



Beschluss

Az. BK6-06-062
Az. BK6-07-031

In dem Verwaltungsverfahren

wegen Umsetzung der rechtlichen und operationellen Entflechtung

betreffend:

Städtische Werke Aktiengesellschaft, Königstor 3-13, 34117 Kassel, gesetzlich vertreten durch den Vorstand,

Betroffene,

hat die Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch den Vorsitzenden Dr. Frank-Peter Hansen,
den Beisitzer Andreas Foxel
und den Beisitzer Dr. Jochen Patt

am 28.08.2009 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass an das Elektrizitätsverteilernetz der Betroffenen mehr als 100.000 Kunden angeschlossen sind.
2. Die Betroffene wird verpflichtet, den Betreiber des Elektrizitätsnetzes hinsichtlich der Rechtsform unabhängig von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung zu stellen.

3. Der Betroffenen wird aufgegeben, die Unabhängigkeit des Betreibers ihres Elektrizitätsnetzes hinsichtlich der Organisation, der Entscheidungsgewalt und der Ausübung des Netzgeschäftes nach Maßgabe des § 8 Abs. 2 bis 5 EnWG sicherzustellen. Hierzu hat sie insbesondere
- a. sicherzustellen, dass die für den Netzbetreiber tätigen Personen, die mit Leitungsaufgaben betraut sind oder die Befugnis zu Letztentscheidungen besitzen, die für die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzbetriebes wesentlich sind, für die Ausübung dieser Tätigkeit einer betrieblichen Einrichtung des Netzbetreibers angehören und keine Angehörigen von betrieblichen Einrichtungen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens sind, die direkt oder indirekt für den laufenden Betrieb in den Bereichen Gewinnung, Erzeugung oder des Vertriebs von Energie an Kunden zuständig sind,
 - b. dafür Sorge zu tragen, dass die für den Netzbetreiber tätigen Personen, die in anderen Teilen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens sonstige Tätigkeiten des Netzbetriebes ausüben, der fachlichen Weisung des Netzbetreibers unterstellt sind,
 - c. geeignete Maßnahmen zu treffen, um die berufliche Handlungsunabhängigkeit der mit Leitungsaufgaben des Netzbetreibers betrauten Personen zu gewährleisten,
 - d. sicherzustellen, dass der Betreiber des Elektrizitätsnetzes tatsächliche Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf die für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes erforderlichen Vermögenswerte des vertikal integrierten Unternehmens besitzt und diese unabhängig von der Leitung und den anderen betrieblichen Einrichtungen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ausüben kann,
 - e. den Betreiber des Elektrizitätsnetzes hinsichtlich des laufenden Netzbetriebes ebenso wie in Hinblick auf Entscheidungen über bauliche Maßnahmen, solange diese sich im Rahmen eines von der Betroffenen genehmigten Finanzplans oder gleichwertigen Instruments halten, weisungsfrei zu stellen,
 - f. für die mit Tätigkeiten des Elektrizitätsnetzbetriebs befassten Mitarbeiter ein Programm mit verbindlichen Maßnahmen zur diskriminierungsfreien Ausübung des Netzgeschäftes festzulegen, den Mitarbeitern dieses Unternehmens und der Regulierungsbehörde bekannt zu machen, die Einhaltung durch eine Person oder Stelle zu überwachen und der Regulierungsbehörde jährlich bis zum 31. März einen Bericht über die getroffenen Maßnahmen des vergangenen Kalenderjahrs zu übermitteln und zu veröffentlichen.

4. Der Betroffenen wird aufgegeben, die im Tenor zu 3 unter f. benannten Maßnahmen innerhalb von drei Monaten, die im Tenor zu 2 sowie die übrigen in Tenor zu 3 benannten Verpflichtungen innerhalb von 18 Monaten ab dem Zeitpunkt der Zustellung dieses Beschlusses umzusetzen.
5. Mit Ablauf der im Tenor zu 4 vorgegebenen Fristen hat die Betroffene der Bundesnetzagentur die Umsetzung der im Tenor zu 2 und zu 3 genannten Maßnahmen nachzuweisen.
6. Eine Entscheidung über die Kosten bleibt vorbehalten.

Gründe

I.

Seit Inkrafttreten des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) am 13. Juli 2005 müssen vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen ebenso wie selbständige Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen, die im Sinne von § 3 Nr. 38 EnWG mit einem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen verbunden sind, die Unabhängigkeit des Netzbetreibers von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung gemäß der §§ 6 bis 10 EnWG sicherstellen.

Zu diesem Zwecke mussten Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen bis zum 1. Juli 2007 im Wege der sogenannten „rechtlichen Entflechtung“ gemäß § 7 Abs.1 i.V.m. Abs. 3 EnWG hinsichtlich ihrer Rechtsform unabhängig von anderen Bereichen der Energieversorgung gestellt werden. Des Weiteren verpflichtet die „operationelle Entflechtung“ seit Inkrafttreten des EnWG die vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen, zum einen den Netzbetrieb gemäß den Vorschriften des § 8 Abs.1 bis 4 EnWG unabhängig zu organisieren und zum anderen, ein Gleichbehandlungsmanagement nach § 8 Abs. 5 EnWG einzuführen.

Von diesen benannten Entflechtungsverpflichtungen sind solche Unternehmen ausgenommen, die sich auf die sog. „de-minimis-Regelung“ berufen können, die an verschiedenen Stellen Eingang in das EnWG und seine Verordnungen gefunden hat. So sind von der rechtlichen Entflechtung diejenigen vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen ausgenommen, an deren Elektrizitätsversorgungsnetz weniger als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind. Ebenso sind vertikal integrierte Unternehmen, die dieser „de-minimis-Regelung“

unterliegen, gemäß § 8 Abs. 6 EnWG von den Verpflichtungen zur operationellen Entflechtung befreit.

Weitere Beispiele für die „de-minimis-Regelung“ finden sich in § 10 Abs. 1 Satz 4 StromNZV, wonach Netzbetreiber, an deren Netz unter 100.000 Kunden angeschlossen sind, hinsichtlich der Verlustenergiebeschaffung von der Ausschreibungspflicht befreit sind, sowie in § 24 ARegV, wonach Netzbetreiber, an deren Gasverteilernetz weniger als 15.000 Kunden oder an deren Elektrizitätsverteilernetz weniger als 15.000 Kunden angeschlossen sind, zur Ermittlung von Effizienzwerten an einem vereinfachten Verfahren teilnehmen. Diesen Regelungen begrifflich vergleichbar wird die Zuständigkeit von Bundes- und Landesregulierungsbehörden anhand der Zahl der „an das Netz angeschlossenen Kunden“ gemäß § 54 Abs. 2 EnWG abgegrenzt.

