



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

....

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., die Richterin am Oberlandesgericht F. und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. K. auf die mündliche Verhandlung vom 22. Januar 2014

b e s c h l o s s e n :

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen den Beschluss der Beschlusskammer 8 der gegnerischen Bundesnetzagentur vom 5. März 2013 – BK 8-12/020 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich ihrer zur zweckmäßigen Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen außergerichtlichen Aufwendungen tragen die Beschwerdeführerin und die Bundesnetzagentur je zur Hälfte.

Die der Beteiligten zur zweckmäßigen Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen außergerichtlichen Aufwendungen tragen die Beschwerdeführerin und die Bundesnetzagentur je zur Hälfte.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin des sich im Stadtgebiet ... befindlichen Elektrizitätsversorgungsnetzes Mittel – und Niederspannung. Das Mittelspannungsnetz war bis zum ... an die Beteiligte verpachtet.

Seit dem ... ist der unmittelbare Besitz an den Versorgungsanlagen und damit auch die Pflicht, diese zu betreiben, an die Beschwerdeführerin zurückgefallen. Das von der Beteiligten gepachtete Mittelspannungsnetz machte nur einen Teil des von ihr insgesamt betriebenen Elektrizitätsversorgungsnetzes aus.

Zwischen der Beschwerdeführerin und der Beteiligten fanden ab ... Gespräche zur Abstimmung der mit der Übertragung des Netzbetriebs zusammenhängenden Rechte und Pflichten statt. Hinsichtlich des zu stellenden Antrags auf Neufestlegung der Erlösobergrenzen bot die Beteiligte im ... an, dem übergehenden Teilnetz eine anteilige Erlösobergrenze i.H.v. ... Euro (ohne Kosten für die Inanspruchnahme des vorgelagerten Netzes) zuzuordnen. Nach den Angaben der Beteiligten sind in diesem Betrag enthalten:

- Kapitalkosten (Fremdkapitalzinsen, kalkulatorische Abschreibungen, kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung sowie kalkulatorische Gewerbesteuer) i.H.v. ... Euro
- aufwandsgleiche variable Kosten für den operativen Betrieb der übergehenden Versorgungsanlagen i.H.v. ... Euro (inklusive der Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie i.H.v... Euro).

Am ... bot die Beteiligte an, die anteilig übergehende Erlösobergrenze pauschal um ... EUR zu erhöhen. Sie übermittelte der Beschwerdeführerin Daten über die in dem übergehenden Teilnetz abgesetzten Mengen sowie zu verschiedenen Strukturparametern, lehnte jedoch das Begehren der Beschwerdeführerin ab, alle der Mittelspannungsebene sowie der Umspannung Mittel- zu Niederspannungsebene zuzuordnenden Kostenarten und Kostenstellen sowie die Grundlage der den Verteilungsschlüs-

sel bildenden Daten offenzulegen. Sie lehnte es zudem ab, einen Wirtschaftsprüfer mit der Ermittlung des Erlösbergrenzenanteils zu beauftragen.

Unter dem ... beantragte die Beschwerdeführerin im Wege eines Missbrauchsverfahrens die Überprüfung des Verhaltens der Beteiligten im Zusammenhang mit der Neufestlegung der Erlösbergrenzen, insbesondere ihrer Weigerung, weitere Daten und Informationen herauszugeben, und regte an, diese zur Herausgabe der begehrten Daten zu verpflichten. Mit Schreiben vom ... teilte die Bundesnetzagentur mit, dass ein Verfahren nach § 31 EnWG nicht einschlägig sei und der Missbrauchsantrag daher „als eine Beschwerde mit der Bitte um amtsseitige Ermittlung“ ausgelegt werde. Mit Schreiben vom ... widersprach die Beschwerdeführerin dieser Auslegung und erinnerte daran, dass die Frist zur Entscheidung über den Missbrauchsantrag am ... ablaufe.

Nachdem die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom ... unter Hinweis auf den Ablauf der Entscheidungsfrist und Ankündigung einer Untätigkeitsklage um zeitnahe Entscheidung über den gestellten Antrag gebeten hatte, fand am ... im Haus der Bundesnetzagentur ein gemeinsames Gespräch zwischen der Beschwerdeführerin, der Beteiligten sowie Vertretern der Bundesnetzagentur statt. Da keine Verständigung über die Aufteilung der Erlösbergrenzen erzielt werden konnte, leitete die Bundesnetzagentur ein Missbrauchsverfahren gegen die Beteiligte ein.

Mit dem angegriffenen Beschluss vom 05.03.2013 lehnte die Bundesnetzagentur den Antrag ab. Dieser sei jedenfalls unbegründet, denn die geltend gemachten Informationsansprüche ließen sich nicht aus § 26 Abs. 2 ARegV herleiten. Die Bestimmung gewähre keinen Anspruch auf Überlassung von Informationen, sondern beziehe sich ausschließlich auf das Verhältnis der beteiligten Netzbetreiber zu der Regulierungsbehörde. Ob sich ein derartiger Anspruch aus einer vertraglichen Nebenpflicht ergebe, könne dahinstehen. Einigten sich der abgebende und der aufnehmende Netzbetreiber nicht über den erforderlichen übereinstimmenden Antrag, müsste zur Durchsetzung dieser Rechtsinteressen zivilgerichtliche Hilfe in Anspruch genommen werden.

