

**GESETZES- UND FESTLEGUNGSKONFORMITÄT DES IVU VERTRIEBS-  
SERVICE-PORTALS**

**im Auftrag von**

IVU Informationssysteme GmbH, Rathausallee 33, 22846 Norderstedt

**erstellt durch**

Dr. Christian de Wyl

Dr. Jost Eder

Dr. Thies Christian Hartmann

**von**

**BBH**  
*Becker Büttner Held*

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

Magazinstraße 15-16, 10179 Berlin

Tel. 030 / 611 28 40-177

Fax 030 / 611 28 40-99

E-mail: [berlin@bbh-online.de](mailto:berlin@bbh-online.de)

[www.bbh-online.de](http://www.bbh-online.de)

Dieses Gutachten wurde auf der Grundlage des zwischen dem Auftraggeber und BBH bestehenden Mandatsvertrages erstellt. Es ist *ausschließlich* für den internen Gebrauch des Auftraggebers bestimmt. Eine Weitergabe des Gutachtens an Dritte oder eine – auch auszugsweise – Veröffentlichung, bedarf der vorherigen, schriftlichen Zustimmung von BBH. Für den Fall der Weitergabe wird darauf hingewiesen, dass die Haftungsbeschränkung des Mandatsvertrages auch gegenüber jedem Dritten gilt, dem das Gutachten zugänglich gemacht wird, und dass § 334 BGB anwendbar ist.

**Inhaltsverzeichnis**

<b>ZUSAMMENFASSUNG</b>	<b>4</b>
<b>TEIL 1 AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG</b>	<b>5</b>
<b>A. IT-System und Online Portal</b>	<b>5</b>
<b>I. Informationsaustausch im integrierten IT-System</b>	<b>5</b>
<b>II. Konzeption des Vertriebs-Service-Portals</b>	<b>6</b>
<b>B. Prüfungsauftrag</b>	<b>7</b>
<b>TEIL 2 RECHTLICHE BEWERTUNG</b>	<b>8</b>
<b>A. Effizienter Netzbetrieb</b>	<b>8</b>
<b>B. Informatrische Entflechtung</b>	<b>9</b>
<b>I. Vertraulichkeit</b>	<b>10</b>
<b>II. Diskriminierungsfreiheit</b>	<b>10</b>
<b>C. GPKE</b>	<b>11</b>
<b>I. Keine formale Prozessidentität im 1-Mandantenmodell</b>	<b>12</b>
<b>II. Tenor 5 GPKE</b>	<b>13</b>
1. Umsetzungsmodelle nach Tenor 5 GPKE	14
2. Rechtliche Bewertung des IVU Vertriebs-Service-Portals	17
3. Ausblick auf die Ausgestaltung des Angebots an Drittlieferanten	18
<b>III. Widerrufsvorbehalt</b>	<b>19</b>
<b>TEIL 3 ERGEBNISSE</b>	<b>22</b>

## Zusammenfassung

Die gutachterliche Äußerung setzt sich ausführlich mit der rechtskonformen Umsetzung der Ausnahmebestimmung nach Tenor 5 der Festlegung der Bundesnetzagentur (**BNetzA**) zum Datenaustausch bei der Kundenbelieferung mit Strom (**GPKE**) durch vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen (**EVU**) über das von der IVU Informationssysteme GmbH (**IVU**) entwickelte Vertriebs-Service-Portal auseinander.

Nach einer einleitenden Darstellung des begutachteten IT-Systems und Online Portals (**Teil 1 A**) sowie der Aufgabenstellung des Gutachtens (**Teil 1 B**) folgt eine ausführliche rechtliche Bewertung (**Teil 2**). Es werden die rechtlichen Vorgaben zum gesetzeskonformen IT-System behandelt: Pflicht zum effizienten Netzbetrieb (**Teil 2 A**), informatorische Entflechtung (**Teil 2 B**) und – Schwerpunkt der Begutachtung – die Vorgaben zur Prozessidentität aus der GPKE insbesondere unter juristischer Auswertung der Aussagen von BNetzA und Gerichten in den Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren gegen die Festlegung (**Teil 2 C**). Das Gutachten schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen (**Teil 3**).

Im Ergebnis können die gesetzlichen Vorgaben nicht nur im Wege einer Mandanten- oder Systemtrennung in der IT umgesetzt werden. Nach Auffassung der Verfasser ist es ebenso möglich, über ein Online Portal am integrierten IT-System festzuhalten, wenn dieses wie das der IVU dritten Lieferanten gleich dem assoziiertem Vertrieb einen Zugriff auf ihre beim Netzbetreiber vorhandenen Kundendaten gewährt. Gerade wenn es darum geht, dauerhaft am bisherigen IT-System festzuhalten, ist das Portalmodell auch im Vergleich zum alternativen Angebot einer Übertragung der Abrechnung auf den *shared service* zur Umsetzung von Tenor 5 GPKE geeignet.

## Teil 1 Ausgangslage und Fragestellung

### A. IT-System und Online Portal

Das Vertriebs-Service-Portal baut auf WILKEN ENER:GY auf. Es ist übertragbar auf jedes IT-System, das als 1-Mandanten-/1-Vertragsmodell oder 1-Mandanten-/2-Vertragsmodell gewährleistet, dass GPKE-relevante Abweichungen nur in den Prozessen Stammdatenänderung und Zählerstand-/Zählwertübermittlung vorliegen (nachfolgend I.). Über das Online Portal wird technisch gewährleistet, dass Drittlieferanten derselbe Zugriff auf die vom Netz und Vertrieb des integrierten EVU gemeinsam genutzten Daten gewährt wird wie dem assoziierten Vertrieb (nachfolgend II.).

#### I. Informationsaustausch im integrierten IT-System

Nach derzeitiger Konzeption baut das Vertriebs-Service-Portal auf **WILKEN ENER:GY im 1-Mandantenmodell** auf. Ein Einsatz auf der Basis anderer IT-Systeme ist derzeit noch nicht konkret geplant, aber denkbar, wenn nachfolgende Merkmale von WILKEN ENER:GY erfüllt werden:

Die **Kommunikation zwischen Netz und assoziiertem Vertrieb** erfolgt grundsätzlich identisch zur Kommunikation zwischen Netz und sonstigen Lieferanten im Netzgebiet. Durch die Datentrennung können Netz und Vertrieb mit EDIFACT-Nachrichten gemäß der Festlegung GPKE kommunizieren. Die Prozesse Lieferende, Lieferbeginn, Lieferantenwechsel, Geschäftsdatenanfrage und elektronische Netznutzungsabrechnung werden zwischen Netz und assoziiertem Vertrieb und zwischen Netz und Drittlieferanten grundsätzlich identisch abgewickelt.

