Oberlandesgericht Düsseldorf, VI-3 Kart 143/06 (V)

Datum:	05.04.2006
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	3. Kartellsenat
Entscheidungsart:	Beschluss
Aktenzeichen:	VI-3 Kart 143/06 (V)
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2006:0405.VI3KART143.06V.00

Leitsätze:

1. Die Ausnahmetatbestände des § 110 Abs. 1 EnWG sind eng auszulegen, da der Gesetzgeber nur bestimmte Objektnetze und nicht sämtliche – nicht der allgemeinen Versorgung dienende – Arealnetze von der Regulierung ausnehmen wollte.

2. Als Dienstleistungsnetz i.S.d. § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG kann nur ein Netz privilegiert sein, das dazu dient, durch einen gemeinsamen übergeordneten Geschäftszweck bestimmbare Letztverbraucher mit Energie zu versorgen, so dass ein rein versorgungsbezogener Geschäftszweck nicht ausreicht.

3. Ein Eigenversorgungsnetz i.S.d. § 110 Abs. 1 Nr. 3 EnWG liegt nur dann vor, wenn die Versorgung des Letztverbrauchers aus einer ausschließlich oder überwiegend für ihn errichteten und betriebenen Stromerzeugungsanlage erfolgt. Da der Gesetzgeber der Eigenversorgung durch eine eigene Stromerzeugungsanlage das so gen. Contracting gleichstellen wollte, fallen hierunter auch solche Netze, durch die der Letztverbraucher aus einer nicht von ihm selbst, sondern von einem Contractor betriebenen Stromerzeugungsanlage versorgt wird. Nicht ausreichend ist es, dass allein das Netz von einem Contractor errichtet und betrieben wird.

Tenor:

Die Beschwerde der Antragstellerin vom 23. Dezember 2005 gegen den Bescheid der Regulierungsbehörde vom 22. November 2005 zum Aktenzeichen 421- § 110 EnWG wird zurückgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Beschwerdegegnerin und der weiter beteiligten Bundesnetzagentur zu tragen.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 50.000 € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

(Hier Freitext: Tatbestand, Gründe etc.) 1

A. 2

Die Beschwerdeführerin ist ein Energieversorgungsunternehmen im Sinne des § 3 Nr. 18 EnWG, deren Geschäftstätigkeit nach ihrem Internetauftritt u.a. auf den Betrieb von Arealnetzen gerichtet ist. Sie versorgt den Gewerbebetrieb der I. GmbH im D...er C. Park mit Elektrizität. Im Jahre 2000 wurde sie von der I. GmbH, die Dienstleistungen für Benutzer des Internets erbringt und für die Versorgung ihrer Rechenzentren sehr leistungsfähige und besonders ausfallsichere Elektrizitätsanschlüsse benötigt, damit beauftragt, entsprechende Elektrizitätsversorgungsanlagen herzustellen, weil die hierfür erforderlichen Anschlussleistungen über das normale Verteilungsnetz der Stadtwerke D... nicht bereitgestellt werden konnten. Sie errichtete zwei Mittelspannungsleitungen von dem Umspannwerk H. in D... zum C. Park, die dort an Schaltfelder in der so genannten Übergabestation angeschlossen sind. Von dieser aus führen Leitungen zu den Anschlusspunkten in den Gebäuden der I. GmbH, in denen diese über ein eigenes Hausnetz verfügt. 3

Unter dem 11. Oktober 2005 hat die Beschwerdeführerin an die Beschwerdegegnerin den Antrag gerichtet, festzustellen, dass es sich bei diesen von ihr unterhaltenen Mittelspannungselektrizitätsversorgungsanlagen um ein Objektnetz im Sinne des § 110 Abs. 1 EnWG handelt. Diesen Antrag hat die Beschwerdegegnerin mit Bescheid vom 22. November 2005 zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, bei dem von der Beschwerdeführerin betriebenen Netz handele es sich weder um ein Objektnetz i.S.d. § 110 Abs. 1 EnWG noch um ein Netz zur Eigenversorgung i.S.d. § 110 Abs. 1 Nr. 3 EnWG. Die Voraussetzungen des § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG seien schon deshalb nicht erfüllt, weil das Netz nicht dazu diene, durch einen gemeinsamen übergeordneten Geschäftszweck bestimmbare Letztverbraucher mit Energie zu versorgen. Es gehe hier nur um die Versorgung einer einzigen Abnehmerin auf dem Gelände des C. Parks. Ebenso wenig handele es sich um eine Anlage zur Eigenversorgung, denn die Beschwerdeführerin beziehe den Strom nicht aus einer exklusiv oder überwiegend für die Versorgung ihrer Abnehmerin 4

errichteten Erzeugungsanlage.

