



- Beschlusskammer 6 -

Beschluss

Az: BK6-10-136

In dem Verwaltungsverfahren

zur Überprüfung des Verhaltens

der DB Energie GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Pfarrer-Perabo-Platz 2,
60326 Frankfurt am Main,

- Betroffene -

wegen: Gewährung von Netzzugang gem. § 20 EnWG

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

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

am 27.10.2010 beschlossen:

Behördensitz
Bonn
Tulpenfeld 4

Telefax Bonn
(02 28) 14-88 72

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

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

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

1. **Es wird festgestellt, dass die Betroffene gegen § 20 EnWG verstößt, indem Sie**
 - a) **die Belieferung von in ihrem Netz ansässigen Letztverbrauchern durch dritte Energielieferanten nur entweder mittels einer Beistellungslösung oder durch Nutzung des so genannten „Synchronmodells“ ermöglicht sowie**
 - b) **die Abwicklung der Endkundenbelieferung in ihrem Netz nicht nach Maßgabe der Festlegung BK6-06-009 („GPKE“) abwickelt.**

2. **Die Betroffene wird verpflichtet, unverzüglich alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um Netzzugang zu den von ihr betriebenen Netzen nach Maßgabe des § 20 EnWG zu gewähren, insbesondere**
 - a) **spätestens ab dem 01.12.2010 einen Netznutzungsvertrag bzw. einen Lieferantenrahmenvertrag vorzuhalten und auf Wunsch des jeweiligen Netznutzers mit diesem abzuschließen, der gem. § 20 Abs. 1a Satz 3 EnWG Zugang zum gesamten Elektrizitätsversorgungsnetz vermittelt,**
 - b) **spätestens ab dem 01.12.2010 die von ihr erhobenen Netzentgelte gem. § 27 Abs. 1 StromNEV zu veröffentlichen sowie**
 - c) **spätestens ab dem 01.02.2011 für die Abwicklung der Belieferung von Letztverbrauchern mit Elektrizität die Vorgaben der Festlegung BK6-06-009 („GPKE“) vollumfänglich einzuhalten.**

3. **Der Betroffenen wird für den Fall, dass sie den Verpflichtungen gemäß dem Tenor zu 2. nicht fristgerecht nachkommt, ein Zwangsgeld in Höhe von 1.000.000,00 (in Worten: eine Million) EUR angedroht.**

4. **Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.**

G r ü n d e

A.

I. Die Betroffene ist ein integriertes Energieversorgungsunternehmen im Konzernverbund der Deutsche Bahn AG. Sie ist auf den Gebieten Energiebeschaffung, Fahrstromversorgung, Tankdienste, 50 Hz-Strom sowie Gas-/Wärmeversorgung tätig und weist nach eigenen Angaben einen jährlichen Umsatz von rund 2,3 Mrd. EUR auf.

Die Betroffene betreibt unter anderem 50 Hz-Elektrizitätsverteilnetze in den Spannungsebenen Mittelspannung und Niederspannung zur Versorgung stationärer Verbraucher in insgesamt ca. 5.400 Bahnhöfen und Bahnanlagen. Nach Angaben der Betroffenen dient die dortige Infrastruktur in erster Linie der Stromversorgung bahneigener Einrichtungen wie Signalanlagen, Weichen oder Informationsanlagen.

Darüber hinaus versorgt die Betroffene über ihre 50 Hz-Netze in nicht unerheblichem Umfang auch Dritte mit Elektrizität. Hierunter fallen etwa Bahnhofsgaststätten, Kioske und Einzelhandelsunternehmen, wobei der Umfang der Versorgung in großen Personenbahnhöfen durchaus mit demjenigen von Einkaufszentren vergleichbar ist. Auch beziehen Erbringer sonstiger bahnspezifischer Dienstleistungen oder Hersteller von Bahnfahrzeugen, die teilweise auf Bahnhofsgeländen angesiedelt sind, ihre Elektrizität über die Verteilanlagen der Betroffenen. Nach eigenen Angaben der Betroffenen entfallen von der gesamten jährlichen Energieabgabe von rund 1.200 GWh ca. 12 % (= 144 GWh) auf den Vertrieb an Dritte.

II. Im Jahr 2008 war die Bundesnetzagentur erstmals mit der Frage konfrontiert worden, ob dritten Energieabnehmern, die im vorstehend beschriebenen Sinn über die Elektrizitätsverteilnetze der Betroffenen mit Energie versorgt werden, die Möglichkeit zu eröffnen ist, einen Lieferantenwechsel durchzuführen. Anlass war die Anfrage eines Eisenbahnverkehrsunternehmens, welches beabsichtigte, für selbst betriebene Fahrausweisautomaten die Energie nicht von der Betroffenen zu beziehen.

Die Beschlusskammer vertrat damals bereits den Standpunkt, dass nach Art und Umfang der Versorgung Dritter davon auszugehen sei, dass die Betroffene ein Elektrizitätsversorgungsnetz im Sinne des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) betreibe. Mit Schreiben vom 23.05.2008 wurde aufgrund der damals vorliegenden Vorkorrespondenz das Unternehmen DB Station & Service AG kontaktiert und aufgefordert, die Gewährung von Netzanschluss sowie Netzzugang vollumfänglich nach den Vorgaben des EnWG sicherzustellen.

