



– Beschlusskammer 6 –

Beschluss

Az. BK6-11-145

In dem Besonderen Missbrauchsverwaltungsverfahren des

Landes Berlin, vertreten durch die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung, vertreten durch den Senator,

Württembergische Straße 6, 10707 Berlin

– Antragsteller –

zur Überprüfung des Verhaltens der

DB Netz AG, vertreten durch den Vorstand,
Theodor-Heuss-Allee 7, 60486 Frankfurt a. M.

– Antragsgegnerin –

Verfahrensbevollmächtigte: RA Dr. Johann Klinge, Potsdamer Platz 2, 10785 Berlin

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

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

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10.07.2012

am 25.10.2012 beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet,
 - a. innerhalb von zwei Monaten ab Zustellung dieses Beschlusses die zu diesem Zeitpunkt erhobenen Netzentgelte sowie
 - b. innerhalb von sechs Monaten ab Zustellung dieses Beschlusses die sonstigen Netzzugangsbedingungenfür den Zugang zu ihrem 30-kV-Elektrizitätsversorgungsnetz zur Versorgung der S-Bahn Berlin im Internet zu veröffentlichen.
2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, innerhalb von sechs Monaten ab Zustellung dieses Beschlusses einen Antrag auf Genehmigung der erhobenen Netzentgelte bei der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur zu stellen.
3. Eine Entscheidung über die Kosten bleibt vorbehalten.

Gründe

I.

Das vorliegende Besondere Missbrauchsverfahren betrifft die Zugangsbedingungen zu den 30-kV-Elektrizitätsversorgungsanlagen, die der Versorgung der S-Bahn Berlin dienen.

1. Die Antragsgegnerin betreibt unter anderem elektrische Anlagen mit der Nennspannung 30 kV zur Versorgung der S-Bahn Berlin, die dem schienenkongruenten Stromschienen vorge-lagert sind. Die Anlagen umfassen Leitungen von ca. 716 km Länge und befinden sich – bis auf 37 Bahnübergänge – auf dem Betriebsgelände der Berliner S-Bahn. Dieses erstreckt sich über das ganze Gebiet der Stadt Berlin sowie in angrenzende Orte.

Der Antragsteller ist gemeinsam mit dem Land Brandenburg Aufgabenträger für den Schienen-personennahverkehr. Bis Dezember 2017 ist allein die S-Bahn Berlin GmbH mit diesen Leistun-gen beauftragt. Der Antragsteller beabsichtigt, die Möglichkeit zu schaffen, im Anschluss auch anderen Verkehrsunternehmen mit S-Bahn-Leistungen beauftragen zu können. Dazu sollen mehrere Ausschreibungsverfahren für die Beauftragung mit S-Bahnleistungen auf bestimmten S-Bahn-Strecken erfolgen bzw. wurden bereits eingeleitet.

2. Der Antragsteller forderte im August 2010 die Antragsgegnerin schriftlich auf, neben den Zugangsbedingungen für die Fahrstromversorgung auch die Bedingungen und Entgelte für die Durchleitung von Fahrstrom für das Netz der Berliner S-Bahn zu übersenden. Die Antragsgeg-nerin teilte darauf mit, dass die Anlagen zur streckenbezogenen Versorgung mit Fahrstrom zur

Struktur der Schienenwege der S-Bahn Berlin gehören würden und eine gesonderte Aufstellung der geforderten Bedingungen daher nicht erforderlich sei.

Am 24.8.2011 fand ein Gespräch der Parteien und der Bundesnetzagentur zu der Frage statt, inwieweit die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Rechtsnatur der Bahn-Fernleitungen auf die 30-kV-Leitungen der Berliner S-Bahn übertragbar ist.

3. Mit Schreiben vom 24.6.2011, eingegangen am 4.7.2011, hat der Antragsteller einen Antrag auf Überprüfung des Verhaltens der Berliner S-Bahn nach § 31 EnWG gestellt.

Der Antragsteller macht geltend, die fehlenden Nutzungsbedingungen würden verhindern, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen, die Leistungen im Berliner S-Bahn-Netz anbieten wollen, ihre Stromkosten abschätzen können. Zudem wüssten sie nicht, mit welchen Geräten und Methoden der Stromverbrauch gemessen wird, ob und zu welchen Konditionen rückgespeicherter Strom gemessen und entgolten wird und wie sie die Fahrzeuge für den Einbau von Strom-Messeinrichtungen vorrichten müssten. Da die Strombezugskosten einen erheblichen Teil der Kosten der Erbringung von S-Bahn-Leistungen ausmachen, sei es ohne diese Nutzungsbedingungen Unternehmen außerhalb des DB-Konzerns nicht möglich, valide Angebote für Eisenbahnverkehrsleistungen abzugeben.