Dagegen richtet sich die Beschwerde der Beschwerdeführerin, mit der sie geltend macht, dass die Ablehnung des Missbrauchsantrages rechtswidrig sei und sie in ih-

ren Rechten verletze. Durch die Weigerung, die für die Herleitung der Erlösobergrenzenaufteilung notwendigen Daten offen zu legen, habe sich die Beteiligte missbräuchlich im Sinne des § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EnWG verhalten. Der von ihr ermittelte Erlösobergrenzenanteil sei im Hinblick auf die Höhe der für den Betrieb des übergehenden Netzteils erforderlichen aufwandsgleichen Kosten intransparent geblieben, so dass eine abschließende Bewertung der Sachgerechtigkeit nicht möglich sei. Es bestünden Anhaltspunkte, dass die in dem von der Beteiligten ermittelten Erlösobergrenzenanteil enthaltenen aufwandsgleichen Kosten nicht ausreichen, um die mit dem Betrieb der übergegangenen Versorgungsanlagen verbundenen Kosten zu decken. Dafür spreche, dass das in dem Ausschreibungsverfahren für die technische Betriebsführung abgegebene niedrigste Angebot bei ... Euro liege und somit die von der Beteiligten veranschlagten Kosten deutlich übersteige.

Die Prüfung, welche Ansätze der in der Erlösobergrenze der Beteiligten enthaltenen Kosten auf das von der Beschwerdeführerin übernommene Teilnetz entfielen, erfordere die Kenntnis der betroffenen Kostenträger sowie der den relevanten Hauptkostenstellen zugeordneten Kostenarten. Die Sachgerechtigkeit des von der Beteiligten ermittelten Erlösobergrenzenanteils könne nur dann beurteilt werden, wenn diese sämtliche Daten offen lege, auf deren Grundlage sie die Verteilungsschlüssel für die Zuordnung von Kosten zu den Kostenträgern „Mittelspannungsebene“ und „Umspannung Mittel - zur Niederspannungsebene“ gebildet habe.

Da § 26 Abs. 2 ARegV nach Auffassung der Bundesnetzagentur den an einer teilweisen Netzübernahme beteiligten Netzbetreibern die Pflicht zur Stellung eines übereinstimmenden Antrags auf Neufestlegung der Erlösobergrenzen auferlege, gehe damit zwingend auch die Verpflichtung zur Informationsübermittlung zwischen diesen Netzbetreibern einher. Entgegen der in dem angegriffenen Beschluss geäußerten Rechtsauffassung habe die Bundesnetzagentur die sich aus § 26 Abs. 2 ARegV ergebenden Informationspflichten ungeachtet etwaiger zivilrechtlicher Ansprüche durchzusetzen. Die Pflicht zur Einreichung eines Antrags im Sinne des § 26 Abs. 2 ARegV sei öffentlich-rechtlicher Natur. Die Möglichkeit zur Erfüllung dieser öffentlich-rechtlichen Verpflichtung könne nicht von etwaigen zivilrechtlichen Ansprüchen auf Übermittlung der hierfür erforderlichen Informationen abhängig sein.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

die Bundesnetzagentur zu verpflichten, unter Aufhebung ihres Beschlusses

vom 05.03.2013 eine Entscheidung über den mit Schreiben vom ... gestellten Missbrauchsantrag unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts, nämlich nach den folgenden Maßgaben, zu treffen:

(a)

Die ...(Beteiligte) hat sich in den mit der Beschwerdeführerin gemäß § 26 Abs. 2 ARegV geführten Verhandlungen zur Stellung eines Antrags auf Neufestlegung der Erlösobergrenzen der ersten Regulierungsperiode missbräuchlich im Sinne des § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EnWG verhalten;

(b)

zur Abstellung der Zuwiderhandlung nach vorstehender Ziffer (a) ist die ...(Beteiligte) zu verpflichten, gegenüber der Beschwerdeführerin

- alle Kostenstellen mit deren Kosten, differenziert nach Kostenarten, offen zu legen, die für sie bei der nach § 6 Abs. 2 ARegV vorgenommenen Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenzen der ersten Regulierungsperiode den Kostenträgern „Mittelspannungsebene“ sowie „Umspannung Mittel – zu Niederspannungsebene“ zugeordnet worden sind,
- alle Daten offen zu legen, auf deren Grundlage die Verteilungsschlüssel für die nach vorstehendem Absatz benannte Zuordnung zu den Kostenträgern gebildet worden sind,
- alle Kostenarten offen zu legen, die für sie bei der nach § 6 Abs. 2 ARegV vorgenommenen Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenzen der ersten Regulierungsperiode den Hauptkostenstellen „Mittelspannungsnetz“ sowie „Umspannung Mittel/Niederspannung“ zugeordnet worden sind,

hilfsweise, die Bundesnetzagentur zu verpflichten, unter Aufhebung ihres Beschlusses vom 05.03.2013 eine Entscheidung über den Missbrauchsantrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu treffen.

Die Bundesnetzagentur beantragt,
die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt den angegriffenen Beschluss unter Wiederholung und Vertiefung seiner Gründe als rechtmäßig. Ein missbräuchliches Verhalten der Beteiligten sei nicht festzustellen gewesen. Die Beschwerdeführerin habe keinen Informationsanspruch gegen die Beteiligte aus § 26 Abs. 2 ARegV. Weder der Wortlaut noch der Schutzzweck oder die Systematik der Norm begründeten eine Pflicht zur Herausgabe von Informationen über die Herleitung des zu übertragenden Erlösbergantenanteils.

§ 26 Abs. 2 ARegV greife erst mit der Stellung des Antrags bei der Regulierungsbehörde ein und setze die vorherige Verständigung zwischen den Netzbetreibern voraus. Sofern zwischen dem abgebenden und dem aufnehmenden Netzbetreiber keine Einigkeit über die Stellung des Antrags erzielt werde, stehe den Unternehmen der Zivilrechtsweg offen. Die Verweisung der Beschwerdeführerin auf den Zivilrechtsweg entspreche den zu beachtenden Grenzen der Norm. § 26 ARegV gebe gerade nicht vor, wie die Netzbetreiber die für die Antragstellung nach § 26 Abs. 2 ARegV relevanten Informationen auszutauschen hätten. In der Vorschrift gehe es lediglich um die Einbindung der Regulierungsbehörde bei der Anpassung der Erlösberganteils. Bei der Überprüfung der Frage, ob sich ein Netzbetreiber bei der Informationsherausgabe missbräuchlich verhalte, sei der Regulierungsbehörde kein Instrumentarium an die Hand gegeben worden, um die Frage des Umfangs der zu übermittelnden Informationen im konkreten Einzelfall eindeutig beurteilen zu können.

Auch die Beteiligte verteidigt den angegriffenen Beschluss. Die Bundesnetzagentur habe den Antrag der Beschwerdeführerin im Ergebnis zu Recht abgelehnt, auch wenn er bereits als unzulässig abzuweisen gewesen wäre. Eine Pflicht zur Herausgabe von Daten könne allenfalls als Nebenpflicht aus dem bis zum 31.12.2012 bestehenden Pachtvertrag in Verbindung mit § 242 BGB, nicht jedoch aus § 26 ARegV hergeleitet werden. Die Prüfung zivilrechtlicher Vorschriften könne nicht zum Gegenstand eines besonderen Missbrauchsverfahrens gemacht werden. Die Auseinandersetzungen der Parteien im Vorfeld der Antragstellung nach § 26 Abs. 2 ARegV seien vielmehr als zivilrechtliche Streitigkeiten vor den Zivilgerichten zu klären.

Zudem liege kein missbräuchliches Verhalten vor, so dass der auf Einleitung eines Missbrauchsverfahrens gerichtete Antrag jedenfalls unbegründet sei. Ein Verstoß gegen § 26 Abs. 2 ARegV sei schon deswegen nicht feststellbar, da sich aus der Vorschrift keine Pflicht der Beteiligten in ihrem Verhältnis zur Beschwerdeführerin zur Offenlegung von Daten ergebe. Aus § 26 Abs. 2 ARegV resultiere für die beteiligten

Netzbetreiber lediglich die Pflicht, einen begründeten Antrag auf Neufestlegung der Erlösobergrenzen einzureichen. Die Regulierungsbehörden seien aufgrund der öffentlich-rechtlichen Zielrichtung des § 26 ARegV nicht an die Anträge der beteiligten Netzbetreiber gebunden. Sie hätten eigenständig zu prüfen, welcher Erlösanteil dem abgegebenen Netzteil zuzurechnen sei. Dadurch würden zugleich die Interessen des aufnehmenden Netzbetreibers gewahrt. Zur Offenlegung der Daten zum Gesamtnetz sei die Beteiligte daher allenfalls gegenüber der Bundesnetzagentur verpflichtet. Jedenfalls seien die mit den gegnerischen Anträgen heraus verlangten Informationen für den Antrag nicht erforderlich. Es handele sich um wirtschaftlich sensible Daten, so dass sich die Beteiligte auf den Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse berufen könne. Zur Offenlegung von Daten, die sich nicht auf das streitgegenständliche Teilnetz, sondern auf das bei der Beteiligten verbleibende Restnetz bezögen, sei sie unter keinen Umständen verpflichtet. Auch eine exakte Kenntnis der Aufteilungsschlüssel sei nicht erforderlich. Die dem übergebenden Teilnetz direkt zugeordneten Kosten habe sie detailliert mitgeteilt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang der Bundesnetzagentur und das Protokoll der Senatssitzung vom 22. Januar 2014 Bezug genommen.

