



Beschluss

Az. BK6-11-079

In dem Verwaltungsverfahren

wegen Netzentflechtung infolge Konzessionsübergang

betreffend:

Schleswig-Holstein Netz AG, Schlesweg-HeinGas-Platz 1, 25450 Quickborn, vertreten durch den Vorstand,

– Betroffene –

[REDACTED]

unter Beteiligung

der Regionalnetz Ostholstein Süd GmbH & Co KG, Baderstraße 19, 23626 Ratekau, vertreten durch die Geschäftsführung,

– Beigeladene –

Verfahrensbevollmächtigte: Becker, Büttner, Held, Magazinstraße 15–16, 10179 Berlin,

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

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

am 29.4.2013 beschlossen:

Der Beschluss vom 19.6.2012 wird widerrufen.

Gründe

I.

Die Entscheidung betrifft den Widerruf des Beschlusses der Beschlusskammer vom 19.6.2012, mit dem die Betroffene verpflichtet wurde, der Beigeladenen verschiedene Auskünfte betreffend ihres Mittelspannungs-Elektrizitätsverteilernetzes im Gebiet der Gemeinde [REDACTED] zu erteilen sowie die auf dem Gebiet der Gemeinde [REDACTED] gelegenen Mittelspannungsleitungen an die Beigeladene zu übereignen und Besitz daran zu verschaffen. Ferner verpflichtete die Beschlusskammer die Betroffene, zusammen mit der Beigeladenen ein Entflechtungskonzept zu erstellen und der Beschlusskammer zusammen mit einem Zeitplan vorzulegen. Hintergrund des Beschlusses sind Streitigkeiten zwischen der Beigeladenen und der Betroffenen, nachdem die Gemeinde [REDACTED] den Konzessionsvertrag mit der Betroffenen nicht verlängert, sondern einen Konzessionsvertrag mit der Beigeladenen abgeschlossen hatte.

Die Beigeladene wandte sich im März 2011 an die Bundesnetzagentur und beantragte, der Betroffenen im Wege eines Aufsichtsverfahrens aufzugeben, verschiedene Auskünfte hinsichtlich der Mittelspannungsleitungen und -anlagen zu erteilen. Die Betroffene trat dem unter anderem mit der Begründung entgegen, der zwischen der Beigeladenen und der Gemeinde [REDACTED] geschlossene Konzessionsvertrag sei wegen eines fehlerhaften Konzessionsverfahrens nichtig.

Am 4.1.2012 reichte die Beigeladene daneben Klage beim Landgericht Kiel gegen die Betroffene ein. Die Klage ist in erster Stufe auf Auskunftserteilung über die Stromverteilungsanlagen im Gebiet der Gemeinde [REDACTED] und das Gesamtnetz der Betroffenen gerichtet, in zweiter Stufe auf Eigentums- und Besitzübertragung der Verteilungsanlagen im Gebiet der Gemeinde [REDACTED] Zug um Zug gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung sowie auf diverse Feststellungen.

Am 16.6.2012 erließ die Beschlusskammer den hier gegenständlichen Beschluss gegen die Betroffene, den sie auf § 65 Abs. 2 EnWG stützte. Im Rahmen der Ermessenserwägungen heißt es:

„Der hier in Rede stehende Konzessionsnehmerwechsel droht an der mangelnden Einigung der Beteiligten zu scheitern. [...] Dabei verhindert im Kern die Weigerung der Betroffenen, die Daten bezüglich der Mittelspannungsleitungen herauszugeben, Fortschritte bei den Verhandlungen. Durch die fehlende Einigung wird der Konzessionsnehmerwechsel über das Auslaufen des alten Konzessionsvertrags hinaus verzögert und gesetzliche Verpflichtungen sind nicht umgesetzt. [...] Zwar kann die Beteiligte ihre Ansprüche grundsätzlich auch auf dem Zivilrechtsweg durchsetzen. Angesichts der grundsätzlichen Bedeutung des Verfahrens für zahlreiche weitere Fälle, in denen ebenfalls die hier in Frage stehende Datenherausgabepflicht und die Überlassung sogenannter multifunktional genutzter Anlagen relevant und von grundlegender Bedeutung sind, hält die Beschlusskammer ein Tätigwerden im Rahmen ihrer allgemeinen Aufsichtsbefugnis zur Verpflichtung der Betroffenen jedoch für erforderlich. Allein der Umstand, dass eine Klärung der hier grundsätzlich relevanten Rechtsfragen in einem zivilgerichtlichen Verfahren, an dem die Bundesnetzagentur nicht beteiligt ist, möglicherweise alsbald erfolgen könnte, steht dem nicht entgegen. Denn weder ist absehbar, wann eine gerichtliche Entscheidung erfolgt, noch ist sichergestellt, dass sie überhaupt ergeht. Unabhängig davon wäre aber selbst bei einer erfolgten zivilgerichtlichen Klärung nicht ausgeschlossen, dass die Kammer ihrerseits es für angezeigt hält, zu der Rechtsfrage in einem Beschluss Stellung zu nehmen.“ (S. 27 f. des Beschlusses vom 16.6.2012)