Der Antragsteller ist der Auffassung, dass die 30 kV-Anlagen ein Energieversorgungsnetz und keine Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung nach § 3 Nr. 24b EnWG darstellen würden.

Bei der Definition des Begriffs der Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung habe der Gesetzgeber offenkundig großflächige Industrie- und sonstige Gewerbeanlagen im Blick, die trotz ihrer räumlich großen Ausdehnung über eine erkennbare Abgeschlossenheit und Abgrenzbarkeit gegenüber anderen Gebieten verfügten. Würde man dagegen die Widmung der Flächen als Bahnanlage als Anknüpfungspunkt für die Zusammengehörigkeit eines Geländes wählen, so würden – konsequent zu Ende gedacht – die Gesamtheit der Bahnanlagen Deutschlands ein einziges räumlich zusammengehöriges Betriebsgelände darstellen. Letztlich wäre das Tatbestandsmerkmal der räumlichen Zusammengehörigkeit im Rahmen des § 3 Nr. 24b EnWG überflüssig, da ein „Netz“ schon begriffslogisch gerade durch die physische Verbindung gekennzeichnet sei.

Ferner liege auch die Voraussetzung nach § 3 Nr. 24b Bst. c EnWG nicht vor, wonach die Kundenanlage fast ausschließlich dem betriebsnotwendigen Transport von Energie innerhalb des eigenen Unternehmens oder zu verbundenen Unternehmen dient. Es sei rechtlich und nicht rein faktisch zu werten, ob dieses Merkmal vorliege. Ausweislich § 14 Abs. 1 S. 1 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) seien Eisenbahninfrastrukturunternehmen verpflichtet, Dritten ge-

genüber eine diskriminierungsfreie Benutzung der von ihnen betriebenen Eisenbahninfrastruktur und die diskriminierungsfreie Erbringung der von ihnen angebotenen Leistungen zu gewähren. Diese Vorschrift sei gem. § 4 Abs. 3 AEG auch auf Anlagen zur streckenbezogenen Versorgung mit Fahrstrom anzuwenden. Das Bahnstromnetz diene damit der Versorgung der auf dieser Infrastruktur verkehrenden Eisenbahnen mit Elektrizität, auch dann, wenn es sich nicht um Eisenbahnen des DB-Konzerns handele. Nur diese Auslegung entspreche der Zweckbestimmung des § 3 Nr. 24b Bst. c EnWG, der nur dann zur Anwendung kommen solle, wenn es angesichts eines innerbetrieblich oder konzernrechtlich bedingten „geschlossenen Kreislaufes“ gar keinen Wettbewerb gebe und insofern auch keine Wettbewerbsverzerrung drohe. Es gehe im vorliegenden Fall aber gerade darum, über eine Ausschreibung den Wettbewerb auf der S-Bahn-Infrastruktur zu eröffnen.

Außerdem könne die Bahnstromanlage nicht unentgeltlich genutzt werden, da die DB Netz AG ein jährliches Entgelt für die Nutzung der Anlage zahle. Dem stehe nicht entgegen, dass das Entgelt pauschal abgegolten werde.

Die Regulierung der Anlage sei erforderlich, um faire Wettbewerbsbedingungen beim Vergabeverfahren herzustellen. Ohne Informationen über Stromzähler, Rekuperation und Netznutzungsentgelte sei lediglich die S-Bahn Berlin GmbH in der Lage, ein Angebot ohne unkalkulierbares Risiko abzugeben.

Der Antragsteller ist der Auffassung, durch das Verhalten der Antragsgegnerin betroffen zu sein. Als Aufgabenträger dürfe er bei einer Vergabe von S-Bahn-Leistungen keine erheblichen unkalkulierbaren Risiken aufbürden. Er könne daher die Leistungen nur dann an einen Dritten vergeben, wenn er selber durch Übernahme der Strombezugskosten die Risiken trage. Hierdurch würde ein erhebliches Risiko für den Landeshaushalt entstehen und es entfielen die Anreize für die Eisenbahnverkehrsunternehmen, energiesparende Fahrzeuge zu beschaffen und energiesparend zu fahren. Der Antragsteller sei erheblich in seinen wirtschaftlichen Interessen berührt, wenn es bei einem Vergabeverfahren mit einem Gesamtvolumen von rund 1,2 Mrd. Euro zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen komme.