Hierauf bezog die Deutsche Bahn AG über ihre zentrale Rechtsabteilung Stellung. Aus den Ausführungen ergab sich, dass die Antwort mit der Betroffenen inhaltlich abgestimmt war. Dabei wurde vorgetragen, dass die Betroffene an zahlreichen Bahnhöfen und Bahnanlagen Stromnetze betreibe, zugleich aber auf dem Standpunkt stehe, diese seien insgesamt als Objektnetze im Sinne des § 110 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 EnWG zu behandeln. Nur exemplarisch habe man ausgewählte Netze nach § 110 Abs. 4 EnWG durch die Landesregulierungsbehörde Nordrhein-Westfalen förmlich als Objektnetz genehmigen lassen.

III. Im November 2009 wurde von Seiten eines Waggonbauunternehmens bei der Bundesnetzagentur formlose Beschwerde gegen die Betroffene eingereicht. Anlass war die von der Betroffenen weiterhin vertretene Rechtsauffassung, als Objektnetzbetreiber sei sie nicht zur Vorhaltung der Lieferantenwechselprozesse nach der Festlegung BK6-06-009 (so genannter „GPKE-Beschluss“) der Bundesnetzagentur verpflichtet; eine Belieferung durch externe Lieferanten sei allenfalls im Wege der Beistellung möglich.

Die Bundesnetzagentur wandte sich aus diesem Anlass unter dem 16.12.2009 erneut an die Betroffene. Sie wies darauf hin, dass der Europäische Gerichtshof bereits mit Datum vom 22.05.2008 aufgrund eines Vorabentscheidungsersuchens des OLG Dresden entschieden habe, dass die in § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG vorgesehene Möglichkeit zur Befreiung von der Pflicht zur Gewährung von Netzzugang nicht mit der Richtlinie 2003/54/EG vereinbar sei, weshalb die Betroffene grundsätzlich Netzzugang nach § 20 EnWG gewähren müsse.

Die Betroffene wiederholte in ihrer Antwort vom 20.01.2010 im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen. Auf die Entscheidung des EuGH ging sie inhaltlich nicht ein. Jedoch trug sie erstmals vor, als Alternative zur Beistellung auch ein

als „Synchronmodell“ bezeichnetes Netzzugangsmodell anzubieten. Hiernach hätten Lieferanten einen Netznutzungsvertrag mit der Betroffenen abzuschließen, der indes Netzzugang nur bezüglich des Netzes der Betroffenen selbst gewähre. Zusätzlich sei noch der Abschluss eines Netznutzungsvertrages mit demjenigen örtlichen Netzbetreiber erforderlich, dessen Netz dem jeweiligen Netz der Betroffenen vorgelagert sei. Die Zahlung von Netzentgelten hätte an den örtlichen Verteilnetzbetreiber und an die Betroffene gesondert zu erfolgen. Die Betroffene vertrat weiter den Standpunkt, dass die Festlegung der Bundesnetzagentur zur Abwicklung des Lieferantenwechsels (GPKE) keine Anwendung fände.

Abschließend kündigte die Betroffene an, dass sie im Zuge der künftigen nationalen Umsetzung der Richtlinie 2009/72/EG davon ausgehe, dass der deutsche Gesetzgeber von der Möglichkeit zur Schaffung von Privilegierungen für geschlossene Verteilernetze nach Maßgabe des Art. 28 der Richtlinie in ihrem Sinne Gebrauch machen werde.

Aufgrund der weiter ablehnenden Haltung der Betroffenen forderte die Bundesnetzagentur diese unter dem 31.05.2010 nochmals dazu auf, unverzüglich einen diskriminierungsfreien Netzzugang zu ihren Netzen auf der Grundlage von § 20 EnWG zu gewährleisten.

Die Betroffene reagierte hierauf mit der Bitte um Führung eines Gesprächs mit der Bundesnetzagentur. In dem daraufhin stattfindenden Erörterungstermin am 27.07.2010 wiederholte die Betroffene jedoch im Wesentlichen den bereits in der Vergangenheit gemachten Vortrag. Erstmals bezifferte sie die nach eigener Einschätzung durch eine vollumfängliche Anwendung des EnWG entstehenden Kosten auf „mehr als 20 Mio. EUR p.a.“ sowie auf Einmalkosten „bis zu 100 Mio. EUR“. In den genannten Einmalkosten enthalten seien rund 7,5 Mio. EUR allein für die Umsetzung der GPKE-Vorgaben.

IV. Am 05.08.2010 hat die Beschlusskammer von Amts wegen ein Missbrauchsverfahren gem. § 30 EnWG gegen die Betroffene eingeleitet. Zugleich hat sie die Betroffene über ihre Absicht in Kenntnis gesetzt, diese förmlich zur Gewährleistung von Netzzugang nach § 20 EnWG zu verpflichten. Der Betroffenen wurde gem. § 67 Abs. 1 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

V. Hiervon machte die Betroffene unter dem 03.09.2010 Gebrauch, wobei sie ihren bisherigen Tatsachenvortrag im Wesentlichen wiederholte.