Gegen diesen Beschluss legte die Betroffene Beschwerde ein und beantragte, die aufschiebende Wirkung anzuordnen. Das Verfahren ist beim Oberlandesgericht Düsseldorf (VI 3 Kart 209/12 (V)) anhängig. Die Bundesnetzagentur setzte die Vollziehung bis zu einer Entscheidung des Oberlandesgerichts im Eilverfahren aus.

Am 21.9.2012 wies das Landgericht Kiel die Klage der Beigeladenen ab (14 O 19/12.Kart). Der Konzessionsvertrag zwischen der Beigeladenen und der Gemeinde ██████ sei nichtig. Das Landgericht führt im Wesentlichen aus, dass der zwischen der Beteiligten und der Gemeinde ██████ geschlossene Konzessionsvertrag unwirksam sei, weil die Vergabeentscheidung der Gemeinde gegen die §§ 46 Abs. 3 EnWG, 19, 20 GWB verstoße. Die Gemeinde sei bei der Vergabe als marktbeherrschendes Unternehmen anzusehen. Die Vergabe müsse transparent und nichtdiskriminierend durchgeführt werden. Die Gemeinde habe bei der Auswahl des neuen Konzessionsträgers die Ziele des EnWG zu beachten, also das Erreichen einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltfreundlichen Energieversorgung. Diesen Auswahlkriterien habe die Gemeinde ██████ bei der Neuvergabe des Konzessionsvertrags nicht ausreichend Rechnung getragen. Keines der Auswahlkriterien befasse sich mit den Effizienzwerten der einzelnen Bewerber oder diene dem Ziel, eine möglichst preisgünstige und umweltfreundliche Versorgung sicherzustellen. Vielmehr beträfen mit der Ausnah-

me des Kriteriums „Bemühung um störungsfreien Netzbetrieb“ sämtliche Auswahlkriterien allein oder zumindest auch das fiskalische Interesse der Gemeinde. Dass die Interessen der Gemeinde bei der Vergabeentscheidung einseitig in den Vordergrund gestellt worden seien, werde schließlich auch an dem im Rahmen des Auswahlverfahrens geforderten „Geschäftsmodell Netzgesellschaft“ mit einem möglichst hohen Anteil der Gemeinde an dem Netz und dem höchsten kommunalen Vermögenszuwachs sowie eingeforderten Mitgestaltungs- und Einflussmöglichkeiten deutlich. Der Verstoß der Gemeinde gegen die §§ 46 Abs. 3 EnWG, 19, 20 GWB führe nach § 134 BGB zur Nichtigkeit der getroffenen Vergabeentscheidung und des Konzessionsvertrags.

Die Beigeladene hat gegen das Urteil vom 21.9.2012 Berufung eingelegt, die beim Oberlandesgericht Schleswig-Holstein anhängig ist.

Mit Schreiben vom 8.3.2013 hat die Beschlusskammer der Beigeladenen ihre zu diesem Zeitpunkt bestehende Absicht mitgeteilt, den Beschluss vom 19.6.2012 zu widerrufen, und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Davon machte die Beigeladene mit Schreiben vom 26.3.2013 Gebrauch.

Sie ist der Auffassung, die Voraussetzungen für den Widerruf lägen nicht vor. Bei dem Urteil des LG Kiel vom 21.9.2012 handele es sich nicht um eine neue Tatsache. Zwar sei es erst nach dem Beschluss ergangen, habe aber keine neuen, der Beschlusskammer zuvor nicht bekannten Tatsachen an den Tag gebracht. Die Frage der Wirksamkeit des neuen Konzessionsvertrages sowie die Bedeutung und Rechtsfolgen von vermeintlichen Fehlern im Konzessionsvertrag habe die Beschlusskammer bereits vor Erlass des Urteils in ihre Ermessenserwägungen einbezogen. Diese Fragen seien zudem Gegenstand zweier Netzübernahmeklagen vor dem LG Kiel gewesen, die der Beschlusskammer bekannt gewesen seien.