B.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

I. Die Beschwerde ist jedenfalls mit ihrem Hilfsantrag zulässig. Die mit dem Hauptantrag erhobene Verpflichtungsbeschwerde, mit der die Beschwerdeführerin die Verpflichtung der Bundesnetzagentur erstrebt, im Wege der Missbrauchsaufsicht die Beteiligte zur Übermittlung bestimmter Daten und Informationen zu veranlassen, dürfte ebenfalls ausnahmsweise zulässig sein. Handelt es sich bei der beantragten Entscheidung – wie im Streitfall – um eine grundsätzlich im Ermessen der Behörde stehende Entscheidung, kann das Gericht entsprechend § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO zwar grundsätzlich nur die Verpflichtung zur Neubescheidung aussprechen, weil es nicht in den Ermessensspielraum der Behörde eingreifen kann (Senat, Beschl. v.

14.12.2011, VI-3 Kart 25/11 (V); zum Antrag nach § 31 auch Weyer, in BerlKomm. zum EnergieR, 2. Aufl., Rdnr. 9 f. zu § 31).

Allerdings hat die Beschwerdeführerin ausgeführt, dass die unter Ziffer (b) des Antrags benannten Maßnahmen notwendig seien, um das missbräuchliche Verhalten der Beteiligten wirksam abzustellen und ein Ermessensspielraum der Bundesnetzagentur im Streitfall somit nicht bestehe. Diesem Vorbringen ist die Bundesnetzagentur inhaltlich nicht entgegen getreten. Sie hat sich lediglich pauschal auf den ihr gemäß § 30 Abs. 2 EnWG zustehenden Ermessensspielraum bei der Auswahl der für die Abstellung eines missbräuchlichen Verhaltens erforderlichen Maßnahmen berufen, jedoch nicht dargetan, dass zur Abstellung des angegriffenen Verhaltens auch andere Maßnahmen in Betracht kämen. Mit der von der Beschwerde aufgegriffenen Frage, ob sich das Ermessen gerade auf die begehrten Maßnahmen verdichtet habe, weil allein diese erfolgversprechend seien, hat sie sich inhaltlich nicht auseinandergesetzt. Für die Bejahung der Zulässigkeit einer Verpflichtungsbeschwerde dürfte es ausreichend sein, dass eine Ermessensreduzierung auf Null geltend gemacht wird und nicht aussichtslos erscheint.

II. Haupt – und Hilfsantrag sind jedoch unbegründet. Die Bundesnetzagentur hat den Missbrauchsantrag der Beschwerdeführerin im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen. Allerdings hat sie das in den Missbrauchsantrag gipfelnde Verfahren rechtlich fehlerhaft bearbeitet und die Stellung sachdienlicher Anträge nicht gefördert.

1. Es kann dahinstehen, ob der Antrag der Beschwerdeführerin mangels Statthaflichkeit des Missbrauchsverfahrens hinsichtlich des beanstandeten Verhaltens schon als unzulässig hätte zurückgewiesen werden müssen. Mit dem besonderen Missbrauchsverfahren kann der Antragsteller nach § 31 EnWG ein Tätigwerden der Regulierungsbehörde erzwingen, denn diese hat auf seinen – zulässigen - Antrag hin zu prüfen, inwieweit das Verhalten des Netzbetreibers mit den Vorgaben des EnWG bezüglich des Netzanschlusses oder des Netzzugangs einschließlich der entsprechenden Rechtsverordnungen sowie der auf diesen Rechtsgrundlagen basierenden Entscheidungen übereinstimmt (vgl. Senat, Beschl. v. 14.12.2011, VI-3 Kart 25/11 (V); Robert, in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Aufl., § 31 Rdn. 4; 15). Danach ist das Missbrauchsverfahren nur statthaft, wenn das gerügte Verhalten Fragen des Netzanschlusses oder des Netzzugangs betreffen kann bzw. eine Berührung nicht