In rechtlicher Hinsicht erhebt die Betroffene zunächst die Rüge der Unzuständigkeit der Bundesnetzagentur. Da an die von der Betroffenen betriebenen Bahnhofs- und Bahnanlagenetze jeweils – auch insgesamt – deutlich weniger als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen seien, liege die Zuständigkeit für ein Missbrauchsverfahren gem. § 54 Abs. 2 Nr. 8 EnWG bei den jeweiligen Landesregulierungsbehörden.

Materiellrechtlich trägt die Betroffene erneut vor, die §§ 20 ff. EnWG fänden auf die von ihr betriebenen Netze keine Anwendung, da für alle Anlagen die Objektnetzprivilegierungen des § 110 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 EnWG einschlägig seien. Etwas anderes ergebe sich auch nicht unter Berücksichtigung des Urteils des EuGH vom 22.05.2008 (Az. C-439/06). Eine unmittelbare Auswirkung dieser Rechtsprechung in Bezug auf die Betroffene scheidet jedenfalls bis zu einer gesetzlichen Neuregelung im EnWG aus. Darüber hinaus betreffe die Entscheidung des EuGH nur die Fallgruppe des § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG, nicht aber diejenige des § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG, die bei den Netzen der Betroffenen ebenfalls einschlägig sei. Überdies stützten sich auch alle von der Regulierungsbehörde des Landes Nordrhein-Westfalen ausgesprochenen Verfügungen auf beide vorgenannten Fallgruppen, weshalb auch insoweit die Objektnetzprivilegierung ungeachtet der Erwägungen des EuGH fortbestehe.

Schließlich führt die Betroffene aus, durch die in Aussicht gestellte Missbrauchsverfügung unverhältnismäßig betroffen zu werden. Die Gewährung von Netzzugang nach § 20 EnWG sei für sie mit erheblichen Kosten verbunden aufgrund der Kalkulation neuer Netzentgelte und aufgrund der Notwendigkeit, die Geschäftsprozesse und die IT-Systeme an die Vorgaben der Bundesnetzagentur zum Lieferantenwechsel und zur Bilanzierung/Bilanzkreisabrechnung anzupassen. Zugleich habe der Gesetzgeber bis März 2011 eine Anpassung des EnWG an die Vorgaben des dritten Energie-Binnenmarktpaketes vorzunehmen. Dies bringe die Gefahr mit sich, dass nun Systemumstellungen vorzunehmen seien, die zukünftigen Vorgaben des Gesetzgebers nicht mehr entsprechen würden.

VI. Die Beschlusskammer hat gem. § 55 Abs. 1 Satz 2 EnWG die Landesregulierungsbehörden Hessen und Nordrhein-Westfalen am 09.08.2010 über die Eröffnung des Verfahrens informiert. Mit Schreiben vom 19.10.2010 hat sie dem Bundeskartellamt und der Landeskartellbehörde gem. § 58 Abs. 1 Satz 2 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

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

B.

I. Die Bundesnetzagentur ist zuständige Behörde.

1. Das von der Betroffenen betriebene Elektrizitätsverteilernetz beschränkt sich nicht auf das Gebiet eines Bundeslandes, weshalb § 54 Abs. 2 Satz 2 EnWG einschlägig ist. Entgegen der Auffassung der Betroffenen ist der für die Zuständigkeit maßgebliche Begriff „Elektrizitäts- oder Gasverteilernetz“ nicht auf jedes einzelne der von der Betroffenen betriebenen Bahnhofsnetze zu beziehen, sondern auf alle Netze in ihrer Gesamtheit. Die Abgrenzung der Verbandskompetenz erfolgt in § 54 EnWG insoweit nicht netz-, sondern unternehmensbezogen. Danach sind alle von einem Energieversorgungsunternehmen geführten Netze und Netzbestandteile, soweit sie der Energieversorgung dienen, für die Prüfung des die Grenzen eines Bundeslands überschreitenden Charakters als ein Verteilernetz anzusehen. Nach dem in § 54 Abs. 2 Satz 2 EnWG zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers soll die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur immer dann begründet sein, wenn die Tätigkeit des zu betrachtenden Unternehmens sich auf mehr als ein Bundesland erstreckt. Denn in einem solchen Fall würde die parallele Zuständigkeit mehrerer Landesregulierungsbehörden ansonsten die potentielle Gefahr unterschiedlicher Regulierungspraxis in Bezug auf Netze desselben Betreibers mit sich bringen. Diese Intention muss aber unabhängig davon gelten, ob es sich um ein einziges physikalisches Netz handelt, das die Grenzen eines Bundeslandes überschreitet oder ob es sich um physikalisch getrennte Netze handelt, die für sich betrachtet in verschiedenen Bundesländern belegen sind. Da hiernach die Rechtsfolge des § 54 Abs. 2 Satz 2 EnWG und damit der Ausschluss des § 54 Abs. 2 Satz 1 EnWG gilt, kommt es auf die von der Betroffenen vorgetragene Zahl der angeschlossenen Kunden nicht mehr an.