Es fehle ferner an der Berechtigung zum Nichterlass des Beschlusses auf Grund neuer Tatsachen. Dadurch, dass sich durch das Urteil des LG Kiel bereits keine neuen Tatsachen ergeben hätten, hätten sich auch die Umstände, die den Ermessenserwägungen zugrunde lagen, nicht erst durch das Urteil des LG Kiel geändert. Wenn die Beschlusskammer im Anhörungsschreiben ausführe, dass erst aufgrund des Urteils „das vordringliche Ziel der Beschlusskammer, Rechtsklarheit für zahlreiche weitere Fälle herzustellen, erheblich gefährdet“ werde, sei dies nicht verständlich, weil nicht nur die Frage des Übertragungsanspruchs und die Datenauskunftsverpflichtung, sondern auch die Rechtsfolgen von vermeintlichen Verfahrensfehlern und die diesbezügliche Reichweite der Amtsermittlungspflicht der Bundesnetzagentur grundlegende Rechtsfragen seien, die eine Vielzahl von vergleichbaren Sachverhalten betreffen.

Außerdem drohe ohne den Widerruf keine Gefährdung des öffentlichen Interesses, insbesondere nicht durch die ohnehin fernliegende Gefahr von widersprüchlichen Entscheidungen.

Schließlich sei ein Widerruf ermessensfehlerhaft, da er nicht geeignet sei, das Beschwerdeverfahren gegen den Beschluss vom 19.6.2012 rechtssicher zu beenden und maßgebliche Belange der Beigeladenen entgegenstünden. Die Beigeladene werde gegen den Widerruf Rechtsmittel einlegen. Da der Widerruf in dieser Zeit nicht rechtskräftig wäre, würde im Beschwerdeverfahren gegen den Beschluss vom 19.6.2012 keine Erledigung eintreten. Indes käme es zu einem weiteren Beschwerdeverfahren, das inzident auch den Beschluss vom 19.6.2012 zum Gegenstand hätte. Dies würde lediglich zu einer Verlängerung und Verkomplizierung des Rechtsstreits sowie zu einer doppelten Inanspruchnahme der Gerichte führen. Außerdem stünden die Belange der Beigeladenen entgegen, der mit dem Widerruf die Möglichkeit genommen würde, nach einem nachteiligen Beschluss des OLG Düsseldorf alsbald Rechtsbeschwerde einzulegen.

Abschließend weist die Beigeladene darauf hin, dass das vorliegende Verfahren – anders als das Parallelverfahren BK6-11-052 – auch Fragen der Datenauskunftspflicht betreffe. Die diesbezüglich ausgesprochene Verpflichtung stelle zumindest auch eine Anordnung im Sinne des § 30 Abs. 2 EnWG dar.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Sachverhalt des Beschlusses vom 19.6.2012 sowie auf den Inhalt der Verfahrensakte Bezug genommen.

II.

Die Verfügung beruht auf den §§ 49, 50 VwVfG. Danach kann ein begünstigender Verwaltungsakt, der von einem Dritten angefochten worden ist, während des Vorverfahrens oder während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aufgehoben werden, soweit dadurch dem Widerspruch oder der Klage abgeholfen wird.

1. Die Voraussetzungen für den Widerruf des Beschlusses vom 19.6.2012 liegen vor.

§ 50 VwVfG ist anwendbar. Der Beschluss ist ein – für die Beigeladene – begünstigender Verwaltungsakt. Der Beschluss ist von einem Dritten angefochten, nämlich der Betroffenen. Zwar liegt kein „verwaltungsgerichtliches Verfahren“ vor. § 50 VwVfG ist aber auch auf den Fall eines anhängigen Beschwerdeverfahrens beim Kartellsenat anzuwenden.

Durch den Widerruf des Beschlusses wird der anhängigen Beschwerde abgeholfen. Dies gilt ungeachtet der Möglichkeit der Beigeladenen, gegen den Widerruf ihrerseits Beschwerde einzulegen. Mit dem Widerruf verliert der Beschluss seine Wirksamkeit (§ 43 Abs. 2 EnWG). Diese Folge tritt unabhängig davon ein, ob der Widerruf ihrerseits möglicherweise später aufgehoben wird. Dabei kann offen bleiben, ob eine Beschwerde gegen den Widerruf aufschiebende Wirkung entfaltet. Denn selbst wenn die aufschiebende Wirkung bestünde oder angeordnet werden sollte, würde dies nichts an der Wirksamkeit des Widerrufs ändern, also daran, dass der Wider-

ruf die Wirksamkeit des Beschlusses beseitigt. Ob bei einer erfolgreichen Beschwerde des Widerrufs der ursprüngliche Bescheid wieder auflebt bzw. dessen Regelung wieder in Geltung tritt, richtet sich nach dem materiellen Recht (vgl. zum Ganzen: BVerwG, Urteil vom 21.6.2007, Az. 3 C 11/06, Juris, Rn. 17 ff.).

2. Der Beschluss vom 19.6.2012 wird widerrufen, weil er unzweckmäßig geworden ist.

Der Beschluss basiert auf § 65 Abs. 2 EnWG. Danach steht die Entscheidung, ob die Regulierungsbehörden Maßnahmen zur Einhaltung der Verpflichtungen eines Unternehmens nach dem EnWG oder einer aufgrund des EnWG erlassenen Rechtsverordnung anordnen, im Ermessen der Regulierungsbehörde.