Gegen diesen bei ihr am 24. November 2005 eingegangenen Bescheid hat die Beschwerdeführerin mit einem per Telefax vorab am 23. Dezember 2005 eingegangenen Schriftsatz Beschwerde eingelegt, die sie unter dem 24. Januar 2006 begründet hat. 5

Sie ist der Auffassung, nicht den Vorschriften zur Regulierung des Netzbetriebes nach dem Energiewirtschaftsgesetz vom 15. Juli 2005 zu unterliegen. Es sei schon zweifelhaft, ob ihre Elektrizitätsanlagen als Netz i.S.d. § 3 Nr. 16 EnWG und nicht nur als Gesamtheit aus Leitungen und Schaltanlagen anzusehen seien, die nicht der Regulierung nach Teil 3 des Energiewirtschaftsgesetzes unterfallen. Der Begriff des Netzes sei nicht definiert, nach dem allgemeinen Sprachgebrauch müsse es sich um ein "System von netzartig verzweigten Verteilungsleitungen mit den dazugehörenden Einrichtungen" handeln. Ein verzweigtes, über eine Vielzahl von Verknüpfungspunkten verfügendes Leitungssystem habe sie indessen nicht errichtet. Ihre Anlagen seien eher als Verbindungsleitungen mit Zusatzanlagen einzuordnen. Selbst wenn es sich aber um ein Netz handele, seien die Voraussetzungen eines Objektnetzes nach § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG gegeben. Das Netz befinde sich auf einem räumlich zusammengehörenden privaten Gebiet, dem C. Park, und diene einem gemeinsamen übergeordneten Geschäftszweck, nämlich der Energieversorgung ihres Abnehmers. Auch würde durch eine Anwendbarkeit der Vorschriften der Teile 2 und 3 des Energiewirtschaftsgesetzes sowie der §§ 4, 52 und 92 EnWG ihre Tätigkeit unnötig und unzumutbar erschwert, weil hierdurch ein administrativer Aufwand verursacht werde, der für den vorliegenden Fall, in dem ein Abnehmer von der Beschwerdeführerin durch die Stichleitung angeschlossen sei, unnötig erschwerend wirke. 6

Sie beantragt, 7

> unter Aufhebung des Bescheides vom 22. November 2005 zum Aktenzeichen 421-§ 110 EnWG die Regulierungsbehörde, durch Verwaltungsakt festzustellen, dass die Voraussetzungen des § 110 Abs. 1 EnWG in Bezug auf das Energieversorgungsnetz der Beschwerdeführerin in D..., welches das Umspannwerk H. mit Mittelspannungsverteilungsanlagen der Beschwerdeführerin auf dem Grundstück des "C. Parks" verbindet und diese Mittelspannungsanlagen mit umfasst, vorliegen, 8
>
> hilfsweise festzustellen, dass die von der Beschwerdeführerin in D... zur Verbindung des Umspannwerks H. mit Mittelspannungsverteilungsanlagen der Beschwerdeführerin auf dem Grundstück "In der Steele 29" unterhaltenen Mittelspannungsanlagen kein Energieversorgungsnetz i.S.d. § 3 Nr. 16 EnWG sind und nicht der Regulierung des Netzbetriebes nach Teil 3 des Energiewirtschaftsgesetzes vom 7. Juli 2005 unterliegen. 9

