



## Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren  
auf Grund des Antrags

der Stadtwerke Schwerte GmbH, Liethstraße 32-36, 58239 Schwerte, vertreten  
durch den Geschäftsführer Herrn Dipl.-Verwaltungswirt Michael Grüll,

 - Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Becker Büttner Held, Magazinstraße  
15-16, 10179 Berlin,

und

der ENERVIE AssetNetWork GmbH, Lennestraße 2, 58507 Lüdenscheid, vertreten  
durch den Geschäftsführer Herrn Wolfgang Hinz,

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Höch & Partner, Wittekindstraße 30,  
44139 Dortmund,

wegen besonderer Missbrauchsaufsicht nach § 31 Abs. 1 EnWG,

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

durch den Vorsitzenden	Alexander Lüdtké-Handjery,
den Beisitzer	Rainer Bender
und den Beisitzer	Wolfgang Wetzl

am 05.03.2013 beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

### Gründe

#### I.

Die Antragstellerin (ASt) ist Eigentümerin des im Stadtgebiet Schwerte gelegenen Elektrizitätsversorgungsnetzes der Spannungsebenen Mittel- und Niederspannung. Das Mittelspannungsnetz ist derzeit an die Antragsgegnerin (AG) verpachtet. Der Pachtvertrag endet am . Im Hinblick darauf, dass der unmittelbare Besitz an den Versorgungsanlagen auf die Antragstellerin übergehen wird und ein Antrag auf Neufestlegung der Erlösobergrenzen i.S.v. § 26 Abs. 2 ARegV zu stellen sein werde, begehrt die Antragstellerin von der Antragsgegnerin näher bezeichnete Informationen.

Mit Schreiben vom 31.05.2012, ergänzend erläutert insbes. durch Schreiben vom 22.11.2012 und 13.02.2013, hat die ASt bei der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur einen Antrag auf Überprüfung des Verhaltens der AG gemäß § 31 EnWG gestellt. Das Schreiben der ASt vom 31.05.2012 ist bei der Bundesnetzagentur am 31.05.2012 per Telefax (ohne Anlagen) und am 04.06.2012 auf dem Postwege (mit Anlagen) eingegangen.

Die ASt trägt vor, sie sei Eigentümerin des im Stadtgebiet Schwerte gelegenen Elektrizitätsversorgungsnetzes. Das Mittelspannungsnetz werde von der ASt noch bis

zum [redacted] an die AG verpachtet. Die AG sei überdies als Betreiberin weiterer Versorgungsanlagen tätig, so dass ein Antrag nach § 26 Abs. 2 ARegV gestellt werden müsse. Zur Wahrnehmung der mit der Übernahme des Netzbetriebs zusammenhängenden Rechte und Pflichten seien am [redacted] erste Gespräche mit der AG geführt worden. Bereits im [redacted] habe die AG die Übertragung einer Erlösobergrenze i.H.v. [redacted] angeboten. Dieser Betrag setze sich aus Kapitalkosten i.H.v. [redacted], Verlustenergiekosten [redacted] und sonstigen operativen Kosten i.H.v. [redacted] zusammen. Eine nachvollziehbare Herleitung der aufwandsgleichen Kosten sei durch die AG nicht vorgelegt worden. Die AG habe es auch abgelehnt, einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer mit der Überprüfung der Kostenrechnung zu beauftragen. Zum Nachweis legt die ASt ihr eigenes Schreiben vom [redacted] vor (ASt – Anlage 1), in dem sie der AG die Überprüfung der Kosten durch einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer vorschlägt.

Die ASt geht davon aus, dass die von der AG angegebenen operativen Kosten nicht hinreichend sind, um den Netzbetrieb künftig kostendeckend führen zu können. Hierzu legt die ASt eine Untersuchung der

[redacted] vor ([redacted]). Dieses Gutachten ermittele einen operativen Kostenanteil i.H.v. [redacted]. Der Kostenansatz der AG sei daher nicht plausibel und auch nicht nachvollziehbar.