2. Die Bundesnetzagentur entscheidet gemäß § 59 Abs. 1 Satz 1 EnWG durch die Beschlusskammer.

II. Das Verhalten der Betroffenen ist missbräuchlich im Sinne des § 30 Abs. 1 EnWG. Die explizit ausgesprochene Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang war zugleich geboten, um die gerügte Zuwiderhandlung wirksam abzustellen.

1. Die Missbräuchlichkeit des Verhaltens der Betroffenen resultiert bereits aus dem Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des Regelbeispiels in § 30 Abs. 1 Nr. 1 EnWG. Die Betroffene verstößt durch ihr Verhalten gegen Abschnitt 3 des dritten Teils des EnWG, konkret gegen die Verpflichtungen zur Gewährung von Netzzugang (§ 20 EnWG).

a) Als Betreiberin von Elektrizitätsversorgungsnetzen ist die Betroffene grundsätzlich aus § 20 EnWG gegenüber jedermann zur Gewährung von Netzzugang verpflichtet. Die für die Heranziehung des Anspruchs erforderliche Netzbetreibereigenschaft wird dabei auch von der Betroffenen selbst nicht in Frage gestellt. Sie selbst bezeichnet die von ihr betriebenen und hier verfahrensgegenständlichen Infrastrukturen als „Bahnhofs- und Bahnanlagenetze“. Darüber hinaus beruft sich die Betroffene fortgesetzt auf das Vorliegen eines Objektnetzstatus, was ebenfalls inzident voraussetzt, dass es sich dem Grunde nach um Energieversorgungsnetze im Sinne des § 3 Nr. 16 EnWG handelt.

b) Ohne Erfolg beruft sich die Betroffene darauf, von der Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang wegen Vorliegens des Objektnetzstatus gem. § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG (Betriebsnetze) freigestellt zu sein.

Für die vorgenannte Fallgruppe hatte der EuGH bereits mit Urteil vom 22.05.2008 (Az. C 439/06 - „citiworks“) entschieden, dass Art. 20 Abs. 1 EitRL (2003) einer Bestimmung wie § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG entgegensteht, nach der bestimmte Betreiber von Energieversorgungsnetzen von der Verpflichtung, Dritten freien Netzzugang zu gewähren, ausgenommen sind, weil sich diese Netze auf einem zusammengehörenden Betriebsgebiet befinden und überwiegend dem Transport von Energie innerhalb des eigenen Unternehmens und zu verbundenen Unternehmen dienen.

Der Bundesgerichtshof hat sich jüngst dieser Wertung im Hinblick auf die Anwendung des nationalen Rechts insoweit angeschlossen, als § 110 Abs. 1

EnWG richtlinienkonform dahingehend auszulegen ist, dass auf Objektnetze nach § 110 Abs. 1 Nr. 1 der Teil 3 des EnWG nur insoweit keine Anwendung findet, als dem nicht der Anspruch auf diskriminierungsfreien Netzzugang im Sinne von § 20 EnWG entgegensteht (BGH, Beschluss vom 24.08.2010 - EnVR 17/09). Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung beschränkt sich nach Auffassung des BGH nicht nur auf eine Umsetzung des Gemeinschaftsrechts im Wege einer Gesetzesauslegung im engeren Sinne, also auf eine Rechtsfindung innerhalb der vom Wortlaut der nationalen Norm gesetzten Grenzen. Er verlangt darüber hinaus, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden. Dies beinhaltet auch das Gebot einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion. Bezüglich des Normgehaltes des § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG, der bei Vorliegen des Objektnetzstatus von einer ganzen Reihe regulatorischer Vorschriften freistellt, ist die Richtlinienkonformität dadurch herzustellen, dass er um die Freistellung von der Gewährung von Netzzugang nach § 20 EnWG reduziert wird, ohne dass die Norm im Übrigen leer liefe (vgl. BGH, a.a.O., S. 10 ff. des amtl. Umdrucks).

Die Betroffene mag sich insofern bezüglich des vorgetragenen Objektnetzstatus in der Form der Betriebsnetze auf sonstige durch § 110 EnWG gewährte Freistellungen berufen. Für die hier einschlägige Frage der Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang nach § 20 EnWG vermag der Objektnetzstatus aber keine Freistellungswirkung zu erzeugen.

c) Soweit die Betroffene vorträgt, ihre Netze seien ferner als Objektnetze gem. § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG (Dienstleistungsnetze) zu qualifizieren, so vermag auch dies nicht von der Netzzugangspflicht freizustellen.

aa) Bei den von der Betroffenen betriebenen Netzen handelt es sich bereits materiell nicht um Objektnetze im Sinne des § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG. Hierzu fehlt es bereits am Vorliegen einer Unzumutbarkeit bezüglich der Verfolgung des von der Betroffenen angestrebten Geschäftszwecks im Fall der angenommenen vollumfänglichen Regulierung ihrer Netze. Dies ist aber gem. § 110 Abs. 1 Nr. 2 b) EnWG Tatbestandsvoraussetzung für das Vorliegen dieser Objektnetzvariante.