Die Beschwerdegegnerin bittet um Zurückweisung der Beschwerde. Sie meint, der Hauptantrag sei nicht begründet, da es sich bei dem von der Beschwerdeführerin betriebenen Energieversorgungsnetz nicht um ein Objektnetz im Sinne des § 110 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 EnWG handle. Der Hilfsantrag, der in inhaltlichem Widerspruch sowohl zum Hauptantrag als auch zu dem bei der Beschwerdegegnerin eingereichten Antrag nach § 110 Abs. 4 EnWG stehe, sei unbegründet, da es sich bei den auf dem Grundstück In der Steele 29 in D... betriebenen Elektrizitätsversorgungsanlagen um ein Energieversorgungsnetz i.S.d. Energiewirtschaftsgesetzes handle. Unter einem Versorgungsnetz sei nach allgemeinem Sprachverständnis die Gesamtheit der miteinander verknüpften Verteilungsleitungen und Einrichtungen eines Versorgungssystems zu verstehen. Schon aus dem Vortrag der Beschwerdeführerin selbst ergebe sich, dass es sich hier nicht um eine bloße "Verbindungsleitung mit Zusatzanlagen", sondern um ein auf die speziellen Bedürfnisse der I. 10

GmbH zugeschnittenes Versorgungssystem handle. Ihrem eigenen Vorbringen zufolge mache das besondere Abnahmeverhalten der I. GmbH es erforderlich, ein eigenes - in sich geschlossenes - Versorgungssystem zu errichten, das über Transformatoren, Leitungen und Schaltanlagen verfügt und beispielsweise auch eine Redundanztrasse zum Ausgleich systeminterner Störungen beinhalte. Bislang habe sie auch weder in ihrem Antrag nach § 110 Abs. 4 EnWG noch in dem vorsorglich bei der Beschwerdegegnerin eingereichten Antrag auf die Genehmigung von Netzentgelten Zweifel daran erkennen lassen, dass sie auf dem C. Park ein Netz betreibe. Den später von der I. GmbH belegten Mietbereich habe sie im Übrigen auch im Rahmen ihres Internetauftritts als von ihr betriebenes "Arealnetz" beworben und Informationen zu den Voraussetzungen der "Netznutzung", den "Netzentgelten" und das Muster eines Lieferantenrahmenvertrages zur Verfügung gestellt.

Bei dem von der Beschwerdeführerin betriebenen Elektrizitätsversorgungsnetz handele es sich nicht um ein Objektnetz i. S. des § 110 Abs. 1 EnWG. Ein Werksnetz i.S.d. § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG liege nicht vor, da es an einem Transport von Energie innerhalb des eigenen Unternehmens fehle. Auch die Objektnetzeigenschaft nach § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG sei nicht gegeben, da die Voraussetzungen eines gemeinsamen übergeordneten Geschäftszwecks, der über eine Vermietung und Verpachtung hinausgehe und die Letztverbraucher bestimmbar mache, nicht erfüllt sei. Die Auslegung der Beschwerdeführerin, dass es sich auch um einen Geschäftszweck handeln könne, der den Netzbetreiber und die Letztverbraucher miteinander verbindet und sich auf die reine Energiebelieferung beschränke, sei mit dem Wortlaut nicht vereinbar. Unter Zugrundelegung dieser Auslegung fiele es schwer, sich ein Netz vorzustellen, das nicht als Objektnetz im Sinne des § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG einzustufen wäre. Daher müsse es sich um einen anderen, von der Energiebelieferung losgelösten Geschäftszweck handeln, der die unterschiedlichen Letztverbraucher miteinander verbinde. Dafür spreche auch die gesetzgeberische Intention, denn der Gesetzgeber habe mit dieser Regelung solche Versorgungsverhältnisse von der Regulierung ausnehmen wollen, bei denen die Energieabnehmer auf Grund einer umfassenden Interessenlage im Rahmen eines vertraglichen Gesamtpakets die Anschlussbedingungen und die Energielieferung akzeptieren und als Beispiele ausdrücklich Untermiete, Flughäfen, Pflegeheime und Einkaufszentren genannt. Von daher könne die Energiebelieferung für sich genommen nicht als übergeordneter Geschäftszweck angesehen werden. Schließlich handle es sich bei dem von der Beschwerdeführerin betriebenen Netz auch nicht um ein Objektnetz im Sinne des § 110 Abs. 1 Nr. 3 EnWG. Diese Vorschrift erfasse solche Fälle, in denen ein einzelner Letztverbraucher eine Eigenanlage zur Eigenversorgung nutze, wobei der Fall des Contracting der Eigenversorgung gleich gestellt werde. Ein solcher Fall liege eindeutig nicht vor, da die Versorgung der I. GmbH weder aus einer Eigenanlage noch aus der Anlage eines Dritten erfolge, die dieser ausschließlich oder überwiegend zur Versorgung dieses Unternehmens errichtet habe. Die Versorgung erfolge vielmehr aus dem vorgelagerten Netz der Stadtwerke D.... 11