Auf den Seiten 1 f. des Gutachtens wird ausgeführt, dass die AG der ASt mit Schreiben vom [redacted] Informationen zu Absatzmengen, Einspeisungen, detaillierte Netzpläne und ein Netzentflechtungskonzept überlassen habe. Weitergehende Betriebsmittelinformationen stehen „intern“ zur Verfügung. Entflechtungsaufwendungen fallen nicht an. Gem. StromNEV ergeben sich nach Auffassung der [redacted] bereits Kapitalkosten

Die ASt führt aus, dass § 26 Abs. 2 ARegV ein „Sonderrechtsverhältnis“ begründe, aus dem eine weitgehende Informationspflicht der AG abzuleiten sei. § 26 Abs. 2 S. 2 ARegV verpflichte die AG dazu, anzugeben und zu begründen, welcher Erlösanteil dem übergehenden und dem verbleibenden Netzanteil zuzurechnen sei. Es sei daher zwingend erforderlich, dass die ASt in die Lage versetzt werde, die Aufteilung der Erlösobergrenze durch die AG nachzuvollziehen. Dies sei nur möglich, wenn die AG alle Daten offenlege, die sie zur Zuordnung der Erlösanteile herangezogen habe. Dies entspreche auch der Auffassung der Regulierungsbehörden, wie sie in dem Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträgen

auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV niedergelegt sei.

Die ASt trägt vor, dass sich Ihre Betroffenheit aus der Tatsache ergebe, dass die Nachvollziehbarkeit des von der AG angebotenen Erlösanteils nicht gegeben ist. Eine den Vorgaben des § 17 Abs. 1 S. 1 ARegV entsprechende Entgeltbildung sei nicht möglich.

Die ASt führt aus, dass das mit Antragsschreiben vom 31.05.2012 dargestellte Verhalten der AG zulässiger Gegenstand eines besonderen Missbrauchsverfahrens sei. Die Regelungen der Anreizregulierungsverordnung seien auf der Grundlage des § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG und damit auf Grundlage einer Bestimmung des Abschnitts 3 des dritten Teils des Energiewirtschaftsgesetzes erlassen worden. Mit der Anreizregulierungsverordnung werde eine Methode zur Bestimmung von Entgelten für den Netzzugang vorgegeben. Daher sei offenkundig, dass der gemäß § 26 Abs. 2 ARegV zu erstellende Antrag auf Neufestlegung der Erlösobergrenzen nach einem teilweisen Netzübergang Auswirkungen auf die Höhe der Netzentgelte sowohl im Netzgebiet der AG als auch der ASt habe und somit Fragen des Netzzugangs berühre.

Weiter könne die AG die verweigerte Offenlegung der notwendigen Informationen auch nicht mit Verweis auf die Entscheidung der Beschlusskammer 6 vom 19.06.2012 (BK6-11-079) begründen, weil die Beschlusskammer 6 dort über einen Sachverhalt zu entscheiden hatte, in dem noch gar keine konkreten Angaben des bisherigen Netzbetreibers zu dem aus seiner Sicht zu übertragenden Erlösobergrenzenanteil vorlagen. Die Frage, welche Informationen der bisherige Netzbetreiber mit dem von ihm ermittelten Erlösobergrenzenanteil offenzulegen hat, um dem Netzübernehmer die insoweit erforderliche Nachprüfung zu ermöglichen, sei nicht Gegenstand dieser Entscheidung gewesen.

Die ASt beantragt, die AG zu verpflichten,

1. alle Kostenstellen mit deren Kosten, differenziert nach Kostenarten, offenzulegen, die im Fall der ASt bei der nach § 6 Abs. 2 ARegV vorgenommenen Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenze der ersten Regulierungsperiode den Kostenträgern Mittelspannungsebene sowie Umspannung Mittel- und Niederspannungsebene zugeordnet worden sind,
2. alle Daten offenzulegen, auf deren Grundlage die Verteilungsschlüssel für die unter Ziffer 1) benannte Zuordnung zu den Kostenträgern gebildet worden sind und

3. alle Kostenarten offenzulegen, die im Fall der ASt bei der nach § 6 Abs. 2 ARegV vorgenommenen Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenze der ersten Regulierungsperiode den Hauptkostenstellen „Mittelspannungsnetz“ sowie „Umspannung Mittel- /Niederspannung“ zugeordnet worden sind.

