



Beschluss

WA	EINGEGANGEN	10. APR. 2015
SB	22. APR. 2015	10. APR. 2015
Rechts Anw.	Wirtz, Walter, Schmitz & Partner	10. APR. 2015
ZGA		

In dem Vorteilsabschöpfungsverfahren gegen die

Salzgitter Gas GmbH, Erzwäsche 20, 38229 Salzgitter, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Betroffene -

Verfahrensbevollmächtigte:

Wirtz, Walter, Schmitz & Partner, Wilhelm-Strauß-Str. 45-47, 41236 Mönchengladbach

wegen der Nichtanpassung von Netzentgelten

hat die Beschlusskammer 9 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch den Vorsitzenden

Helmut Fuß,

den Beisitzer

Dr. Jörg Mallossek,

und die Beisitzerin

Anne Christine Zeidler

am 20.04.2015 beschlossen:

1. Die Betroffene wird verpflichtet, innerhalb von vier Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses [REDACTED] an die Bundeskasse Trier, IBAN DE81 5900 0000 0059 0010 20, BIC MARKDEF1590, Verwendungszweck KZ 1154 2023 3777 zu zahlen.
2. Es ergeht ein gesonderter Gebührenbescheid.

GRÜNDE

I.

Die Betroffene ist Rechtsnachfolgerin der mittlerweile erloschenen Primagas GmbH (im Folgenden: Primagas). Der Geschäftsgegenstand der Primagas war der Handel mit Gas sowie der Handel mit und die Herstellung von Gasgeräten und anderen Produkten. Zudem war sie [REDACTED] Betreiberin eines Erdgasnetzes. Die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode wurde erstmals mit Beschluss vom 03.12.2008, Az. BK9-07/892, festgelegt. Dabei wurde für das Jahr 2009 eine Erlösobergrenze in Höhe von [REDACTED] vorgesehen. Im Laufe des Jahres 2009 gab Primagas mehrere Teilnetze ab. Sie übergab das Netz in der Gemeinde [REDACTED] zum 01.01.2009 an die [REDACTED], die Netze in den Ortschaften [REDACTED] zum 01.05.2009 und den [REDACTED] zum 01.06.2009 an die [REDACTED]. Für alle Netzübergänge stellten Primagas und das jeweilige aufnehmende Unternehmen weitgehend kongruente Anträge auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen gem. § 26 Abs. 2 S. 1 ARegV. Am 06.09.2010 reichte Primagas über das Energiedatenportal der Bundesnetzagentur einen Erhebungsbogen ein, nach dem vorgesehen war, dass von der ursprünglichen kalenderjährlichen Erlösobergrenze für das Jahr 2009 in Höhe von [REDACTED] ein Anteil von [REDACTED] an die [REDACTED] übergehen sollte. Am 25.11.2010 reichte Primagas über das Energiedatenportal einen weiteren Erhebungsbogen ein, nach dem vorgesehen war, dass von der Erlösobergrenze ein weiterer Anteil von [REDACTED] an die [REDACTED] übergehen sollte. Insgesamt vereinnahmte Primagas im Jahr 2009 Netzentgelte in

Höhe von [REDACTED] und teilte dies der Beschlusskammer im Rahmen ihres Berichts nach § 28 Nr. 2 ARegV mit.⁴

Mit Schreiben vom 20.12.2010 übersandte die Beschlusskammer der Primagas eine „Information zum Regulierungskonto Gas gemäß § 5 ARegV für das Jahr 2009“. Dabei handelte es sich um ein Standardschreiben, das im Rahmen eines Massenverfahrens allen Netzbetreibern im Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur zugesandt wurde. Das Schreiben enthielt folgenden Hinweis: „Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass diese Mitteilung zum Stand des Regulierungskontos einen rein formalen Charakter hat. Einen Bescheid, in dem der Saldo des Regulierungskontos festgestellt wird, erhalten Sie am Ende der ersten Regulierungsperiode.“ In der beigefügten Anlage wurden für das Jahr 2009 tatsächliche erzielte Erlöse in Höhe von [REDACTED] und eine Erlösobergrenze in Höhe von [REDACTED] ausgewiesen. Unter „Anpassung der Netzentgelte gemäß § 5 Absatz 3 ARegV zum 01.01.2011“ war „Keine Anpassung!“ vermerkt. Eine Bearbeitung der Anträge nach § 26 Abs. 2 ARegV war zu diesem Zeitpunkt noch nicht erfolgt.

Entsprechend den Anträgen nach § 26 Abs. 2 ARegV wurden die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen mit Beschluss vom 08.04.2011, Az. BK9-09/1034, BK9-10/1034 und BK9-11/1034, neu festgelegt. Nach diesem Beschluss betrug die Erlösobergrenze der Primagas für das Jahr 2009 nur noch [REDACTED]. Eine Ausschüttung der aus den tatsächlich eingenommenen Netzentgelten resultierenden Mehreinnahmen an die Netzkunden der Primagas erfolgte nicht. In den Jahren 2010 und 2011 gab Primagas sukzessive weitere Netzgebiete an verschiedene andere Unternehmen ab. Zum [REDACTED] erfolgte die Übergabe des letzten verbleibenden Netzes der Primagas in den [REDACTED] an die [REDACTED], womit Primagas ihre Eigenschaft als Netzbetreiberin verlor und sich nunmehr auf den Gashandel beschränkte. Am 25.10.2012 wurde sie auf die Betroffene verschmolzen, die ursprünglich eine hundertprozentige Tochter der Primagas war und mit Wirkung zum 15.10.2012 an die neugegründete Primagas Energie GmbH & Co. KG übertragen worden war.