Die Betroffene ist ein Energieversorgungsunternehmen, das sich in den Bereichen der örtlichen Ver- und Entsorgung betätigt. Unter anderem beliefert sie Kunden mit Strom und betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz.

Bereits in einem 2005 geführten Verfahren zur Genehmigung von Netzentgelten hat die Betroffene die Auffassung vertreten, an ihr Netz seien weniger als 100.000 Kunden angeschlossen und unter Berufung auf § 54 Abs. 2 EnWG einen Entgeltgenehmigungsantrag bei der Landesregulierungsbehörde Hessen gestellt. In diesem Antrag gab die Betroffene für Kleinkunden 130.868 Entnahmestellen/ Zähler an.¹ Hinzu kamen weitere Entnahmestellen im Niederspannungsbereich mit Leistungsmessung sowie Entnahmestellen in höheren Netz- bzw. Umspannebenen. Die Landesregulierungsbehörde sah die Grenze von 100.000 Kunden damit als überschritten an und übergab das Verfahren zuständigkeitshalber der Bundesnetzagentur. Eine Beschwerde der Betroffenen gegen die Festlegung einer Erlösobergrenze, mit welcher sie unter andern die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur rügt, ist derzeit bei dem OLG Düsseldorf anhängig (Az. VI-Kart-169/98).

Auch zur Umsetzung der aus den §§ 7 und 8 EnWG resultierenden Entflechtungsverpflichtungen sieht die Betroffene sich nicht verpflichtet. So hat sie weder auf die Mitteilung der Bundesnetzagentur im Amtsblatt 23/2005 vom 30.11.05 (Mitteilung 301/2005) hinsichtlich der Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Gleichbehandlungsprogramms noch auf wiederholte Aufforderungen der Bundesnetzagentur ein entsprechendes Gleichbehandlungsprogramm vorgelegt. Vielmehr hat sie in verschiedenen Schreiben ihre Auffassung dargelegt, dass sie über weniger als 100.000 Kunden verfüge und damit von der operationellen Entflechtung befreit sei. Ebenfalls hat die Betroffene bis zum Stichtag 01.07.07 die rechtliche Entflechtung nicht vorgenommen.

¹ S. Bericht der Städtische Werke Kassel Aktiengesellschaft nach § 28 StromNEV, S.16 f..

Vor diesem Hintergrund hat die Beschlusskammer zunächst am 27.11.06 unter dem Aktenzeichen BK6-06-062 ein Verfahren wegen Nichtumsetzung der operationellen Entflechtung nach § 8 EnWG und am 06.07.07 ein weiteres Verfahren - Az. BK6-07-031 - wegen Nichtumsetzung der rechtlichen Entflechtung nach § 7 EnWG eingeleitet. Da in der Sache beide Verfahren die Frage der berechtigten Inanspruchnahme der „de-minimis-Regel“ der §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 6 EnWG durch die Betroffene zum Gegenstand haben, führt die Beschlusskammer die beiden Verfahren nunmehr unter dem gemeinsamen Aktenzeichen BK6-07-031.

Am 09.05.07 hat zwischen der Betroffenen und der Bundesnetzagentur ein Erörterungstermin stattgefunden. Hier gab die Betroffene an, die Kundenzahl pendele je nach Auslegung des Kundenbegriffs und je nach Ermittlungsmethode unter Berücksichtigung bzw. Nichtberücksichtigung verschiedener Abzugsposten minimal um die 100.000-Grenze. Als Ergebnis des Termins erklärte die Beschlusskammer, eine eigene Vergleichsberechnung zu den Berechnungen der Betroffenen vornehmen zu wollen. Mit Schreiben vom 06.06.07 forderte die Beschlusskammer entsprechende Daten an und bat die Betroffene um weitere Erläuterung zu den von ihr angewandten Methoden zur Bestimmung der Kundenzahl sowie der von ihr angesetzten Abzugsposten. Unter dem 06.07.2007 kam die Betroffene zwar der Bitte um weitere Erläuterung der von ihr angesetzten Abzugsposten nach und benannte die zum Jahresabschluss 2006 bestehende Anzahl der Hausanschlüsse mit 30.799 sowie die Anzahl von im Netzgebiet 138.955 installierten Stromzählern. Darüber hinaus für bestimmte Kundengruppen angeforderte, auf Netzanschlusspunkte bezogene Zahlen übermittelte die Betroffene aber nicht.

Zur Begründung ihrer Auffassung trägt die Betroffene vor,² dass zur Berechnung der maßgeblichen Kundenzahl auf eine personenbezogene statt auf eine technische Spezifikation abzustellen sei, also auf die Zahl der Netzkunden als natürliche oder juristische Personen, nicht aber auf die Anzahl physischer Netzanschlüsse („personenbezogener Kundenbegriff“). Eine Person sei demnach als *ein* Kunde anzusehen, unabhängig davon, über wie viele Anschlüsse die eine natürliche oder juristische Person verfüge.

Dass bei der Bestimmung der Kundenzahl unmittelbare und mittelbare „physische“ Anschlüsse im Sinne des „anschlussbezogener Kundenbegriffs“ zu zählen seien, sei durch keine Regelung des EnWG oder der Richtlinie 2003/54/EG gedeckt. Vielmehr diene der Begriff „der an das Elektrizitätsversorgungsnetz angeschlossenen Kunden“ in §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 6 EnWG ausschließlich der Abgrenzung zu den vom Energieversorgungsunternehmen insgesamt versorgten Kunden, bei denen auch Kunden außerhalb des eigenen Netzgebietes umfasst seien. Um sicherzustellen, dass Letztere bei der Ermittlung der Kundenzahl nicht berücksichtigt werden

² S. hierzu insbesondere Schreiben der Betroffenen vom 24.03.2006 und vom 06.07.2007.

müssten, sei in § 7 Abs. 2 EnWG auf die „angeschlossenen“ Kunden abgestellt worden. Gleiches gelte auch für Art. 15 Abs. 2 der Richtlinie 2003/54/EG. Darüber hinaus gehe sowohl aus der Definition des Kunden in § 3 Nr. 24 EnWG als auch der des Netznutzers in § 3 Nr. 28 EnWG hervor, dass Netzkunden natürliche oder juristische Personen seien.

Diesem Begriffsverständnis folgend errechnet die Betroffene die Kundenzahl anhand zweier Methoden, die jeweils zu dem Ergebnis kommen, dass an das Elektrizitätsversorgungsnetz der Betroffenen ca. 95.000 Kunden angeschlossen sind. Aufgrund verschiedener Bevölkerungsprognosen für Kassel sowie eines zusätzlich prognostizierten Rückgangs der gewerblichen Kunden ist nach ihrer Auffassung auch in Zukunft in der Stromversorgung kein Überschreiten der Grenze von 100.000 Kunden zu erwarten.