Dieser Ansatz einer identischen internen Kommunikation im 1-Mandantenmodell konnte allerdings auf Grund modelleigener Gegebenheiten der Datenbank nicht bis in die letzten Prozessausgestaltungen eingehalten werden. Bei WILKEN ENER:GY im 1-Mandantenmodell sind die Bereiche der Marktrollen Netz und Belieferung IT-technisch über einen von Vertrieb und Netz **gemeinsam genutzten Datenbestand** verknüpft. Gemeinsam genutzt werden die personenbezogenen Stammdaten (Name, Anschrift, Kundennummer, bisheriger Lieferant, Lieferadresse, Zählernummer und Regelzone) sowie die Zählerstände und Zählwerte. Folge ist, dass die Prozesse im Bezug auf die gemeinsam genutzten Daten in anderer Weise abgewickelt werden als zwischen dem Netzbetreiber und Drittlieferanten. Betroffen sind die GPKE-Prozesse **Stammdatenänderung** und **Zählerstand-/Zählwertübermittlung** sowie einzelne Prozessschritte bei den Prozessen Lieferantenwechsel, Lieferende und Lieferbeginn, soweit dabei die Zählerstand- und Zählwertübermittlung betroffen ist. Insoweit hat der assoziierte Vertrieb einen direkten Zugriff auf die Daten der von ihm belieferten Kunden. Eine

Änderung der Daten steht ihm „in Echtzeit“ zur Verfügung, eine Übermittlung der Informationen mittels UTILMD oder MSCONS findet nicht statt.

Die Details in der Abweichung sind der von WILKEN vorbereiteten Abweichungsanalyse zum Nachweis der Diskriminierungsfreiheit nach Tenor 6 GPKE zu entnehmen, die in einem anonymisierten Muster diesem Gutachten als **Anlage** beigefügt ist.

## **II. Konzeption des Vertriebs-Service-Portals**

Die genannten Abweichungen in der internen Kommunikation sollen Drittlieferanten ebenfalls angeboten werden können. In der Umsetzung baut das Portalmodell darauf auf, dass sich die Abweichungen bei WILKEN ENER:GY auf wenige Prozesse bzw. Prozessschritte beschränken. Dem Drittlieferanten wird angeboten, von außen über ein Online Portal ebenso wie der assoziierte Vertrieb durch die Nutzung des integrierten IT-Systems auf die betroffenen Stammdaten und Zählerstände bzw. Zählwerte zugreifen zu können.

### **Technisch soll dies wie folgt umgesetzt werden:**

Das Vertriebs-Service-Portal ist eine Weiterentwicklung eines bereits von vielen Kunden der IVU eingesetzten, von der ITC AG (**ITC**) technisch entwickelten Kundenportals (sogenanntes Online-Service-Portal). Über das von der IVU auf dieser Grundlage konzipierte und von der ITC realisierte Vertriebs-Service-Portal wird Drittlieferanten nach entsprechender Registrierung ein synchroner Zugriff auf die Stammdaten und Zählerstände sowie Zählwerte der von ihnen im jeweiligen Netzgebiet belieferten Kunden ermöglicht. Nach Registrierung beim Netzbetreiber kann der Drittlieferant mittels Zertifikat und gesicherter Verbindung über SSL-Verschlüsselung auf das bei der IVU liegende Vertriebs-Service-Portal zugreifen. Durch die Eingabe seiner Zugangsdaten realisiert der Drittlieferant über einen VPN-Tunnel den Zugriff auf die entsprechenden Daten in Echtzeit, lesend und schreibend. Da das Lieferantenportal anders als das bereits vorhandene Kundenportal den Zugriff nicht nur auf eine Verbrauchsstelle, sondern auf die Daten vieler Kunden mit zum Teil mehreren Abnahmestellen ermöglicht, ist das Portal mit einer Suchfunktion ausgestattet. Die Suchfunktion ist identisch zu der internen Suchfunktion von WILKEN ENER:GY, mit der auch der assoziierte Vertrieb arbeitet.

Auch bei Inanspruchnahme des Portals erhält der Drittlieferant zusätzlich die Meldungen als EDIFACT Nachricht in den Prozessen der GPKE.

Wegen der Einzelheiten der technischen Konzeption, über die ein lesender und schreibender synchroner Datenbankzugriff über das Vertriebs-Service-Portal ermöglicht wird, verweisen wir auf die als weitere **Anlage** beigefügte technische Konzeption der Portallösung von IVU.

**B. Prüfungsauftrag**

BBH begleitet das Projekt zur Entwicklung eines Online Portals durch IVU in rechtlicher Hinsicht. Mit diesem Gutachten soll die Rechtskonformität aus Sicht von BBH auf Grundlage des geschilderten Sachverhalts bewertet werden. Die rechtliche Bewertung soll die Vorstellung der technischen Konzeption des IVU Online Portals bei der BNetzA als derjenigen Stelle vorbereiten, die über die Festlegungskonformität entscheidet. Anschließend soll durch BBH für die Unternehmen, die das Portal einsetzen wollen, ein Musterangebot zur Vorlage bei der BNetzA erstellt werden, das Drittlieferanten auf Nachfrage übersandt werden kann.

Ziel dieser Vorgehensweise ist es, im Interesse der derzeit etwa 40 integrierten EVU, die einen Einsatz des Online Portals erwägen, frühzeitig Rechtssicherheit zu erlangen und kostenintensive Fehlinvestitionen zu vermeiden. Gleichzeitig kann der BNetzA die Möglichkeit gegeben werden, anstelle einer aufwendigen nachträglichen Prüfung im Einzelfall das Konzept bereits im Vorfeld „gebündelt“ zu bewerten.

## Teil 2 Rechtliche Bewertung

Die künftige Ausgestaltung der Prozesse und IT-Systeme im integrierten EVU ist nach wie vor nicht abschließend klar vorgegeben.

Stets zu beachten ist die – regulierungsbehördlich insbesondere im Zusammenhang mit der Netzentgeltgenehmigung bzw. der Festsetzung der Erlösobergrenze im Rahmen der Anreizregulierung eingeforderte – Effizienz des Netzbetriebs. Gerade kleinere Werke sind gezwungen, kostenintensive Aufwendungen in die Ausgestaltung ihrer IT-Systeme zu vermeiden (nachfolgend **A**). Bereits seit 2005 sind die gesetzlichen Vorgaben des § 9 EnWG zur Vertraulichkeit durch ein Berechtigungskonzept umzusetzen und das allgemeine Diskriminierungsverbot ist einzuhalten (nachfolgend **B**). Zusätzlich erfordert die Festlegung GPKE neben der im Außenverhältnis zum Drittlieferanten vorgegebenen Kommunikation im EDIFACT-Format eine sogenannte Prozessidentität zwischen dieser externen und der internen Kommunikation zwischen Netz und Vertrieb im integrierten EVU. Zur Möglichkeit, die Prozessidentität auch mit einem integrierten IT-System sicherzustellen, finden sich zahlreiche Aussagen der BNetzA und der Gerichte in den Beschwerdeverfahren gegen die GPKE (nachfolgend **C**).

### A. Effizienter Netzbetrieb

**§ 1 EnWG** gibt das Ziel einer *preisgünstigen und effizienten leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität* vor. In Bezug auf die Netznutzungsentgelte wird dies durch **§ 21 Abs. 2 EnWG** spezifiziert, wenn die Entgelte *auf der Grundlage der Kosten einer Betriebsführung gebildet werden, die der eines effizienten Netzbetreibers entsprechen muss*. Eine weitere Ausprägung sind die Effizienzvorgaben im Rahmen der Anreizregulierung nach **§ 21a EnWG** und auf Verordnungsebene ausgestaltet insbesondere durch den *Effizienzvergleich* nach **§ 12 ARegV**.