Die Beschlusskammer führte am 25.03.2014 und am 12.06.2014 Gespräche mit der Betroffenen und regte an, die Mehrerlöse des Jahres 2009 in Höhe von [REDACTED] an die Letztverbraucher auszuschütten. Mit Schreiben vom 11.07.2014 stellte sie der Betroffenen andernfalls ein Vorteilsabschöpfungsverfahren in Aussicht. Die Betroffene bot mit Schreiben vom 16.09.2014 lediglich die Ausschüttung von [REDACTED] an die Letztverbraucher an, sofern sichergestellt sei, dass eine weitere Inanspruchnahme durch die Regulierungsbehörden oder einen Kunden ausgeschlossen sei und ihr für den Fall einer Inanspruchnahme durch die [REDACTED] oder durch einen sonstigen Dritten ein Rückzahlungsanspruch gegen die Bundesnetzagentur eingeräumt werde. Mit Schreiben vom 03.02.2015 führte die Beschlusskammer gegenüber der Betroffenen ein Anhörungsverfahren durch, woraufhin die Betroffene mit Schreiben vom 27.02.2015 Stellung nahm.

Die Betroffene hält eine Vorteilsabschöpfung für unzulässig. Eine Ausschüttungspflicht in Höhe von [REDACTED] könne schon deshalb nicht bestehen, weil ihr in den Jahren 2010 und 2011 Mindererlöse entstanden seien und der Gesamtsaldo der Jahre 2009 bis 2011 lediglich ein Plus von [REDACTED] ausweise. Ob § 5 Abs. 3 S. 1 ARegV sich nur auf den Saldo eines einzelnen Kalenderjahres beziehe, sei unerheblich, da der wirtschaftliche Vorteil i.S.d. § 33 Abs. 1 ARegV nicht auf einen bestimmten Zeitraum begrenzt sei. Außerdem müsse bei der Bestimmung des wirtschaftlichen Vorteils auch ein nachträglicher Wegfall des Vorteils berücksichtigt werden, selbst wenn dieser nicht kausal auf dem Rechtsverstoß beruhe. Auch sei der Stand des Regulierungskontos nicht in den bei Verkauf des Netzes an die [REDACTED] gezahlten Kaufpreis eingeflossen, da diese sich den Stand des Kontos nicht habe zusichern lassen; davon abgesehen stelle der Abschluss und die Durchführung eines Netzkaufvertrages keinen Rechtsverstoß da, der eine Abschöpfung des daraus resultierenden Vorteils ermögliche. Der von der Beschlusskammer berechnete Zinssatz sei zu hoch, da sich der durchschnittlich gebundene Betrag gem. § 5 Abs. 2 S. 2 ARegV aus dem Mittelwert von Jahresanfangs- und Jahresendbestand ergebe und somit nur hälftig zu berücksichtigen sei. Zudem verfolgen § 33 EnWG und die ARegV unterschiedliche Regelungsziele und der Erlass einer Vorteilsabschöpfung laufe dem System der ARegV zuwider, nach dem die Mehrerlöse den Netznutzern und nicht der Staatskasse zu Gute kommen sollen. § 33 EnWG diene

der Abschöpfung von rechtswidrig erlangten Vorteilen durch Verstöße außerhalb der Entgeltbildung. § 32 Abs. 1 Nr. 2 ARegV ermächtige die Regulierungsbehörden nur zu Entscheidungen durch Festlegungen und Genehmigungen nach § 29 Abs. 1 EnWG, erwähne aber § 33 EnWG nicht. Nach dem System der Anreizregulierung sei die [REDACTED] als Nachfolgerin der Primagas im Netzbetrieb für den Ausgleich des Regulierungskontosaldos verantwortlich und hätte sich deshalb im Kaufvertrag eine Zusicherung über den Stand des Saldos geben lassen können. Ein Ausgleich zu Gunsten der Staatskasse sei eine unbillige Belastung der Netzkunden, da die Netzentgelte im jetzigen Netzgebiet der [REDACTED] in Wirklichkeit zu hoch seien. Des Weiteren sei fraglich, ob die Befugnis zur Anordnung einer Vorteilsabschöpfung auch gegenüber dem Rechtsnachfolger eines verschmolzenen Unternehmens gelte, da öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse nicht stets in die Gesamtrechtsnachfolge nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG einbezogen werden. Außerdem sei die Pflicht zur Anpassung der Netzentgelte noch nicht zum 01.01.2011 entstanden, da die Erlösobergrenze für das Jahr 2009 erst durch den Beschluss vom 08.04.2011 herabgesetzt worden sei und zuvor noch von der alten Erlösobergrenze auszugehen gewesen sei. Eine unmittelbar nach Teilnetzübergang entstehende Ausschüttungspflicht komme schon deshalb nicht in Betracht, weil eine unterjährige Anpassung der Netzentgelte nach § 17 Abs. 3 ARegV nicht möglich sei. Außerdem könne ein abgebender Netzbetreiber nicht darauf vertrauen, dass die Aufteilung der Erlösobergrenzen von der Regulierungsbehörde antragsgemäß übernommen werde, da diese zunächst die Sachgerechtigkeit der Aufteilung überprüfen müsse. Ferner sei § 5 Abs. 3 S. 1 ARegV eine Ausnahmenvorschrift, deren Anwendbarkeit bei einer um 1,5 Jahre zurückwirkenden Senkung einer Erlösobergrenze fraglich sei. Überdies sei der wirtschaftliche Vorteil in Höhe der positiven Regulierungskontosalden in den Jahren 2010 und 2011 entfallen. Nach § 5 Abs. 4 ARegV werde der sich am Ende der Regulierungsperiode ergebende Gesamtsaldo in Form von Zu- oder Abschlägen in der folgenden Regulierungsperiode abgebaut. Erfolge bereits vorher ein Ausgleich nach § 5 Abs. 3 S. 1 ARegV, käme es zu einer Doppelverrechnung. Des Weiteren habe Primagas wegen des Schreibens der Beschlusskammer vom 20.12.2010 darauf vertrauen dürfen, dass keine Anpassung der Netzentgelte zu erfolgen habe. Eine Verantwortlichkeit der Betroffenen scheide aus, da gegenüber der Primagas noch keine Vorteilsabschöpfung angeordnet worden sei und § 33 EnWG keine dem § 30

