sinne und damit auf markenrechtliche Grundsätze.

²⁰ Commission Staff Working Paper, Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning common Rules for the Internal Market in Electricity and Directive 2009/73/EC concerning common Rules for the Internal Market in Natural Gas, The Unbundling Regime, 22 January 2010, 3.3.4, S. 27. Des Weiteren Boers in N&R 1/11, S. 16.

²¹ So auch BT-Drs. 17/6072, S. 60. Zu den Begriffen Verwechslungsgefahr im engeren und weiteren Sinne siehe Fezer, Markenrecht, § 14 Rn. 319 f.

²² BT-Drs. 17/6072, S. 57.

5.2 Verwechslungsgefahr im engeren Sinne

Markenrechtlich stehen Verwechslungsgefahr im weiteren und engeren Sinne lediglich für zwei Fallkonstellationen innerhalb der Verwechslungsgefahr. Für die energierechtlich relevante Beurteilung verläuft zwischen ihnen jedoch die Grenze des entflechtungsrechtlich zulässigen (Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne) und dem entflechtungsrechtlich unzulässigen (Verwechslungsgefahr im engeren Sinne). Letztlich bleibt die marken- wie entflechtungsrechtliche Einordnung jedoch immer eine Frage der Beurteilung im Einzelfall.

Bei der Einzelfallbeurteilung sind der

- Bekanntheitsgrad der Marke,
- die gedankliche Verbindung, die das benutzte Zeichen hervorrufen kann und
- die Ähnlichkeit der verwendeten Zeichen zu beurteilen.²³

Entscheidend ist der Gesamteindruck. Der Durchschnittsverbraucher nimmt eine Marke regelmäßig als Ganzes wahr und achtet nicht auf die verschiedenen Einzelheiten. Ein oder mehrere Bestandteile können jedoch prägend sein.²⁴ Hiervon ist auszugehen, wenn ein individueller Zeichenbestandteil blickfangmäßig hervorgehoben ist und die sonstigen Wortbestandteile zur Produktkennzeichnung wenig geeignet sind.²⁵

Es kommt also darauf an, entweder so viel an den einzelnen Bestandteilen zusammengesetzter Marken zu ändern, dass der Gesamteindruck eine Unterscheidung möglich macht oder ein prägendes neues Element einzuführen. Entscheidend ist, eindeutig eine Verwechslungsgefahr im engeren Sinne auszuschließen.

Für die Einführung eines neuen prägenden Elementes sind dabei grundsätzlich zwei Voraussetzungen notwendig:

- Der selbständig kennzeichnende Bestandteil muss eine eigene Kennzeichnungskraft besitzen.
- Der einzelne Bestandteil prägt einen Gesamteindruck derart, dass die übrigen Markenteile zurücktreten und vernachlässigt werden können.

Kennzeichnungskraft kann dabei grundsätzlich sowohl durch Benutzung im Verkehr (derivativ) als auch von Hause aus (originär) vorhanden sein. Die Kennzeichnungskraft steigt also sowohl durch ihre Individualität als auch durch die Einführung am Markt. Gleichwohl ist es unzulässig darauf zu verweisen, dass durch künftige Maßnahmen ein Weniger an Individualität durch ein Mehr an Werbung ausgeglichen werden soll. Die gesetzliche Regelung sieht keine Übergangsfristen vor. Netzbetreiber haben also seit dem 04.08.2011 dafür Sorge zu tragen, dass die Verwechslungsgefahr ausgeschlossen ist. Diese Verpflichtung gebietet es, nicht durch mittel- bis langfristig wirkende Bemühungen kleine Unterschiede in der Marke zu kommunizieren, sondern die Kennzeichnungskraft durch überzeugende Maßnahmen wie unterschiedliche Farbwahl, unterscheidbare Schrift, Verwendung individueller Bilder und eigener Name herzustellen.

²³ Hierzu u.a. Erwägungsgrund 8 der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 vom 26.02.2009 und Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2008/95/EG vom 22.10.2008

²⁴ Vgl. für die sog. Prägetheorie z.B. BGHZ 169, 295, Rn. 21

²⁵ Vgl. Fezer, Markenrecht, § 14 Rn. 528.

Zumal die bekannten Marken durchweg gut eingeführt sein dürften. Damit keine Verwechslungsgefahr im engeren Sinne besteht, sind also besondere Anstrengungen notwendig.