Bei den angewandten Methoden zur Ermittlung der Kundenzahl handele es sich einerseits um die „Ermittlung auf Basis statistischer Erhebungen“ und andererseits um die „Auswertung der Datenbestände des Abrechnungssystems“. Die Abrechnungssysteme in der Energiewirtschaft ließen eine eindeutige Ermittlung der Anzahl der Kunden zwar nicht zu, mit dem im Abrechnungssystem hinterlegten Geschäftsmodell sei aber eine Näherung möglich. Zur Plausibilisierung dieser Näherungswerte habe die Betroffene eine Herleitung der Kundenzahl auf Basis statistischer Daten des Wohnungsbestandes durchgeführt.

Bei der „Ermittlung auf Basis statistischer Erhebungen“ berechnet die Betroffene die Kundenzahl in den Jahren 2005 und 2006 aufgrund offizieller statistischer Daten des Wohnungsbestandes, indem sie von den bestehenden Wohnungen die Wohnungsleerstände abzieht und die Gewerbekunden hinzuaddiert. Bei dieser Methode kommt die Betroffene im Ergebnis auf eine Kundenzahl von 96.219 für das Jahr 2005 und 95.310 für das Jahr 2006.³

Die Berechnung nach der Methode „Auswertung der Datenbestände des Abrechnungssystems“ erfolge auf Basis der Anzahl der Geschäftspartner mit „aktivem Stromnetzvertrag“. Die Anzahl dieser Geschäftspartner im Jahr 2006 betrage 113.845, wovon unter anderen folgende Positionen abzuziehen seien:

1. 644 leerstehende Wohnungen, die zur Deckung der Mietkosten der Zähler auf die Eigentümer angemeldet werden.
2. 2.024 Geschäftspartner, die als Vermieter lediglich Rechnungen über den Allgemiestromverbrauch erhalten und diese im Rahmen der Nebenkostenabrechnung auf ihre Mieter umlegen.

³ S. Schreiben der Städtische Werke AG vom 23.03.2009, S. 3 sowie vom 06.07.2007, S. 1.

3. 1.000 Geschäftspartner, deren Stromversorgung aufgrund von Zahlungsrückständen nach erfolgloser Mahnung durch eine physikalische Trennung (Zählersperrung vor Ort) vom Netz eingestellt wird.
4. 2.000 verstorbene Geschäftspartner, deren Abnahmestellen auf die Nachfolger neu angemeldet werden, ohne dass die ehemaligen Geschäftspartner aus dem Abrechnungssystem gelöscht werden.
5. 10.344 Dubletten, bei denen mehrere Abrechnungsverhältnisse aufgrund eindeutiger Kriterien (z.B. Geburtsdatum, Bankverbindung) zusammen gefasst werden.
6. 2.100 bis 3.300 Dubletten, die nicht aufgrund eindeutiger Kriterien zusammengefasst werden können aber dennoch zumindest in Abzug zu bringen seien, da für ca. 41.164 weitere Geschäftspartner ein „Dublettenpotential“ bestehe.

Im Ergebnis kommt die Betroffene anhand der „Auswertung der Datenbestände des Abrechnungssystems“ auf 94.500 bis 95.700 Kunden für das Jahr 2006. Im Einzelnen führt sie hierzu aus, dass in Bezug auf die verstorbenen Geschäftspartner nur eine Schätzung der Zahl möglich sei, da dieser entsprechende fehlerhafte Datenbestand wegen des extremen Aufwandes nie korrigiert worden sei und sich somit kontinuierlich aufbaue.

Der Abzugsposten der Dubletten ergebe sich daraus, dass mehrere Abrechnungsverhältnisse zusammengefasst würden. Handele es sich um die gleiche natürliche oder juristische Person, sei nach Definition der Betroffenen von einem Kunden auszugehen. Unter anderen seien Filialkunden lediglich als ein Kunde zu zählen, wofür beispielhaft eine Handelskette zu nennen sei.

Bei der Ermittlung von Dubletten berücksichtige die Betroffene auch im Abrechnungssystem enthaltene Geschäftspartner, die doppelt bzw. mehrfach als neuer Geschäftspartner angelegt wurden, sowie „vorgeschobene“ Kundennamen. Insbesondere bei Kunden mit kriminellern Potenzial komme es vor, dass Kunden, die bereits wegen Schulden für eine Wohneinheit gesperrt sind, sich unter einem anderen erfundenen Namen oder anderen Vornamen für eine weitere Wohneinheit neu anmelden. Zudem müsse bei einer gewissen Anzahl von Verbrauchsstellen davon ausgegangen werden, dass aufgrund von Eheschließungen der Ehegatte vom bisherigen Vertragspartner nicht in das bestehende Vertragsverhältnis aufgenommen werde und dass das Ehepaar tatsächlich über mehrere gemeinsame versorgte Objekte im Netz verfüge.

Das Potential solcher Dubletten sei weitaus höher als bei der Berechnung bislang berücksichtigt. Bei ca. 41.164 weiteren Geschäftspartnern sei ein „Dublettenpotential“ vorhanden. Eine Zusammenführung dieser Dubletten sei mangels fehlender eindeutiger Kriterien allerdings nicht immer möglich, weshalb die Betroffene lediglich pauschal einen Abzug von 2.100 bis 3.300 Dubletten geltend mache.

Die Beschlusskammer forderte die Betroffene zuletzt mit Schreiben vom 16.04.2009 unter Hinweis auf ihre Rechtsauffassung auf, ihren Verpflichtungen nachzukommen, um eine förmliche Entscheidung zu vermeiden. Die Betroffene hielt jedoch auch in ihrem Antwortschreiben vom 08.05.2009 unverändert an ihrer Ansicht fest.

Die Bundesnetzagentur hat die zuständige Landesregulierungsbehörde am 29.11.2006 und 13.03.2007 gemäß § 55 Abs. 1 Satz 2 EnWG über die Einleitung der Verfahren informiert. Der Beschlussentwurf wurde der Landesregulierungsbehörde mit Schreiben vom 07.08.2009 in Erklärung der Absicht, das Verfahren abzuschließen, mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übersandt. Mit Schreiben vom gleichen Tag wurde der Beschlussentwurf gemäß § 58 Abs. 1 Satz 1 EnWG dem Bundeskartellamt zur Herstellung des Einvernehmens im Hinblick auf die Bestimmung des Verpflichteten übersandt.

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

II.

