

hat die Kammer für Handelssachen 91 des Landgerichts Berlin in Berlin-Mitte, Littenstraße 12-17, 10179 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 08.05.2012 durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht ■■■■I und die Handelsrichter ■■■■■■ und ■■■■■■

f ü r R e c h t e r k a n n t :

1. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 30.März 2012 wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerinnen haben die Kosten des Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Antragstellerinnen bleibt nachgelassen, die Vollstreckung der Antragsgegnerin wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus diesem Urteil vollstreckbaren Betrages abzuwenden, sofern nicht die Antragsgegnerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand

Die antragstellenden Stromdienstleister begehren den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Antragsgegnerin als Betreiberin des Stromverteilnetzes der allgemeinen Versorgung in Berlin, damit diese sie bis zum rechtskräftigen Abschluss eines entsprechenden Hauptsacherechtsstreits als Letztverbraucher akzeptiert und beliefert.

Die Antragsgegner darf aufgrund der rechtlichen Entflechtung von Verteilnetzbetreibern keinen Strom an Endverbraucher liefern.

Die Antragstellerinnen bilden zusammen mit der ■■■■■■■■■■■■■■■■■■■■■■ GmbH & Co. KG die ■-Unternehmensgruppe. Diese Gruppe bietet unter der Bezeichnung ■■■■■■ unter anderem auf ihrer homepage ■■■■■■.de verschiedene Leistungen und Dienstleistungen im Energiebereich an. Die ■■■■■■■■■■■■■■■■■■■■■■ GmbH & Co. KG agiert hierbei als Versorger mit Primärenergie und liefert unter anderem Strom auf der Grundlage ihrer AGB Strom. Wegen der Einzelheiten wird auf die zu den Akten gereichte Ablichtung der genannten AGB (Anlage AG 1 als Beistück zu den Akten) Bezug genommen. Die Antragstellerin zu 1. ist der Verbrauchsnetzbetreiber als Erfüllungsgeschilfin der Antragstellerin zu 2. als Energiedienstleister und Energiecontractor. Sie bietet ihren Kunden die Belieferung mit Nutzenergie an, indem sie die jeweils geeignete Primärenergie von der

Antragsgegnerin zu 1. in Nutzenergie umwandeln lässt, wozu sie das kundenseitige Stromnetz sowie alle vorhandenen Umwandler übernimmt und während der Vertragslaufzeit überwacht und betreibt. Die Leistungen der ■■■■■■■■■■■■■■■■■■■■■■ GmbH & Co. KG und der Antragstellerin zu 2. sind voneinander unabhängig, können aber auch kombiniert abgenommen werden. Wegen der Einzelheiten wird auf den Vortrag der Antragstellerinnen in der Antragsschrift nebst Anlagen (Blatt 6 ff der Akten) Bezug genommen.

Wenn ein Kunde sich für das kombinierte Angebot entscheidet, dann meldet die ■■■■■■■■■■■■■■■■■■■■■■ GmbH & Co. KG die Antragstellerin zu 1. als neue Anschlussnutzerin bei der Antragsgegnerin und meldet gleichzeitig ihren neuen Kunden, der bislang elektrische Energie selbst bezogen hatte, ab. Die Antragsgegnerin verweigerte mit Schreiben von 8.März 2012 unter Hinweis darauf, dass sie Verträge mit den Letztverbrauchern schließe, die Annahme der Antragstellerin zu 1. als letztverbrauchende Vertragspartnerin an den von ihr übernommenen Entnahmestellen, obwohl die Antragstellerinnen sie per e-mail vom 9.März 2012 erneut dazu aufforderten.