Eine Auflösung der integrierten IT-Systeme (sogenannte Mandanten- oder Systemtrennung) führt unbestreitbar zu erheblichen Kosten, je nach IT-System und Zahl der zu migrierenden Daten auf einen neuen Mandanten bzw. auf ein neues System erfahrungsgemäß insgesamt Projektkosten kaum unter 100.000,00 € bei kleinen bis hin zu Millionenbeträgen bei großen EVU.

In diesem Zusammenhang hat die **Landesregulierungsbehörde Baden-Württemberg** bereits sehr frühzeitig in einer regulierungsrechtlichen Bewertung mit Schreiben vom 14.11.2006 Netzbetreiber vor überhöhten IT-Kosten gewarnt:

*„Netzbetreiber sollten [...] gründlicher abwägen, ob die Inanspruchnahme von teuren EDV-Programmen [...] in einem angemessenen Kosten-Nutzen-Verhältnis stehen. [...] Es drängt sich [...] auf, dass beispielsweise für ein kleineres Gemeindewerk [...] ein 2-Vertrags-Modell [...] unverhältnismäßig sein könnte [...] Die Landesregulierungsbehörde wird prüfen [...], ob solche Kosten [...] in der zukünftigen Entgeltbildung nach dem EnWG Berücksichtigung finden können.“*

Wenn danach bereits ein 2-Vertragsmodell unverhältnismäßig sein kann, gilt es erst recht für die weitergehenden IT-Trennungen mit 2-Mandanten- und 2-Systemmodellen. Die Bewertung der Landesregulierungsbehörde bringt einen wichtigen Aspekt in die Frage nach dem gesetzeskonformen IT-Modell: Möglicherweise besteht angesichts der beginnenden Anreizregulierung sogar ein Zwang gerade für kleinere Unternehmen, von den Ausnahmenvorschriften der GPKE Gebrauch zu machen, um nicht Gelder in die IT zu investieren, die bei späteren Ermittlungen der Erlösbergrenzen nicht anerkannt werden. So mag eine Mandanten- oder Systemtrennung „GPKE-konform“ sein, dafür aber evtl. nicht „netzkostenkonform“.

Die Begrenzung auf angemessene IT-Kosten hat auch die **BNetzA** in einer Stellungnahme im Rahmen der Beschwerdeverfahren gegen die GPKE in erster Instanz vom 04.12.2006 durch einen Verweis auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angedeutet:

*„Da eine solche wichtige und weitreichende Vorgabe einen gewissen Umsetzungsaufwand und -kosten mit sich bringt, sieht der Beschluss neben den Umsetzungsfristen in Ziffer 4 mit den Ziffern 5 und 6 zwei das Verhältnismäßigkeitsprinzip wahrende Sonderregelungen vor.“*

Die Umsetzung des Online Portals, das auf einem schon vorhandenen Kundenportal aufbaut, ist deutlich günstiger als eine Auflösung integrierter IT-Systeme und wird damit den Effizienzvorgaben umfassend gerecht. Der Datenzugriff von Drittlieferanten auf den gemeinsam genutzten Stammdatensatz ist gut umsetzbar. Es werden unverhältnismäßig hohe IT-Kosten vermieden, die im Rahmen des Effizienzgebots zu Problemen führen könnten. Mit dem teilweise bereits eingesetzten Kundenportal werden zudem Synergievorteile genutzt, wovon auch die Drittlieferanten durch einen niedrigeren Einrichtungsaufwand profitieren.

## **B. Informatorische Entflechtung**

Die informatorische Entflechtung erfordert zum einen die Wahrung der Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen durch den Netzbereich des integrierten EVU (nachfolgend **I.**) und zum anderen einen diskriminierungsfreien Umgang mit denjenigen wirtschaftlich relevanten Information, die als Folge des Netzmonopols nicht allen Lieferanten gleichermaßen zugänglich sind (nachfolgend **II.**).

WILKEN ENER:GY erfüllt – wie letztlich alle am Markt vorhandenen 1-Mandantenmodelle mit automatisiertem Berechtigungskonzept – beide Anforderungen.

## **I. Vertraulichkeit**

Die Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Netzkundeninformationen nach **§ 9 Abs. 1 EnWG** ist durch die interne Trennung der Sichtweise je nach Marktrolle und das daran anknüpfende automatisierte Berechtigungskonzept von WILKEN ENER:GY sichergestellt. Der Vertriebsmitarbeiter kann nur auf die Informationen der von ihm belieferten Kunden zugreifen. Beispielsweise ist es für den Vertrieb als Folge des automatisierten Berechtigungskonzepts trotz des gemeinsam genutzten Datensatzes nicht möglich, die Zählerstände und Zählwerte drittbeförderter Kunden einzusehen.

## **II. Diskriminierungsfreiheit**

Der gemeinsam genutzte Datenbestand führt zu keinem sachlich nicht zu rechtfertigenden Monopolvorteil des integrierten EVU und verletzt damit nicht das allgemeine Diskriminierungsverbot. Das Diskriminierungsverbot setzt für sich genommen keine Identität der Geschäftsprozesse voraus, sondern die Gleichwertigkeit des Prozessergebnisses (sogenannte **Prozessäquivalenz**). Die Geschäftsprozesse laufen bei WILKEN ENER:GY im 1-Mandantenmodell auf Grund der internen Trennung in die Markttrollen Netz und Vertrieb weitgehend identisch und damit in jedem Fall auch im Ergebnis gleichwertig ab. Die verbliebenen Unterschiede in Folge des gemeinsam genutzten Datenbestandes in den Prozessen Stammdatenänderung und Zählerstand-/Zählwertübermittlung sowie in den zusammenhängenden Schritten der anderen Prozesse beeinträchtigen die Gleichwertigkeit zur GPKE im Verhältnis zum Drittlieferanten nicht. Zeitpunkt, Umfang und Qualität der Informationen sind gleichwertig.

### **Im Einzelnen:**

Beim Prozess **Zählerstand- und Zählwertübermittlung** hat die verbundene Vertriebsorganisation synchronen Zugriff auf die gemeinsam genutzten Daten und kann mithin unmittelbar die Zählerstände bzw. Zählwerte der von ihr belieferten Kunden einsehen. Bei diesem systemintern abweichenden Prozesses stehen dem Drittlieferanten nach der GPKE die Zählerstände und Zählwerte zu einem gleichwertigen Zeitpunkt zur Verfügung. Der zeitliche Unterschied liegt allein im Versand der Nachricht und ist bereits deshalb zu vernachlässigen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die bloße Möglichkeit eines direkten Zugriffs auf die Zählerstände und Zählwerte im Massengeschäft überhaupt nur dann einen praktischen Vorteil bedeuten könnte, wenn mit der Eingabe gleichzeitig ein Hinweis generiert würde, dass die entsprechende Information nunmehr zur Verfügung steht. Einen solchen Hinweis erhält nur der Drittlieferant über die Prozesse nach der GPKE. Was die theoretische Nutzung der Informa-

tion außerhalb der turnusmäßigen Abrechnung zu bestimmten Stichtagen angeht, ist dieser dem verbundenen Vertrieb gegenüber daher eigentlich sogar im Vorteil. Der Drittlieferant erhält die Daten zudem in identischem Umfang sowie in identischer Qualität. Da der Versand der Information im jeweiligen Nachrichtentyp als Anhang zu einer Trägernachricht erfolgt, ist eine Fehlerquelle, die ihre Ursache gerade im Versand hat, nicht erkennbar.

Auch beim Prozess **Stammdatenänderung** gibt es Abweichungen in der internen Kommunikation. Wegen des synchronen Datenbankzugriffs vom Netzbetreiber und dem assoziiertem Vertrieb wird – unabhängig von den bei diesem Prozess zusätzlich auch intern generierten Meldungen nach der GPKE – das jeweilige Datum direkt in dem gemeinsam genutzten Datenbestand geändert. Auch dies diskriminiert keinen Drittlieferanten. Der Umfang der dem jeweiligen Lieferanten zur Verfügung gestellten Informationen ist wegen des vorgegebenen Informationsinhalts identisch zur internen Information. Die Informationen werden zudem jedem Lieferanten in gleichwertiger Qualität zur Verfügung gestellt, da der Versand der Informationen im jeweiligen Nachrichtentyp als Anhang zu einer Trägernachricht erfolgt und eine Fehlerquelle im Versand so ausscheidet. Dem Drittlieferanten stehen die Informationen schließlich zu einem gleichwertigen Zeitpunkt zur Verfügung, da der zeitliche Unterschied allein im Versand der Nachricht liegt und daher zu vernachlässigen ist.

Wegen der Diskriminierungsfreiheit kann ergänzend umfassend auf die als **Anlage** beigefügte Abweichungsanalyse zum Nachweis der Diskriminierungsfreiheit beim Einsatz von WILKEN ENER:GY verwiesen werden.

### **C. GPKE**

Alle Netzbetreiber sind nach der Festlegung verpflichtet, zum 01.10.2009 die GPKE-relevanten Prozesse im Verhältnis zum assoziierten Vertrieb vollständig prozessidentisch mit der Kommunikation zum Drittlieferanten abzubilden. Nach einer Mitteilung der BNetzA vom 11.02.2009 sieht die Behörde jedoch ein Jahr länger bis zum 01.10.2010 von Sanktionen ab, wenn die Prozessidentität nicht fristgerecht sichergestellt ist.

Mitteilung, Nr. 18 zur Umsetzung des Beschlusses GPKE, Az. BK6-06-009, abrufbar unter [www.bundesnetzagentur.de](http://www.bundesnetzagentur.de)

Jede Kommunikation mit dem „eigenen“ und dritten Vertrieb muss zum genannten Zeitpunkt grundsätzlich über den Versand von EDIFACT-Nachrichten in den vorgegebenen Prozessen erfolgen. Als Grundsatz gilt, dass der direkte Zugriff des assoziierten Vertriebs auf einen gemeinsamen Datenbestand zu verhindern und daher eine Mandanten- oder Systemtrennung die Folge ist.

Vgl. Abfrage der BNetzA vom 14.01.2009 an alle Netzbetreiber; *Bayer/Lück*, Anmerkungen zum Beschluss KVR 28/07, RdE 2008, 366 ff.

Bei der Ausgestaltung von WILKEN ENER:GY im 1-Mandantenmodell ist vor dem Hintergrund der ausschließlich internen Kommunikation zwischen den Marktrollen Netz und Vertrieb zweifelhaft, ob eine ausreichende Prozessidentität nach den Vorgaben der GPKE erfüllt ist. Zwar ist *materiell* eine Gleichbehandlung bereits im 1-Mandantenmodell hergestellt, *formal* fehlt aber eine umfassende Prozessidentität (nachfolgend **I.**).

Eine formale Prozessidentität kann mit dem IVU Online Portal auch ohne Mandanten- oder Systemtrennung über Tenor 5 GPKE hergestellt werden. Über das Vertriebs-Service-Portal der IVU können die internen Abweichungen, die aus der gemeinsamen Nutzung eines Datenbestandes resultieren, auch Drittlieferanten über einen Direktzugriff auf den Datensatz angeboten werden (nachfolgend **II.**).

Der Weg über Tenor 5 GPKE stellt anders als der bisherige Weg über die Ausnahmenvorschrift des Tenor 6 GPKE eine Dauerlösung dar. Nach derzeitiger Sach- und Rechtslage ist kein Widerruf nach Tenor 8 lit. c GPKE möglich (nachfolgend **III.**).

#### **I. Keine formale Prozessidentität im 1-Mandantenmodell**

Die Kommunikation zwischen Netz und assoziiertem Vertrieb einerseits und Netz und Drittlieferant andererseits ist bei WILKEN ENER:GY im 1-Mandantenmodell – wie bereits mehrfach erwähnt (oben **Teil 1 A I** und **Teil 2 B II**) – in fast allen Geschäftsprozessen nach der GPKE identisch. Einziger Unterschied: Die Prozesse Stammdatenänderung und Zählerstand-/Zählwertübermittlung weichen von der GPKE ab. Der Umfang der tatsächlichen Abweichung gegenüber den Geschäftsprozessen nach der GPKE ist minimal. Betroffen sind Prozesse, bei denen eine wettbewerbsrelevante Bevorteilung des assoziierten Vertriebs kaum vorstellbar ist. Der assoziierte Vertrieb muss insbesondere ebenso wie der Drittlieferant den „diskriminierungsrelevanten“ Prozess des Lieferantenwechsels im vorgegebenen EDIFACT-Format anstoßen wie jeder Drittlieferant auch.

Formal betrachtet fehlt jedoch die vollständige Prozessidentität. Wenn man die praktisch nicht vorhandene Gefahr einer Diskriminierung von Drittlieferanten bei der Bewertung außen vor lässt, liegt ein „Verstoß“ gegen die GPKE vor.

In den Gerichtsverfahren gegen die GPKE wurde zwar von BNetzA und Gerichten stets betont, dass mit der Festlegung ein *Wechsel der IT-Systeme nicht zwingend* verbunden sei (dazu umfassend sogleich **Teil 2 B II**). Vielmehr könne auch weiterhin an 1-Mandantenmodellen festgehalten werden. Nur wurde als Voraussetzung dafür gesehen, dass alle Abweichungen in der internen Kommunikation dann über Tenor 5 GPKE allen an-

deren Lieferanten auch anzubieten seien. Ohne sich die Abweichungen im Detail anzusehen und deren (fehlendes) Diskriminierungspotential im Einzelnen zu beurteilen, wurde eine sehr formale Gleichbehandlung gefordert.

Vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.03.2007, AZ VI-3Kart 358/06 (V), IR 2007, S. 158 f.

Im Ergebnis minimiert damit die Verwendung von WILKEN ENER:GY, wie die von anderen 1-Mandanten-/1-Vertragsmodellen auch, zwar die internen Abweichungen in der Kommunikation. Dennoch besteht vor dem Hintergrund restriktiver und formaler Äußerungen auch der Gerichte in den Beschwerdeverfahren gegen die GPKE die Gefahr, dass die Verwendung von WILKEN ENER:GY im 1-Mandantenmodell formal als nicht 100 % festlegungskonform angesehen wird.