Die Verfügung beruht auf § 65 Abs. 2 EnWG in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 und 3 sowie 8 Abs. 1 bis 5 EnWG. Soweit ein Unternehmen seinen Verpflichtungen nach dem EnWG oder den aufgrund des EnWG erlassenen Rechtsverordnungen nicht nachkommt, kann die Regulierungsbehörde nach § 65 Abs. 2 EnWG die Maßnahmen zur Einhaltung der Verpflichtungen anordnen. Die Befugnis zur Feststellung ist in § 65 Abs. 2 EnWG nicht ausdrücklich benannt. Da die Regulierungsbehörde gleichwohl gemäß § 65 Abs. 3 EnWG eine Zuwiderhandlung nach Beendigung feststellen darf, muss ihr erst Recht die Feststellung einer anhaltenden Zuwiderhandlung möglich sein, die Grund für eine Verfügung nach § 65 Abs. 1 oder 2 EnWG ist.

Die Bundesnetzagentur ist gemäß § 54 EnWG zuständig zur Wahrnehmung der Aufgaben der Regulierungsbehörde. Zum Erlass einer Entscheidung ist die Beschlusskammer gemäß § 59 Abs. 1 EnWG ermächtigt. Das Bundeskartellamt hat mit Schreiben 27.08.09 das Einvernehmen mit dem übersandten Beschlussentwurf erteilt.

Gemäß §§ 6 Abs.1, 7 Abs. 1 und 3, 8 Abs. 1 bis 5 EnWG ist die Betroffene zur Umsetzung der rechtlichen und operationellen Entflechtung verpflichtet.

Vertikal integrierte Unternehmen mussten nach § 7 Abs.1 und 3 bis zum 1. Juli 2007 sicherstellen, dass Netzbetreiber, die mit ihnen im Sinne von § 38 EnWG verbunden sind, hinsichtlich ihrer Rechtsform unabhängig von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung sind. Im

Rahmen der operationellen Entflechtung nach § 8 Abs. 1 EnWG haben vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen die Unabhängigkeit ihrer im Sinne von § 3 Nr. 38 EnWG verbundenen Netzbetreiber hinsichtlich der Organisation, der Entscheidungsgewalt und der Ausübung des Netzgeschäfts nach Maßgabe des § 8 Abs. 2 bis 5 EnWG sicherzustellen.

1. Vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen

Bei der Betroffenen handelt es sich um ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen gemäß § 3 Nr. 38 EnWG. Die Betroffene ist ein im Elektrizitätsbereich tätiges Unternehmen, das in diesem Bereich die Funktionen der Verteilung und des Vertriebes wahrnimmt.

2. De-minimis-Regelungen

Die Betroffene kann nicht die Ausnahmebestimmungen der § 7 Abs. 2 S.1 und § 8 Abs. 6 S. 1 EnWG für sich in Anspruch nehmen. Denn bei Anwendung des sich aus dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der „de-minimis-Regel“ ergebenden „anschlussbezogenen Kundenbegriffs“ hat die Bestimmung der Kundenzahl anhand der im Netzgebiet vorhandenen gemessenen Lieferstellen zu erfolgen, welcher regelmäßig die Zahl aller vorhandenen Zählpunkte entspricht. Zur Ermittlung dieser Zahl kann auch auf die Anzahl der im Netzgebiet angeschlossenen Zähler abgestellt werden, da diese grundsätzlich eine verlässliche Kennzahl zur Bestimmung der im Wettbewerb stehenden Lieferstellen darstellt. Unter Zugrundelegung der in den Jahresberichten enthaltenen Angaben zu den im Netzgebiet der Betroffenen installierten Zählern sind an das Netz der Betroffenen in den Jahren von 2001 bis 2007 durchgängig mehr als 100.000 Kunden angeschlossen.

Dem gegenüber ist die von der Betroffenen angewandte Ermittlungsmethode anhand des Datenbestandes ihres Abrechnungssystems unzulässig, da sie einen mit den §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 6 EnWG nicht zu vereinbarenden „personenbezogenen Kundenbegriff“ zugrunde legt. Aus demselben Grund scheidet auch die von der Betroffenen vorgenommene Verminderung der im Abrechnungssystem enthaltenen „Geschäftspartner mit aktivem Stromvertrag“ um verstorbene Geschäftspartner und sog. im Abrechnungssystem enthaltene Dubletten aus, denn auch hierbei handelt es sich um eine unzulässige personenbezogene Betrachtungsweise.

a) Anschlussbezogener Kundenbegriff

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist die für die Inanspruchnahme der „de-minimis-Vorschrift“ maßgebliche Kundenzahl von 100.000 anhand des sog. „anschlussbezogenen Kundenbegriffs“ zu ermitteln.

Hierfür spricht bereits der Gesetzeswortlaut der §§ 7 Abs. 2 S. 1, 8 Abs. 6 S. 1 EnWG:

„[...] Energieversorgungsunternehmen, an deren Elektrizitätsversorgungsnetz weniger als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind, [...]“ [Hervorhebungen durch die Kammer].

Mit der Wortkombination „Elektrizitätsversorgungsnetz“ und „angeschlossen“ hat sich der Gesetzgeber eindeutig für einen netz- bzw. anschlussbezogenen Kundenbegriff entschieden. Schon vor diesem Hintergrund vermag die Ansicht der Betroffenen, bei der Bestimmung der angeschlossenen Kunden sei wegen § 3 Nr. 24 und 28 EnWG auf die natürlichen und juristischen Personen und nicht auf die Anschlüsse bzw. mit Zählern versehene Liefer- und Entnahmestellen abzustellen, nicht zu überzeugen. Darüber hinaus übersieht die Betroffene bei ihrer Bezugnahme auf § 3 Nr. 24 EnWG, dass es dort um Vertriebskunden geht, wenn diese Vorschrift Kunden als „Großhändler, Letztverbraucher und Unternehmen, die Strom kaufen“ definiert.⁴ Um Vertriebskunden kann es bei der vorliegend zu entscheidenden Frage der Anwendung der „de-minimis-Regelungen“ der §§ 7 Abs. 2 und 8 Abs. 6 EnWG auf die Betroffene aber gerade nicht gehen, was schon aus dem Entflechtungsgebot selbst folgt.⁵ Denn es ist zu prüfen, ob die Betroffene in ihrer Eigenschaft als Netzbetreiberin über 100.000 Kunden verfügt. Auch die Definition des „Netznutzers“ in § 3 Nr. 28 EnWG ist entgegen der Ansicht der Betroffenen für die Bestimmung des Kundenbegriffs in den §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 6 EnWG unergiebig. Denn selbstverständlich kann die natürliche oder juristische Person des Netznutzers über mehrere unmittelbare oder mittelbare Anschlüsse an das Elektrizitätsversorgungsnetz verfügen.