Die AG beantragt,

die Anträge der Antragstellerin aus dem Schriftsatz vom 31.05.2012 zurückzuweisen.

Die AG ist der Auffassung, dass der Antrag auf Einleitung eines Missbrauchsverfahrens gemäß § 31 EnWG nicht statthaft sei. Die Überprüfung eines Verhaltens im Zusammenhang mit der Übertragung der Erlösobergrenze nach § 26 Abs. 2 ARegV sei weder gemeinschaftsrechtlich noch nach dem EnWG im Missbrauchsverfahren nach § 31 EnWG vorgesehen, da weder Fragen des Netzanschlusses noch des Netzzugangs betroffen seien. Darüber hinaus stellten die Meinungsunterschiede über die Höhe der aufwandsgleichen Kosten eine typische zivilrechtliche Auseinandersetzung im Vorfeld einer Antragsstellung gemäß § 26 Abs. 2 ARegV dar. Dies stehe auch im Einklang mit den Ausführungen der Bundesnetzagentur im Leitfaden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV.

Zudem fehle es mangels missbräuchlichen Handelns der Antragsgegnerin an der Begründetheit des Antrags. Die Antragsstellerin verfüge als Eigentümerin der streitgegenständlichen Netzanlagen bezüglich der Capex-Anteile über alle relevanten Informationen. Hinsichtlich der Opex-Anteile habe sie der Antragsstellerin mit Schreiben die Unterlagen gemäß § 26 ARegV zur Höhe der Erlösobergrenze 2013 zugesandt. Im Übrigen seien die begehrten Informationen für einen Antrag nach § 26 Abs. 2 ARegV nicht erforderlich, was mit einem Verweis auf die Entscheidung der Beschlusskammer 6 (BK6-11-079) begründet wird, und eine detaillierte und vollumfängliche Offenlegung sowie Aufschlüsselung der aufwandsgleichen Kosten könne auch in Ansehung der grundrechtlich geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Antragsgegnerin nicht gefordert werden.

Mit Schreiben vom 26.06.2012, eingegangen bei der Bundesnetzagentur per Telefax am 26.06.2012 und auf dem Postwege am 27.06.2012, hat die ASt eine Eingangsbestätigung und Hinweise zur Vollständigkeit des Antrages erbeten.

Mit Schreiben vom 06.07.2012 hat die Beschlusskammer 6 mitgeteilt, dass die Voraussetzungen für die Durchführung eines Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG nicht vorlägen und ein Aufgreifermessen nach § 65 EnWG nicht ausgeübt werde.

Die ASt hat daraufhin mit Schreiben vom 16.07.2012, eingegangen bei der Bundesnetzagentur per Telefax am 16.07.2012 und auf dem Postwege am 19.07.2012, vorgetragen, dass ein Verstoß gegen § 26 Abs. 2 ARegV vorliege und somit gegen eine Verordnung verstoßen worden sei, die auf Grundlage des Abschnitts 3 des EnWG erlassen wurde. Somit sei der Verstoß einer Bewertung im Missbrauchsverfahren grundsätzlich zugänglich.

Mit Schreiben vom 07.08.2012 hat die Beschlusskammer 8 mitgeteilt, dass die Rechtsauffassung der Beschlusskammer 6 geteilt werde. Subjektive Rechte der ASt seien aus § 26 Abs. 2 ARegV nicht ableitbar.

Die Beschlusskammer 8 hat im allseitigen Einvernehmen ein gemeinsames Gespräch zur Erörterung der Sach- und Rechtslage mit der ASt und der AG anberaunt. Nachdem die Beteiligten in diesem Gespräch am 02.10.2012 ihre Positionen eingehend ausgetauscht haben, konnte weder eine einvernehmliche Einigung noch eine Annäherung erzielt werden.

Die Landesregulierungsbehörde Nordrhein-Westfalen im Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landes Nordrhein-Westfalen und das Bundeskartellamt wurden über die Einleitung des Verfahrens informiert.