Die Antragstellerinnen behaupten, sie hätten Verträge mit Kunden in dem von der Antragsgegnerin versorgten Gebiet geschlossen und seien daher darauf angewiesen, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin zu 1. als Letztverbraucherin akzeptiere. Wegen der Einzelheiten wird auf den Vortrag der Antragstellerinnen in dem Schriftsatz vom 3.Mai 2012 (dort Blatt 2 f) nebst Anlagen Bezug genommen. Sie sind der Auffassung, dass die Antragstellerin zu 1. als Letztverbraucherin im Sinne des EnWG anzusehen ist. Denn sie verbrauche den Strom, indem sie ihn für ihren Kunden in Licht, Kraft oder Nutzenergie umwandle, der Kunde selbst beziehe ja gerade keinen Strom mehr. Es sei in diesem Zusammenhang unerheblich, wozu der Letztverbraucher die elektrische Energie beziehe, solange er diese nicht als solche weiterleite. Daher stehe ihr ein Recht auf Anschluss zu, das durch die NAV nicht einschränkbar sei. Dieser Anspruch der Antragstellerinnen sei auch im Wege einstweiliger Verfügung in Form der Leistungsverfügung durchsetzbar, weil den Antragstellerinnen ansonsten unverhältnismäßige Vermögensnachteile und endgültiger Rechtsverlust drohe. Denn die bereits gewonnenen Kunden würden den jeweiligen Vertrag nur unter der Prämisse schließen, dass die Kunden selbst in keinerlei Vertragsverhältnis mehr zu der Antragsgegnerin stünden, und würden in der Regel von dem Vertrag mit der Antragstellerin zu 2. zurücktreten, wenn es nicht möglich sei, dass die Antragstellerin zu 1. als Letztverbraucherin den Anschluss übernehme. Ihr Contracting-Modell entspreche der DIN 8930-5:2003-11.

Die Antragstellerinnen beantragen,

der Antragsgegnerin zur Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu EUR 250.000,00 (und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft bis zu sechs Monaten), oder Ordnungshaft bis zu

sechs Monaten, die Ordnungshaft jeweils zu vollziehen an einem der Geschäftsführer der Antragsgegnerin, zugunsten der Antragstellerinnen aufzugeben, der Antragstellerin zu 1. auf entsprechenden Antrag eines Stromversorgers, insbesondere der ■■■■■■■■■■■■■■■■■■■■■■ GmbH & Co. KG an allen von der Antragsgegnerin als Verteilnetzbetreiberin angeschlossenen Anschlussstellen bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache im Rahmen eines GPKE-Prozesses den Einzug als Letztverbraucher in den jeweiligen im Antrag genannten Niederspannungsanschluss zu gestatten, hilfsweise, der Antragstellerin zu 1. auf entsprechenden Antrag eines Stromversorgers, insbesondere der ■■■■■■■■■■■■■■■■■■■■■■ GmbH & Co. KG an allen von der Antragsgegnerin als Verteilnetzbetreiberin angeschlossenen Anschlussstellen bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache als Letztverbraucher in den jeweiligen im Antrag genannten Niederspannungsanschluss zu akzeptieren.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurück zu weisen.

Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, dass die Antragstellerin zu 1. keine Letztverbraucherin sei. Zudem bestreitet sie die Bevollmächtigung der Antragstellerinnen durch die bisherigen Stromkunden, die Verträge mit der Antragsgegnerin zu kündigen. Die für Erlass der Leistungsverfügung erforderliche Dringlichkeit sei nicht dargetan.

Entscheidungsgründe

Der zulässige Antrag ist unbegründet.

I.

An der Zulässigkeit bestehen keine Bedenken, insbesondere ergibt sich die ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichts Berlin, Kammer für Handelssachen, aus § 102 EnWG.

II.

Den Antragstellerinnen stehen weder Verfügungsanspruch noch Verfügungsgrund zur Seite, so dass der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen ist, §§ 935, 940 ZPO.

1.

Den Antragstellerinnen steht kein Anspruch auf Stromeinzug als Letztverbraucherin im Sinne des § 3 Nr.25 EnWG für die Antragstellerin zu 1. zu aus §§ 17, 18 EnWG.