Neben dem Wortlaut spricht auch der Sinn und Zweck der Entflechtungsvorschriften für die Anwendung eines „anschlussbezogenen Kundenbegriffs“. Nach § 6 Abs. 1 S. 1 und 2 EnWG dienen die einzelnen Entflechtungsbestimmungen der Gewährleistung von Transparenz sowie der diskriminierungsfreien Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebes als unerlässliche Voraussetzung für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs. Daher sollen nur solche Unternehmen unter die „de-minimis-Regelung“ fallen, deren Netzbetrieb eine untergeordnete Rolle für das Ziel des wirksamen Wettbewerbs spielt, so dass der mit den Entflechtungsvorschriften einhergehende Aufwand außer Verhältnis zu den angestrebten Zielen der Wettbewerbsförderung steht.⁶

⁴ In diesem Sinne vgl. OLG Nürnberg, Az. 1 W 988/08, Beschl. v. 31.03.2009, S. 7 f. zur Abgrenzung des Kundenbegriffes.

⁵ In diesem Sinne auch Salje, EnWG, § 7 Rz. 12.

⁶ Vgl. Gesetzesbegründung BT-Drs. 15/3917, S. 52 f; s. auch OLG Nürnberg, Az. 1 W 988/08, Beschl. v. 31.03.2009, S. 8.

Die Wettbewerbsrelevanz eines Netzes spiegelt sich aber gerade nicht entscheidend in der Zahl der in einem Netzgebiet ansässigen bzw. in einem Abrechnungssystem vorhandenen natürlichen oder juristischen Personen, sondern vielmehr in der Anzahl der in einem Netzgebiet vorhandenen Anschlüsse bzw. Lieferstellen wieder. Denn es griffe zu kurz, wenn man unterstellt, der die Transparenz und den diskriminierungsfreien Netzbetrieb erfordernde Wettbewerb entstehe ausschließlich um die im Netzgebiet vorhandenen natürlichen oder juristischen Personen. Diese Betrachtung lässt außer acht, dass ein und dieselbe Person - wie bereits angeführt - auch über mehrere Anschlüsse im Netz des jeweiligen Netzbetreibers verfügen kann, die sie aufgrund unterschiedlichen Abnahmeverhaltens eben gerade nicht nur durch einen Lieferanten, sondern durch verschiedene Lieferanten versorgen lassen will.

Zu einer solchen Situation kann es beispielsweise im Fall der Nachtspeicherheizung kommen. Eine Lieferstelle bzw. Wohnung mit Nachtspeicherheizung zeigt ein gänzlich anderes Abnahmeverhalten als die ohne Nachtspeicherheizung. Von daher ist es durchaus möglich, dass eine Person, die im Netzgebiet zwei Lieferstellen bzw. Wohnungen unterhält, von denen eine mit einer Nachtspeicherheizung ausgestattet ist, diese Lieferstelle/Wohnung durch einen Stromanbieter beliefern lassen will, der Nachtstrom besonders günstig anbietet, während für die andere Lieferstelle/Wohnung entsprechend des dortigen Abnahmeverhalten ein anderer Stromanbieter ausgewählt wird. Auch bei sogenannten Filialkunden - beispielsweise Handelsketten, die im Netzgebiet mehrere Geschäfte unterhalten - kann nicht unterstellt werden, dass sämtliche Geschäfte bzw. Anschlüsse durch einen einzigen Lieferanten beliefert werden. Dies hängt vielmehr von der unternehmerischen Entscheidung der jeweiligen natürlichen oder juristischen Person ab. Diese Beispiele zeigen, dass ein auf natürliche oder juristische Personen abstellender Kundenbegriff die Wettbewerbsrelevanz des jeweiligen Netzes nicht zutreffend widerspiegelt, da die Stromlieferanten durch die Ermöglichung des anschlusscharfen Lieferantenwechsels bei genauer Betrachtungsweise letztlich hinsichtlich der Versorgung von Anschluss- bzw. Lieferstellen und nicht lediglich hinsichtlich der Versorgung der „hinter“ den Anschlüssen bzw. Lieferstellen stehenden natürlichen oder juristischen Personen in den Wettbewerb treten.

Gegen die von der Betroffenen vorgetragene personenbezogene Auslegung des Kundenbegriffs, mit dem eine solche Bündelung von verschiedenen Anschlüssen auf eine Person bzw. einen Kunden möglich würde, spricht schließlich auch die Gesetzesbegründung⁷, wenn dort zum Größenkriterium der 100.000 Kunden ausgeführt wird,

„mit der Bestimmung der relevanten Kunden soll [...] sichergestellt werden, dass nicht einzelne größere Unternehmen mit einer scheinbaren

⁷ S. BT-Drs 15/3917 zu § 7, S. 53.

Bündelung von Versorgungsverhältnissen auf wenige Kunden in den Genuss dieser Ausnahme gelangen.“

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll eine Bündelung verschiedener Versorgungsverhältnisse bzw. Lieferstellen auf eine einzelne Person also gerade nicht möglich sein.

b) Bestimmung der Kundenzahl anhand der gemessenen Lieferstellen

Gemäß §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 6 EnWG sind sowohl unmittelbar als auch mittelbar an das Elektrizitätsverteilnetz angeschlossene Kunden bei der Ermittlung der maßgeblichen Kundenzahl zu berücksichtigen. Unter Zugrundelegung des aufgezeigten anschlussbezogenen Kundenbegriffs ist daher die Kundenzahl anhand der im Netzgebiet vorhandenen Zählpunkte⁸ zu ermitteln. Denn diese gibt in zuverlässiger Weise Aufschluss über die potentiell dem Wettbewerb zur Verfügung stehenden, unmittelbar und mittelbar an das Netz angeschlossenen Lieferstellen.

Zur Begrifflichkeit der unmittelbar und mittelbar an das Netz angeschlossenen Kunden führt die Gesetzesbegründung⁹ aus:

„Es sollen [...] nicht nur unmittelbar angeschlossene Kunden angerechnet werden, d.h. solche, die für die Erfüllung eines Liefervertrages unmittelbar mit dem Netzbetreiber über einen oder mehrere Anschlüsse angebunden sind. Daneben sind auch solche Kunden anzurechnen, die dem Netzbetreiber mittelbar angeschlossen sind. Dazu wären beispielsweise solche Verbraucher zu zählen, die als Mieter eines Hochhauses jeweils einzeln gemessene Stromlieferverhältnisse mit ihrem Vermieter haben, der seinerseits als alleiniger Stromkunde von einem Energieversorgungsunternehmen bezieht und an das Netz unmittelbar angeschlossen ist.“

Aus den Ausführungen der Gesetzesbegründung wird in der Literatur teilweise der Schluss gezogen, hinsichtlich der Kundenzahl für die „de-minimis-Regel“ sei auf die Summe von Anschlussnehmern und Anschlussnutzern i.S.d. §§ 2, 3 NAV abzustellen.¹⁰ Dieser Auffassung vermag die Kammer insoweit zu folgen, als in der Tat eine gewisse Ähnlichkeit in der Struktur der Begriffe unmittelbarer Kunde - Netzanschlussverhältnis auf der einen Seite und mittelbarer Kunde - Anschlussnutzungsverhältnis auf der anderen Seite besteht. Die Kundenanlage des An-

⁸ Vgl. Definition des Zählpunktes in § 2 Nr.13 StromNZV.