ASt und AG wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die AG beantragte mit Schreiben vom 02.11.2012 im Rahmen ihrer Stellungnahme unter anderem auch die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, um ihre Rechtsauffassung weiter darlegen und erforderlichenfalls weitere Auskünfte erteilen zu können. Die ASt nahm hierzu mit Schreiben vom 22.11.2012 Stellung. Sie führte aus, dass die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht zweckmäßig erscheine, weil angesichts

des am 02.10.2012 geführten gemeinsamen Gespräches ein weiterer Erkenntnisgewinn nicht zu erwarten sei.

ASt und AG wurde der Entwurf des Beschlusses mit Schreiben vom 29.01.2013 zur weiteren Stellungnahme übermittelt. Die ASt nahm hierzu mit Schreiben vom 13.02.2013 und die AG mit Schreiben vom 14.02.2013 Stellung.

Das Bundeskartellamt und die nach Landesrecht zuständige Behörde, in deren Bundesland der Sitz des betroffenen Netzbetreibers belegen ist, erhielten jeweils mit Schreiben vom 21.02.2013 Gelegenheit zur Stellungnahme.

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

## II.

### 1.

Die Bundesnetzagentur ist gemäß § 54 Abs. 1 und 3 EnWG die zuständige Regulierungsbehörde für die Durchsetzung der Vorgaben des EnWG und der darauf beruhenden Verordnungen und Festlegungen. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer 8 ergibt sich aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

### 2.

Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung steht gem. § 67 Abs. 3 Satz 1 EnWG im Ermessen der Beschlusskammer. Aus Sicht der Kammer sprechen die überwiegenden Gründe hier gegen die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Die AG hat ihre Durchführung beantragt, um ihre Rechtsauffassung weiter darlegen und erforderlichenfalls weitere Auskünfte erteilen zu können. Allerdings macht dies die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht erforderlich. Der Sachverhalt und die Position der Beteiligten sind hinreichend geklärt. Insbesondere ist zu beachten, dass die Beteiligten im Rahmen des Gespräches vom 02.10.2012 Gelegenheit hatten, ihre Auffassungen zur Behandlung dieses Sachverhalts auszutauschen. In diesem Gespräch ist deutlich geworden, dass erkennbar kein Einigungswille gegeben ist. Zudem erfolgte eine ergänzende schriftliche Stellungnahme beider Beteiligten im Nachgang zu diesem Gespräch. Wesentliche neue Erkenntnisse sind dabei

nicht zu Tage getreten. Daher ist davon auszugehen, dass in einer mündlichen Verhandlung die bislang schon ausgetauschten Positionen lediglich wiederholt werden. Einen zusätzlichen Erkenntnisgewinn für die Entscheidung erwartet die Beschlusskammer nicht, zumal die Entscheidung dem Begehren der AG entspricht.

Auch im Hinblick auf die Tatsache, dass hier im Wesentlichen eine Rechtsfrage zu entscheiden ist, wird die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht für förderlich erachtet. Nach Abwägung sämtlicher vorbenannter Aspekte überwiegen aus Sicht der Beschlusskammer die Gründe, die gegen die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sprechen.

### 3.

Der Antrag ist jedenfalls unbegründet, weil sich aus § 26 Abs. 2 ARegV die geltend gemachten Informationsansprüche nicht ergeben.

Auch wenn die ASt. die begehrten Informationen zur Durchführung des § 26 Verfahrens zu benötigen glaubt, kann sie die geltend gemachten Informationsansprüche nicht aus § 26 Abs. 2 ARegV ableiten, weil diese Bestimmung keinen Anspruch auf Überlassung von Informationen gewährt. § 26 ARegV regelt die Vorgehensweise der Regulierungsbehörden bei einem Übergang von Netzen sowie Netzzusammenschlüssen (vgl. BR-Drs. 417/07, S. 71). § 26 Abs. 2 Satz 1 ARegV sieht in diesem Kontext vor, dass bei einem teilweisen Übergang eines Energieversorgungsnetzes auf einen anderen Netzbetreiber und bei Netzaufspaltungen die Erlösobergrenzen auf Antrag der beteiligten Netzbetreiber nach § 32 Abs. 1 Nr. 1 neu festzulegen sind. Hierzu ist bei der Regulierungsbehörde ein Antrag zu stellen, in dem darzulegen ist, welcher Erlösteil welchem Netz zugerechnet werden soll. Die Vorschrift regelt, in welcher Weise die ermittelten Ineffizienzen mittels Effizienzvorgaben abzubauen sind. Dem Wortlaut, dem Sinn und Zweck der Vorschrift und der Begründung ist keine Anspruchsgrundlage für die Anforderung von Informationen zu entnehmen.