Der Antragsteller beantragt sinngemäß,

die Antragsgegnerin zu verpflichten, Netznutzungsbedingungen und Netzentgelte für den Netzzugang zum Energieversorgungsnetz für die Berliner S-Bahn aufzustellen und im Internet zu veröffentlichen sowie Messstellen für Letztverbraucher im Berliner S-Bahn-Netz zu betreiben.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, der Antrag sei bereits nicht zulässig. Der Antragsteller sei nicht antragsbefugt, da nicht erkennbar sei, dass sie in ihren Interessen erheblich berührt werde. Weder handele es sich bei dem Antragsteller um ein Eisenbahnverkehrsunternehmen noch um ein Energieversorgungsunternehmen. Ferner mangle es an der Gegenwärtigkeit der Interessenberührung, da sich die behaupteten Risiken allenfalls erst nach Dezember 2017 realisieren könnten.

Der Antrag sei unzulässig und darüber hinaus auch unbegründet, da es sich bei der 30-kV-Anlage um eine Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung und nicht um ein Energieversorgungsnetz handele.

Die Anlage befinde sich auf einem räumlich zusammengehörenden Betriebsgebiet. Dabei komme es auf die Ausdehnung des zusammengehörenden Betriebsgebiets nicht an.

Die Anlage diene fast ausschließlich dem betriebsnotwendigen Transport von Energie innerhalb des DB Konzerns. Dabei sei auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen. Daher komme es nicht darauf an, ob Dritte in Zukunft ebenfalls einmal über die Anlage mit Strom versorgt werden könnten.

Die Anlage werde unentgeltlich zur Verfügung gestellt. Die Erhebung eines pauschalen jährlichen Entgelts aufgrund eines gesonderten Vertrages unabhängig von der Menge an durchgeleitetem Strom, wie dies derzeit gegenüber der S-Bahn Berlin GmbH gehandhabt werde, stehe nicht im Widerspruch zum Tatbestandsmerkmal der Unentgeltlichkeit. Denn dieses Merkmal besage lediglich, dass kein Netznutzungsentgelt erhoben werde. Dies bedeute jedoch nicht, dass die Kosten, die mit dem Betrieb der Anlage einhergehen, nicht im Rahmen anderer vertraglicher Vereinbarungen abgegolten werden könnten. Hinzu komme, dass bei der Betrachtung der Unentgeltlichkeit nur auf das Verhältnis zu Dritten, nicht mit dem Betreiber der Kundenanlage verbundenen Letztverbrauchern oder Lieferanten abzustellen sei. Dies entspreche auch der bisherigen Rechtsprechung zur Frage der Abgrenzung eines Energieversorgungsnetzes von einer Kundenanlage. Würden die Kosten der Anlage gegenüber Dritten nicht in Abhängigkeit von der verbrauchten Energie und nicht mit Gewinnanteil abgerechnet, sondern pauschal ähnlich wie Mietnebenkosten, so sei dies als Indiz gegen das Vorliegen eines Energieversorgungsnetzes anzusehen.

Es bestünde vorliegend auch keine Notwendigkeit, die Anlage einer Regulierung nach dem EnWG zu unterstellen. Dies hätte eine Regulierung einer konzerninternen Leistungsbeziehung zur Folge, die durch § 3 Nr. 24b EnWG von den Regulierungsvorgaben gerade ausgenommen werden solle. Eine andere Beurteilung könne sich auch nicht unter dem Blickwinkel der Vorbereitung des Vergabeverfahrens ergeben. Unternehmen, die sich am Vergabeverfahren beteiligen, könnten auf Erfahrungswerte oder Daten aus vergleichbaren Märkten zurückgreifen, die

ihnen Anhaltspunkte für die Strombezugskosten liefern würden. Als Anhaltspunkt könne beispielsweise die Netznutzungsentgelte herangezogen werden, die die DB Energie GmbH für die Nutzung der Bahnstromfernleitungen erhebt. Dass die Strombezugskosten ab dem Jahr 2017 derzeit noch nicht feststünden, sei zudem eine Unwägbarkeit, die Unternehmen in Ausschreibungsverfahren für einen zukünftigen Zeitraum regelmäßig zu tragen hätten. Auch eine Regulierung von Entgelten für die Nutzung der Anlage würde nicht die Prognoseunsicherheit über die Strombezugskosten ab Dezember 2017 ausräumen, da die Netznutzungsentgelte nur einen Teil der Strombezugskosten darstellen würden.