Abs. 2a OWiG entsprechende Berechtigung zur Inanspruchnahme von Gesamtrechtsnachfolgern enthalte.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte Bezug genommen.

II.

Die Vorteilsabschöpfung erfolgt auf der Grundlage des § 33 Abs. 1 EnWG.

1. Zuständigkeit

Die Bundesnetzagentur ist gemäß § 54 Abs. 1 EnWG die zuständige Regulierungsbehörde. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer ergibt sich aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

2. Ermächtigungsgrundlage

Nach § 33 Abs. 1 EnWG kann die Regulierungsbehörde die Abschöpfung eines wirtschaftlichen Vorteils anordnen, den ein Unternehmen dadurch erlangt hat, dass es vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift der Abschnitte 2 und 3 des EnWG, eine auf Grund der Vorschriften dieser Abschnitte erlassene Rechtsverordnung oder eine auf der Grundlage dieser Vorschriften ergangene Entscheidung der Regulierungsbehörde verstoßen hat, und dem Unternehmen die Zahlung des entsprechenden Geldbetrages auferlegen.

Entgegen der Ansicht der Betroffenen ist die Vorteilsabschöpfung im Rahmen der Anreizregulierung anwendbar und nicht wegen angeblich unterschiedlicher Regulierungsziele von Vorteilsabschöpfung und ARegV ausgeschlossen. Zwar weist die Betroffene zutreffend darauf hin, dass zu viel vereinnahmte Erlöse vorrangig den Netznutzern in Form von geringeren Netzentgelten und nicht der Staatskasse zu Gute kommen sollen. Es gibt jedoch Fälle, in denen eine Senkung der Netzentgelte nicht mehr möglich ist, da das Unternehmen, das zu hohe Entgelte vereinnahmt hat, seine Netzentgelte nicht mehr senken kann, weil es – wie im Falle der Primagas – nicht

mehr als Netzbetreiber tätig ist. Im vorliegenden Fall wäre eine Korrektur über das Regulierungskonto des an die Stelle der Primagas getretenen Netzbetreibers, der [REDACTED] nicht sachgerecht. Dies würde zu dramatischen Entgeltsenkungen in einem begrenzten Netzgebiet führen, das nur einen kleinen Teil des ursprünglichen Netzes der Primagas ausmacht, weil zufällig dieses Teilnetz als letztes an einen anderen Betreiber übergang, obwohl es keinen Zusammenhang zwischen dem hier relevanten Verhalten der Primagas und gerade diesem Teilnetz gibt. Entgegen dem Vortrag der Betroffenen sind die Netzentgelte im Netzgebiet der [REDACTED] nicht signifikant überhöht, da die Mehrerlöse der Primagas nicht allein in diesem Gebiet, sondern in allen 2011 noch vorhandenen Netzgebieten der Primagas auszuschütten gewesen wären. § 33 EnWG dient dazu, ein regulatorisches Instrument für die Behandlung solcher atypischen Fälle zu schaffen, in welchen die Korrektur und Sanktionierung einer Marktstörung durch ein Fehlverhalten eines Netzbetreibers geboten ist, aber die gewöhnlichen Ausgleichsmechanismen der ARegV versagen. Die Vorteilsabschöpfung ist subsidiär gegenüber Schadensersatzleistungen an die geschädigten Netznutzer, die nach § 33 Abs. 2 S. 2 EnWG zu einer Rückerstattung des abgeschöpften Vorteils führen. Wäre sie im Anwendungsbereich der ARegV nicht anwendbar, stellte sich die Frage, welches abweichende Regelungsziel sie verfolgen soll. Der Anwendungsbereich der Vorteilsabschöpfung wäre stark reduziert. Verstöße gegen Vorschriften des Energiewirtschaftsrechts, die zur Erlangung eines wirtschaftlichen Vorteils führen, lassen sich außerhalb der Entgeltbildung kaum denken. Zwar können, wie die Betroffene zutreffend vorträgt, auch sonstige Vorteile durch Ausschaltung oder Zurückdrängung von Wettbewerbern entstehen. Diese Verbesserung der Marktsituation wird sich aber kaum jemals präzise nachweisen, quantifizieren und abschöpfen lassen.

Unschädlich ist auch, dass § 32 Abs. 1 Nr. 2 ARegV nicht auf § 33 EnWG verweist. § 32 ARegV enthält eine Reihe von Befugnissen zur Umsetzung der ARegV durch Festlegungen und Genehmigungen nach § 29 Abs. 1 EnWG. Diese Bestimmungen sind notwendig, da § 29 Abs. 1 EnWG selbst nur die Handlungsformen der Festlegung und der Genehmigung beschreibt, ohne konkret zu regeln, in welchen Fällen sie zum Einsatz kommen dürfen. Für die Vorteilsabschöpfung bedarf es eines solchen Verweises nicht, da sich diese Befugnis bereits aus § 33 EnWG ergibt.