Eine unzumutbare Erschwerung des Geschäftszwecks liegt nach der einschlägigen Rechtsprechung nur dann vor, wenn durch die Anwendbarkeit der in § 110 EnWG genannten Bestimmungen des Energiewirtschaftsgesetzes die Realisierung des gemeinsamen übergeordneten Geschäftszwecks nicht nur beeinträchtigt sondern gefährdet wäre (vgl. BGH, a.a.O., S. 7 f. des amtl. Umdrucks; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.05.2009 – VI-3 Kart 29/08, S. 11 f. des amtl. Umdrucks). Dabei reicht es grundsätzlich nicht aus, dass der sich auf die Unzumutbarkeit berufende Netzbetreiber vorträgt, durch die vollständige Anwendung aller regulatorischen Pflichten des EnWG entstände ihm zusätzlicher Aufwand. Die Erschwernisse der Regulierung vermögen nicht per se eine Unzumutbarkeit zu begründen, weil sie allen Netzbetreibern durch die europäische Binnenmarktrichtlinie gleichermaßen auferlegt werden. Der personelle, finanzielle und organisatorische Mehraufwand für die Umsetzung ist von ihnen grundsätzlich hinzunehmen (OLG Düsseldorf, a.a.O., S. 12 des amtl. Umdrucks), zumal es sich bei den regulierungsbedingt entstehenden Kosten um solche des Netzbetriebs handelt, die auf die Netznutzer umgelegt werden können (BGH, a.a.O., S. 8 des amtl. Umdrucks).

Die Annahme einer Unzumutbarkeit kommt unter Heranziehung dieser Grundsätze also nur in Betracht, wenn die hervorgerufenen Folgen so massiv sind, dass sie die Verfolgung des ursprünglich angepeilten Geschäftszwecks geradezu ad absurdum führen würden. Vorliegend hat die Betroffene vorgetragen, ihr entstünden im Fall einer vollumfänglichen Anwendung des EnWG zukünftig jährliche Mehrkosten von mehr als 20 Mio. EUR sowie Einmalkosten von bis zu 100 Mio. EUR. Zöge man diese überschlägig genannten Kosten – die von der Betroffenen weder näher konkretisiert noch näher belegt worden sind – für weitere Berechnungen heran und legte man dabei die behaupteten Einmalkosten (die wohl hauptsächlich in der Anschaffung und Einrichtung von IT-Systemen begründet sein dürften) gleichmäßig auf eine für IT-Systeme übliche Nutzungsdauer von fünf Jahren um, so wäre von jährlichen Kosten in Höhe von 40 Mio. EUR auszugehen. Setzt man diese Kosten zu der gesamten jährlichen Stromabgabe der Betroffenen (1.200 GWh) ins Verhältnis, so ergäbe sich eine regulierungsbedingte Verteuerung des Stroms um 3,3 ct/kWh. Hieraus ist nach Bewertung der Beschlusskammer eine die Erreichung des Geschäftszwecks gefährdende Erschwernis nicht abzuleiten. Vielmehr ist umgekehrt zu berücksichtigen, dass sämtliche Strombezieher, die über die Netze der Betroffenen versorgt werden, durch die Anwendung der regulatorischen Vorschriften

in die Lage versetzt werden, von den bundesweit etablierten Methoden des Lieferantenwechsels Gebrauch zu machen. Gerade bei den hier einschlägigen Energiebeziehern mit mittlerem bis hohem Verbrauch dürfte aber durch einen Wechsel des Lieferanten die genannte regulierungsbedingte Verteuerung mehr als überkompensiert werden.

bb) Darüber hinaus könnte sich die Betroffene - selbst wenn man das Vorliegen eines Objektnetzstatus gem. § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG hilfsweise bejahen würde - dennoch nicht auf eine Freistellung von der Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang berufen.

Die oben unter II.1.b) zitierte Entscheidung des EuGH bezieht sich ausdrücklich zwar nur auf die Frage der Richtlinienkonformität der Fallgruppe des § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG. Die die Unvereinbarkeit tragenden Urteilsgründe können indes in gleichem Umfang auch für die Fallgruppe des § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG Geltung beanspruchen.

Nach den Ausführungen des EuGH kann ein Netzbetreiber nach der Richtlinie 2003/54/EG nur dann von der Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang nach Art. 20 freigestellt werden, wenn entweder

- der Betreiber eines Übertragungs- oder Verteilernetzes nicht über die nötige Kapazität verfügt (Art. 20 Abs. 2). Dabei ist nach Ansicht des EuGH diese Freistellungsmöglichkeit keine generelle, sondern sie erfordert stets eine individuelle Beurteilung im Einzelfall, kann somit nicht für eine generelle Freistellung im nationalen Umsetzungsakt herangezogen werden (EuGH C-439/06, Rn. 57 des amtl. Umdrucks), oder

- die Anwendung der Artikel 6, 7, 20 und 22 die Erfüllung der den Elektrizitätsunternehmen übertragenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen de jure oder de facto verhindern würde und soweit die Entwicklung des Handelsverkehrs durch die Freistellung nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das den Interessen der Gemeinschaft zuwiderläuft (Art. 3 Abs. 8) oder

- der betreffende Mitgliedstaat nachweisen kann, dass sich für den Betrieb eines kleinen, isolierten Netzes erhebliche Probleme ergeben (Art. 26 Abs. 1).