Der Antragsteller erwidert, es sei zwar richtig, dass die Netznutzungsentgelte des Jahres 2012 möglicherweise nicht mit den Entgelten 2017 übereinstimmen werden. Die verbleibende Unsicherheit betreffe aber lediglich die Preisentwicklung, die anhand gängiger Formeln und Indizien kalkulatorisch berücksichtigt werden könne. Die Entgelte für Bahnstromfernleitungsnetze stellten keine Grundlage für eine Kostenprognose dar, weil nach Angaben der Antragsgegnerin die technischen Strukturen im S-Bahn-Stromnetz vollkommen andere seien als im übrigen Bahnstromnetz. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin, sollte sie mit ihrem Vorbringen Erfolg haben, ihre Anlagen jederzeit zum Energieversorgungsnetz machen könnte. Für einen potenziellen Wettbewerber sei dies ein betriebswirtschaftlich kaum zu verantwortendes Risiko dar.

4. Die Bundesnetzagentur hat den Beschlussentwurf der Landesregulierungsbehörde und dem Bundeskartellamt am 15.10.2012 mit der Gelegenheit zur Stellungnahme übersandt.

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

II.

Die Verfügung beruht auf § 31 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 S. 1 und § 23a Abs. 3 EnWG.

1. Der Antrag ist zulässig.

1.1. Die Bundesnetzagentur ist gem. § 54 Abs. 1 EnWG zuständig. Die Zuständigkeit der Landesregulierungsbehörde ist gem. § 54 Abs. 2 S. 2 EnWG ausgeschlossen, da die betroffene Anlage über das Gebiet eines Landes hinaus reicht. Sie befindet sich in den Ländern Berlin und Brandenburg. Für die Frage der Zuständigkeit kommt es nicht darauf an, ob die Anlage als Energieversorgungsnetz zu qualifizieren ist.

Die Beschlusskammer ist zur Entscheidung gemäß § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG ermächtigt.

1.2. Der Antrag ist statthaft. Nach § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG muss sich der Antrag gegen das Verhalten eines Betreibers von Energieversorgungsnetzen richten. Die Antragsgegnerin ist Betreiberin eines Energieversorgungsnetzes. Die 30-kV-Anlagen zur Elektrizitätsversorgung der Berliner S-Bahn stellen ein Energieversorgungsnetz dar.

1.2.1. Weder das Energiewirtschaftsgesetz noch die gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien enthalten eine Definition des Begriffes „Energieversorgungsnetz“. Seine Auslegung muss aus einer Zusammenschau der energiewirtschaftsrechtlichen Begriffsbestimmungen unter Berücksichtigung der Zielsetzungen des Gesetzes entwickelt werden (BGH, Beschluss vom 18.10.2011 – EnVR 68/10 – juris, Rn. 8). Zentrale Bedeutung kommt dabei der Versorgungsfunktion des Netzes zu. Um die Belieferung mit Elektrizität durch jeden Anbieter zu ermöglichen, müssen grundsätzlich alle Anlagen, die einer Versorgung der Letztverbraucher dienen, dem Netzbegriff unterfallen (BGH, a. a. O., Rn. 9).

Die vorliegend betroffenen Anlagen dienen der Versorgung von Letztverbrauchern, nämlich den Eisenbahnverkehrsunternehmen, die die Gleise der Berliner S-Bahn mit Elektrofahrzeugen befahren. Insoweit ist es unerheblich, dass dies zurzeit die S-Bahn Berlin GmbH ist, also ein mit der Antragsgegnerin konzernverbundenes Unternehmen. Denn die S-Bahn Berlin GmbH stellt eine eigene, von der Antragsgegnerin unterschiedliche juristische Person dar, so dass keine reine Eigenversorgungsanlage vorliegt.

1.2.2. Die Anlage ist nicht als Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung aus dem Begriff des Energieversorgungsnetzes ausgenommen.