3. Rechtsverstoß

Primagas hat gegen § 5 Abs. 3 S. 1 ARegV verstoßen. Hiernach ist ein Netzbetreiber verpflichtet, seine Netzentgelte nach Maßgabe des § 17 ARegV anzupassen, wenn die von ihm erzielten Erlöse aus dem Netzbetrieb die nach § 4 ARegV zulässigen Erlöse des letzten abgeschlossenen Kalenderjahres um mehr als 5 Prozent übersteigen. Primagas erzielte im Jahr 2009 Erlöse in Höhe von [REDACTED]. Zulässig waren für dieses Jahr nach dem Beschluss der Bundesnetzagentur vom 08.04.2011 jedoch nur Erlöse in Höhe von [REDACTED]. Aus der Differenz zwischen diesen beiden Beträgen abzüglich der Differenz von tatsächlichen entstandenen und in der Erlösobergrenze angesetzten Kosten aus der Inanspruchnahme vorgelagerter Netzebenen gem. § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ARegV ergeben sich Mehrerlöse in Höhe von [REDACTED]. Damit überstiegen die tatsächlichen Erlöse die zulässigen Erlöse um [REDACTED]. Somit hätte eine Ausschüttung in Höhe von [REDACTED] an die Netzkunden der Primagas erfolgen müssen, die nach § 17 Abs. 3 S. 1 ARegV durch Anpassung der Netzentgelte zum 01.01.2011 umzusetzen gewesen wäre. Andernfalls hätten die Netzkunden der Primagas die Folgen der für sie nicht beeinflussbaren Netzübergänge in Form von überhöhten Netzentgelten zu tragen, welche die Betriebskosten der bei Primagas verbliebenen Netzinfrastruktur nicht widerspiegeln.

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Erlösobergrenze für das Jahr 2009 ursprünglich bei [REDACTED] lag und erst nachträglich durch den Beschluss vom 08.04.2011 reduziert wurde. Die Ausschüttungspflicht entsteht nach dem Sinn und Zweck des § 5 Abs. 3 ARegV nicht erst nach der u.U. erst Jahre nach dem Netzübergang erfolgenden förmlichen Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen durch die Regulierungsbehörde, sondern bereits nach dem die Neufestlegung auslösenden Netzübergang selbst. Die Erlöse dienen dazu, die Kosten des Netzbetriebs zu decken und dem Netzbetreiber eine angemessene Eigenkapitalverzinsung zu gewähren. Mit dem Netzübergang verändern sich jedoch unmittelbar die von den beteiligten Netzbetreibern jeweils zu tragenden Kosten. Dementsprechend müssen sich auch die zulässigerweise erzielbaren Einnahmen ohne Zeitverzug verändern. Andernfalls könnten vom abgebenden Netzbetreiber im Zeitraum zwischen

dem Übergang und der Neufestlegung in erheblichem Umfang Erlöse vereinnahmt werden, die vor dem Hintergrund seiner verbliebenen Kostenstruktur nicht mehr gerechtfertigt wären. Zwar würden diese Mehreinnahmen auch bei einer rückwirkenden Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nachträglich über das Regulierungskonto ausgeglichen. Allerdings könnte bis zu diesem Zeitpunkt bereits ein erhebliches Missverhältnis zwischen vereinnahmten und zulässigen Erlösen entstanden sein, sodass die nachträgliche Anpassung der Erlösobergrenzen schlagartig zu einem äußerst hohen Saldo auf dem Regulierungskonto und somit die Anpassungspflicht zu einer drastischen Absenkung der Netzentgelte führen würde. Umgekehrt entsteht für den aufnehmenden Netzbetreiber auch das Anpassungsrecht aus § 5 Abs. 3 S. 2 ARegV bereits mit der Aufnahme des Teilnetzes. Andernfalls wäre die Netzübernahme oftmals wirtschaftlich unzumutbar, da der Übernehmer nicht wissen kann, wann die förmliche Anpassung seiner Erlösobergrenzen erfolgen wird. Er könnte schlimmstenfalls jahrelang die Kosten des übernommenen Netzes nicht aus seinen Netzentgelten refinanzieren und müsste nach Anpassung der Erlösobergrenzen seine Entgelte massiv erhöhen, wenn er sein Regulierungskonto ausgleichen will. Dieses sofortige Anpassungsrecht muss aber zeitlich mit der Ausschüttungspflicht des abgebenden Netzbetreibers korrespondieren, da ansonsten die Summe beider Erlösanteile entgegen § 26 Abs. 2 S. 3 ARegV zeitweise höher wäre als die für das betroffene Netz insgesamt festgelegte Erlösobergrenze.