⁹ S. BT-Drs 15/3917 zu § 7, S. 53.

¹⁰ Eder in: Danner/ Theobald, Energierecht, I EnWG B 1 § 7 Rn.49.

schlussnehmers ist physisch und damit unmittelbar an das Netz angeschlossen, während die Anschlussnutzer - bspw. in einem Mehrfamilienhaus - den Netzanschluss nutzen bzw. mitbenutzen und somit lediglich mittelbar an das Netz angeschlossen sind.

Dennoch vermag sich die Kammer dieser Methode letztlich nicht anzuschließen. Denn die Summe aus Anschlussverhältnissen und Anschlussnutzungsverhältnissen führt zu einem nicht sachgerechten, weil zu hohen Ergebnis, was folgendes Beispiel verdeutlicht. In dem Fall, dass in einem Zweiparteienhaus der Eigentümer des Hauses selbst nicht in dem Haus wohnt, sondern beide Wohnungen vermietet hat, würde die Addition von Anschlussverhältnissen und Anschlussnutzungsverhältnissen drei Kunden ergeben.¹¹ Unter wettbewerblichen Gesichtspunkten spielen aber nur die beiden Anschlussnutzungsverhältnisse bzw. Wohnungen eine Rolle. Denn nur die beiden dem jeweiligen Anschlussnutzungsverhältnis zugrunde liegenden Entnahmestellen werden beliefert und verfügen regelmäßig über eine eigene Messung bzw. einen eigenen Zähler, weshalb die Stromlieferanten auch nur insoweit in den Wettbewerb um die Belieferung treten können. Das „reine“ Anschlussverhältnis, welches die technischen Kautelen und den Betrieb des Anschlusses bzw. der Kundenanlage regelt, ist indes für den Wettbewerb irrelevant.

Damit wäre aber grundsätzlich die Anzahl der möglichen Anschlussnutzungsverhältnisse das maßgebliche Kriterium zur Bestimmung der Zahl der an das Netz angeschlossenen Kunden. Durch diese bestimmt sich die Wettbewerbsrelevanz eines Netzes, welche die Verpflichtung zur Entflechtung auslöst. Denn jede Lieferstelle, an der ein Anschlussnutzungsverhältnis besteht oder jederzeit entstehen kann, ist dem Wettbewerb potentiell zugänglich.

Es ist aber zu berücksichtigen, dass die Bestimmung der exakten Anzahl der Anschlussnutzungsverhältnisse in der Praxis beliebig kompliziert ist. Verfügt beispielsweise ein Mehrparteienhaus lediglich über einen Zähler obwohl fünf Parteien mit Strom versorgt werden, bestünden zumindest fünf Anschlussnutzungsverhältnisse. Insbesondere in älteren Wohngebäuden mag es vorkommen, dass nicht jede Wohnpartei mit einem eigenen Zählpunkt ausgestattet ist.

Der Netzbetreiber kennt die Zahl der Anschlussnutzer grundsätzlich nicht und kann diese auch nicht ohne weiteres ermitteln, weshalb ein Abstellen auf die konkrete Anzahl der Anschlussnutzungsverhältnisse für ihn einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten würde. Zudem dürfte, wie das Beispiel zeigt, die Zahl der im Netzgebiet vorhandenen Zähler zwar regelmäßig geringer sein als die Zahl der Anschlussnutzungsverhältnisse. Aus Sicht der Kammer ergeben sich im Ergebnis aber nur geringe Unterschiede, so dass diese zugunsten des Netzbetreibers vernachlässigbar sind.

¹¹ Nach den Vorschriften der NAV bestehen ein Netzanschlussverhältnis (nach § 2 NAV zwischen Netzbetreiber und Eigentümer des Hauses) und zwei Anschlussnutzungsverhältnisse (nach § 3 zwischen Netzbetreiber und dem jeweiligen Wohnungsmieter).

Daher ist die Wettbewerbsrelevanz des Netzes anhand der Zahl der im Netzgebiet vorhandenen Zählpunkte¹² zu ermitteln, welcher regelmäßig die Anzahl der Zähler entspricht. Die Zahl der Zähler bietet eine zuverlässige Kennzahl zur Ermittlung der vorhandenen Lieferstellen. Eine vorübergehende Sperrung oder der Ausbau eines Zählers sind dabei grundsätzlich unbeachtlich. Denn auch eine Lieferstelle, an der jederzeit wieder ein Anschlussnutzungsverhältnis entstehen kann, bleibt dem Wettbewerb potentiell zugänglich.

Schließlich handelt es sich bei den gemessenen Lieferstellen im Netzgebiet um eine Größe, die der Netzbetreiber ohne weiteren Aufwand ermitteln kann, da er zur Verwaltung der Zählpunkte in seinem Netz ohnehin nach § 4 Abs. 4 Nr. 1 MessZV verpflichtet ist.

Der Aufforderung durch die Beschlusskammer zur Vorlage konkreter Netzanschlusspunktbezogener Zahlen ist die Betroffene nicht nachgekommen. Eine eigene Berechnung der Kundenzahl konnte die Kammer aber anhand der Zahl der im Netzgebiet installierten Stromzähler vornehmen. Diese Anzahl gibt die Betroffene in den im Internet abrufbaren Geschäftsberichten

in 2001 mit 134.721,
in 2002 mit 134.397,
in 2003 mit 134.294,
in 2004 mit 134.418,
in 2005 mit 136.961,
in 2006 mit 138.955,
in 2007 mit 138.798

an. Insoweit sind die Voraussetzungen für eine Anwendung der „de-minimis-Regelungen“ nicht gegeben.

c) Abzüge

Mit den geltend gemachten Abzügen kann die Betroffene vorliegend nicht gehört werden.

aa) Für verstorbene Geschäftspartner, deren Abnahmestellen auf Nachfolger neu angemeldet wurden, ohne dass die ehemaligen Geschäftspartner aus dem Abrechnungssystem gelöscht worden sind, sowie für im Abrechnungssystem enthaltene Dubletten, die aufgrund nicht eindeutiger Kriterien zusammenfassend geschätzt wurden, ergibt sich dies bereits daraus, dass es nicht auf eine personenbezogene Betrachtung, sondern auf eine anschlussbezogene Betrachtung

¹² Vgl. insoweit auch die zitierte Gesetzesbegründung, wenn dort hinsichtlich der mittelbaren Kunden auf das einzeln gemessene Stromlieferverhältnis abgestellt wird.

tung ankommt. Die mit diesen Positionen geltend gemachten Abzüge haben keinen Einfluss auf die Zahl der dem Wettbewerb zugänglichen gemessenen Lieferstellen.