1.2.2.1. Eine Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung liegt bereits deshalb nicht vor, weil sich die Anlage nicht auf einem räumlich zusammengehörenden Betriebsgebiet befindet (§ 3 Nr. 24b Bst. a EnWG). Mit diesem Tatbestandsmerkmal wird die Anwendung der Kunden-

anlage zur betrieblichen Eigenversorgung auf Anlagen beschränkt, die sich in einer abgeschlossenen betrieblichen Sphäre befinden.

Ein räumlich zusammengehörendes Betriebsgebiet kann – wie sich aus der Begründung zum Entwurf der Norm entnehmen lässt (BT-Drs. 17/6072, S. 51) – nicht nur dann angenommen werden, wenn die betreffende Infrastruktur sich hinsichtlich ihrer räumlichen Ausdehnung auf ein Gebäude beschränkt, sondern auch dann, wenn sie sich außerhalb von Gebäuden über ein größeres Grundstück erstreckt. Dabei ist dem Wortlaut nicht zu entnehmen, dass alle betroffenen Grundstücke auch im Eigentum derselben Person stehen müssen. Denn es ist nicht vom Begriff „Grundstück“, sondern von dem inhaltlich weiter reichenden Begriff „Gebiet“ die Rede. Entscheidend und eine Mindestvoraussetzung ist nach der Definition eine gewisse räumliche Zusammengehörigkeit (BNetzA, Beschluss vom 7.11.2011 – BK6-10-208 – S. 11).

Diese räumliche Zusammengehörigkeit ist vorliegend nicht gegeben. Zwar befinden sich die Anlagen auf dem Betriebsgebiet der S-Bahn Berlin, das aber nicht die notwendige räumliche Zusammengehörigkeit aufweist. Die Gleise der S-Bahn Berlin und damit auch die Elektrizitätsversorgungsanlagen durchziehen das gesamte Stadtgebiet Berlins und reichen bis in die angrenzenden Orte. Sie kreuzen ferner an 37 Bahnübergängen öffentliche Wege. Zwar ist es grundsätzlich unschädlich, wenn das Betriebsgelände an einigen Stellen kleinere „Lücken“ aufweist – wie etwa durch die Querung von Straßen –, solange der Charakter eines einheitlichen Gebietes gewahrt bleibt und sich die Arbeitsabläufe auf den verschiedenen Teilen des Gebietes unbeeinflusst von der Lücke vollziehen. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Die große Zahl der „Lücken“ macht vielmehr deutlich, dass das Betriebsgebiet von vornherein keinen Eindruck der räumlichen Zusammengehörigkeit vermittelt. Es stellt sich vielmehr als Teil der urbanen Infrastruktur der Stadt Berlin und der angrenzenden Orte dar, der vielfältig und eng mit anderen Infrastruktureinrichtungen wie anderen ÖPNV-Einrichtungen, Straßen und Gebäuden – letztlich mit „der Stadt“ als solcher – verzahnt ist.

1.2.2.2. Unabhängig davon liegt eine Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung auch deshalb nicht vor, weil die Anlage nicht fast ausschließlich dem betriebsnotwendigen Transport von Energie innerhalb eines eigenen Unternehmens oder zu verbundenen Unternehmen dient (§ 3 Nr. 24b Bst. c 1. Alt. EnWG). Zwar wird die Anlage zurzeit im Wesentlichen dafür verwendet, die S-Bahn Berlin GmbH – mithin ein verbundenes Unternehmen – mit elektrischer Energie zu versorgen. Ob eine Anlage aber dem betriebsnotwendigen Transport von Energie innerhalb des eigenen Unternehmens oder zu verbundenen Unternehmen dient, ist aber nicht anhand der tatsächlichen Verwendung der Anlage zu beurteilen, sondern anhand ihrer Zweckbestimmung. Die Anlage der Antragsgegnerin ist für den Zweck bestimmt, jedes Eisenbahnverkehrsunternehmen, das die Gleise der S-Bahn Berlin elektrisch befährt, zu versorgen. Darin liegt – im Unterschied zu den Konstellationen, die der Gesetzgeber mit der Einführung der Kundenanlage zur

betrieblichen Eigenversorgung aus dem Netzbegriff ausschließen wollte – ein Grund für die Regulierung der Anlage. Die Anlage stellt sich eben nicht als Bestandteil der Produktionsanlagen eines Unternehmens dar (vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 51), sondern ist eine Vorleistung für den Eisenbahnverkehr auf dem S-Bahnnetz, also in erster Linie für den konzessionierten und öffentlich geförderten Personennahverkehr. Dem Betreiber der Anlage eröffnet sich damit die Möglichkeit, sich oder einem verbundenen Unternehmen Wettbewerbsvorteile auf einem Wettbewerbsmarkt zu verschaffen, was durch die Regulierung unterbunden werden soll.