ausgeschlossen erscheint. Mit der bereits im Verwaltungsverfahren erhobenen Rüge der Beteiligten, der Anwendungsbereich des besonderen Missbrauchsverfahrens sei nicht eröffnet, da die Beschwerdeführerin nicht geltend machen könne, in ihrem Recht auf Zugang oder Nutzung des Netzes der Beteiligten berührt zu sein, hat sich die Bundesnetzagentur weder in der angegriffenen Entscheidung noch im Beschwerdeverfahren auseinandergesetzt. Der Argumentation der Beschwerdeführerin, der geltend gemachte Verstoß gegen § 26 ARegV betreffe schon deswegen eine Frage des Netzzugangs, weil die Regelungen der ARegV eine Methode zur Bestimmung von Entgelten für den Netzzugang vorgäben und die Aufteilung der Erlösobergrenzen Auswirkungen auf die Netzentgelte habe, ist entgegen zu halten, dass nicht jede entfernte Berührung von Belangen, die sich auf die Höhe der Netzentgelte auswirken können, eine Betroffenheit im Sinne des § 31 EnWG begründen kann. Letztlich bedarf die Statthaftigkeit des Missbrauchsverfahrens keiner Entscheidung, da jedenfalls die materiellen Voraussetzungen für ein Tätigwerden der Bundesnetzagentur im Wege der Missbrauchsaufsicht nicht vorliegen. Die Weigerung der Beteiligten, der Beschwerdeführerin im Vorfeld der Antragstellung nach § 26 ARegV die gewünschten Daten zu überlassen, stellt keinen Verstoß gegen § 26 ARegV dar, da diese Vorschrift eine entsprechende Verpflichtung nicht begründet.

2. Die Bundesnetzagentur hat es daher im Ergebnis zu Recht abgelehnt, das gerügte Verhalten als Verstoß gegen § 26 ARegV zu würdigen und die Beteiligte im Wege der Missbrauchsaufsicht zu veranlassen, die begehrten Daten an die Beschwerdeführerin herauszugeben.

a. Bei Teilnetzübergängen wird die nach § 54 EnWG zuständige Regulierungsbehörde gemäß § 26 Abs. 2 S. 1 ARegV ausschließlich auf Antrag der am Netzübergang beteiligten Netzbetreiber tätig. Entgegen der im Verwaltungs- wie im Beschwerdeverfahren sowie in dem Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV, Stand September 2011, vertretenen Auffassung der Bundesnetzagentur setzt § 26 Abs. 2 S. 1 ARegV aber weder einen gemeinsamen Antrag noch inhaltlich übereinstimmende Anträge voraus. Aus dem Antragsprinzip folgt nur, dass die Regulierungsbehörde die Erlösobergrenzen nicht auf eigene Initiative von Amts wegen festsetzt. Jedoch binden die Vorstellungen der beteiligten Netzbetreiber die Behörde

nicht bei ihrer Prüfung, welcher Erlösobergrenzenanteil dem übergehenden Netzteil zuzurechnen ist (vgl. Jacob, in: Kermel (Hrsg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, Kap. 8, Rdn. 8 ff.; Hummel, in: Daner/Theobald (Hrsg.) Energierecht Bd. 2, § 26 ARegV, Rdn. 37; Missling, IR 2008, 201, 204 und RdE 2013, 464, 468).

Der Annahme, dass die Ermittlung des zurechenbaren Erlösobergrenzenanteils dem Dispositionsprinzip der Parteien unterliefe, steht bereits entgegen, dass die Neufestlegung der Erlösobergrenzen gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 1 ARegV durch Festlegung oder Genehmigung der Regulierungsbehörde erfolgt. Diese muss bei der Neufestlegung eine sachgerechte Aufteilung vornehmen. Auch nach einem Teilnetzübergang sollen Erlösobergrenzen zur Anwendung gelangen, die den beteiligten Netzbetreibern Anreize für eine effiziente Leistungserbringung setzen. Zugleich muss sichergestellt sein, dass die zu beachtenden Effizienzvorgaben erreichbar und übertreffbar im Sinne des § 21 a Abs. 5 S. 4 EnWG sind. Um diese im öffentlichen Interesse stehenden Ziele zu erreichen, ist eine eigenständige Prüfung der zuständigen Regulierungsbehörde unter Anwendung des für regulierungsbehördliche Verfahren gem. § 68 EnWG geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes unumgänglich (so im Ergebnis auch Hussong/Jacob, VersW 2013, S. 89 ff.; a.A. Krüger, EWeRK 2010, 73 f., wonach die Regulierungsbehörden keine „inhaltliche Prüfung des Antrags“ vornehmen).

Entgegen der im Termin zur mündlichen Verhandlung ausdrücklich geäußerten Rechtsauffassung der Bundesnetzagentur kommt danach auch einem inhaltlich übereinstimmenden Antrag keine präjudizierende, die Regulierungsbehörde bindende Wirkung zu, so dass es unschädlich ist, wenn ein solcher Antrag mangels Einigkeit über die Aufteilung der Erlösobergrenzen nicht gestellt werden kann und die Betroffenen in ihren jeweiligen Antragsbegründungen divergierende Vorstellungen über den zurechenbaren Erlösobergrenzenanteil äußern. Da auch bei übereinstimmenden Vorstellungen der Betroffenen ein Prüfungsauftrag der zuständigen Regulierungsbehörde besteht und diese die Entscheidung eigenständig, ohne Bindung an den Antrag und dessen Begründung trifft, ist die Auffassung der Bundesnetzagentur, die zuständige Regulierungsbehörde § 26 Abs. 2 S.1 ARegV nehme die Aufteilung der Erlösobergrenzen nur antragsgemäß auf einen übereinstimmenden Antrag der betroffenen Netzbetreiber hin vor, bereits im Ansatz verfehlt.