Im Übrigen wären diese Abzüge aber auch bei einer personenbezogenen Betrachtung der Daten des Abrechnungssystems nicht abzugsfähig. Denn es könnte nicht angehen, dass die Betroffene aus der offensichtlich unzureichenden Pflege ihres Datenbestandes über unsubstantiierte Schätzungen regulatorische Vorteile generiert. Dies gilt umso mehr, als die Betroffene auch nach ihren eigenen Ermittlungen mit ca. 95.000 Kunden nur knapp unter der Grenze von 100.000 Kunden liegt. Wenn die Betroffene insoweit einräumen muss, dass es ihr faktisch nicht möglich ist, das in ihrem Abrechnungssystem vorhandene „Dublettenpotential“ ordnungsgemäß aufzuklären, ist dies nur ein weiterer Beleg für die Ungeeignetheit der von ihr vorgenommenen Ermittlungsmethode.

bb) Dass mehrere gemessene Entnahmestellen einer natürlichen oder juristischen Person nicht nur als ein Kunde, sondern entsprechend der Anzahl der gemessenen Entnahmestellen in die Berechnung der Kundenzahl einfließen, ist bereits oben dargelegt worden. Auch insoweit kann die Betroffene nicht gehört werden. Der Abzugsposten der Dubletten aufgrund eindeutiger Kriterien kann daher nicht mit Erfolg vorgebracht werden.

cc) Auch Geschäftspartner, die - wie es die Betroffene ausdrückt - als Vermieter lediglich Rechnungen über den Allgemeinstromverbrauch enthalten, sind keine abzugsfähige Position. Völlig unerheblich ist in diesem Zusammenhang auch, ob und inwieweit dieser Allgemeinstrom im Rahmen von Nebenkostenabrechnungen auf etwaige Mieter umgelegt wird. Entscheidend ist allein, dass hinsichtlich der gemessenen Entnahmestellen des sog. Allgemeinstroms ein eigenes Anschlussnutzungsverhältnis entsteht. Selbstverständlich sind auch diese Lieferstellen über den Lieferantenwechsel dem Wettbewerb der Stromlieferanten zugänglich und damit bei der Kundenzahl der §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 6 EnWG zu berücksichtigen.

dd) Ebenfalls nicht abzugsfähig sind gemessene Entnahmestellen, die aufgrund von Zahlungsrückständen gesperrt sind. Denn im Regelfall handelt es sich bei einer Sperrung nur um einen vorübergehenden Zustand, der entsprechend § 24 Abs. 5 NAV nach Wegfall der Unterbrechungsgründe und Kostenerstattung zwingend aufzuheben ist. Es entspricht dem Sinn und Zweck der „de-minimis-Regelungen“, dass grundsätzlich auch diese Lieferstellen zu berücksichtigen sind, da das Abbild der Wettbewerbsrelevanz ansonsten durch eine Momentaufnahme verfälscht würde. Hieran kann nicht zuletzt mit Blick auf die erforderliche Rechtssicherheit sowohl für den Netzbetreiber als auch für den Markt kein Interesse bestehen.

ee) Schließlich sind auch Wohnungsleerstände grundsätzlich nicht abzugsfähig. Denn ähnlich der Situation des gesperrten Anschlusses ist ohne besondere Anhaltspunkte auch hier grundsätzlich davon auszugehen, dass die Zählpunkte von leerstehenden Wohnungen lediglich vorübergehend ungenutzt bleiben und dem Wettbewerb potentiell zur Verfügung stehen. Zudem kann nicht außer acht gelassen werden, dass auch im Falle des Leerstandes die Entnahmestelle nicht gänzlich ungenutzt ist. So wird der Eigentümer im Regelfall für etwaige Besichtigungstermine einen aktiven unmittelbaren bzw. mittelbaren Anschluss vorhalten und die Lieferstelle nicht stilllegen lassen.

Allerdings ist die Beschlusskammer bereit anzuerkennen, dass im Falle eines Leerstandes keine regelmäßige Stromentnahme stattfindet. Aufgrund der dann eintretenden geringen Verbräuche spricht einiges dafür, dass diese Lieferstellen nicht mehr in dem Maße am Wettbewerb teilnehmen, wie dies bei einer regelmäßigen Stromentnahme der Fall ist. Vor diesem Hintergrund hält es die Beschlusskammer in Ausnahmefällen für möglich, Wohnungsleerstände - soweit sie mit offiziellen Statistiken nachgewiesen werden - dann als Abzugsposition zu berücksichtigen, wenn diese über einen Zeitraum von mehreren Jahren einen erheblichen Prozentsatz an der Zahl der im Netzgebiet vorhandenen Lieferstellen bzw. Zähler ausmachen. Unter Berücksichtigung der sonstigen Umstände des Einzelfalles könnte in einem solchen Fall davon ausgegangen werden, dass es sich bei den Wohnungsleerständen nicht nur um ein vorübergehendes Phänomen handelt und die Wettbewerbsrelevanz des Netzes insoweit auf Dauer um die Leerstände vermindert ist.

Vorliegend hat die Betroffene die Zahl der Wohnungsleerstände nach den Daten ihres Abrechnungssystems für das Jahr 2006 mit 644 angegeben. Dem standen 138.955 installierte Zähler gegenüber, womit die Wohnungsleerstände anhand der Daten des Abrechnungssystems gerade einmal 0,46% der installierten Zähler ausmachen. Für eine Berücksichtigung der Wohnungsleerstände ist damit kein Raum, da es sich offensichtlich nicht um einen erheblichen Leerstand im Sinne des oben Gesagten handelt. Aber selbst wenn man die Leerstände berücksichtigen würde, läge die Betroffene immer noch weit über der „de-minimis“-Schwelle von 100.000 Kunden.