1.2.2.3. Schließlich stellt die Antragsgegnerin die Anlage auch nicht unentgeltlich zur Verfügung (§ 3 Nr. 24b Bst. d EnWG). Zwar ist die Voraussetzung der Unentgeltlichkeit in Regelfall erfüllt, wenn eine Kundenanlage im Rahmen eines vertraglichen Gesamtpaketes zur Verfügung gestellt wird, beispielsweise Miet- oder Pachtvertrag (BT-Drs. 17/6072, S. 51). Das ist hier aber nicht gegeben. Als vertragliches „Gesamtpaket“ kommt allein der Trassennutzungsvertrag zwischen der S-Bahn Berlin GmbH und der Antragsgegnerin in Betracht. Die Antragsgegnerin verlangt aber nach eigenen Angaben von der S-Bahn Berlin GmbH ein pauschales Entgelt für die Nutzung der Elektrizitätsversorgungsanlagen, welches zusätzlich zu dem – regulierten – Trassennutzungsentgelt aufgrund eines gesonderten Vertrages zu zahlen ist. Die Antragsgegnerin erhebt das Entgelt für die Nutzung der Elektrizitätsversorgungsanlage also nicht im Rahmen des Trassennutzungsvertrags, sondern erhebt ein zusätzliches Entgelt. Darin unterscheidet sich die vorliegende Konstellation von den in der Gesetzesbegründung genannten Miet- oder Pachtverträgen. Bei diesen Verträgen ist die Nutzung beispielsweise der Hausinstallationen mit der Zahlung des Miet- oder Pachtzinses abgegolten. Die Nutzung der Anlagen wird als integraler Bestandteil des Miet- oder Pachtverhältnisses angesehen.

Dem steht auch nicht entgegen, dass das Entgelt pauschal und nicht in Abhängigkeit von der Menge der durchgeleiteten Energie erhoben wird. Wird das Entgelt – wie hier – außerhalb eines vertraglichen Gesamtpaketes verlangt, liegt von vornherein keine Unentgeltlichkeit im Sinne des § 3 Nr. 24a oder 24b EnWG vor.

1.3. Der Antragsteller ist auch durch das Verhalten der Antragsgegnerin in seinen Interessen erheblich berührt. Hierfür ist grundsätzlich die Möglichkeit einer Interessensberührung ausreichend, wobei nicht erforderlich ist, dass der Antragsteller in eigenen aus den Abschnitten 2 und 3 des Teils 3 des EnWG folgenden Rechtspositionen beeinträchtigt sein muss. Nach dem Grundgedanken des § 32 Abs. 1 Satz 3 EnWG dienen die Vorschriften dieser Abschnitte auch dann dem Schutz anderer Marktbeteiligter, wenn sich der Verstoß nicht gezielt gegen diese richtet. Es ist also auch ausreichend, wenn sich der mögliche Verstoß gegen einen außerhalb des Verfahrens nach § 31 EnWG stehenden Dritten richtet. In diesem Fall liegt eine „erhebliche“ Interessensberührung allerdings nur dann vor, wenn das gerügte Verhalten in einem konkreten und unmittelbaren Bezug zu Interessen der Antragsteller steht und sich auf diese auch auswirkt

(BNetzA, Beschluss vom 19.3.2007 – BK6-06-071 – S. 18; Beschluss vom 19.3.2012 – BK6-11-113 – S. 7).

Vorliegend ist der besonderen Situation Rechnung zu tragen, dass der Antragsteller Aufgabenträger für den Schienenpersonennahverkehr auf den Gleisen der S-Bahn Berlin ist. Als solcher ist er nicht nur zugangsberechtigt zur Eisenbahninfrastruktur gem. § 14 Abs. 3 Nr. 3 AEG, sondern hat auch ein erhebliches Interesse daran, dass die Eisenbahnverkehrsunternehmen, die sich um eine Konzessionierung für den S-Bahn-Verkehr bewerben, im Falle des Zuschlags ungehinderten Zugang zu den Vorleistungsmärkten haben, also auch zum Markt für elektrische Energie. Denn nur dann sind sie in der Lage, die Vorteile des Wettbewerbs auf dem Energiemarkt zu nutzen und ihrerseits wirtschaftlich attraktive Angebote im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens für die Konzessionierung des S-Bahn-Verkehrs abzugeben. Damit erstreckt sich sein Interesse auch auf die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben der Abschnitte 2 und 3 des Teils 3 des EnWG, die zum Zwecke der Wettbewerbsöffnung Netzanschluss und -zugang regeln. Insbesondere hat er ein berechtigtes Interesse daran, dass die Netzzugangsbedingungen bekannt sind.