Die Beschlusskammer hat ihr Ermessen in dem Beschluss positiv ausgeübt, da es ihr entscheidend auf eine baldige Klärung der Fragen zur Datenmitteilungspflicht des alten Konzessionärs gegenüber dem neuen Konzessionärs sowie der Übertragung von sog. gemischt-genutzten Leitungen ankam. Das Ziel der Beschlusskammer war es, in einem Musterverfahren eine Klärung dieser Fragen herbeizuführen, um damit zugleich für zahlreiche weitere Fälle, in denen der Netzübergang nach Konzessionswechsel durch Streitigkeiten über diese Fragen verzögert wird, eine Beschleunigung zu erzielen. Sie hielt ihr Vorgehen trotz der bereits anhängigen Klage beim Landgericht Kiel für zweckmäßig, da nicht absehbar sei, wann und ob überhaupt eine zivilgerichtliche Entscheidung erfolgt.

Durch das Urteil des Landgerichts Kiel erscheint der Beschlusskammer das vorliegende Verfahren nun nicht mehr als geeignet, eine baldige Klärung der angesprochenen Fragen herbeizuführen. Das Urteil des Landgerichts Kiel wirft erhebliche Zweifel daran auf, ob ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren durchgeführt worden ist. Zwar hält sich die Beschlusskammer nicht für befugt, die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens im Rahmen eines Verfahrens zum Netzübergang nach § 65 Abs. 2 i. V. m. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG zu überprüfen. Wenn aber ein Gericht oder eine Kartellbehörde Fehler im Vergabeverfahren festgestellt hat, hält die Beschlusskammer in der Regel diesen Fall nicht für geeignet, ihn im Rahmen eines Aufsichtsverfahrens nach § 65 Abs. 2 EnWG aufzugreifen. Dies gilt auch dann, wenn die Entscheidung des Gerichts oder der Kartellbehörde noch nicht rechts- bzw. bestandskräftig ist. Dementsprechend hätte die Beschlusskammer den Beschluss vom 19.6.2012 nicht getroffen, wenn das Urteil des Landgerichts zu diesem Zeitpunkt bereits vorgelegen hätte.

Dem steht nicht entgegen, dass – wie die Beigeladene meint – das vorliegende Verfahren nicht nur die Fragen des Umfangs des Übertragungsanspruchs und die Datenauskunftsverpflichtung betrifft, sondern auch die Rechtsfolgen von Verfahrensfehlern und die Reichweite der Amtsermittlungspflicht der Bundesnetzagentur, die ebenfalls von grundsätzlicher Bedeutung seien. Denn Ziel der Beschlusskammer im vorliegenden Verfahren war gerade die Klärung der Fragen

im Zusammenhang mit der Datenherausgabepflicht und den gemischt-genutzten Leitungen und nicht von weiteren Rechtsfragen, die sich im Verfahren möglicherweise stellen.

Der Widerruf des Beschlusses ist auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein Beschluss gleichen Inhalts erneut erlassen werden müsste. Die Beigeladene hat keinen Anspruch auf eine Aufsichtsverfügung nach § 65 Abs. 2 EnWG.

Die Beigeladene ist auch zur Geltendmachung ihrer Ansprüche gegen die Betroffene nicht auf den Beschluss angewiesen. Vielmehr hat sie selbst Rechtsschutz auf dem Zivilrechtsweg gesucht. Es ist ihr zuzumuten, diesen Weg weiter zu beschreiten.

Der Aufhebung steht nicht entgegen, dass der Beigeladenen die Möglichkeit genommen würde, gegen einen für sie nachteiligen Beschluss des OLG Düsseldorf im laufenden Beschwerdeverfahren Rechtsbeschwerde zum BGH zur höchstrichterlichen Klärung der rechtlichen Streitfragen einzulegen. Die Durchführung eines Rechtsbeschwerdeverfahrens stellt keinen Selbstzweck dar, sondern dient der Entscheidung in der Sache selbst. Hierfür steht der Beigeladenen der Zivilrechtsweg offen, um ihre Rechte durchzusetzen.

Die Beschlusskammer hält es ferner nicht für geboten, einen unzweckmäßig gewordenen Beschluss im anhängigen Beschwerdeverfahren zu verteidigen.

In Abwägung dieser Umstände hält die Beschlusskammer den Widerruf des Beschlusses vom 19.6.2012 für zweckmäßig.

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 gemäß § 76 Abs.1 EnWG.

Matthias Otte
Vorsitzender

Andreas Foxel
Beisitzer

Jens Lück
Beisitzer