Etwas anderes ergibt sich im Hinblick auf Sinn, Zweck und Systematik der Norm auch nicht daraus, dass die beteiligten Netzbetreiber zur Einreichung eines Antrags auf Neufestlegung der Erlösobergrenzen verpflichtet sind, denn jedenfalls bleibt zu berücksichtigen, dass § 26 Abs. 2 ARegV nicht das Verhältnis der beteiligten Netzbetreiber untereinander regelt. Die Bestimmung bezieht sich auf das Verhältnis der

beteiligten Netzbetreiber zu der Regulierungsbehörde und begründet keine Rechtspositionen eines Netzbetreibers gegenüber einem anderen. Dementsprechend kann auch ein Informationsanspruch systematisch nicht aus § 26 Abs. 2 ARegV abgeleitet werden. Kann zwischen dem abgebenden und dem aufnehmenden Netzbetreiber keine Einigkeit über den gemeinsamen Antrag bzw. über die erforderlichen übereinstimmenden Anträge erzielt werden, muss ggfs. zivilgerichtliche Hilfe in Anspruch genommen werden (Petermann, in: Holznagel/Schütz (Hrsg.), ARegV, 2013, § 26 Rdnr. 22).

Auch aus dem Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV ergibt sich nichts Gegenteiliges. Dieser Leitfaden enthält zwar unter anderem auch präzisierende Ausführungen zu dem Antrag, der Antragsberechtigung und der Form des Antrags; Informationsansprüche finden jedoch keine Erwähnung und werden auch nicht begründet. Ohnehin soll und kann dieser Leitfaden an dem Inhalt der gesetzlichen Regelung – die gerade keine Informationsansprüche vorsieht – nichts ändern.

Auskunftsansprüche sind hier auch nicht aus § 46 EnWG ableitbar, da der Anwendungsbereich dieser Bestimmung vorliegend nicht eröffnet ist.

Auch der Ansatz der ASt, ein sog. Sonderrechtsverhältnis darzulegen, aus dem für die beteiligten Unternehmen eine Pflicht erwächst, die zur Stellung des Antrags notwendigen Informationen der jeweils anderen Stelle zugänglich zu machen, führt hier zu keinem anderen Ergebnis. Als Sonderrechtsverhältnis wird ein Zustand gesteigerter Bindung des Bürgers an den Staat verstanden, der über die normale Intensität hinausgeht (exemplarisch: BVerfGE 108, 282 - Kopftuchurteil). Beispielhaft kann hier auch das Beamtenverhältnis genannt werden. Das Verhältnis von einer juristischen Person zur anderen ist damit nicht erfasst. Letztlich bedarf es aber hierüber keiner abschließenden Entscheidung, weil die geltend gemachten Informationsansprüche jedenfalls nicht aus § 26 Abs. 2 ARegV ableitbar sind.

Auf die Frage, ob und inwieweit sich ein Anspruch auf Überlassung von Informationen aus einer vertraglichen Nebenpflicht (§ 242 BGB) zu dem bis zum bestehenden Pachtvertrag ergeben kann, kommt es hier auch nicht weiter an, weil

zur Durchsetzung dieser Rechtsinteressen zivilgerichtliche Hilfe in Anspruch genommen werden kann.

Sonstige Bestimmungen, aus denen sich die geltend gemachten Informationsansprüche ergeben könnten, sind jedenfalls in der Zuständigkeit der Bundesnetzagentur nicht erkennbar.

### Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann binnen einer Frist von einem Monat nach Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist schriftlich bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf) eingeht. Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten. Die Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

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

Bonn, den 05.03.2013

Vorsitzender

  
Lüdtké-Handjery

Beisitzer

  
Bender

Beisitzer

  
Wetzl