Ferner steht der Ausschüttungspflicht nicht entgegen, dass die Beschlusskammer der Primagas mit Schreiben vom 20.12.2010 mitgeteilt hat, es sei keine Ausschüttungspflicht gegeben. Bei diesem Schreiben handelte es sich um ein Standard-schreiben, dass im Rahmen eines automatisierten Massenverfahrens allen Netzbetreibern im Zuständigkeitsbereich der Beschlusskammer zugestellt wurde. Es enthielt den ausdrücklichen Hinweis, dass es nur den Charakter einer Mitteilung hatte und keine verbindliche Festsetzung über den Stand des Regulierungskontos oder über eine Ausschüttungspflicht enthielt. Da zudem noch die ursprünglichen Erlösobergrenzen ausgewiesen wurden, war für Primagas unmittelbar ersichtlich, dass das Schreiben ohne Berücksichtigung der noch unbeschiedenen Anträge nach § 26 Abs. 2 ARegV erstellt worden war. Sie konnte deshalb nicht schutzwürdig darauf vertrau-

en, dass auch unter Berücksichtigung des Netzübergangs keine Ausschüttungspflicht bestand.

Die Ausschüttungspflicht war für Primagas auch der Höhe nach bestimmbar. Bei allen Netzübergängen lagen jeweils kongruente Anträge beider Netzbetreiber vor. Primagas konnte also davon ausgehen, dass die Erlösobergrenzen in der beantragten Höhe neu festgelegt werden. Nach Rechtsauffassung und ständiger Beschlusspraxis der Beschlusskammer findet im Rahmen des Antragsverfahrens nach § 26 Abs. 2 ARegV grundsätzlich keine inhaltliche Prüfung der Anträge statt. Die Beschlusskammer sieht sich vielmehr an die übereinstimmenden Anträge gebunden. Soweit Literaturstimmen darauf hinweisen, dass die Aufteilung der Erlösobergrenzen sachgerecht erfolgen muss und dies gegenüber der Regulierungsbehörde nachzuweisen ist (*Holznagel/Schütz*, ARegV, § 26 Rn. 29), ist dies lediglich Ausdruck der allgemeinen Verpflichtung der Netzbetreiber, ihre Entgelte sachgerecht und für die Regulierungsbehörde transparent zu bilden, bedeutet aber nicht, dass die Sachgerechtigkeit im Antragsverfahren förmlich überprüft wird. Aus den beiden von Primagas selbst bereits im Jahr 2010 eingereichten Erhebungsbögen ließ sich die später festgelegte Erlösobergrenze für das Jahr 2009 in Höhe von [REDACTED] mühelos errechnen.

Entgegen der Ansicht der Betroffenen ist nicht auf den Gesamtsaldo der Jahre 2009 bis 2011 abzustellen, sondern der Saldo des Jahres 2009 isoliert zu betrachten. Der Wortlaut des § 5 Abs. 3 S. 1 ARegV stellt auf das einzelne Kalenderjahr ab. Die Anpassungspflicht aus § 5 Abs. 3 S. 1 ARegV entfällt auch nicht dadurch, dass zur Ermittlung des Ausgangsniveaus für die zweite Regulierungsperiode ein Ausgleich des Regulierungskontosaldos nach § 5 Abs. 4 ARegV stattfindet. Zum einen ergibt sich dies unmittelbar aus dem Wortlaut der Abs. 3 und 4, nach denen die Feststellung des relevanten Saldos (zum 31.12.2011) zeitlich vor der Anpassung der Netzentgelte erfolgt. Zum anderen hat vorliegend überhaupt kein Ausgleich des Regulierungskontos nach § 5 Abs. 4 ARegV stattgefunden, da Primagas in der zweiten Regulierungsperiode kein Netz mehr betrieb.

4. Verschulden

Der Verstoß erfolgte wenigstens fahrlässig. Die Geschäftsführung von Primagas wusste, dass ihre kalenderjährlichen Erlösobergrenzen infolge der Netzübergänge und der von ihr selbst eingereichten Anträge auf Neufestlegung nach unten korrigiert werden würden. Da die Anträge der Primagas inhaltlich im Wesentlichen mit den korrespondierenden Anträgen der aufnehmenden Netzbetreiber übereinstimmten, was den Vereinbarungen mit den jeweiligen Vertragspartnern entsprochen haben dürfte, war mit einer antragsgemäßen Bescheidung durch die Bundesnetzagentur zu rechnen. Die Verantwortlichen hätten bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt also erkennen können und müssen, dass eine Herabsetzung der Erlösobergrenze der Primagas für das Jahr 2009 im beantragten Umfang erfolgen würde und dadurch wegen der Vereinnahmung der Erlöse in der ursprünglich zulässigen Höhe ein erheblicher positiver Saldo auf dem Regulierungskonto entstanden war, der im Jahr 2011 hätte ausgeschüttet werden müssen. Auch dem Schreiben der Beschlusskammer vom 01.01.2011 hätten sie aus den oben genannten Gründen nichts anderes entnehmen dürfen. Im Übrigen stünde ein etwaiges fehlendes Bewusstsein für die Rechtswidrigkeit der unterlassenen Ausschüttung dem Verschulden nicht entgegen. Vorsatz oder Fahrlässigkeit beziehen sich lediglich auf alle Merkmale des objektiven Tatbestands der verletzten Norm. Ein Unrechtsbewusstsein bzw. eine Schuld im strafrechtlichen Sinne wird von § 33 Abs. 1 EnWG nicht verlangt. Auch ein Verbotsirrtum i.S.d. § 17 StGB ist der Vorteilsabschöpfung bzw. dem Verwaltungsrecht insgesamt fremd.