Nach den genannten Vorschriften hätten die Antragstellerinnen dann einen Anspruch auf Versorgung durch die Antragsgegnerin, wenn die Antragstellerin zu 1. als Endverbraucherin anzusehen wäre. Dies ist indes nicht der Fall. Die Antragstellerin zu 1. begehrt nach dem von ihr vorgetragenen Geschäftsmodell vielmehr, dass die Antragsgegnerin einer Übernahme des Stromanschlusses von Letztverbrauchern zustimmt, damit die nunmehr neuen Kunden der Antragstellerin zu 2. in den Genuss von Steuervorteilen kommen, die ihnen letztlich nicht zustehen. Dies stellt jedenfalls eine rechtswidrige Umgehung von Steuervorschriften im Sinne des § 42 AO und damit gegebenenfalls sogar eine Straftat nach § 270 AO und folglich eine unwirksame Vereinbarung im Sinne des § 134 BGB dar und kann damit auch nicht Rechtsgrundlage eines wirksamen Anschlussübernahmeverlangens der Antragstellerinnen gegenüber der Antragsgegnerin sein. Denn im Gegensatz zu dem echten Energie-Contracting, das dadurch geprägt ist, dass der Betreiber einer Anlage zur Energieerzeugung diese nicht selbst verbraucht, sondern aufgrund einer vertraglichen Beziehung mit einem Letztverbraucher diesem zur Verfügung stellt, liegt hier bereits nach dem eigenen Vortrag der Antragstellerinnen ein so genanntes Schein-Contracting vor. Das Energie-Contracting ist aus gutem Grund mehrfach steuerbegünstigt, denn es trägt dazu bei, die Energieeffizienz zu steigern und die CO₂-Emissionen zu reduzieren (zu den unterschiedlichen Contracting-Modellen in der Praxis siehe Helm in VW 2004, Seite 39). So privilegiert § 9 Abs.3 StromStG die Vertragspartner mit einer Reduzierung der Stromsteuer, ferner können die Unternehmen des produzierenden Gewerbes nach § 10 Abs.1 StromStG eine Erstattung eines Großteils der entrichteten ermäßigten Steuer beantragen, soweit die Stromentnahme zu betrieblichen Zwecken erfolgte. Auch die §§ 54, 55 EnergieStG sehen im Hinblick auf das versteuerte Energieerzeugnis Entlastungstatbestände vor (zusammenfassende Darstellung bei Stein/Thoms in BB 2010 Seite 1247, 1250). Von dem förderungswürdigen Energie-Contracting ist das Schein-Contracting zu unterscheiden, das dadurch geprägt ist, dass Energieeffizienzgewinne ausbleiben. Hierbei erfolgt die Auslagerung der Energieversorgung nur auf dem Papier auf den Contractor, während der tatsächliche Anlagenbetrieb durch den Letztverbraucher selbst vorgenommen wird, einziger Zweck dieser Verträge ist die Generierung von Steuervorteilen. Um eine solche Konstruktion handelt es sich nach dem eigenen Vorbringen der Antragstellerinnen, denn aus den AGB der Antragstellerin zu 1. über Energiedienstleistung ergibt sich, dass der letztverbrauchende Kunde der Antragstellerin zu 1. weiter das Risiko der Anlagenbetreuung trägt, für die Funktionstüchtigkeit der Anlage auf dem anerkannten Stand der Technik zuständig ist und lediglich den Service der Antragstellerin zu 1. in Form einer Störungshotline und der Vermittlung eines technischen Kundendienstes nutzen kann. Tatsächlich baut die Antragstellerin zu 1. keine Anlage, mit der Energie erzeugt wird, sie gibt auch keine Energie weiter. Tatsächlich übernimmt die Antragstellerin zu 1. lediglich schriftlich auf dem Papier die Anlage des Kunden, womit nichts anderes gemeint ist, als dass sie nunmehr Rechnungsempfängerin ist, während sich vor Ort tatsächlich überhaupt nichts verändert, weder an den Leitungen noch an der Steuerung. Der Strom wird nach wie vor über die Leitungen der Antragsgegnerin geliefert und von dem Kunden in seinen vorhandenen technischen Gegebenheiten verbraucht. Selbst wenn die

Antragstellerin zu 1. weitere Erfassungsgeräte für den Verbrauch installierten sollte, die auch der Kunde vergüten muss, so ergibt sich daraus allenfalls eine Energieeinsparung, die nicht dem Contracting zuzuordnen ist, sondern dem sinnvollen Strommanagement. Entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen entspricht der von ihnen angebotene Vertrag auch nicht der in der DIN 8930-5:2003-11 unter Ziffer 3.4 und 4.1. enthaltenen Beschreibung des Energieliefer-Contractings. Denn die Antragstellerin zu 2. übernimmt ja gerade nicht die Instandhaltung und Betriebsführung der Anlagen ihrer Kunden, diese bleiben hierzu vielmehr selbst verpflichtet.

Soweit die Antragstellerinnen sich zur Begründung der Letztverbrauchereigenschaft der Antragstellerin zu 1. auf die Entscheidung des OLG Frankfurt am Main vom 25. April 2012 (Anlage K 12) berufen, so betrifft diese einen grundlegend anderen Sachverhalt: In der dortigen Konstellation war die Antragstellerin zu 1. in einen Vertrag ihrer Kundin durch Vereinbarung wirksam eingetreten, so dass sie auch die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag als Letztverbraucherin traf – sie hatte sich geweigert, Vergütung als Letztverbraucher zu zahlen. Vorliegend geht es darum, ob die Antragstellerin zu 1. einen Anspruch hat, von der Antragsgegnerin als Letztverbraucherin behandelt zu werden. Daher kann die genannte Entscheidung für den vorliegenden Sachverhalt nicht maßgeblich sein.

2.

Abgesehen von der grundsätzlich unzulässigen Vertragsgestaltung haben die Antragsgegnerinnen nicht glaubhaft gemacht, dass sie überhaupt vertragliche Vereinbarungen mit Kunden in Berlin abgeschlossen haben, die sie berechtigen würden, in eigenem Namen die Übernahme der Anschlüsse von der Antragsgegnerin zu verlangen. Dies wäre aber erforderlich gewesen, nachdem die Antragsgegnerin diesen Vortrag, die Antragstellerinnen in der Antragschrift bewusst vage gehalten haben, bestritten hat.

3.

Schließlich steht den Antragstellerinnen kein Verfügungsgrund zur Seite. Die Antragstellerinnen als Gläubigerinnen einer Leistungsverfügung, die ja auch vorläufige teilweise Befriedigung gerichtet ist, müssen glaubhaft machen, dass sie auf die sofortige Erfüllung ihres Anspruches so dringend angewiesen sind, dass ihnen andernfalls uneinbringliche Nachteile drohen und daher die Verzögerung einer Durchsetzung im Wege der Hauptsacheklage oder die Verweisung auf spätere Schadensersatzansprüche ausnahmsweise nicht zumutbar ist (für alle mit weiteren Nachweisen Zöller-Vollkommer, ZPO, 29. Auflage, § 940 Randnummer 6). An das Vorliegen dieser Voraussetzungen sind darüber hinaus strenge Anforderungen zu stellen. Anders als in den Sachverhalten, die den Entscheidungen des OLG München vom 11. April 2002 zu u (K) 214/02 und des OLG Dresden vom 25. Oktober 2001 zu u 1962/01 Kart zugrunde lagen, geht es vorliegend nicht um den Anspruch auf Durchleitung eines Stromlieferanten gegen den Netzbetreiber. Dort hing die Aufnahme der Kundenbeziehung zu einem Stromverbraucher ja von der Durchleitung ab, so dass die Marktchancen der dort antragstellenden Stromlieferantin vereitelt worden wäre ohne die beantragte Verpflichtung zur Durchleitung. Vorliegend drohen den Antragstellerinnen keinerlei Rechtsverluste, weil die An-

tragstellerinnen das von ihr entwickelte Geschäftsmodell auch ohne Übernahme der Letztverbraucheranschlüsse anbieten und betreiben können. Soweit die Antragstellerinnen vortragen, dass ihre Kunden von dem Vertrag mit der Antragstellerin zu 2. zurücktreten, wenn nicht die Antragstellerin zu 1. als Letztverbraucherin den Anschluss übernehme, so kann sie damit zur Begründung eines Verfügungsgrundes nicht gehört werden. Denn diese Befürchtung hat ihren Grund darin, dass im Schein-Contracting die Steuervorteile nicht entstehen, wenn die Antragstellerin zu 1. den Anschluss nicht übernimmt. Es ist den Antragstellerinnen ohne weiteres zuzumuten, im Klagewege vorzugehen. In einem Klageverfahren kann der umfangreiche Sachverhalt nach den Regeln für den Zivilprozess aufgearbeitet und entschieden werden.

III.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 91 Abs.1 ZPO, der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr.6, 711 ZPO.

■■■■■■■

■■■■■■■

■■■■■■■