Die Ansicht, § 26 Abs. 2 ARegV setze einen übereinstimmenden, die Regulierungsbehörde bindenden Antrag voraus, findet im Wortlaut der Norm keine Stütze. Soweit S. 1 bestimmt, dass die Erlösobergrenzen „auf Antrag“ der beteiligten Netzbetreiber festzulegen sei, enthält diese Formulierung keinerlei Vorgaben betreffend den Antragsinhalt. Zudem richtet sich der Antrag nicht auf die Genehmigung eines Erlösobergrenzenanteils, sondern auf dessen Neufestlegung. Bereits daraus ergibt sich, dass die beantragte Neufestlegung durch die Behörde unabhängig von den im Antrag zum Ausdruck gebrachten Vorstellungen erfolgt.

Aus S. 2 folgt ebenfalls nicht, dass ein gemeinsamer Antrag oder jedenfalls inhaltlich kongruente Anträge gestellt werden müssten. Trotz Verwendung der Singularform kann die Formulierung unschwer dahingehend verstanden werden, dass damit der jeweilige Antrag der Netzbetreiber gemeint ist. Zudem kann aber auch ein formal gemeinsam gestellter Antrag verschiedene, die unterschiedlichen Vorstellungen der Netzbetreiber wiedergebende Begründungen enthalten. Dass eine einheitliche, kongruente Begründung erforderlich ist, ist dem Wortlaut der Vorschrift dagegen nicht zu entnehmen.

Einigen sich die beteiligten Netzbetreiber nicht über die Aufteilung der Erlösobergrenzen, können sie demzufolge voneinander abweichende Anträge stellen. Insoweit genügt bereits der Antrag eines der beteiligten Netzbetreiber, um das Festlegungsverfahren in Gang zu setzen (so auch Säcker, in BerlKomm. zum EnergieR, 2. Aufl. 2010, § 26 ARegV, Rdn. 10).

Die Bundesnetzagentur geht fehl in der Annahme, die Netzbetreiber seien im Falle der Uneinigkeit über die Aufteilung der Erlösobergrenzen auf den Zivilrechtsweg zu verweisen. Dies hätte zur Folge, dass eine im zivilrechtlichen Instanzenzug erstrittene Entscheidung über die Aufteilung der Erlösobergrenzen die Regulierungsbehörde binden und damit ein mit der Materie nicht vertrautes Zivilgericht über eine der Entscheidung der Regulierungsbehörden zugewiesene Materie abschließend entscheiden würde. Dem steht bereits entgegen, dass es bei der Neufestlegung der Erlösobergrenzen nicht um die Entscheidung eines Streits zwischen dem aufnehmenden und dem abgebenden Netzbetreiber geht, der vor den Zivilgerichten auszutragen wäre, sondern um die hoheitliche Festlegung von Obergrenzen für diejenigen Erlöse, die der Netzbetreiber von den Netznutzern vereinnahmen darf.

Die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Auslegung des § 26 ARegV, wo-

nach die Vorschrift erst mit der Stellung des Antrags bei der Regulierungsbehörde ansetze und die vorherige Verständigung zwischen den Netzbetreibern voraussetze, jedoch keine Pflicht zur Herausgabe von Informationen über die Herleitung des Erlösobergrenzenanteils begründe, steht zudem nicht im Einklang mit der von ihr vertretenen rechtlichen Prämisse, dass ein übereinstimmender Antrag der Netzbetreiber erforderlich sei und Bindungswirkung entfalte. Die Rechtsauffassung der Bundesnetzagentur ist insoweit nicht widerspruchsfrei: Nähme die zuständige Regulierungsbehörde die Aufteilung der Erlösobergrenzen nur auf übereinstimmenden Antrag der beteiligten Netzbetreiber vor, verstieße die Weigerung des abgebenden Netzbetreibers, bei der Antragstellung zu kooperieren, insbesondere die erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen, gegen § 26 Abs. 2 ARegV. Entnimmt man der Vorschrift des § 26 Abs. 2 ARegV eine Pflicht der Netzbetreiber, einen übereinstimmenden Antrag zu stellen, setzt dies zugleich einen wechselseitigen Anspruch auf die zur übereinstimmenden Antragstellung erforderliche Kooperation voraus.

Die Beurteilung, welche Kooperationsmaßnahmen in diesem Rahmen erforderlich wären, insbesondere welche Daten herauszugeben wären, obläge der Regulierungsbehörde und nicht den Zivilgerichten. Das Missbrauchsverfahren wäre der geeignete prozessuale Rahmen, den unkooperativen Netzbetreiber zu Mitwirkungshandlungen und ggfs. auch zur Zustimmung zur Antragstellung zu veranlassen.