5. Wirtschaftlicher Vorteil

Der wirtschaftliche Vorteil ist nach dem Saldierungsgrundsatz im Vergleich zur vermögensrechtlichen Gesamtsituation der Betroffenen zu errechnen. Es ist die Situation ohne Zuwiderhandlung mit der Situation zu vergleichen, wie sie sich durch die Zuwiderhandlung ergeben hat (*Britz/Hellermann/Hermes*, EnWG, § 33 Rn. 7). Es muss also sowohl die Gewinnentwicklung berücksichtigt werden, die sich ohne den Rechtsverstoß eingestellt hätte, als auch ein nachträglicher Wegfall des Vorteils. Abschöpfbarer Vorteil ist nur diejenige Verbesserung der Vermögenssituation, die kausal auf dem Rechtsverstoß beruht. Auch ein Wegfall oder eine Verminderung des Vorteils ist entgegen dem Verständnis der Betroffenen nur eine Vermögensminderung, die ebenfalls kausal auf dem Rechtsverstoß beruht. Durch die Vorteilsabschöpfung soll wirtschaftlich diejenige Situation hergestellt werden, die sich ergeben hätte,

wenn der Rechtsverstoß nicht begangen worden wäre. Vermögensminderungen, die auch bei rechtmäßigem Verhalten eingetreten wären, können folglich nicht als Wegfall des Vorteils berücksichtigt werden. Der wirtschaftliche Vorteil ist in solchen Fällen insofern noch vorhanden, als die Verschlechterung der Vermögenssituation bei Hinwegdenken des Rechtsverstoßes noch stärker ausgefallen wäre.

Durch die genannte Zuwiderhandlung hat Primagas zum 31.12.2014 einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von [REDACTED] erlangt. Dieser ergibt sich aus den erzielten Mehrerlösen in 2009 in Höhe von [REDACTED] zuzüglich einer entsprechenden Verzinsung zur Bestimmung des Gegenwartwertes des erlangten Vorteils. Zur Berechnung des Gegenwartwertes wurde hierzu der gemäß § 5 Abs. 2 ARegV anzuwendende Zinssatz herangezogen. Nach § 5 Abs. 2 ARegV sind die verbuchten Differenzen zwischen den zulässigen und den vereinnahmten Erlösen in Höhe des im jeweiligen Kalenderjahr durchschnittlich gebundenen Betrags zu verzinsen. Der durchschnittlich gebundene Betrag ergibt sich aus dem Mittelwert von Jahresanfangs- und Jahresendbestand. Entgegen der Auffassung der Betroffenen führt diese Mittelwertbildung jedoch nicht dazu, dass der durchschnittlich gebundene Betrag nur zur Hälfte zu berücksichtigen wäre. Da außer im Jahr 2009 im jeden betrachteten Jahr der Anfangsbestand und der Endbestand identisch sind, entspricht in den Jahren 2010 bis 2015 der Mittelwert dem Anfangs- bzw. Endbestand und dies wiederum dem gebundenen Kapital. Folglich muss eine volle Verzinsung des Mittelwertes, d.h. des Anfangs- bzw. Endbestandes erfolgen. Eine hälftige Berücksichtigung könnte nur erfolgen, wenn entweder der Anfangs- oder der Endbestand null wären oder der Verzinsungszeitraum auf ein halbes Jahr beschränkt wird. Dies ist jedoch in keinem der Jahre 2011 bis 2014, in denen der Mittelwert aus Anfangs- und Endbestand für das gesamte jeweilige Jahr verzinst wird, der Fall. Aus Gründen der Vereinfachung in der Ermittlung des zu zahlenden Betrages verzichtet die Beschlusskammer auf die Auszahlung anfallender Zinsen in 2015. Durch Anwendung der gemäß § 5 Abs. 2 ARegV ermittelten Zinssätze ergeben sich folgende Jahressalden:

	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Saldo aus Einzeldifferenzen	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Jahresanfangsbestand	0,00					
Jahresendbestand						
Anzuwendender Zinssatz gemäß § 5 Abs. 2 ARegV	—	—	3,58%	3,25%	3,02%	2,75%
Mittelwert aus Jahresanfangs- und Jahresendbestand						
Verzinsung des Saldos	0,00	0,00				
Gesamtsaldo nach Verzinsung						

Ein wirtschaftlicher Vorteil ist jede Verbesserung der vermögensrechtlichen Gesamtsituation im Vergleich zu der Situation, die sich ohne den Verstoß ergeben hätte. Bei korrektem Verhalten hätte Primagas ihre Netzentgelte im Jahr 2011 dergestalt gesenkt, dass sie [REDACTED] weniger eingenommen hätte, um die Mehreinnahmen im Jahr 2009 auszugleichen. Eine Saldierung mit den Mindererlösen in den Jahren 2010 und 2011 findet nicht statt. Bei der Bestimmung des wirtschaftlichen Vorteils sind nur solche Vermögenseinbußen mindernd zu berücksichtigen, die kausal auf der maßgeblichen Zuwiderhandlung beruhen. Die genannten Mindererlöse stehen aber in keinem Zusammenhang mit dem Verstoß gegen die Pflicht zur Senkung der Netzentgelte. Wäre 2011 eine Ausschüttung des Regulierungskontosaldos aus 2009 erfolgt, hätte dies nichts daran geändert, dass sich in den Jahren 2010 und 2011 die genannten Mindererlöse ergeben haben.

