



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 20/18

vom

25. Januar 2022

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 25. Januar 2022 durch den Richter Prof. Dr. Kirchhoff, die Richterin Dr. Roloff, den Richter Dr. Tolkmitt sowie die Richterinnen Dr. Rombach und Dr. Vogt-Beheim

beschlossen:

Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde in dem Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 8. März 2018 wird zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde der Antragsgegnerin gegen den genannten Beschluss wird verworfen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Rechtsbeschwerde- und des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung dieser Verfahren notwendigen Auslagen der Antragstellerinnen und der Bundesnetzagentur. Die Regulierungskammer Hessen trägt ihre Auslagen selbst.

Der Gegenstandswert wird auf 125.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

- 1 A. Die Antragstellerin zu 1 ist der städtische Energie-, Wasser- und Fernwärmeversorger in Frankfurt am Main. Sie ist Eigentümerin der Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung in Frankfurt am Main. Die Antragstellerin zu 2 ist ein 100%iges Tochterunternehmen der Antragstellerin zu 1. Sie betreibt das Stromverteilernetz in Frankfurt am Main. Die Antragsgegnerin ist ein Energieversorgungsunternehmen und 100%ige Tochtergesellschaft der S. GmbH & Co KG.

- 2 Die S. GmbH & Co. KG ist Eigentümerin der Wohnanlage H. in Frankfurt am Main mit 397 Wohneinheiten (fortan: Wohnanlage). Dabei handelt es sich um öffentlich geförderte Wohnungen im Sozialmietwohnungsbau, die sich in den Gebäuden M. sowie P. befinden. Die Antragsgegnerin betreibt auf dem Gelände der Wohnanlage eine Umspanneinrichtung, welche an das Mittelspannungsnetz der Antragstellerin zu 2 angeschlossen ist. Die Antragsgegnerin beliefert nach einer über die Umspanneinrichtung erfolgten Umwandlung in Niederspannung die Wohneinheiten der Wohnanlage mit Strom. Sie stellt den Verbrauchern im Rahmen der Jahresabrechnungen neben einem Grundpreis einen auf den konkreten Verbrauch bezogenen Arbeitspreis von 0,18 € pro kWh in Rechnung. Der jährliche Gesamtverbrauch dieser so von der Antragsgegnerin versorgten Gebäude bewegt sich zwischen 1.000 und 1.200 MWh.

- 3 Im Jahr 2012 schloss die Antragsgegnerin mit der Antragstellerin zu 2 einen Netznutzungsvertrag für nachgelagerte Netzbetreiber. Im Jahr 2014 teilte die Antragsgegnerin mit, dass sie die elektrischen Anlagen der Wohnanlage nicht als Energienetz, sondern als Kundenanlage betreibe.

- 4 Die Antragstellerinnen beantragten bei der Beschwerdegegnerin (im Folgenden: Landesregulierungsbehörde), in einem besonderen Missbrauchsver-

fahren nach § 31 Abs. 1 EnWG das Verhalten der Antragsgegnerin darauf zu überprüfen, ob es mit den Bestimmungen der Abschnitte zwei und drei des dritten Teils des Energiewirtschaftsgesetzes und der auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen übereinstimmt, und die erforderlichen Anordnungen zu treffen. Die Landesregulierungsbehörde lehnte diese Anträge ab und stellte fest, dass die elektrischen Anlagen zur Stromversorgung der Liegenschaft H. im Einklang mit den Voraussetzungen des § 3 Nr. 24a EnWG als Kundenanlage betrieben würden.

5 Auf die von den Antragstellerinnen gegen die Entscheidung der Landesregulierungsbehörde erhobene Beschwerde hat das Oberlandesgericht diese Entscheidung aufgehoben und die Landesregulierungsbehörde verpflichtet, den Antrag der Antragstellerinnen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Beschwerdegerichts neu zu bescheiden. Die Rechtsbeschwerde hat es nicht zugelassen.

6 Dagegen wendet sich die Antragsgegnerin mit der zulassungsfreien Rechtsbeschwerde und der Nichtzulassungsbeschwerde, denen die Antragstellerinnen entgegentreten.

7 B. Die Rechtsmittel haben keinen Erfolg.

8 I. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

9 Die zulässige Beschwerde habe in der Sache Erfolg. Nach Berücksichtigung aller vorgetragenen Umstände und unter Auswertung der zur Akte gelangten Unterlagen blieben Zweifel, ob die zu beurteilende Anlage eine der Ausnahmevorschrift des § 3 Nr. 24a, Nr. 16 EnWG unterfallende Kundenanlage darstelle. Diese Zweifel führten dazu, dass wegen des zwischen reguliertem Netz und Kundenanlage bestehenden Regel-Ausnahmeverhältnisses die streitgegen-

ständige Anlage dem regulierten Netz zuzurechnen sei. Es könne nicht zweifelsfrei festgestellt werden, dass die Anlage gemäß § 3 Nr. 24a Buchst. d EnWG jedermann unentgeltlich zur Verfügung gestellt werde. Das Kriterium der Unentgeltlichkeit bedeute zum einen, dass der Betreiber einer Kundenanlage kein Nutzungsentgelt von durchleitenden Energielieferanten fordern dürfe. Zum anderen dürfe den angeschlossenen Kunden kein verbrauchsabhängiges weiteres Entgelt für den Betrieb der Anlage in Rechnung gestellt werden. Die Angaben der Antragsgegnerin und der Landesregulierungsbehörde seien nicht geeignet, das Fehlen eines verbrauchsabhängigen Entgelts für den Betrieb der Kundenanlage zweifelsfrei zu stützen. Die Antragstellerinnen hätten nachvollziehbar und überzeugend dargelegt, dass der von der Antragsgegnerin berechnete Strompreis im Verhältnis zu den tatsächlich einkalkulierten Kosten nicht günstig sei, sondern über ihren Tarifen liege und damit die Vermutung versteckter verbrauchsabhängiger Kosten begründe. Die Antragsgegnerin und die Landesregulierungsbehörde hätten nicht nachvollziehbar darlegen können, wie außerhalb des verbrauchsabhängig berechneten Strompreises die unstreitig mit dem Betrieb der Anlage und der Unterhaltung des Netzes verbundenen Kosten auf die Nutzer umgelegt würden. Die Antragsgegnerin behauptete, dass diese Kosten in der Kaltmiete enthalten seien. Es bleibe jedoch unklar, wie die bei der Antragsgegnerin als Betreiberin der Anlage anfallenden Kosten im Rahmen der von ihrer Muttergesellschaft eingezogenen Kaltmiete berücksichtigt werden könnten. Nachvollziehbar sei insoweit ohne weitere Erläuterung allein, dass die Kosten der Errichtung der Anlage als Pauschalbetrag in die Kaltmiete eingeflossen sein könnten; für die laufenden mit dem Betrieb der Anlage verbundenen Kosten sei dies indes nicht ohne weitere Angaben verständlich. Ausgehend von diesen Darstellungen treffe die materielle Beweislast für die Unentgeltlichkeit die Antragsgegnerin, so dass aus den genannten Gründen davon auszugehen sei, dass die Anlage nicht unentgeltlich zur Verfügung gestellt werde.

10 II. Die Rechtsbeschwerde ist unzulässig. Ein Verfahrensfehler, der nach § 86 Abs. 4 EnWG zur Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde ohne Zulassung führt, ist nicht aufgezeigt.

11 1. Die Rechtsbeschwerde macht geltend, das Beschwerdegericht habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt, soweit es sich auf eine mangelnde Darlegung der Strompreiskalkulation der Antragsgegnerin stütze. Die Antragsgegnerin habe weder Mitwirkungspflichten verletzt noch bestünden eine gesetzliche Darlegungslast oder eine gesetzliche Beweislast. Die materielle Beweislast schränke den Amtsermittlungsgrundsatz nicht ein.

12 a) Die Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (§ 82 EnWG) als solche kann grundsätzlich keinen Verstoß gegen die Pflicht zur Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) begründen. Sie allein kann daher nicht Grundlage für eine nach § 86 Abs. 4 Nr. 3 EnWG zulassungsfreie Rechtsbeschwerde sein. Dies hat der Senat für § 74 Abs. 4 Nr. 4 GWB aF entschieden (BGH, Beschluss vom 23. Juni 2009 - KVR 57/08, juris Rn. 16). Da § 86 EnWG die Regelung des § 74 GWB aF übernimmt (BT-Drucks. 15/3917, S. 72), kann insoweit nichts anderes gelten. Der Verfassungsgrundsatz des rechtlichen Gehörs gibt den Parteien auch in Verfahren, für die der Untersuchungsgrundsatz gilt, keinen Anspruch darauf, dass sich das Gericht Tatsachen erst beschafft (BGH, Urteil vom 11. Juni 2002 - X ZB 27/01, GRUR 2002, 957, 958 [juris Rn. 18] - Zahnstruktur; Beschluss vom 23. Juni 2009 - KVR 57/08, juris Rn. 16; für das Strafverfahren vgl. BVerfGE 63, 45, 50).

13 b) Ebenso wenig legt die Rechtsbeschwerde im Zusammenhang mit der Darlegung des Verstoßes gegen den Untersuchungsgrundsatz eine Versagung des rechtlichen Gehörs schlüssig dar. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verpflichtet das Gericht, das Vorbringen der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und bei der Entscheidung in Erwägung zu ziehen. Bereits nach der eigenen Darstellung der Antragsgegnerin war ihre Preiskalkulation wiederkehrender Bestandteil

des Verfahrens. Es war offensichtlich, dass die Frage nutzungsabhängiger Entgelte aus Sicht des Gerichts entscheidungserheblich war. Die Rechtsbeschwerde zeigt weder überangene Sachvortrag noch überangene Beweisantritte auf.

14 Das Beschwerdegericht hat keinen Vortrag der Antragsgegnerin überangene. Vielmehr hat es ihn einer inhaltlichen Beurteilung unterzogen und als nicht ausreichend erachtet, um zu einer der Antragsgegnerin günstigeren materiellrechtlichen Beurteilung zu gelangen. Darin liegt keine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG.

15 2. Die Rechtsbeschwerde macht weiter geltend, das Beschwerdegericht habe ohne vorherigen Hinweis Anforderungen an den Sachvortrag gestellt, mit denen auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauche und habe dadurch gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstoßen. Es sei nicht vorhersehbar gewesen, dass zur Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 3 Nr. 24a Buchst. d EnWG eine detaillierte Strompreiskalkulation erforderlich sei.

16 Damit ist eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG ebenfalls nicht schlüssig dargelegt. Die Rechtsbeschwerde räumt selbst ein, dass ihre Preiskalkulation wiederkehrender Bestandteil des Prozesses war und die Antragstellerinnen stets darauf abstellten, dass es für eine unentgeltliche Zurverfügungstellung auch auf den verbrauchsabhängigen Teil des Stromlieferpreises ankomme. Diese Frage war damit zentraler Gegenstand des Prozesses; die der Antragsgegnerin nachteilige Würdigung des Beschwerdegerichts stellt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar.

17 III. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist unbegründet. Eine Zulassung der Rechtsbeschwerde ist weder zur Entscheidung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung noch zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten.

- 18 1. Die Nichtzulassungsbeschwerde macht geltend, die Sache habe grundsätzliche Bedeutung, weil nach der Rechtsauffassung des Beschwerdegerichts für die Unentgeltlichkeit nach § 3 Nr. 24a Buchst. d EnWG auch der verbrauchsabhängige Strompreis des Liefervertrages maßgeblich sei, woraus die Verpflichtung folge, die Stromkalkulation darzulegen.
- 19 2. Damit ist eine grundsätzliche Bedeutung nicht dargetan. Zwar hat sich der Senat mit der von der Nichtzulassungsbeschwerde aufgeworfenen Frage noch nicht befasst. Ihre Beantwortung im Sinne des Beschwerdegerichts ist jedoch nicht zweifelhaft. Die Nichtzulassungsbeschwerde zeigt nicht auf, dass andere Gerichte oder ein erheblicher Teil der Literatur eine abweichende Auffassung vertreten (vgl. BGH, Beschluss vom 10. November 2020 - EnVZ 5/20, juris Rn. 7). § 3 Nr. 24a Buchst. d EnWG verlangt, dass die Kundenanlage jedermann zum Zwecke der Belieferung der angeschlossenen Letztverbraucher im Wege der Durchleitung unabhängig von der Wahl des Energielieferanten diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt wird. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob ein verbrauchsabhängiges Entgelt für die Nutzung der Kundenanlage versteckt als Teil des Strompreises oder gesondert und getrennt vom Strompreis erhoben wird. Das Gesetz stellt maßgeblich darauf ab, dass kein Nutzungsentgelt verlangt wird (vgl. BT-Drucks. 17/6072, S. 51). Für das Ziel des Gesetzes ist es offensichtlich unerheblich, in welcher Art das verbrauchsabhängige Entgelt für die Nutzung der Kundenanlage verlangt wird.
- 20 Es entspricht herrschender Meinung, dass verbrauchsabhängige Entgelte für die Nutzung der Kundenanlage einer Unentgeltlichkeit entgegenstehen (vgl. Schex in Kment, EnWG, 2. Aufl., § 3 Rn. 61; Theobald in Theobald/Kühling, EnWG, 2021, § 3 Rn. 205 f.; Voß/Weise/Heßler, EnWZ 2015, 12, 15; Burbach, RdE 2019, 56, 60). Dies erfasst jede Form einer Vergütung nach der Menge der durchgeleiteten Energie. Damit verfolgt das Gesetz das Ziel, auf eine - bei natür-

lichen Monopolen auch im Hinblick auf die Preisgestaltung erforderliche - Regulierung bei Kundenanlagen nur dann zu verzichten, wenn von vornherein keine Gefahr besteht, dass die Kosten der Kundenanlage nutzungsabhängig erhoben werden. Demgemäß stellt die Gesetzesbegründung auch darauf ab, dass es an der Unentgeltlichkeit nicht nur bei einem Nutzungsentgelt, sondern auch bei einer prohibitiven Preisgestaltung oder einem sonstigen Umgehungstatbestand fehle (BT-Drucks. 17/6072, S. 51). Diese Gefahr besteht selbstverständlich auch, wenn der Betreiber der Kundenanlage selbst als Energielieferant auftritt (vgl. Burbach, RdE 2019, 56, 60).

21 Es ist mithin - wovon das Beschwerdegericht zutreffend ausgeht - entscheidend, dass der für eine Belieferung der an die Kundenanlage angeschlossenen Letztverbraucher verlangte Strompreis kein Entgelt für die Nutzung der Kundenanlage enthält. Daher ist gerade der Betreiber einer Kundenanlage, der zugleich als Stromlieferant auftritt, gehalten, die von ihm verlangten nutzungsabhängigen Preise so zu kalkulieren, dass sie keine Bestandteile enthalten, welche die Nutzung der Kundenanlage vergüten.

22 3. Die Ausführungen im Rahmen der zulassungsfreien Rechtsbeschwerde zur Frage, ob das Beschwerdegericht den Untersuchungsgrundsatz nach § 82 EnWG verletzt habe, enthalten keine ausreichende Darlegung der Zulassungsgründe nach § 86 Abs. 2 EnWG.

23 IV. Auf die von der Landesregulierungsbehörde in ihrer Stellungnahme zusätzlich geltend gemachten Rechtsbeschwerde- und Zulassungsgründe kommt es nicht an. Die Landesregulierungsbehörde hat selbst kein Rechtsmittel eingelegt. Ihre Stellungnahme ist - unabhängig von der Frage, ob sich die Antragsgegnerin diese Ausführungen zu eigen gemacht hat - schon deshalb nicht geeignet, den von der Antragsgegnerin eingelegten Rechtsmitteln zum Erfolg zu verhelfen, weil die Frist zur Begründung des Rechtsmittels bereits abgelaufen war.

24

V. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG, die Festsetzung des Gegenstandswerts auf § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG und § 3 ZPO.

Kirchhoff

Roloff

Tolkmitt

Rombach

Vogt-Beheim

Vorinstanz:

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 08.03.2018 - 11 W 40/16 (Kart) -