Die Bundesnetzagentur hat zu den aufgeworfenen Rechtsfragen umfassend Stellung genommen, sich aber "aufgrund unzureichender Sachverhaltskenntnisse" zu einer "abschließenden Beantwortung der Vielzahl der sich stellenden Fragen" nicht in der Lage gesehen. 12

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang der Beschwerdegegnerin und die den Beteiligten in der Senatssitzung erteilten rechtlichen Hinweise Bezug genommen. 13

14

B.

Die zulässige Beschwerde hat aus den mit den Beteiligten in der Senatssitzung erörterten Gründen keinen Erfolg. 15

I. 16

Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie fristgerecht eingelegt und begründet worden. 17

Gem. § 78 Abs. 1 EnWG ist die nach § 75 Abs. 1 EnWG statthafte Beschwerde gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde binnen einer Frist von einem Monat - ab Zustellung - bei der Regulierungsbehörde oder dem Beschwerdegericht einzulegen und nach § 78 Abs. 3 EnWG innerhalb eines Monats ab Einlegung zu begründen. 18

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerde gegen die ihr nicht förmlich zugestellte Entscheidung der Landesregulierungsbehörde vom 22. November 2005 am 23. Dezember 2005 per Telefax eingelegt. Dass sie diese erst mit einem am 24. Januar 2006 (Dienstag) eingegangenen Telefax begründet hat, ist unschädlich, weil sie mit am 27. Dezember 2005 eingegangenen Originalschriftsatz – wiederholt und rechtzeitig - Beschwerde eingelegt hatte und die Begründungsfrist bezogen auf den Zeitpunkt der wiederholten Beschwerdeeinlegung gewahrt ist. 19

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung können bestimmende Schriftsätze wie die Rechtsmitteleinlegung und -begründung grundsätzlich auch im Telefaxverkehr dem zuständigen Gericht übermittelt werden, so dass die zusätzliche Einreichung der Rechtsmittelschrift durch Niederlegung auf der Geschäftsstelle oder per Brief mangels abweichender Anhaltspunkte dahin zu verstehen ist, dass der Rechtsmittelführer den bekannten Unsicherheiten der fernmeldetechnischen Übermittlung seines Schriftsatzes Rechnung tragen und vorsorglich das Rechtsmittel erneut einlegen will. Den in der Rechtsprechung entwickelten Regeln über die wiederholte Rechtsmitteleinlegung entsprechend handelt es sich um ein einheitliches Rechtsmittel, über dessen Zulässigkeit nur unter Berücksichtigung der mehreren, in ihrer Wirksamkeit voneinander abhängenden Einlegungsakte entschieden werden kann (vgl. nur: BGH NJW 1993, 3141). Die am 27. Dezember 2005 wiederholt eingegangene Beschwerde hat danach selbstständige Bedeutung in dem Moment gewonnen, in dem die am 23. Dezember 2005 per Telefax bewirkte Rechtsmitteleinlegung wegen Versäumung der einmonatigen Beschwerdebegründungfrist ihre Wirkung verloren hat. Mit Blick darauf, dass die Beschwerdeführerin den angegriffenen Bescheid am 24. November 2005 (nur) formlos erhalten hat, so dass die Beschwerdefrist nicht zu laufen begonnen hat (vgl. nur: K.Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, GWB, Rdnr. 8 zu dem entsprechenden § 66), ist die am 27. Dezember 2005 eingegangene wiederholte Beschwerde fristgerecht eingelegt und begründet worden. 20

II. 21

In der Sache hat die Beschwerde keinen Erfolg. Weder liegen die Voraussetzungen des § 110 Abs. 1 EnWG für das streitgegenständliche Energieversorgungsnetz vor noch lässt sich feststellen, dass die Mittelspannungsanlagen nicht der Regulierung nach Teil 3 des Energiewirtschaftsgesetzes unterliegen. 22

1. Bei den von der Beschwerdeführerin auf dem Grundstück I.... betriebenen Elektrizitätsversorgungsanlagen handelt es sich um ein Energieversorgungsnetz i.S.d. 23

Energiewirtschaftsgesetzes.