Eine solche Ausnahmeregelung bedarf jedoch der Zustimmung der Kommission in Form einer im Amtsblatt zu veröffentlichenden Entscheidung.

Eine abstrakt-generelle Freistellung von der Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang, wie sie in den drei Fallgruppen des § 110 EnWG vorgesehen ist, könnte sich somit allein auf den zweiten der drei vorgenannten Ausnahmetatbestände stützen. Dies würde hingegen voraussetzen, dass der Tatbestand der jeweiligen Fallgruppe des § 110 EnWG die in Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie vorgesehene Abwägung überhaupt vorsieht, was aber in keiner Variante explizit der Fall ist (so ausdrücklich für § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG EuGH C-439/06, Rn. 60, 61 des amtl. Umdrucks).

Insofern ist also auch der von der Betroffenen vorgetragene Objektnetzstatus des Dienstleistungsnetzes (§ 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG) unter Berücksichtigung der genannten Entscheidungen des EuGH sowie des BGH und bei Anwendung richtlinienkonformer Auslegung nicht geeignet, eine Freistellungswirkung im Hinblick auf die Gewährung von Netzzugang nach § 20 EnWG zu erzeugen.

d) Diesem Negativbefund steht auch nicht entgegen, dass die Betroffene über förmliche feststellende Objektnetzbescheide der Landesregulierungsbehörde von Nordrhein-Westfalen für insgesamt 8 Personenbahnhöfe verfügt. Alle vorgenannten Bescheide sind von der ausstellenden Behörde ausdrücklich mit dem Hinweis versehen worden, dass diese keine konstitutive, sondern eine rein deklaratorische Wirkung entfalten und die durch § 110 EnWG vermittelte Privilegierung daher gegebenenfalls auch ohne entsprechende (Teil-)Aufhebung des Feststellungsbescheides nachträglich wieder entfallen kann. Darüber hinaus ist selbstredend davon auszugehen, dass die erlassende Behörde der Betroffenen keine weitergehende Rechtsposition verschaffen konnte – und dies auch nicht beabsichtigte – als es nach materiellem Recht überhaupt möglich und zulässig ist.

e) Der bestehenden grundsätzlichen Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang nach § 20 EnWG kommt die Betroffene vorliegend auch nicht dadurch in ausreichender Weise nach, dass sie Lieferanten eine Beistellungslösung oder einen Drittzugang mittels des von ihr neuerlich vorgebrachten Synchronmodells gestattet.

Bei der Beistellung handelt es sich anerkanntermaßen bereits dem Grunde nach nicht um die Gewährung von Netzzugang, sondern nur um eine – für den Lieferanten des in Beistellung befindlichen Kunden in der Regel finanziell unattraktive – Weitervermarktung von Energiemengen, die zuvor beim verbundenen Vertrieb des jeweiligen Netzbetreibers einzukaufen sind (vgl. OLG Dresden, Entscheidung vom 13.09.2001 – U 1693/01 Kart, Rn. 43 – zitiert nach juris; OLG München, Entscheidung vom 11.04.2002 – U (K) 2142/02, Rn. 80 – zitiert nach juris).

Auch das Synchronmodell der Betroffenen ist kein tauglicher Ansatz für die Erfüllung der bestehenden Netzzugangspflichtung. Entscheidend bei der Gewährung von Netzzugang ist vielmehr, dass hierbei bundesweit einheitliche Abwicklungsbedingungen existieren, die es gerade überregionalen und nicht nur auf das jeweilige Netzgebiet eingerichteten Lieferanten ermöglichen, nach der gleichen Systematik und damit ohne prohibitiv hohen netzspezifischen Transaktionsaufwand die Belieferungsvorgänge für ihre Kunden abzuwickeln. Nur wenn ein Netzbetreiber auf solche einheitlichen Abwicklungsregeln verpflichtet wird, wird sich in Bezug auf sein Netzgebiet ein Portfolio attraktiver Alternativenanbieter entwickeln können. Diese Intention hatte der Gesetzgeber vor Augen, indem er in § 20 Abs. 1 EnWG vorsah, dass der Netzzugang nach effizienten Grundsätzen zu organisieren sei und massengeschäftstauglich sein müsse.

Die von der Betroffenen vorgeblich ermöglichte Zugangsgewährung nach dem so genannten Synchronmodell steht dabei bereits in klarem Widerspruch zu § 20 Abs. 1a EnWG, der die Anforderungen an einen massengeschäftstauglichen Netzzugang näher regelt. Danach ist der Netzzugang durch einen Vertrag mit demjenigen Netzbetreiber auszugestalten, aus dessen Netz Energie entnommen oder in dessen Netz Energie eingespeist wird (§ 20 Abs. 1a Satz 1 EnWG), wobei dieser Vertrag den Zugang zum gesamten Elektrizitätsversorgungsnetz vermittelt (§ 20 Abs. 1a Satz 3 EnWG). Im Gegensatz dazu könnte die von der Betroffenen propagierte Variante als „Doppelvertragsmodell“ bezeichnet werden. Sie führt faktisch zu einem deutlich höherem Aufwand für Lieferanten (doppelter Vertragsschluss, doppelte Netznutzungsanmeldungen, doppelte Netzentgeltrechnungen) und wird aufgrund mangelnder Konformität mit den ansonsten in Deutschland geübten Abwicklungsregeln die allermeisten Lieferanten von einem Tätigwerden in den Netzen der Betroffenen abhalten.