5.3 Auswirkungen auf die Firma

Die vorangegangenen Ausführungen bedeuten nicht in jedem Fall auch eine Umfirmierung. Die Firmenbezeichnung muss zur Kennzeichnung geeignet sein (sogenannte „Namensfunktion“) und Unterscheidungskraft besitzen (§ 18 Abs. 1 HGB). Der § 7a Abs. 6 EnWG ist für die Firma aber nur relevant, wenn die Firma zum Bestandteil der Markenpolitik gemacht wird. Das ist zwar üblich, aber nicht zwingend. Wäre dies nicht so, so hätte es der ausdrücklichen Erwähnung der Firma in § 10a Abs. 4 EnWG nicht bedurft. Verteilernetzbetreiber und Vertriebsgesellschaft erfahren in der Wahl ihrer Firma also keine energierechtlichen Einschränkungen, solange sie am Markt so auftreten, dass die Firma im Hintergrund bleibt.

6 Tarifbezeichnungen eines mit dem Netzbetreiber verbundenen Lieferanten

Eine verwechslungssichere Tarifbezeichnung des Lieferanten reicht nicht aus.

Im Markt sind verschiedentlich Lieferantentarife anzutreffen, deren Bezeichnung keine Rückschlüsse auf den Netzbetreiber zulässt, wobei die Marken unter denen vertriebliche Aktivitäten und Netzbetrieb auftreten aber nicht verwechslungssicher sind. Ein solcher Fall läge z.B. vor, wenn vertriebliche Aktivitäten und Netzbetrieb unter der Marke XYZ liefen, die Energie aber unter der Tarifbezeichnung ABC Gas bzw. ABC Strom angeboten würde. Allein eine solche, die Verwechslungsgefahr ausschließende Bezeichnung eines Lieferantentarifs, ist für eine entflechtungskonforme Markenpolitik jedoch nicht ausreichend. Eine verwechslungssicher ausgestaltete Bezeichnung des Tarifs ist insofern zwar eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die Erfüllung der Vorschriften des § 7a Abs. 6 EnWG.

7 Umsetzungskonzept

Austauschintervalle können auf dem Weg zu einer verwechslungssicheren Kommunikation genutzt werden. Erforderlich sind ein klares Konzept und der erkennbare Wille, den gesetzlichen Anforderungen in angemessener Zeit gerecht zu werden.

Die Regelung des § 7a Abs. 6 EnWG gilt ohne gesetzliche Übergangsfrist. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit erscheint es aber geboten, in Bereichen mit regelmäßigen Austauschintervallen einen sukzessiven Austausch vorzunehmen.

Die vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen sind aufgefordert, bereits erfolgte Maßnahmen sowie einen gegebenenfalls noch nicht abgeschlossenen konkreten Umsetzungszeitplan im Gleichbehandlungsbericht zum 31.03.2013 darzulegen.

8 Kosten

Die Kostenanerkennung richtet sich nach den allgemein gültigen Maßstäben. Werbende Unternehmenskommunikation und Marketing des Netzbetreibers sind grundsätzlich nicht erforderlich.

Kosten für gesetzliche Pflichten sind grundsätzlich auch in der Regulierung anerkenungsfähig. Kosten eines Netzbetreibers sind dann in die Netzkostenermittlung einzubeziehen, wenn sie den Kosten eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen (§ 4 Abs. 1 Satz 1 StromNEV bzw. GasNEV). Diese werden in der Anreizregulierung nur alle fünf Jahre auf Grundlage der im sog. Basisjahr tatsächlich entstandenen Kosten ermittelt.

Dabei können folgende Leitlinien zur Orientierung dienen:

- Werden Maßnahmen ergriffen, um die Marken für vertriebliche Aktivitäten umzugestalten, sind hierin keine Kosten des Netzbetriebs zu sehen, auch wenn sie ihren Anlass im EnWG haben.
- Sofern Änderungen an der Organisation der Kundenkommunikation (z.B. Call Center) vorgenommen werden, so sind nur die Kosten anerkenungsfähig, die auf den Netzbetrieb entfallen. Das gleiche gilt für laufende Kosten. Es ist demnach nicht möglich, sämtliche Synergieverluste als Kosten des Netzbetriebs anzusetzen.
- Es wird zudem davon ausgegangen, dass schon seit der Verpflichtung zur informatorischen Trennung in 2005 eine klare Trennung der Kommunikation vollzogen worden ist.

Werbendes Marketing braucht der Netzbetreiber nicht. Es genügt, wenn er regelmäßig mit der neuen Marke kommuniziert. Informierende Kundeninformation nach einem veränderten Unternehmensauftritt durch einen Netzbetreiber wird als erforderlich anerkannt.