## **II. Tenor 5 GPKE**

Es ist höchstrichterlich entschieden, dass eine Mandanten- oder Systemtrennung im integrierten EVU zu dem in Tenor 6 GPKE genannten 01.10.2009 nicht zwingend ist (bzw. zum 01.10.2010, da die BNetzA mitgeteilt hat, bis dahin von Sanktionen bei Verstößen abzusehen, vgl. bereits einleitend **Teil 2 C**). Der **BGH** hat erklärt, dass zwar die Befristung der Ausnahmebestimmung in Tenor 6 GPKE auf den 01.10.2009 rechtmäßig ist. Er hat dies jedoch insbesondere damit begründet, dass die integrierten IT-Systeme mit gemeinsamen Datenbeständen auch nach diesem Datum nicht zwingend aufzulösen sind. In den Entscheidungsgründen heißt es wörtlich:

*„Die Festlegung zu 5 (ermöglicht) es den vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen [...] die bislang intern genutzten Systeme weiterhin zu verwenden, wenn sie nur den Zugang zu diesen Systemen externen Versorgern im gleichen Umfang und in gleicher Weise öffnen, wie dies gegenüber dem internen Vertrieb der Fall ist.“*

(BGH, Urteil vom 28.04.2008, KVR 28/07, IR 2008, 205 f. mit Anmerkung *Krüger*)

Darauf hatte bereits auch das **OLG Düsseldorf** in der ersten Instanz hingewiesen. Integrierte IT-Systeme sind auch künftig GPKE-konform, wenn die Voraussetzungen des Tenor 5 GPKE erfüllt werden:

*„Die Festlegung [...] (stellt mit) Tenor 5 eine gangbare Alternative (zur Verfügung) [...], den Datenaustausch für den internen und externen Vertrieb in gleicher Form anzubieten.“*

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.03.2007, VI-3Kart 358/06 (V), IR 2007, 158 f. mit Anmerkung *vom Wege*)

Auch die **BNetzA** hat sich in den Verfahren darauf berufen, dass eine Mandantentrennung zum 01.10.2009 (bzw. nunmehr zum 01.10.2010) nicht zwingend sei. Sie hat, aus der Sachverhaltsdarstellung des OLG in dem Beschluss ersichtlich, vorgetragen:

*„Den Unternehmen bleibt unbenommen, den Datenaustausch z. B. durch Ausgliederung und Zusammenfassung in gemeinsamen Dienstleistungsgesellschaften zu optimieren oder, wie nach Tenor 5 vorgesehen, eine individuelle Datenaustauschregelung anzubieten.“*

(OLG Düsseldorf, a. a. O.)

Auch in der **rechtswissenschaftlichen Literatur** ist in der Auswertung dieser Gerichtsentscheidungen allgemein anerkannt, dass integrierten EVU zum 01.10.2009 (bzw. nunmehr zum 01.10.2010) rechtlich zwei Wege offen stehen. Entweder lösen sie das gemeinsame IT-System auf und trennen die Mandanten oder sie halten am gemeinsamen IT-System fest und machen Drittlieferanten ein Angebot nach Tenor 5 GPKE auf formale Gleichbehandlung.

Vgl. *Schau*, Die automatisierte Ausgestaltung des Stromnetzzugangs, ZNER 2007, 25 ff.; *Hartmann/vom Wege*, Welches IT-System ist GPKE-konform?, ET 2007, 56 ff.; *Krüger/Hartmann*, Mandantentrennung in der IT des vertikal integrierten EVU zwingend? - Bedeutung der Entscheidung des Bundesgerichtshof zu Ziffer 6 GPKE, ET 2009, Heft 4 (im Erscheinen)

Lediglich das „Wie“ der Umsetzung von Tenor 5 GPKE ist noch in der Diskussion.

## **1. Umsetzungsmodelle nach Tenor 5 GPKE**

Tenor 5 GPKE setzt nach seinem Wortlaut folgendes voraus:

*„[...] (Es) können zur Abwicklung der Geschäftsprozesse [...] freiwillige bilaterale Vereinbarungen zur Verwendung eines anderen Datenformats oder andere Nachrichtentypen sowie zur Anpassung einzelner Prozessschritte getroffen werden.*

*Dies gilt unter der Voraussetzung, dass allen Dritten diese Vereinbarung zur Abwicklung der Geschäftsprozesse [...] unter Verwendung des [...] abweichenden Datenformats oder der [...] Nachrichtentypen auf Anfrage ebenfalls angeboten wird.*

*Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen haben den Wortlaut einer solchen Vereinbarung der Bundesnetzagentur vorzulegen, die Möglichkeit einer solchen Vereinbarung auf ihrer Homepage zu veröffentlichen und Netznutzern auf Nachfrage ein ausformuliertes Angebot über den Abschluss einer solchen Vereinbarung vorzulegen, das ohne weitere Verhandlungen angenommen werden kann.“*

Bei der Ausgestaltung dieses *Angebotes einer solchen Vereinbarung* ist zu beachten, dass sich dieses Angebot nur auf die in der GPKE behandelten Geschäftsprozesse beziehen muss, nicht aber auf jeden Geschäftsvorfall in Zusammenhang mit der Kundenbelieferung mit Energie.

Ursprünglich dürfte Tenor 5 GPKE in die Festlegung aufgenommen worden sein, um eine „statische“ Festlegung bestimmter Geschäftsprozesse und Datenformate zu vermeiden. Die Festlegung sollte „dynamisch“ auf Optimierungen in den Prozessen und Formaten reagieren können. Wenn beispielsweise ein Netzbetreiber im Verhältnis zu einem Lieferanten ein moderneres Datenformat als EDIFACT einsetzen will, kann er dies auf Grund einer bilateralen Vereinbarung mit dem jeweiligen Lieferanten machen, wenn diese Vereinbarung jedem anderen Lieferanten auch angeboten wird. Bereits in der **Festlegungsbegründung** selbst ist jedoch neben dieser *„Einführung technisch verbesserter und moderner Lösungen“* in den Prozessen und Formaten über Tenor 5 GPKE auch ein anderer Aspekt dieser Regelung ausdrücklich angesprochen:

*„Darüber hinaus bietet die Regelung der Ziffer 5 des Tenors die Möglichkeit, dass Netzbetreiber, Unternehmen und assoziierte Vertriebsunternehmern möglicherweise effizientere Formen des Datenaustauschs nutzen, soweit dieselbe Form des Datenaustauschs auch Dritten zur Verfügung gestellt wird.“*

(S. 56 f. GPKE)

Zur Umsetzung von Tenor 5 GPKE zum Erhalt des integrierten IT-Systems werden zwei verschiedene Ansätze diskutiert.

Die erste Variante basiert auf einem **„vertraglichen Ansatz“**. Dem Drittlieferanten wird die Möglichkeit gegeben, den *shared service* als Abrechnungsstelle des EVU mit der eigenen Abrechnung zu beauftragen. So wird dem Drittlieferanten mittelbar auch Zugang zum IT-System gewährt. Der beauftragte Mitarbeiter des *shared service* mit Zugriff auf den gemeinsamen Datenbestand wickelt die GPKE-Prozesse für den assoziierten Vertrieb sowie für den auftraggebenden Drittlieferanten in identischer Weise ab, der Drittlieferant profitiert so von den systeminternen Abweichungen.

Vgl. *vom Wege*, IR 2007, 158; *Krüger/Hartmann*, ET 2009, Heft 4 (im Erscheinen)

Die zweite – von der IVU verfolgte – Variante basiert auf einem **„technischen Ansatz“**. Dem Drittlieferanten wird angeboten, sich mit dem IT-System des integrierten EVU über ein Internetportal/einen VPN-Tunnel zu verbinden. Die Kommunikation mit dem verbundenen Drittlieferanten wird dann in identischer Weise wie mit dem assoziierten Vertrieb abgewickelt. Voraussetzung für diese Angebotsvariante ist, dass das IT-System des integrierten EVU eine

Verbindung zum Drittlieferanten zulässt. Insbesondere ist eine Beschränkung der Zugriffsrechte auf die angebotenen GPKE-Prozesse und die Kundendaten des jeweiligen Lieferanten erforderlich.

Die zweite Variante wurde – soweit ersichtlich – erstmals von der **BNetzA** im Rahmen des Festlegungsverfahrens zur GPKE in einer internen „*Synopse zum aktuellen Stand Prozessidentität/-äquivalenz*“ vom 14.03.2006 festgehalten, die im Rahmen der Beschwerdeverfahren gegen die GPKE über ein Akteineinsichtsgesuch publik wurde. Wörtlich heißt es dort:

*„Wenn als Variante für die Datenaustauschprozesse in einem Berechtigungskonzept die Voraussetzungen der Ziffer 5 geknüpft (Anmerkung des Verfassers: eingehalten) werden [...], wäre damit gewährleistet, dass der dann etablierte interne Prozess transparent ist [...] und im Rahmen des zumutbaren Aufwands, der technischen Umsetzbarkeit und der Zuverlässigkeit des Kunden (Lieferanten) diskriminierungsfrei angeboten werden muss. Im Ergebnis hieße das, dass auch fremden Lieferanten auf Verlangen ein unmittelbarer Systemzugriff ermöglicht würde (z. B. Virtual-Private-Network-(VPN)-Tunnel).“*

Auch wenn vergleichbar konkrete technische Vorgaben (*VPN-Tunnel*) in der Folgezeit ausblieben, deuten doch auch die späteren Schriftsätze der BNetzA in den Gerichtsverfahren und die Ausführungen der Gerichte daraufhin, dass ein Portalmodell zur Inanspruchnahme von Tenor 5 GPKE zum Erhalt des integrierten IT-Systems geeignet ist. Die BNetzA hat sich in dem Gerichtsverfahren vor dem Bundesgerichtshof zum Aktenzeichen KVR 28/07 in einem den Verfassern vorliegenden Schriftsatz wie folgt geäußert:

*„Dritten Lieferanten (kann) ein Zugriffsrecht in dem gemeinsamen Datenpool ohne unverhältnismäßigen Zusatzaufwand gewährt werden. [...] Externen Vertrieben (ist) mit analogen Berechtigungen wie dem assoziierten Vertrieb Zugriff auf den einheitlichen Datenpool (zu gewähren).“*

Auch wenn der **BGH** keine konkreten technischen Vorgaben zur Inanspruchnahme von Tenor 5 GPKE macht, lassen auch seine Ausführungen die Umsetzung mit einem Portalmodell zu:

*„[...] Bislang intern genutzte Systeme weiterhin zu verwenden, wenn (EVU) nur den Zugang zu diesen Systemen externen Versorgern in gleichem Umfang und in gleicher Weise öffnen wie dem verbundenen Vertrieb.“*

(BGH, a. a. O.)

Die IVU will mit ihrem Vertriebs-Service-Portal von dieser rechtlich im Grundsatz anerkannten technischen Variante nach Tenor 5 GPKE Gebrauch machen.

## 2. Rechtliche Bewertung des IVU Vertriebs-Service-Portals

In seiner konkreten Ausgestaltung wird das IVU Vertriebs-Service-Portal nach Auffassung der Verfasser den Vorgaben der GPKE zur Prozessidentität über Tenor 5 GPKE gerecht. Das Online Portal ist so ausgestaltet, dass der Zugriff über das Portal zu einer vollständigen Prozessidentität bei der relevanten Stammdatenänderung und Zählerstand-/Zählwertübermittlung führt.

### **Begründung:**

Es handelt sich nicht lediglich um ein **Sichtportal**, was einer umfassenden Gleichbehandlung mit dem assoziierten Vertrieb widerspräche. Ebenso wie der assoziierte Vertrieb kann auch der Drittlieferant das schreibend ausgestaltete Portal nutzen, um selbst Stammdatenänderungen vorzunehmen oder ihm von seinen Kunden mitgeteilte Zählerstände und Zählwerte einzupflegen.

Anders als ein internetbasiertes Kundenportal wird über das IVU Vertriebs-Service-Portal ein synchroner **Zugriff in Echtzeit** hergestellt. Es werden nicht etwa in bestimmten Zeitintervallen die Daten im Portal aktualisiert, sondern über eine Verlinkung über einen VPN-Tunnel erhält der Drittlieferant ebenso wie der assoziierte Vertrieb direkten Zugriff auf das integrierte IT-System. Er kann jederzeit die aktuellen Stammdaten und Zählerstände/Zählwerte einsehen und ändern. Die Notwendigkeit einer gesonderten Anfrage in den Prozessen und Formaten der GPKE entfällt. Gleichzeitig erhält der Drittlieferant auch bei Inanspruchnahme des Vertriebs-Service-Portals weiterhin alle von der GPKE vorgesehenen Meldungen. Er kann also wählen, ob er die Daten aus dem Portal nutzt oder ob er sich weiterhin die Daten zusenden lässt und das Portal nur als zusätzlichen Abgleich oder für einen Zugriff bei Interesse im Einzelfall einsetzt.

Das Portal ist mit einer **identischen Suchfunktion** ausgestaltet, die intern auch dem assoziierte Vertrieb zur Verfügung steht. Die festgelegten Prozesse Stammdatenänderungen und Zählerstand-/Zählwertübermittlung sind damit zwischen Netz und Vertrieb innerhalb des integrierten IT-Systems einerseits und Netz und Drittlieferant über das Vertriebs-Service-Portal mit VPN-Tunnel andererseits bis ins letzte Detail – auch über die verbindlichen Vorgaben der GPKE zu den Prozessen und Formaten hinaus – identisch. Das Portal führt nicht nur dazu, dass dem Drittlieferant prozessidentisch die Abweichungen bei Stammdatenänderung und Zählerstand-/Zählwertübermittlung durch einen Echtzeitzugriff angeboten werden. Sogar die „Bildschirmmaske“, die der Drittlieferant in dem Portal nutzt, ist identisch zu der „Bildschirmmaske“, über die der assoziierte Vertrieb in dem integrierten IT-System auf die Daten zugreift.

Nicht zuletzt wegen der „optimalen Basis“ mit WILKEN ENER:GY, das bereits im 1-Mandantenmodell zu äußerst geringen Abweichungen in der internen Kommunikation führt, stellt das Vertriebs-Service-Portal der IVU nach Auffassung der Verfasser einen rechtlich zulässigen Weg dar, weiterhin an integrierten IT-Systemen festzuhalten. *Materielle* Diskriminierungen von Drittlieferanten gibt es bereits durch den Einsatz von WILKEN ENER:GY im 1-Mandantenmodell nicht und die verbliebene *formale* Ungleichbehandlung wird durch das Angebot einer formalen Gleichbehandlung über das Vertriebs-Service-Portal der IVU kompensiert.

### 3. Ausblick auf die Ausgestaltung des Angebots an Drittlieferanten

Anders als bei der Variante zur Umsetzung von Tenor 5 GPKE über das Angebot zu einer Übertragung der gesamten Abrechnung auf den *shared service* (oben **Teil 2 C II 1**) führt die vertragliche Ausgestaltung eines prozessidentischen Zugriffs auf die beim Netzbetreiber vorhandenen Stammdaten und Zählerstände/Zählwerte über ein Online Portal zu keinen besonderen vertraglichen Gestaltungsproblemen.

Wie das **Angebot im Kern** zu gestalten ist, hat bereits die BNetzA im Rahmen der Beschwerdeverfahren gegen die GPKE vorgegeben:

*„Bilaterale Regelungen zu Geschäftsprozessen, Datenformaten und Nachrichtentypen können [...] in Vertragsform abgeschlossen werden, wie [...] die [...] Festigung selbst zeigt. So werden beispielsweise die einzelnen Geschäftsprozesse in der Anlage [...] beschrieben. [...] Vergleichbare Prozessbeschreibungen (können) [...] Bestandteil einer bilateralen Vereinbarung werden.“*

Grundlage des vertraglichen Angebots an den Drittlieferanten ist also die für Wilken ENER:GY bereits zur Inanspruchnahme von Tenor 6 GPKE erstellte Abweichungsanalyse im Rahmen des Nachweises der Diskriminierungsfreiheit (diesem Gutachten als **Anlage** beigelegt). Kern des Angebots wird es sein, den lesend und schreibend ausgestalteten Direktzugriff auf die beim Netzbetreiber vorhandenen Daten zu beschreiben und die daraus resultierenden Abweichungen zu den Prozessen und Formaten der GPKE zu benennen. Diese Abweichungen werden dem Dritten angeboten. Er kann die Abweichungen durch die Inanspruchnahme des Portals annehmen, das identisch zum Direktzugriff innerhalb des integrierten IT-System ausgestaltet ist.

**Vertragspartner** sind der Netzbetreiber und der Drittlieferant, wobei zwischen dem Netzbetreiber und dem assoziierten Vertrieb – je nachdem, ob eine rechtliche Entflechtung vorliegt oder nicht – die Abweichungen von der GPKE in den Prozessen Stammdatenänderung und Zählerstand- und Zählwertübermittlung als interne bilaterale Vereinbarung entweder in Vertragsform oder als sonstige interne Abrede innerhalb derselben juristischen Person fixiert

werden. Das, was bislang schon durch die Inanspruchnahme eines integrierten IT-Systems „gelebt“ wird, wird in den bereits in der Abweichungsanalyse zu Papier gebrachten festlegungsrelevanten Abweichungen von den Prozessen und Formaten der GPKE nochmals gesondert vereinbart.

Weitere Gegenstände des Angebots an Drittlieferanten sind neben dem unmittelbar „festlegungsrelevanten“ Teil mit der Beschreibung der Prozess- und Formatabweichungen insbesondere das **Entgelt für die Inanspruchnahme des Portals** sowie die Regelung zum **Vertragsbeginn**. Insoweit gilt, dass die technische Konzeption des Online Portals auf Kosten des Netzbetreibers entwickelt wurde, wenn es dem Drittlieferanten angeboten wird. Die eigentliche technische Umsetzung erfolgt umgehend dann, wenn das Angebot durch einen Drittlieferanten gegen Übernahme des sachgerechten Initialaufwandes für die individuelle Einrichtung und etwaiger laufender Kosten angenommen wurde.

Durchaus in unmittelbarem Zusammenhang mit der Festlegung steht die Regelung zur **Laufzeit**, die in direkter Abhängigkeit von der Dauer der Inanspruchnahme der Ausnahmevervorschrift von Tenor 5 GPKE steht. Weitere vertragliche Bestimmungen sind etwa Regelungen zur **Haftung** und **Gewährleistung, Verantwortlichkeit, Datenschutz** und **Datensicherheit**.

### III. **Widerrufsvorbehalt**

Eine gewisse Rechtsunsicherheit schafft das in der GPKE vorgesehene Widerrufsrecht in **Tenor 8 lit. c GPKE** in Bezug auf die Ausnahmebestimmung in Tenor 5. Nach Auffassung der Verfasser folgt aus den Gerichtsverfahren gegen die GPKE jedoch, dass bei aktueller Sach- und Rechtslage ein Widerruf ausgeschlossen ist.

Auch wenn viele EVU von der Möglichkeit, die gemeinsamen IT-Systeme nach Tenor 5 GPKE weiterhin zu nutzen, Gebrauch machen und damit die Ausnahmeregelung möglicherweise zum „Regelfall“ für integrierte EVU wird, könnte dies einen Widerruf von Tenor 5 GPKE nicht rechtfertigen. Denn Tenor 5 GPKE dient – wie bereits angesprochen (oben **Teil 2 C II 1**) – gerade auch dem Erhalt eines effizienten Datenaustauschs zwischen Netz und assoziiertem Vertrieb.

Bundesnetzagentur, GPKE, S. 56

Wegen des Widerrufsvorbehalts können integrierte EVU zwar nicht darauf vertrauen, dass über Tenor 5 GPKE der Weg für ein gemeinsames IT-System „für immer“ offen steht. Der Widerrufsvorbehalt hat gerade den Sinn, den Betroffenen auf die Möglichkeit des späteren Widerrufs hinzuweisen und damit die Entstehung eines Vertrauenstatbestandes zu verhindern. Ein Widerruf darf aber anerkanntermaßen nur erfolgen, wenn er sachlich gerechtfertigt ist.

Vgl. statt aller *Mauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16.Auflage, § 11, Rdnr. 41 ff.

Zunächst müsste die Sachlage eintreten, für die der Widerruf vorbehalten ist. Der Widerruf ist nach Tenor 8 lit. c GPKE nur möglich, wenn die Anwendung der in Tenor 5 GPKE vorgesehenen Ausnahmen die Annahme rechtfertigen, dass sie zu Wettbewerbsvorteilen führen, die über die Vorteile der Nutzung verbesserter Techniken hinaus gehen. In der Festlegungsbegründung konkretisiert die BNetzA den Widerrufsvorbehalt wie folgt:

*„(Für den Fall, dass) dem assoziiertem Vertrieb Vorteile durch die Anwendung eines abweichenden Datenformats entstehen, die wettbewerbsbeeinträchtigend wirken, ist der Widerruf [...] vorbehalten.“*

(GPKE, S. 68)

Wettbewerbsbeeinträchtigende Vorteile des assoziierten Vertriebs können nicht bereits deswegen bejaht werden, weil die Angebote nach Tenor 5 GPKE zur Nutzung eines Online Portals für die meisten überregional tätigen Drittlieferanten nicht interessant sind. Der BGH führte hierzu ausdrücklich aus:

*„Je weniger Interesse Außenstehende daran haben können, sich der für den internen Datenaustausch vorgesehenen Wege zu bedienen, desto weniger beschwert ist die Betroffene, wenn sie ein entsprechendes Angebot unterbreiten muss.“*

(BGH, a. a. O.)

In diesem Sinne erklärte auch erstinstanzlich das OLG Düsseldorf:

*„Ob ein den Bedingungen des Tenor 5 genügendes Angebot im Interesse des externen Versorgungsunternehmens findet, ist nicht Angelegenheit des Netzbetreibers.“*

(OLG Düsseldorf a. a. O.)