Überdies dürfte der Stand des Regulierungskontos bei der Veräußerung des Netzes an die [REDACTED] in den Kaufpreis eingeflossen sein. Dabei legten die Parteien zu Grunde, dass auf dem Regulierungskonto für das Jahr 2009 keine Mehrerlöse, dafür aber in den Jahren 2010 und 2011 Mindererlöse verbucht worden waren. Spätestens dabei hat Primagas den wirtschaftlichen Vorteil realisiert. Dem steht nicht entgegen, dass die [REDACTED] sich den Stand des Regulierungskontos nicht im Wege einer Garantie o.ä. zusichern ließ, solange sie annehmen durfte, dass das Konto keinen Saldo zu Ungunsten des Netzbetreibers auswies und dem Netz deshalb einen entsprechenden Wert beimaß. Auch ist unerheblich, dass der Netzverkauf als solcher keinen Rechtsverstoß darstellte. Die Ab-

schöpfbarkeit eines rechtswidrig erlangten Vorteils hängt nicht davon ab, ob nach dem ursprünglichen Rechtsverstoß erfolgende Geschäftsvorgänge ihrerseits rechtswidrig sind. Der Kausalzusammenhang mit der unterlassenen Ausschüttung wird durch den Verkauf nicht unterbrochen, vielmehr besteht der unrechtmäßig erlangte Vorteil im erhaltenen Kaufpreis fort. Der Kaufpreis spiegelt den Wert wider, den das Netz mit einem ausgeglichenen Regulierungskontosaldo gehabt hätte.

Dem steht nicht entgegen, dass § 5 Abs. 3 S. 1 ARegV das Tatbestandsmerkmal „wirtschaftlicher Vorteil“ nicht enthält und § 33 Abs. 1 EnWG keinen Bezug auf bestimmte Zeiträume enthält. Aus § 5 Abs. 3 S. 1 ARegV folgt, dass der im Jahr 2011 eine Ausschüttung der positiven Regulierungskontosaldos nach dem Stand von 2009 hätte erfolgen müssen. Das Unterlassen dieser Ausschüttung stellt einen Rechtsverstoß dar, der zu einem wirtschaftlichen Vorteil in Höhe der unterlassenen Ausschüttung führt. Dieser Vorteil kann nach § 33 Abs. 1 ARegV abgeschöpft werden.

6. Verantwortlichkeit der Betroffenen

Die Betroffene muss sich das Verhalten der Primagas entgegenhalten lassen und den Zugriff auf ihr Vermögen im Rahmen der Vorteilsabschöpfung dulden. Sie ist gem. § 20 Abs. 1 UmwG Gesamtrechtsnachfolgerin der Primagas geworden und damit in deren bisherige Rechtsposition eingetreten. Dies beinhaltet entgegen der Auffassung der Betroffenen auch Pflichten, die sich aus öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen ergeben. Zwar werden öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse nicht immer in die Gesamtrechtsnachfolge einbezogen, sondern nur, wenn dies dem Zweck des Rechtsverhältnisses entspricht (Kübler, in: Selmer/Stengel, UmwG, § 20 Rn. 67 ff.). Dies schließt aber lediglich den Übergang höchstpersönlicher Rechtspositionen aus, die an individuelle Eigenschaften des Berechtigten bzw. Verpflichteten anknüpfen. So geht z.B. die Pflicht, ein Bußgeld zu zahlen, mit der Umwandlung auf das Nachfolgeunternehmen über, da sie an das gegenüber den Mitgliedern einer juristischen Person verselbstständigte Vermögen anknüpft und gegebenenfalls die durch eine Ordnungswidrigkeit erlangten Vorteile ausgleichen sowie die Gesellschaft zur Besetzung ihrer Leitungspositionen mit rechtstreuen Personen anhalten soll (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.11.2012, Az. V-4 Kart 3/12 OWI). Auch Steuer-

schulden gehen auf den Gesamtrechtsnachfolger über (BFH, Urteil vom 14.10.1992, Az. I R 17/92). Dies gilt nach der Rechtsprechung sogar dann, wenn die Steuerschuld noch nicht durch einen Bescheid konkretisiert wurde. Hat die untergegangene Gesellschaft einen Steuertatbestand verwirklicht, kann an die Gesamtrechtsnachfolgerin ein entsprechender Steuerbescheid gerichtet werden (BFH, Urteil vom 29.01.2003, Az. I R 38/01). Nicht anders liegt es bei der Vorteilsabschöpfung. Auch diese knüpft nicht an persönliche Eigenschaften einer juristischen Person oder deren Mitglieder, sondern lediglich an ihr Vermögen an. Sie dient dem Zweck, den Vorteil, den ein Unternehmen durch ein marktschädliches Verhalten erlangt hat, im Vermögen des Unternehmens zu beseitigen, um auf diese Weise die Auswirkungen der Marktstörung zu korrigieren und präventiv Anreize zu solchem Verhalten zu eliminieren. Da die Betroffene in die Vermögenssituation der Primagas eingetreten ist, kann dieser Zweck durch Zugriff auf ihr Vermögen nach wie vor erreicht werden. Der präventive Abschreckungseffekt kann trotz der Tatsache, dass die Betroffene selbst keine Netzbetreiberin ist, noch erzielt werden. Die Abschöpfung des rechtswidrig erzielten Vorteils ist geeignet, über die Veröffentlichung dieses Beschlusses nach § 74 EnWG andere Netzbetreiber zu einem rechtskonformen Verhalten anzuhalten.

Mit der Verwirklichung des Rechtsverstoßes und der Erlangung eines daraus resultierenden wirtschaftlichen Vorteils (und nicht erst mit dem Erlass dieses Beschlusses) ist ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis entstanden, das die Beschlusskammer zur Anordnung einer Vorteilsabschöpfung gegenüber der damaligen Primagas berechtigte. Dieses Rechtsverhältnis konnte im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Betroffene übergehen. Dem steht nicht entgegen, dass § 33 EnWG keine dem § 30 Abs. 2a OWiG entsprechende Vorschrift enthält. Die Einführung des § 30 Abs. 2a OWiG war erforderlich, weil im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht die restriktiven Vorgaben des Art. 103 Abs. 2 GG gelten, die ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung keinen Übergang einer straf- oder bußgeldrechtlichen Verantwortung auf eine andere Person als den ursprünglichen Täter erlauben. § 33 EnWG normiert jedoch keinen Straf- oder Bußgeldtatbestand, sondern eine Befugnis für eine Verwaltungsmaßnahme. Verwaltungsrechtliche Rechtsverhältnisse können nach § 20 Abs. 1 UmwG unter den oben genannten Einschränkungen auf Rechts-

nachfolger übergehen, ohne dass es aus verfassungsrechtlichen Gründen einer besonderen Klarstellungsnorm bedarf.

7. Ermessen

Die Regulierungsbehörde trifft die Entscheidung über eine Vorteilsabschöpfung nach pflichtgemäßem Ermessen. Die Beschlusskammer hat ihr Ermessen dahingehend ausgeübt, den durch die Zuwiderhandlung erlangten Vorteil einzuziehen. Maßgeblich für diese Entscheidung war insbesondere der erhebliche Umfang der Überschreitung der Erlösbergrenze für das Jahr 2009 um [REDACTED]. Maßgeblich war des Weiteren, dass die Rechtsvorgängerin der Betroffenen eine frühzeitige Entdeckung und Regelung des hier behandelten Sachverhalts durch Nichtvorlage der testierten Spartenabschlüsse für die Jahre 2009, 2010 und 2011 unter Verstoß gegen § 6b EnWG bzw. gegen § 10 EnWG a.F. wesentlich erschwert hat. Da die Beschlusskammer infolgedessen die tatsächliche Einnahmesituation bei der Primagas nicht abschließend prüfen konnte, erkannte sie über einen langen Zeitraum nicht, dass die zulässigen Erlöse aus den Netzentgelten bei weitem überschritten wurden. Folglich konnte sie auch nicht mehr rechtzeitig auf eine Lösung des Problems mittels der in der ARegV vorgesehenen Instrumente zum Ausgleich überhöhter Einnahmen hinwirken. Als der Sachverhalt im Rahmen von Nachforschungen entdeckt wurde, hatte die Betroffene sich bereits aus dem Netzbetrieb zurückgezogen, sodass sie nicht mehr zu einer Senkung ihrer Netzentgelte veranlasst werden kann. Da die Betroffene die von der Beschlusskammer in den Gesprächen vom 25.03.2014 und vom 12.06.2014 sowie im Schreiben vom 11.07.2014 vorgeschlagene vollumfänglichen Ausschüttung der unzulässig vereinnahmten Erlöse an die Letztverbraucher in den betroffenen Netzgebieten mit Schreiben vom 16.09.2014 abgelehnt hat und eine Korrektur der durch die Zuwiderhandlung eingetretenen Marktstörung mit anderen Maßnahmen nicht möglich ist, verbleibt die Vorteilsabschöpfung als einzige Möglichkeit zur Abschöpfung der rechtswidrig erzielten Erlöse, um zumindest einen Abschreckungseffekt auf andere Netzbetreiber zu erzielen, nachdem eine Ausschüttung der überhöhten Entgelte an die Netzkunden der früheren Primagas nicht mehr möglich ist. Dabei hat die Beschlusskammer auch berücksichtigt, dass im Falle einer Entschädigung von Netzkunden oder Letztverbrauchern durch die Betroffene eine Rückerstattung nach § 33

Abs. 2 S. 2 EnWG erfolgen würde und ihr somit zumindest kein Anreiz für ein derartiges Verhalten genommen wird.

Eine unbillige Härte, bei deren Vorliegen gemäß § 33 Abs. 3 EnWG von der Vorteilsabschöpfung abzusehen wäre oder diese auf einen angemessenen Geldbetrag zu beschränken wäre, ist hier nicht ersichtlich; sie läge allenfalls vor, wenn andernfalls die Existenz des Unternehmens gefährdet wäre. Dies ist nicht der Fall.

8. Frist

Nach § 33 Abs. 5 EnWG kann die Vorteilsabschöpfung nur innerhalb einer Frist von 5 Jahren seit Beendigung der Zuwiderhandlung abgeschöpft werden. Die Fristvorgaben des § 33 Abs. 5 EnWG sind erfüllt. Die von der Primagas rechtswidrigerweise nicht erfolgte Ausschüttung in Höhe von [REDACTED] an die Netzkunden der Primagas wäre nach § 17 Abs. 3 S. 1 ARegV durch Anpassung der Netzentgelte zum 01.01.2011 umzusetzen gewesen. Die Frist läuft frühestens seit diesem Zeitpunkt und ist somit noch nicht verstrichen.

III.

Tenor zu Ziffer 2.) ordnet an, dass hinsichtlich der Kosten gemäß § 91 EnWG ein gesonderter Bescheid ergeht.

RECHTSBEHELFSBELEHRUNG

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 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 Be-

F. u. v.
R. N. G.

schwerdebegründung 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 20.04.2015

Vorsitzender



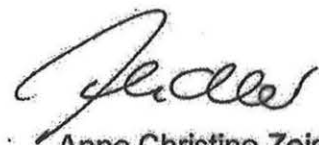
Helmut Fuß

Beisitzer



Dr. Jörg Mallossek

Beisitzerin



Anne Christine Zeidler