Genauso verhält es sich mit der nicht durch die Betroffene umgesetzte Festlegung BK6-06-009 („GPKE“) zu Geschäftsprozessen und Datenformaten zur Abwicklung der Kundenbelieferung. Auch hierbei handelt es sich um eine Konkretisierung der Vorgabe aus § 20 Abs. 1a EnWG. Indem die Betroffene jedenfalls nicht die ansonsten bundesweit standardisierten Marktschnittstellen bedient, sind dort tätige Lieferanten auf individuell mit der Betroffenen zu vereinbarende Sonderprozesse angewiesen, die mit den jeweiligen Lieferantensystemen nicht automatisiert bedient werden können.

f) Die Betroffene kann sich schließlich auch nicht darauf berufen, zur Verweigerung des Netzzugangs auf Grundlage des § 20 Abs. 2 EnWG befugt zu sein. Soweit sie geltend macht, die Gewährung von Netzzugang nach § 20 EnWG wäre für sie mit Kosten verbunden, die zu dem daraus sich ergebenden Nutzen in keinem Verhältnis stünden, scheint sich die Betroffene offenbar auf wirtschaftliche Unzumutbarkeit zu berufen. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass bei der Ermittlung wirtschaftlicher Unzumutbarkeit nur diejenigen Kosten herangezogen werden dürfen, die gerade durch die Gewährung des Netzzugangs notwendig werden. Hier hat die Betroffene vorgetragen, allein für die Umsetzung der Lieferantenwechselprozesse nach GPKE entstünden ihr künftig zusätzliche Kosten in Höhe von rund 7,5 Mio. EUR. Weitere Kosten, etwa solche, die der Betroffenen aus der Umstellung des vertraglichen Synchronmodells auf ein EnWG-konformes Vertragsmodell entstehen würden, sind dagegen nicht vorgetragen. Die Kammer geht diesbezüglich allerdings auch davon aus, dass diese Kosten nahezu vernachlässigbar sind.

Ein Kostenvolumen von rund 7,5 Mio. EUR zur Ermöglichung des Lieferantenwechsels vermag eine wirtschaftliche Unzumutbarkeit nicht zu begründen. Weder in Bezug auf den gesamten Energieumsatz der Betroffenen in ihren 50 Hz-Stromnetzen und erst recht nicht in Bezug auf den jährlichen Unternehmensumsatz von rund 2,3 Mrd. EUR begründen die vorgetragenen Kosten eine derartige Belastung, dass dies die Nichtanwendung der Netzzugangspflichten des EnWG rechtfertigen würde.

2. Die vorliegend von Amts wegen getroffene Feststellung rechtswidrigen Verhaltens sowie wie die ausgesprochenen Verpflichtungen zur Abstellung sind nach Überzeugung der Beschlusskammer verhältnismäßig und geboten.

Zum einen sprechen die regelmäßig bei der Bundesnetzagentur eingehenden Beschwerden von Einzelunternehmen und Verbänden dafür, dass das beanstandete Verhalten der Betroffenen potentielle Lieferanten und die in den Netzen der Betroffenen ansässigen Letztverbraucher in nicht unerheblicher Weise wirtschaftlich benachteiligt. Dies gilt insbesondere auch dort, wo die von den Netzen der Betroffenen versorgten Gewerbeflächen hinsichtlich ihrer Größe durchaus mit mittelgroßen bis großen Einkaufspassagen vergleichbar sind.

Die vorliegende Entscheidung erscheint auch deshalb dringend erforderlich zu sein, da die Betroffene in den vergangenen Jahren wiederholt durch die Bundesnetzagentur aufgefordert wurde, in ihren Netzen einen freien Netzzugang nach Maßgabe des § 20 EnWG sicherzustellen und sich ungeachtet dessen – auch nach Erlass der bereits zitierten Entscheidung des EuGH – in keiner Weise veranlasst sah, ihr Verhalten zu korrigieren.

Wie aufgezeigt, belastet die hier ausgesprochene Verpflichtung zur Netzzugangsgewährung die Betroffene wirtschaftlich auch nicht unangemessen. Nicht gehört werden kann die Betroffene insbesondere mit dem Argument, es sei alsbald mit einer Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes zu rechnen und die Betroffene habe sich dann auf derart veränderte Netzzugangsregeln einzustellen, vor deren Hintergrund sich die nun von der Beschlusskammer geforderten Investitionen nachträglich als unnütz darstellen würden. Die Beschlusskammer hat der vorliegend zu treffenden Entscheidung ausschließlich geltendes Recht zugrunde zu legen. Sie hat sich grundsätzlich auch Spekulationen darüber zu enthalten, ob und auf welche Weise sich die heute entscheidungserheblichen Rechtsvorschriften zukünftig verändern werden.