Demnach müssten weitere Kriterien benannt werden können, die wettbewerbsbeeinträchtigende Vorteile des assoziierten Vertriebs durch die Nutzung des gemeinsamen IT-Systems belegen. Angesichts der äquivalenten, diskriminierungsfreien Prozessabläufe bei WILKEN ENER:GY sind weitere Anhaltspunkte für solche Vorteile unwahrscheinlich (vgl. oben **Teil 2 B II**).

Aber selbst wenn sich – etwa bei anderen IT-Systemen – Ansatzpunkte fänden, wäre für einen rechtmäßigen Widerruf weiterhin erforderlich, dass die BNetzA im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu dem Ergebnis kommt, dass das Diskriminierungspotential bzw. die möglichen Wettbewerbsvorteile integrierter IT-Systeme schwerer wiegen als die mit einem Verzicht auf den Zugriff auf einen gemeinsamen Datenbestand verbundene Kostenbe-

lastung und der Verlust von Synergieeffekten bei einer Auflösung der integrierten IT-Systeme. Denn der BGH hat das Auslaufen der Befristung von Tenor 6 GPKE nur deshalb für rechtmäßig und verhältnismäßig erachtet, weil integrierten EVU der Weg über Tenor 5 offen steht.

BGH, a. a. O.

Nach dem BGH wäre eine Pflicht zur Auflösung von integrierten IT-Systemen unverhältnismäßig, wenn lediglich ein geringes Diskriminierungspotential bestünde. Dass integrierte IT-Systeme mehr als ein nur geringes Diskriminierungspotential haben, muss insbesondere bei den oben dargestellten Abweichungen von WILKEN ENER:GY bezweifelt werden.

Damit könnte ein möglicher Widerruf an § 49 Abs. 1 VwVfG scheitern, da hier ein Verwaltungsakt (genauer: Teil der GPKE) mit gleichem Inhalt ggf. sofort wieder erlassen werden müsste (da ansonsten Tenor 6 nicht hätte befristet werden dürfen). Für diese Sachlage verbietet § 49 VwVfG nach Auffassung der Verfasser den Widerruf auch für den Fall, dass ein Widerrufsvorbehalt besteht.

**Teil 3 Ergebnisse**

Die Ergebnisse dieser gutachterlichen Äußerung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Die interne Kommunikation zwischen Netz und assoziiertem Vertrieb erfolgt bei WILKEN ENER:GY im 1-Mandanten-/1-Vertragsmodell grundsätzlich prozessidentisch zur externen Kommunikation des Netzes mit Drittlieferanten.
- Verbliebene Abweichungen gibt es lediglich noch als technisch zwingende Folge aus dem gemeinsam genutzten Datenbestand bei den Prozessen Stammdatenänderung und Zählerstand-/Zählwertübermittlung.
- Durch das IVU Vertriebs-Service-Portal können diese verbliebenen Abweichungen Drittlieferanten prozessidentisch angeboten werden. Der Drittlieferant erhält einen synchronen, lesend und schreibend ausgestalteten Zugriff auf den Datenbestand über einen VPN-Tunnel.
- Das IVU Vertriebs-Service-Portal stellt eine für alle Marktbeteiligten kostengünstige Alternative zur Mandanten- bzw. Systemtrennung dar und wird damit insbesondere den gesetzlichen Anforderungen an einen effizienten Netzbetrieb gerecht. Netzbetreiber können unverhältnismäßige Investitionen in ihre IT-Systeme, die über die Netznutzungsentgelte letztlich zu Lasten aller Verbraucher gehen, vermeiden.
- Die von § 9 Abs. 1 EnWG vorgegebene Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Netzkundeninformationen ist durch das automatisierte Berechtigungskonzept von WILKEN ENER:GY im 1-Mandanten-/1-Vertragsmodell gewahrt und wird auch beim Einsatz des IVU Vertriebs-Service-Portals beachtet. Der Drittlieferant kann nur auf die Daten der von ihm im jeweiligen Netzgebiet belieferten Kunden zugreifen.
- Die aus dem Diskriminierungsverbot abzuleitende Prozessäquivalenz der internen und externen Geschäftsprozesse ist bei WILKEN ENER:GY im 1-Mandanten-Modell gewahrt. Die verbliebenen Unterschiede im Prozessablauf bei der Stammdatenänderung und Zählerstand-/Zählwertübermittlung führen zu gleichwertigen Ergebnissen insbesondere im Hinblick auf Zeitpunkt, Umfang und Qualität der zur Verfügung gestellten Informationen.
- Eine materielle Diskriminierung scheidet bei WILKEN ENER:GY bereits im 1-Mandanten-Modell aus. Eine formale Prozessidentität in Bezug auf alle GPKE-relevanten Prozesse ist jedoch nicht gegeben.

- Die formale Prozessidentität muss jedoch nicht durch eine Mandantentrennung hergestellt werden. Es ist regulierungsbehördlich und (höchst-)richterlich entschieden, dass über Tenor 5 GPKE an integrierten IT-Systemen festgehalten werden kann.
- Ein mögliches Umsetzungsmodell nach Tenor 5 GPKE ist die von der IVU konzipierte „technische Lösung“. Den Drittlieferanten wird angeboten, über einen VPN-Tunnel identisch zum Direktzugriff des assoziierten Vertriebes innerhalb des integrierten IT-Systems auf seine Netzkundeninformationen zuzugreifen.
- Dieser technische Ansatz wurde von der BNetzA bereits im Festlegungsverfahren zur GPKE als mögliche Lösung angesprochen und ist mit den gerichtlichen Ausführungen im Rahmen der Beschwerdeverfahren gegen die GPKE zu vereinbaren.
- Das IVU Vertriebs-Service-Portal wird in seiner konkreten Ausgestaltung den Vorgaben von Tenor 5 GPKE gerecht. Es handelt sich nicht lediglich um ein Sichtportal, da Drittlieferanten über das Portal selbst, ebenso wie der assoziierte Vertrieb, Daten ändern. Zudem hat der Drittlieferant ebenso wie der assoziierte Vertrieb über das Portal einen synchronen Zugriff in Echtzeit. Er kann jederzeit auch außerhalb der Prozesse nach der GPKE auf seine Daten zugreifen. Der Zugriff ist durch eine identische Suchfunktion vollständig identisch mit dem Zugriff des assoziierten Vertriebes innerhalb des integrierten IT-Systems.
- Die vertragliche Ausgestaltung des Angebots an Drittlieferanten wirft keine besonderen rechtlichen Probleme auf, da das Angebot im Kern auf die abgrenzbaren Prozesse Stammdatenänderung und Zählerstand-/Zählwertübermittlung beschränkt werden kann.
- Der in der GPKE vorgesehene Widerrufsvorbehalt führt zu keiner Rechtsunsicherheit im Hinblick auf den Bestand des IVU Online Portalmodells. Nach derzeitiger Sach- und Rechtslage wäre ein Widerruf nach Auffassung der Verfasser nicht mit § 49 Abs. 1 VwVfG vereinbar.

Berlin, 20.02.2009

  
Dr. Christian de Wyl  
Rechtsanwalt

  
Dr. Jost Eder  
Rechtsanwalt

  
Dr. Thies Christian Hartmann  
Rechtsanwalt