Gem. § 3 Nr. 16 EnWG sind Energieversorgungsnetze sowohl Elektrizitäts- als auch Gasversorgungsnetze über eine oder mehrere Spannungsebenen oder Druckstufen. Sie unterfallen grundsätzlich dem Anwendungsbereich des Energiewirtschaftsgesetzes; auch Kleinstnetze sind davon nicht ausgenommen. 24

Für Elektrizitätsversorgungsnetze fehlt eine ausdrückliche Begriffsbestimmung. Nach allgemeinem Sprachgebrauch ist unter einem Versorgungsnetz die Gesamtheit der miteinander verbundenen Anlagenteile zur Übertragung oder Verteilung von Energie zu verstehen (vgl. auch BGH RdE 2005, 79, 80). Erfasst werden daher alle Einrichtungen wie Freileitungen, Kabel und Transformatoren, Umspann- und Schaltanlagen mit Sicherungs- und Überwachungseinrichtungen, Schaltern pp., die zur Übertragung oder Verteilung elektrischer Energie notwendig sind (vgl. nur: Büdenbender/Rosin, Energierechtsreform 2005, S. 106; Schröder-Czaja/Jacobshagen, IR 2006, 50). Nicht zwingend ist, dass es sich um ein verzweigtes, über eine Vielzahl von Verknüpfungspunkten verfügendes Leitungssystem handelt. 25

Abzugrenzen sind Elektrizitätsversorgungsnetze von Direktleitungen i.S.v. § 3 Nr. 12 EnWG und Kundenanlagen. Nach der Legaldefinition des § 3 Nr. 12 EnWG liegt eine Direktleitung dann vor, wenn eine Leitung entweder einen einzelnen Produktionsstandort mit einem einzelnen Kunden verbindet oder sie einen Elektrizitätserzeuger und ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen zum Zwecke der direkten Versorgung mit ihrer eigenen Betriebsstätte, einem Tochterunternehmen oder einem Kunden verbindet. Die Kundenanlage ist nach allgemeinem Begriffsverständnis die Gesamtheit der netztechnischen Anlagen (erst) ab der Liefer-, Leistungs- und Eigentumsgrenze in Abgrenzung zum vorgelagerten Netz und beginnt in der Regel mit der Hausanschlusssicherung/Zähleranlage (Schröder-Czaja/Jacobshagen, a.a.O. unter Hinweis auf § 12 Abs. 1 AVBEltV). 26

Im vorliegenden Fall geht es weder um eine Leitung zwischen dem Elektrizitätserzeuger und dem beschwerdeführenden Elektrizitätsversorgungsunternehmen noch um die Hausanlage ihres Abnehmers. Die Beschwerdeführerin hat ein auf die speziellen Bedürfnisse der I. GmbH zugeschnittenes Versorgungssystem errichtet. Dieses besteht aus zwei Mittelspannungsleitungen – einschließlich einer Redundanztrasse - vom Umspannwerk H. der Stadtwerke D... zum C. Park, einer dort befindlichen Mittelspannungsschaltanlage in der so genannten Übergabestation und Leitungen zu den Anschlusspunkten in den Gebäuden der I. GmbH; erst nach diesen beginnt deren Kundenanlage. 27

Hier handelt es sich um ein so genanntes Arealnetz, das der Versorgung der im Areal ansässigen Letztverbraucher über ein eigenes Verteilnetz im Wege des so genannten Strom-Contracting dient. Der Arealnetzbetreiber schließt alle anschlusswilligen Endkunden an sein Arealnetz an. (vgl. nur: BGHZ 163, 296 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2004 , VI-Kart 35/03 (V), WuW/E DE-R 1307 ff.; Beschluss vom 11. Juni 2003, VI-Kart 7/03 (V), WuW/E DE-R 1179). 28

Die Beschwerdeführerin selbst hat dies ebenso gesehen. In ihrem Antrag vom 11. Oktober 2005 nimmt sie Bezug auf das von ihr betriebene und unterhaltene Elektrizitätsversorgungsnetz, in ihrem Internetauftritt wirbt sie für ihr "Arealnetz Mietbereich In der Steele 27-29, 33, 37 b, 39, 41 im C. Park" und informiert über die Voraussetzungen für die Netznutzung und deren Entgelte. Zwar stellt sie dieses Arealnetz derzeit nur einem einzigen Endabnehmer – der I. GmbH – zur Verfügung. Sie bietet die Netznutzung jedoch allen Interessenten an. Dass die der I. GmbH vertraglich zugesagte maximale Leistung den 29

Anschluss weiterer Abnehmer ausschließt, hat die Beschwerdeführerin im Senatstermin nicht schlüssig aufzeigen können.