Der Antragsteller ist auch bereits jetzt erheblich betroffen. Zwar läuft der derzeit gültige Vertrag noch bis Dezember 2017, aber der Antragsteller hat bereits jetzt mit der Ausschreibung begonnen. Daher besteht bereits jetzt ein berechtigtes Interesse des Antragstellers, die Rahmenbedingungen für den S-Bahn-Verkehr ab 2018 zu klären. Dazu gehören auch die Zugangsbedingungen zu dem Elektrizitätsversorgungsnetz.

Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass eine Kalkulation der Strombezugskosten ab dem Jahr 2018 auf der Grundlage der aktuellen Netzentgelte nicht möglich ist. Denn das Interesse des Antragstellers ist gerade nicht darauf gerichtet, die künftigen Strombezugskosten zu kennen, sondern Klarheit über die Rahmenbedingungen für den Zugang zum Energieversorgungsnetz der Antragsgegnerin zu erhalten. Dies kann zwar Unsicherheiten über die künftigen Strombezugskosten nicht vollständig ausräumen, allerdings erheblich verringern. Insbesondere wäre klargestellt, dass die Netzentgelte nach den Regelungen der StromNEV und – nach Auslaufen der Übergangsphase nach § 1 Abs. 2 ARegV – der ARegV reguliert werden.

2. Der Antrag ist auch begründet.

2.1. Die Antragsgegnerin verstößt gegen § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG, indem sie keine Netzzugangsbedingungen im Internet veröffentlicht.

Nach § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG sind Betreiber von Energieversorgungsnetzen verpflichtet, die Bedingungen, einschließlich möglichst bundesweit einheitlicher Musterverträge, Konzessionsabgaben und unmittelbar nach deren Ermittlung, aber spätestens zum 15. Oktober eines Jahres für

das Folgejahr Entgelte für den Netzzugang im Internet zu veröffentlichen.

Die Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG liegen vor. Die Antragsgegnerin ist eine Betreiberin eines Energieversorgungsnetzes, nämlich des 30-kV-Netzes zur Versorgung der S-Bahn Berlin (s. o. 1.2.). Die Antragsgegnerin hat keine Netzzugangsbedingungen im Internet veröffentlicht.

2.2. Die Antragsgegnerin verstößt ferner gegen § 23a Abs. 1 EnWG, indem sie keine Genehmigung für die von ihr erhobenen Netzentgelte beantragt hat.

Entgelte für den Netzzugang bedürfen gem. § 23a Abs. 1 EnWG einer Genehmigung, es sei denn, dass in einer Rechtsverordnung nach § 21a Abs. 6 EnWG die Bestimmung der Entgelte im Wege einer Anreizregulierung durch Festlegung oder Genehmigung angeordnet wird. Die Genehmigung ist gem. § 23a Abs. 3 EnWG schriftlich zu beantragen; die Regulierungsbehörde kann ein Muster und eine einheitliches Format für die elektronische Übermittlung vorgeben. Zwar sieht § 1 Abs. 1 ARegV grundsätzlich die Bestimmung der Netzentgelte im Wege der Anreizregulierung vor, so dass diese nicht mehr der Genehmigung bedürfen. Dies findet aber gem. § 1 Abs. 2 ARegV auf einen Netzbetreiber keine Anwendung, für den noch keine kalenderjährliche Erlösbergrenze bestimmt worden ist. Dies ist vorliegend der Fall.