Gleiches gilt selbst dann, wenn man die aufgrund statistischer Erhebung ermittelte Zahl von 6000 Leerständen zugrunde legen und von 138.955 Zählern abziehen würde.

ff) Auch unter dem von der Betroffenen vorgetragenen Gesichtspunkt eines Bevölkerungsrückgangs sieht die Beschlusskammer keine Veranlassung, irgendwelche Korrekturen an der Zahl der unmittelbar oder mittelbar an das Netz der Betroffenen vorzunehmen. Hierzu ist zunächst anzumerken, dass die Behauptung eines Bevölkerungsrückgangs in den Jahren 1999 -

2006 nicht ohne weiteres nachvollzogen werden kann. Denn in ihren Geschäftsberichten gibt die Betroffene die Bevölkerung der Stadt Kassel in

2001 mit 194.500

2002 mit 195.000

2003 mit 194.000

2004 mit 193.500

2005 mit 194.000

2006 mit 194.000

2007 mit 192.100

an. Laut Statistik der Stadt Kassel betrug die Einwohnerzahl zum 31.12.2008 wiederum 194.168.¹³

Insoweit ist die Bevölkerungszahl im Wesentlichen stabil. Lediglich vom Jahr 2006 zu 2007 ist mit einem Minus von knapp 2.000 Einwohnern ein geringfügiger Rückgang zu verzeichnen, der allerdings bei einer Bevölkerungszahl von immer noch über 190.000 nicht weiter ins Gewicht fällt. Dem gegenüber hat in den Jahren 2001 bis 2006 die Anzahl der im Netzgebiet installierten Zähler sogar um etwa 4.000 von 134.721 auf 138.798 zugenommen. Insofern ist nicht ersichtlich, inwieweit sich ein Bevölkerungsrückgang – sofern man überhaupt von einem solchen sprechen kann - auf die gemessenen Lieferstellen ausgewirkt hat. Denn offensichtlich hat die Anzahl der gemessenen Lieferstellen und damit die Wettbewerbsrelevanz des Netzes der Betroffenen in den letzten Jahren ja sogar moderat zugenommen.

Sofern sich in Zukunft ein etwaiger Bevölkerungsrückgang dauerhaft und in erheblichem Maße auf Wohnungsleerstände auswirkt, steht es der Betroffenen frei, die Möglichkeit der Inanspruchnahme der „de-minimis-Regelung“ erneut überprüfen zu lassen.

d) Nach alledem ist festzustellen, dass die Betroffene angesichts der in ihrem Netzgebiet installierten Stromzähler in den Jahren 2001 bis 2007 durchgängig über mehr als 100.000 unmittelbar und mittelbar angeschlossene Kunden verfügt.

3. Eine Entscheidung nach § 65 Abs. 2 EnWG steht im pflichtgemäßen Ermessen der Regulierungsbehörde. Die Bundesnetzagentur verhandelt seit 2005 mit der Betroffenen über die Zahl der angeschlossenen Kunden, ohne dass diese sich freiwillig, und entgegen der gesetzlichen Verpflichtung, zur Umsetzung der rechtlichen und operationellen Entflechtung bereit erklär-

¹³ S. Internetseite <http://www.stadt-kassel.de/cms01/stadtinfo/zahlen/kurzundbuendig/> .

te. Durch die auch im Aufsichtsverfahren anhaltende Weigerung, sich rechtlich und operationell zu entflechten, hat die Betroffene Grund für den Erlass einer Aufsichtsverfügung gegeben.

Dabei besteht aus Gründen der Verfahrensökonomie Veranlassung verbindlich festzustellen, dass mehr als 100.000 Kunden an das Elektrizitätsverteilernetz der Betroffenen angeschlossen sind. Das Energiewirtschaftsgesetz und die zugehörigen Verordnungen binden weitere Vorgaben an das Überschreiten der „de-minimis“- Grenze, deren Befolgung die Betroffene gleichermaßen versagt. Mit diesem Verfahren hat die Kammer lediglich die Nichtumsetzung der rechtlichen und operationellen Entflechtung aufgegriffen. Um weitere Verfahren zu vermeiden, die im Kern gleichfalls die Kundenzahl und berechnete Inanspruchnahme von „de-minimis-Regelungen“ zum Gegenstand hätten, sieht sich die Kammer zu der im Tenor zu 1 getroffenen Feststellung gehalten und verbindet dies mit dem Hinweis, dass die Betroffene auch den übrigen Vorgaben nachzukommen hat, die an das Überschreiten der „de-minimis“- Schwelle gebunden sind.

Die Fristen, die im Tenor zu 4 für die Umsetzung der im Tenor zu 2 und zu 3 angeordneten rechtlichen und operationellen Entflechtung bestimmt werden, sind angemessen.

Die Verpflichtung aus § 8 Abs. 5 EnWG besteht unabhängig von einer zusätzlichen Aufforderung der Bundesnetzagentur bereits seit Inkrafttreten des EnWG am 13.07.2005 unmittelbar kraft Gesetzes. Durch eine zusätzliche Amtsblattmitteilung und mehrere Schreiben im Vorfeld des Verwaltungsverfahrens ist die Betroffene auf ihre bestehenden Verpflichtungen hingewiesen worden. Der Betroffenen ist die Verpflichtung damit längst bekannt, so dass sie die Verpflichtung zur Umsetzung keineswegs unerwartet trifft. Vor diesem Hintergrund erachtet die Beschlusskammer eine Frist von 3 Monaten zur Umsetzung der im Tenor zu 3 unter Punkt f. angeordneten Maßnahmen als verhältnismäßig. Dies gilt auch angesichts der von anderen Energieversorgungsunternehmen vorgelegten Berichte und Programme und des daraus ablesbaren Arbeitsaufwands bei der Erfüllung der gesetzlichen Pflichten.

Im Hinblick auf die Umsetzung des Tenors zu 2 sowie der im Tenor zu 3 im Übrigen angeordneten Maßnahmen der operationellen Entflechtung im Sinne von § 8 Abs. 1 bis 4 EnWG anerkennt die Beschlusskammer, dass der Betroffenen ein längerer Zeitraum zur gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierung des Netzbetriebes zu gewähren ist. Insoweit wird der Betroffenen aufgegeben, die Umsetzung innerhalb von 18 Monaten zu vollziehen. Dieser Zeitraum nähert sich dem, der den Verteilernetzbetreibern zwischen Inkrafttreten des EnWG und Ablauf der für die rechtliche Entflechtung vorgesehenen Frist zum 1. Juli 2007 zustand. Da für eine operationelle Entflechtung nach § 8 Abs. 1 bis 4 EnWG die gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung teils Voraussetzung ist, bindet die Kammer die Frist an den für die rechtliche Entflechtung gewährten Zeitraum.

4. Die Erhebung von Kosten nach § 91 EnWG bleibt einem gesonderten Verfahren vorbehalten.

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 aufschiebende Wirkung gemäß § 76 Abs.1 EnWG.

Dr. Frank-Peter Hansen
Vorsitzender

Andreas Faxel
Beisitzer

Dr. Jochen Patt
Beisitzer