2. Zu Recht hat die Beschwerdegegnerin entschieden, dass es sich bei diesem von der Beschwerdeführerin betriebenen Elektrizitätsversorgungsnetz nicht um ein nach § 110 Abs. 1 EnWG privilegiertes Objektnetz handelt. 30

2.1. Mit § 110 Abs. 1 EnWG hat der Gesetzgeber eine abschließende Sonderregelung für die Privilegierung bestimmter Netze geschaffen, die weder den Entflechtungsbestimmungen (Teil 2 des EnWG), der Netzanschluss- und Netzzugangsverpflichtung (Teil 3 Abschnitte 1 und 2), der Netzentgeltregulierung (Teil 3 Abschnitte 3 und 4) sowie den Genehmigungs-, Berichts- und Beitragspflichten nach §§ 4, 52, 92 EnWG unterfallen sollen. Dabei reicht es nicht aus, dass das Energieversorgungsnetz – wie das der Beschwerdeführerin – nicht der allgemeinen Versorgung i.S.d. § 3 Nr. 17 EnWG dient. Vielmehr hat der Gesetzgeber nur bestimmte, im Ausnahmekatalog des § 110 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 EnWG abschließend aufgezählte Objektnetze von der Regulierung ausnehmen wollen und dabei auch nicht auf den Begriff des Arealnetzes zurückgegriffen. Während der Regierungsentwurf eine Ausnahme zunächst nur für so genannte Werksnetze vorsah, wurde der Anwendungsbereich im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens auf so genannte Dienstleistungs- und Eigenversorgungsnetze erweitert. Dabei kam es dem Gesetzgeber darauf an, die von Wettbewerbsregelungen freigestellten Netze klar und diskriminierungsfrei zu definieren (BR-Drs. 248/01/05 (neu), S. 10). 31

2.2. Dass es sich bei dem von der Beschwerdeführerin betriebenen Elektrizitäts-versorgungsnetz um ein Werks- oder Betriebsnetz im Sinne des § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG handelt, ist weder ersichtlich noch von ihr geltend gemacht. Ausgenommen von der Regulierung sind nach dieser Alternative nur solche Elektrizitätsversorgungsnetze, die sich auf einem räumlich zusammengehörenden Betriebsgebiet befinden und überwiegend dem Transport von Energie innerhalb des eigenen Unternehmens oder zu ihm im Sinne des § 3 Nr. 38 EnWG verbundenen Unternehmen dienen. Die Beschwerdeführerin indessen versorgt mit der I. GmbH einen Dritten. 32

2.3. Entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin ist das von ihr unterhaltene Elektrizitätsversorgungsnetz auch nicht als Dienstleistungsnetz i.S.v. § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG zu qualifizieren, da es an einem gemeinsamen übergeordneten Geschäftszweck fehlt. Dafür reicht es nicht aus, dass Netzbetreiber und Letztverbraucher durch den gemeinsamen Geschäftszweck der Energiebelieferung verbunden sind. Eine solche Auslegung läuft der Gesetzeshistorie wie auch Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung zuwider. 33

§ 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG privilegiert Energieversorgungsnetze, die sich auf einem räumlich zusammengehörenden privaten Gebiet befinden und dem Netzbetreiber oder einen Beauftragten dazu dienen, durch einen gemeinsamen übergeordneten Geschäftszweck, der 34

a. über reine Vermietungs- und Verpachtungsverhältnisse hinausgeht und 35
b. durch die Anwendung der im einleitenden Satzteil genannten Bestimmungen unzumutbar erschwert würde,

bestimmbare Letztverbraucher mit Energie zu versorgen. 36

Bei diesem erst im Vermittlungsverfahren eingefügten Ausnahmetatbestand handelt es sich um eine Auffangregelung für Versorgungskonstellationen, die den Werksnetzen nach § 110 37

Abs. 1 Nr. 1 EnWG vergleichbar sind, denn der Empfehlung des Wirtschaftsausschusses lag die Überlegung zu Grunde, dass es "ordnungspolitisch nicht vertretbar" sei, "industrielle Arealversorgung anders zu behandeln als vergleichbare Versorgungskonstellationen etwa im Dienstleistungsbereich" (BR-Drs. 248/01/05 (neu), S. 10).