Auch die gegenüber der Betroffenen gesetzten Umsetzungsfristen sind verhältnismäßig und angemessen. Die nach Tenorziffer 2.a) erforderliche Änderung der vorzuhaltenden Netznutzungsverträge ist innerhalb weniger Tage zu bewerkstelligen, zumal sich am Markt bereits eine Vielzahl gängiger Vertragsmuster in Verwendung befindet. Auch die Veröffentlichung der Netzentgelte ist in kurzer Zeit zu bewerkstelligen.

Gleiches gilt hinsichtlich der Verpflichtung zur Abwicklung der Netznutzung nach den Vorgaben der GPKE-Festlegung. Die hierfür gesetzte Frist berücksichtigt, dass die Betroffene sich spätestens nach Erlass der EuGH-

Entscheidung im Jahr 2008 hätte veranlasst sehen müssen, Vorkehrungen zur Gewährung eines EnWG-konformen Netzzugangs zu treffen. Insofern erschiene es nicht sachgerecht, der Betroffenen nunmehr einen gleich großen Umsetzungszeitraum einzuräumen, wie dies bei Erlass der GPKE-Regelungen im Jahr 2006 gegenüber allen anderen Netzbetreibern der Fall war. Denn eine solche Entscheidung würde das bislang auf Verzögerung ausgerichtete Verhalten der Betroffenen nachträglich goutieren. Der hier gewährte Umsetzungszeitraum erscheint auch deshalb als auskömmlich, weil mittlerweile in ausreichender Anzahl Software-Lösungen am Markt verfügbar sind, die die Betroffene in die Lage versetzen dürften, die Lieferantenwechselprozesse der GPKE kurzfristig in ihrem Unternehmen zu etablieren. Dabei kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Betroffene aufgrund ihrer Marktbedeutung für die Umsetzung durch Softwareanbieter und IT-Berater nicht mit langen Wartezeiten zu rechnen haben dürfte. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Betroffene durchaus die Möglichkeit hat, die Abwicklung der Netznutzung unter Anwendung der Geschäftsprozesse und Datenformate der GPKE-Festlegung kurzfristig jedenfalls dadurch sicherzustellen, dass sie übergangsweise eine händische Bearbeitung der erforderlichen elektronischen Meldungen vornimmt. Auch hierfür existieren Standardprodukte am Markt.

III. Die in diesem Beschluss ausgesprochenen Verpflichtungen stellen Anordnungen der Bundesnetzagentur dar, die gemäß §§ 94 EnWG, 6 VwVG im Wege des Verwaltungszwanges durchgesetzt werden können. Als Zwangsmittel kann nach § 9 Abs. 1 lit. b) VwVG die Verhängung eines Zwangsgeldes herangezogen werden, da es sich bei der Einhaltung der Vorgaben dieses Beschlusses nicht um eine vertretbare Handlung handelt. Ermächtigungsgrundlage für diese Androhung ist § 94 Abs. 1 Satz 1 EnWG i.V.m. § 13 Abs. 1 Satz 1 VwVG. Die Androhung hat der abschließenden Festsetzung des Zwangsgeldes vorauszugehen. Das Zwangsgeld ist auch mit den Anordnungen des Tenors zu 1. dieses Beschlusses gemäß § 13 Abs. 2 S. 2 VwVG zu verbinden, da Rechtsmittel gegen diesen Beschluss gemäß § 76 Abs. 1 EnWG keine aufschiebende Wirkung haben und kein atypischer Fall vorliegt, in welchem von der ansonsten zwingenden Verbindung von Beschluss und Zwangsgeldandrohung abgesehen werden kann.

Das Zwangsmittel ist sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach angemessen. Dies ergibt sich zum einen aus der Größe des Unternehmens der Betrof-

fenen. Zum anderen hat dies seinen Grund in dem langen Zeitraum, in dem trotz mehrfacher Aufforderungen durch die Bundesnetzagentur keine EnWG-konforme Gewährung von Netzzugang durch die Betroffene erfolgte. Insoweit ist aufgrund des bisherigen Verhaltens der Betroffenen zu befürchten, dass die Betroffene die nun ausgesprochenen Verpflichtungen erneut nicht unverzüglich umsetzt. Daher war ein Zwangsgeld in Höhe von 1.000.000,00 Euro anzudrohen. Die nicht geringe Höhe des angedrohten Zwangsgeldes ermöglicht damit eine wirksame Vollstreckung, liegt aber gleichwohl noch im unteren Bereich des nach § 94 S. 2 EnWG möglichen Rahmens, der zwischen 1000 EUR und zehn Millionen EUR liegt.

IV. Hinsichtlich der Kosten ergeht ein gesonderter Bescheid nach § 91 EnWG.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

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

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

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

Matthias Otte
Vorsitzender

Andreas Faxel
Beisitzer

Jens Lück
Beisitzer