3. Sind sich die beteiligten Netzbetreiber bei einem Teilnetzübergang über die Aufteilung der Erlösobergrenzen nicht einig, können sie ausweislich der voranstehenden Ausführungen voneinander abweichende Anträge stellen bzw. durch den Antrag eines der beteiligten Netzbetreiber das Festlegungsverfahren bei der Regulierungsbehörde einleiten. Da gemäß § 26 Abs. 2 S. 2 ARegV in dem Antrag anzugeben und zu begründen ist, wie die Aufteilung der Erlösobergrenze erfolgen soll, ist hinsichtlich der für die Antragstellung erforderlichen Informationen grundsätzlich eine Datenübermittlung vom abgebenden an den aufnehmenden Netzbetreiber erforderlich. Stellt der abgebende Netzbetreiber nicht selbst einen Antrag, muss demnach sichergestellt sein, dass die Aufteilung der Erlösobergrenzen auf Antrag des aufnehmenden Netzbetreibers erfolgen kann. Verweigert der abgebende Netzbetreiber die Übermittlung jeglicher Daten, die eine Antragstellung erst ermöglichen, ist es jedoch nicht erforderlich, ihn mittels eines Missbrauchsverfahrens dazu zu veranlassen. Da letztlich ohnehin die Regulierungsbehörde über die sachgerechte Aufteilung der Er-

lösbergrenzen zu befinden hat und die Regulierungsbehörde im Rahmen dieses Verfahrens die erforderlichen Daten von den beteiligten Netzbetreibern anfordern kann, ist es vielmehr ausreichend, dass der aufnehmende Netzbetreiber unter Hinweis auf die fehlende Datenübermittlung die Aufteilung der Erlösbergrenzen beantragt.

Die Formulierung, in dem Antrag sei „anzugeben und zu begründen“, wie die Aufteilung der Erlösbergrenze erfolgen solle, stellt demnach kein echtes Antragserfordernis im Sinne einer Zulässigkeitsvoraussetzung für das Verfahren nach § 26 Abs. 2 ARegV dar, sondern bringt nur zum Ausdruck, dass die Regulierungsbehörde nicht von Amts wegen, sondern auf Antrag und in Kenntnis der Vorstellungen der Netzbetreiber über die Aufteilung entscheiden soll. Die Vorschrift entfaltet ihre Bedeutung damit insbesondere in dem Fall, dass sich die beteiligten Netzbetreiber im Vorfeld über die Erlösbergrenzenaufteilung geeinigt haben. Um der zuständigen Regulierungsbehörde eine Prüfung der Sachgerechtigkeit der vorgeschlagenen Aufteilung zu ermöglichen, ist der Antrag entsprechend zu begründen.

Steht dagegen wie im Streitfall fest, dass die Netzbetreiber sich über die Aufteilung der Erlösbergrenzen nicht einigen können, ist eine Entscheidung der Regulierungsbehörde erforderlich und es bedarf des Umweges über ein Missbrauchsverfahren nicht. Die dem abgebenden Netzbetreiber im Wege der Missbrauchsaufsicht auferlegte Verpflichtung zur Übermittlung und Herausgabe würde es dem aufnehmenden Netzbetreiber zwar ermöglichen, den ihm nach seiner Auffassung zustehenden Anteil der Erlösbergrenze zu ermitteln. Diesen Antrag müsste die Regulierungsbehörde jedoch ohnehin prüfen und gegebenenfalls eine davon abweichende Aufteilung vornehmen. Angesichts dessen ist der Zwischenschritt über ein unter Umständen aufwändiges Missbrauchsverfahren und ein sich gegebenenfalls anschließendes Beschwerdeverfahren überflüssig. Vielmehr muss die Regulierungsbehörde auf den Antrag eines Netzbetreibers, der mangels Datenübermittlung keine begründeten Vorstellungen über die Erlösbergrenzenaufteilung entwickeln konnte, im Rahmen des Verfahrens nach § 26 ARegV die beteiligten Netzbetreiber zur Herausgabe der erforderlichen Informationen auffordern und eine sachgerechte Aufteilung der Erlösbergrenzen vornehmen.

4. Aus den voranstehenden Überlegungen folgt, dass die Bundesnetzagentur den

Antrag auf Einleitung eines Missbrauchsverfahrens zwar im Ergebnis richtig zurückgewiesen hat. Allerdings hätte sie bereits im Vorfeld, d.h. in dem Zeitpunkt, in dem sie mit den unterschiedlichen Vorstellungen der beteiligten Netzbetreiber zur Aufteilung der Erlösobergrenze befasst wurde, auf die Stellung eines Antrags auf Neufestlegung der Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV hinwirken müssen. Hätte sie die Rechtslage zutreffend beurteilt, wäre es nicht zu einem Missbrauchsverfahren gekommen. Dieses hat die Beschwerdeführerin allein vor dem Hintergrund der von der Bundesnetzagentur für erforderlich gehaltenen übereinstimmenden Antragstellung geführt. Auf einen entsprechenden Antrag hin, gegebenenfalls auch bei Klarstellung durch die Beschwerdeführerin mittels Auslegung und Umdeutung des Antrags vom ..., hätte die Bundesnetzagentur – wie oben aufgezeigt – eine sachgerechte Aufteilung der Erlösobergrenzen vornehmen müssen. Aus den Verhandlungen mit den Verfahrensbeteiligten war der Beschlusskammer bekannt, dass es zu einer Teilnetzübertragung gekommen war, die eine Neufestlegung der Erlösobergrenzen erforderlich machte und die Parteien unterschiedliche Vorstellungen über die Aufteilung hatten. Der diesen Sachstand nochmals zusammenfassende Inhalt des Schreibens vom ... hätte somit Anlass geboten, das Verfahren zur Aufteilung der Erlösobergrenzen einzuleiten.

Die Prüfung des Antrags der Beschwerdeführerin im Rahmen eines Verfahrens nach § 26 Abs. 2 ARegV ist jedoch zu Unrecht unterblieben, weil die Bundesnetzagentur an dem Erfordernis einer übereinstimmenden Antragstellung festgehalten und die Beschwerdeführerin auf den Zivilrechtsweg verwiesen hat, statt auf die Einleitung eines Verfahrens nach § 26 ARegV hinzuwirken. Indem die Bundesnetzagentur ihre Aufgabe und Kompetenz, als zuständige Regulierungsbehörde über divergierende Anträge auf Aufteilung der Erlösobergrenze von Amts wegen zu entscheiden, verkannt und sich auf den Standpunkt zurückgezogen hat, eine Aufteilung der Erlösobergrenzen nur auf übereinstimmenden Antrag hin vornehmen zu müssen, hat sie die Einleitung des Missbrauchsverfahrens provoziert.

C.

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG. Es entspricht der Billigkeit, der Beschwerdeführerin und der Bundesnetzagentur die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich ihrer notwendigen außergerichtlichen Aufwendungen gleich-

ermaßen aufzuerlegen. Diese Quotelung berücksichtigt zum einen, dass der Sachantrag der Beschwerdeführerin keinen Erfolg hat und sie unter Verkennung der Rechtslage ein Missbrauchsverfahren eingeleitet hat. Zum anderen war bei der Kostenentscheidung jedoch auch die sachwidrige Verfahrensbehandlung durch die Bundesnetzagentur in Ansatz zu bringen.

Grundsätzlich ist in § 90 S. 2 EnWG für den Fall eines unbegründeten Rechtsmittels eine obligatorische Kostenentscheidung zu Lasten des Rechtsmittelführers vorgesehen. Da die Beschwerde nach zutreffender Auffassung Rechtsmittel ist (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.07.2000, Kart 1/00 (V); Matz, in BerlKomm. zum EnergieR, 2. Aufl., Rdnr. 9 f. zu § 90 EnWG), findet § 90 S. 2 EnWG auf den Streitfall auch Anwendung. Der durch § 90 S. 2 EnWG erfasste Normalfall eines unbegründeten Rechtsmittels liegt jedoch nicht vor. Zwar war dem von der Beschwerdeführerin verfolgten Antrag der Erfolg zu versagen. Infolge der sachwidrigen Verfahrensbehandlung durch die Bundesnetzagentur bestand aber durchaus Anlass und Bedarf für eine Klärung der anstehenden Rechtsfragen. Diese Klärung konnte, nachdem die Bundesnetzagentur nicht, wie geboten, ein Verfahren nach § 26 ARegV eingeleitet hat, nur noch im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens erfolgen. Damit liegt ein vollständiges Unterliegen in der Sache wie in dem von § 90 S. 2 EnWG erfassten Normalfall eines unzulässigen oder unbegründeten Rechtsmittels im Streitfall nicht vor. Angesichts der besonderen Umstände dieses Einzelfalles ist die Kostenentscheidung nicht nach § 90 S. 2 EnWG, sondern nach S. 1 dieser Vorschrift auszurichten.

Über die Kostenerstattung der weiteren Beteiligten, die nach dem Grundsatz der Kontinuität der Verfahrensbeteiligung als Antragstellerin des Missbrauchsverfahrens und Beteiligte des Verfahrens vor der Regulierungsbehörde gemäß § 66 Abs. 2 Nr. 1 EnWG zugleich Beteiligte des Beschwerdeverfahrens ist, war nach § 90 S. 1 EnWG zu entscheiden. Unter Berücksichtigung des Verfahrensausgangs sowie angesichts ihrer aktiven Verfahrensbeteiligung entspricht es der Billigkeit, die der Beteiligten zur zweckmäßigen Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Auslagen der Beschwerdeführerin und der Bundesnetzagentur zu gleichen Teilen aufzuerlegen.

II. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Betroffenen setzt der Senat unter Zugrundelegung der übereinstimmenden Angaben der Beschwerdeführerin und der Bundesnetzagentur auf ... Euro fest.

D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat.

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 S. 2, 80 S. 2 EnWG).

L.

F.

Dr. K.