Der Gesetzgeber hatte dabei besondere Infrastruktureinrichtungen wie Flughäfen, Pflegeheime, Häfen, Bahnhöfe, Einkaufszentren pp. im Blick, bei denen die Endabnehmer i.d.R. die Anschlussbedingungen und die Energielieferung auf Grund einer umfassenden Interessenlage im Rahmen eines vertraglichen Gesamtpakets akzeptieren (BR-Drs. 248/01/05 (neu), a.a.O.). Erforderlich ist daher, dass das betriebene Energieversorgungsnetz dazu dient, durch einen gemeinsamen übergeordneten Geschäftszweck, der über reine Vermietungs- und Verpachtungsverhältnisse hinausgeht, bestimmbare Letztverbraucher mit Energie zu versorgen. 38

Dabei muss es sich nach Sinn und Zweck der Norm um einen Geschäftszweck handeln, der jedenfalls von den verschiedenen Letztverbrauchern auf dem Areal gemeinsam verfolgt wird, sie dadurch miteinander verbindet und sie bestimmbar macht (so auch Klemm, CuR 2005, 111, 115; Strohe, et 2006, 747). Ob in diesen Geschäftszweck auch der Netzbetreiber oder sein Beauftragter einbezogen sein kann, etwa weil sie den bestimmbaren Letztverbrauchern eine Vielzahl von Leistungen zur Verfügung stellen (so: Habich, DVBl 2006, 211, 214; wohl auch Büdenbender /Rosin, a.a.O., S. 111; Rosin RdE 2006, 9, 13), bedarf keiner Entscheidung. In jedem Fall muss es sich schon nach dem Wortlaut, aber auch nach Sinn und Zweck der Norm um einen der reinen Energieversorgung *übergeordneten* Geschäftszweck handeln. Jedes andere Verständnis würde dazu führen, dass die Versorgungsnetzbetreiber es in der Hand hätten, etablierte oder neu erschlossene lukrative Netzgebiete auszugliedern, als Objektnetz zu deklarieren und damit dem Wettbewerb dienende Pflichten des Gesetzes auszuschließen, was vom Gesetzgeber ersichtlich nicht gewollt war. 39

Einen solchen übergeordneten und damit nicht nur versorgungsbezogenen Geschäftszweck kann die Beschwerdeführerin nicht aufzeigen. Ihr Netz ist auf die speziellen Bedürfnisse der I. GmbH zugeschnitten und dient nicht einem Geschäftszweck, der gemeinsam von verschiedenen im C. Park ansässigen Letztverbrauchern verfolgt wird. 40

2.4. Schließlich liegt auch ein Netz zur Eigenversorgung im Sinne des § 110 Abs. 1 Nr. 3 EnWG nicht vor. 41

Ausgenommen von der Regulierung werden danach solche Energieversorgungsnetze, die sich auf einem räumlich zusammengehörenden Gebiet befinden und überwiegend der Eigenversorgung dienen. Eine Definition des Begriffs der "Eigenversorgung" enthält § 110 Abs. 3 EnWG. Danach ist Eigenversorgung "im Sinne des Abs. 1 Nr. 2 – gemeint ist wohl Nr. **3** – die unmittelbare Versorgung eines Letztverbrauchers aus der für seinen Eigenbedarf errichteten Eigenanlage oder aus einer Anlage, die von einem Dritten ausschließlich oder überwiegend für die Versorgung eines bestimmbaren Letztverbrauchers errichtet und betrieben wird". 42

Soweit es die Eigenversorgung im engeren Sinne - aus einer Eigenanlage im Sinne von § 110 Abs. 3 1. Alternative EnWG - angeht, ist auf § 3 Nr. 13 Energiewirtschaftsgesetz zurückzugreifen, der als Eigenanlage eine Anlage zur Erzeugung von Elektrizität zur Deckung des Eigenbedarfs definiert. Diese muss also für den Eigenbedarf des Letztverbrauchers errichtet worden sein. Dessen Versorgung erfolgt unmittelbar aus dieser Anlage, wenn der mit ihr erzeugte Strom direkt ins Objektnetz und von dort an den die Anlage betreibenden 43

Letztverbraucher geliefert wird.