3. Die Beschlusskammer hält es für zweckmäßig, die Veröffentlichung der Netzzugangsbedingungen gem. § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG sowie die Beantragung der Genehmigung der Netzentgelte gem. § 23a Abs. 1 EnWG anzuordnen. Mit dieser Veröffentlichung ist dem vordringlichen Informationsbedarf des Antragstellers Genüge getan. Die Beschlusskammer geht davon aus, dass die Netzzugangsbedingungen sich innerhalb des rechtlichen Rahmens bewegen werden. Sie müssen insbesondere angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein und dürfen nicht ungünstiger sein, als sie von den Betreiber des Energieversorgungsnetzes in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb seines Unternehmens oder gegenüber verbundenen oder assoziierten Unternehmen angewendet werden (vgl. § 21 Abs. 1 EnWG). Die Nutzungsbedingungen müssen ferner die einschlägigen Festlegungen der Bundesnetzagentur einhalten, insbesondere die GPKE (Beschluss vom 11.7.2006, Az. BK6-06-009) sowie die MaBiS (Beschluss vom 10.6.2009, Az. BK6-07-002). Die Beschlusskammer geht außerdem davon aus, dass zu den vorliegend zu veröffentlichen Netzzugangsbedingungen auch Bedingungen hinsichtlich der technischen Ausstattung der auf den Strecken der S-Bahn Berlin verkehrenden Fahrzeuge, soweit diese Bedingungen den Zugang zum 30 kV-Netz betreffen, sowie ggf. zur Vergütung von Bremsstrom gehört.

Darüber hinaus hält es die Beschlusskammer nicht für zweckmäßig, der Antragsgegnerin zum gegenwärtigen Zeitpunkt weiteren Vorgaben zum Inhalt der zu veröffentlichen Netzzugangsbedingungen zu machen. Denn dieses Verfahren betrifft im Wesentlichen die Frage, ob überhaupt

Netzzugangsbedingungen zu veröffentlichen sind. Es ist Aufgabe der Antragsgegnerin, die Netzzugangsbedingungen im Rahmen der rechtlichen Vorgaben konkret zu formulieren. Sollte es zu einem späteren Zweifel an der Rechtmäßigkeit der durch die Antragstellerin aufgestellten Netzzugangsbedingungen geben, kann dies ggf. Gegenstand eines weiteren Verfahrens sein (vgl. zu einer ähnlichen Fragestellung: BGH, Beschluss vom 24.9.2002 – KVR 15/01 – „Fährhafen Puttgarden I“, juris).

Die Fristen für die Veröffentlichung der Netzzugangsbedingungen und die Beantragung der Netzentgelte sind angemessen.

Die tatsächlich erhobenen Netzentgelte sind der Antragsgegnerin bekannt und können daher ohne Weiteres innerhalb von zwei Monaten veröffentlicht werden.

Der Zeitraum von sechs Monaten ist für die Zusammenstellung und Veröffentlichung der sonstigen Netzzugangsbedingungen ausreichend, zumal die Antragsgegnerin das betroffene Netz bereits seit langem betreibt und mit den Fragen des Netzbetriebs daher vertraut ist. Ferner kann die Antragsgegnerin auf die im DB-Konzern vorhandenen Erkenntnisse aus der Entwicklung von Netzzugangsbedingungen für die Bahnfernstromleitungen zurückgreifen.

Die Daten, die für die Beantragung der Netzentgeltgenehmigung erforderlich sind – dabei handelt es sich im Wesentlichen um Kostendaten –, sind bei der Antragsgegnerin vorhanden. Der Zeitraum von sechs Monaten ist ausreichend, um die elektronischen Erhebungsbögen der Bundesnetzagentur auszufüllen und zu übermitteln, selbst wenn man berücksichtigt, dass die Antragsgegnerin sich zum ersten Mal einem Entgeltgenehmigungsverfahren zu unterwerfen hat und somit nicht auf Erfahrungen aus früheren Genehmigungsverfahren zurückgreifen kann.

Die Beschlusskammer hält es derzeit nicht für erforderlich, die Antragsgegnerin zur Einhaltung weiterer Pflichten eines Netzbetreibers – etwa zur Entflechtung – förmlich zu verpflichten. Das vorliegende Verfahren diene in erster Linie der Klärung der Frage, ob die 30-kV-Anlagen zur Versorgung der S-Bahn Berlin als Energieversorgungsnetz anzusehen sind. Nachdem diese Frage bejaht ist, geht die Beschlusskammer davon aus, dass die Antragsgegnerin ihre Pflichten als Netzbetreiber von sich aus erfüllen wird, so dass eine förmliche Verpflichtung – über den vordringlichen Informationsbedarf des Antragstellers hinaus – derzeit nicht erforderlich ist.

4. Die Erhebung von Kosten nach § 91 EnWG bleibt einem gesonderten Verfahren vorbehalten.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

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

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

Matthias Otte
Vorsitzender

Andreas Fixel
Beisitzer

Jens Lück
Beisitzer