Durch die 2. Alternative wird die Eigenversorgung im weiteren Sinne geregelt, die dann vorliegt, wenn ein Dritter eine (Stromerzeugungs-)Anlage errichtet und betreibt und daraus ausschließlich oder überwiegend einen bestimmbaren Letztverbraucher mit Strom versorgt. Nach der Begründung des Wirtschaftsausschusses soll hierdurch das so genannte Contracting der Eigenversorgung gleichgestellt werden (BT-Drs. 15/5268 vom 13.04.2005, S. 122), was dafür spricht, dass nur das Contracting im engeren Sinne darunter fallen soll (so auch: Büdenbender/Rosin, a.a.O., S. 113; Rosin RdE 2006, 14; Habich DVBl 2005, 211, 215; Klemm CuR 2005, 111, 116). Darunter sind solche Verträge zu verstehen, durch die der Contracting-Nehmer den Contracting-Geber beauftragt, auf dem Grundstück eine Energieerzeugungsanlage zu errichten und diese über einen vertraglich festgelegten Zeitraum zu betreiben (vgl. auch Zinow in: Wiedemann, Kartellrecht, Rdnr. 8 zu § 34). 44

Ein solcher Fall liegt nicht vor, denn die Versorgung der I. GmbH erfolgt nicht aus einer Stromerzeugungsanlage der Beschwerdeführerin, welche diese für die I. GmbH errichtet hat, sondern aus dem vorgelagerten Netz der Stadtwerke D.... 45

Dass es sich bei der Errichtung und dem Betrieb des Verteilernetzes um ein so genanntes Stromcontracting handelt, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Schon aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber das Contracting nur der Eigenversorgung gleichstellen wollte, folgt, dass damit allein der Fall des Betriebs der (Energieerzeugungs-)Anlage durch einen Dritten erfasst sein soll. Jedes andere Verständnis würde nicht die gewollte Gleich-, sondern eine Besserstellung des Contractings bewirken, denn damit würden die Ausnahmetatbestände der Betriebs- und Dienstleistungsnetze (§ 110 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 EnWG) unterlaufen. 46

2.5. Für eine Gleichstellung des von der Beschwerdeführerin betriebenen Arealnetzes ist damit kein Raum. Der Gesetzgeber hat sich bewusst dafür entscheiden, nicht alle Arten der Arealversorgung von der Regulierung auszunehmen. Insbesondere wollte er nicht solche ausnahmslos erfassen, die nicht der allgemeinen Versorgung i.S.d. § 3 Nr. 17 EnWG dienen. Alle drei Ausnahmetatbestände des § 110 EnWG setzen voraus, dass es sich zunächst nicht um ein Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung handelt und stellen dann weitere Anforderungen, die im Einzelfall erfüllt sein müssen. Sind diese strengen typusbezogenen Voraussetzungen nach Nr. 1-3 nicht gegeben - wie hier -, handelt es sich um sonstige Arealnetze außerhalb der allgemeinen Versorgung. 47

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 90 Satz 2 EnWG. Die Beschwerdeführerin hat als im Beschwerdeverfahren unterlegene Partei die Gerichtskosten zu tragen und der gegnerischen Landesregulierungsbehörde sowie der weiterhin beteiligten Bundesnetzagentur die ihnen entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten. 48

4. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das von der Beschwerdeführerin mit Haupt- und Hilfsantrag verfolgte Begehren ist in erster Linie auf die Feststellung gerichtet, dass die von ihr errichteten Elektrizitätsversorgungsanlagen nicht der Regulierung nach Teil 3 des Energiewirtschaftsgesetzes unterliegen, sie also von den Netzanschluss- und Netzzugangsverpflichtungen sowie der Netzentgeltregulierung ausgenommen ist. Das hiermit verbundene Interesse schätzt der Senat - im Einvernehmen mit den Beteiligten - auf 50.000 €. 49

C. 50

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat. 51

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, sowie die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Rechtsbeschwerde stützt. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. 52

L. v. R. W. 53

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE