

Netzanschluss von Areal- und Objekt- netzen nach „Mainova“ und dem neuen EnWG – Auftrieb für Kraft-Wärme- Kopplung (KWK) und Contracting ?

von Rechtsanwalt Dr. Wilko Meinhold, München*

Die seit langem heftig umstrittene Frage, ob etablierte Energieversorgungsunternehmen (EVU) ein „Rosinenpicken“ durch private Arealnetzbetreiber in ihrem Versorgungsgebiet hinnehmen müssen¹, wurde nunmehr vom Kartellsenat des Bundesgerichtshofs (BGH) grundsätzlich bejaht.² Damit hat – nach der Vorinstanz³ – auch der BGH eine Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts (BKartA)⁴ bestätigt, welches dem Netzbetreiber (hier: Mainova AG, Frankfurt a. M.) wegen der Verweigerung des von drei Arealnetzbetreibern jeweils beanspruchten Netzanschlusses den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorgeworfen hatte.

Allerdings stellt sich die Frage, ob und inwieweit diese Grundsatzentscheidung des BGH zugunsten des Wettbewerbs auf den Energiemärkten durch das zwischenzeitliche Inkrafttreten des neuen EnWG⁵ schon wieder überholt ist. Denn der vom BGH herangezogene Missbrauchstatbestand des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ist – ebenso wie die anderen Vorschriften der §§ 19, 20 GWB – nach § 111 EnWG nicht (mehr) anzuwenden, soweit durch die Bestimmungen des Teiles 3 des EnWG (also §§ 11 bis 35) oder auf Grund der dazu erlassenen Rechtsverordnungen ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen werden. Außerdem hat der Gesetzgeber in § 110 EnWG Neuregelungen für bestimmte „Objektnetze“ eingeführt.

Zu klären ist also, ob künftige Arealnetz-Anschlussfälle nach dem neuen EnWG anders zu beurteilen sind als nach dem BGH-Beschluss (dazu I.) und welche Folgerungen sich daraus für Arealnetzbetreiber ergeben, die die Energieversorgung mit Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen (KWK-Anlagen) im Contracting⁶ anbieten (dazu II.). Schließlich fragt es sich, welche Besonderheiten insoweit bei den neu geregelten „Objektnetzen“ bestehen (dazu III.).

I. Beurteilung von Arealnetz-Anschlussbegehren und deren Verweigerung

1. Missbrauchsaufsicht nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB und nach §§ 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 17, 18 EnWG

Aufgrund des in § 111 EnWG normierten Vorrangs dieses Gesetzes und seiner Rechtsverordnungen vor dem GWB unterfällt das Verhalten eines Netzbetreibers künftig der eigenständigen Missbrauchsaufsicht durch die Regulierungsbehörde. Nach § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 EnWG liegt ein Missbrauch unter anderem auch dann vor, wenn ein Netzbetreiber entgegen seiner Verpflichtung gemäß § 17 Abs. 1 EnWG es ungerechtfertigt ablehnt, nachgelagerte Netze an sein Energieversorgungsnetz anzuschließen; denn dies darf der Netzbetreiber nach § 17 Abs. 2 EnWG – ebenso wie schon nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB – nur verweigern, soweit ihm der Netzanschluss nachweislich aus betriebsbedingten oder sonstigen wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Insofern sind die Regelungen in §§ 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 17 EnWG also eine energierechtsspezifische Ausgestaltung der „essential facilities“-Doktrin des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB.⁷

Zwar kann die Bundesregierung nach § 17 Abs. 3 EnWG mit Zustimmung des Bundesrates durch Rechtsverordnung die Netzanschlussbedingungen im einzelnen regeln und dabei auch näher bestimmen, „in welchem Umfang und zu welchen Bedingungen ein Netzanschluss nach Abs. 2 zumutbar ist; dabei kann auch das Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst kostengünstigen Struktur der Energieversorgungsnetze berücksichtigt werden“.⁸ Jedoch hat die Bundesregierung (noch) nicht von dieser Regelungsbefugnis

Gebrauch gemacht und bisher keine Stromnetzanschlussverordnung erlassen.

Sicherlich wird die Bundesregierung in einer geplanten Stromnetzanschlussverordnung die Entscheidungsgründe des BGH mitberücksichtigen, zumal sich das Gericht darin bereits mehrfach auch auf die geplanten Neuregelungen des EnWG einschließlich der Ermächtigungsnorm in § 17 Abs. 3 EnWG bezogen hat.⁹ Auch aus diesem Grund sind, solange noch keine abweichende Stromnetzanschlussverordnung existiert, bei der Beurteilung künftiger Streitfälle über Arealnetzanschlüsse nach § 17 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG auch die noch auf § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB gestützten Entscheidungsgründe des BGH maßgeblich, sodass dieser Beschluss keineswegs per se durch das neue EnWG überholt ist.¹⁰ Allerdings ist im Folgenden zu klären, ob und inwieweit andere Vorschriften des neuen EnWG partiell Neubewertungen der BGH-Entscheidung erfordern.¹¹

2. Leitsätze des Arealnetz-Beschlusses des BGH

Zu seinem Beschluss hat der BGH folgende Leitsätze formuliert:

- Für den Tatbestand des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ist es ausreichend, dass der Normadressat über eine beherrschende Stellung auf dem Markt für Infrastruktureinrichtungen verfügt.
- Ein Energieversorgungsunternehmen, das in seinem Versorgungsgebiet Stromnetze verschiedener Spannungsebenen unterhält und insoweit Normadressat des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots ist, darf dem Betreiber eines der Versorgung von Neubauten oder Neuerschließungen dienenden Arealnetzes den Zugang zu seinem Mittelspannungsnetz nicht unter Berufung auf sein Interesse an einer ausgeglicheneren Kundenstruktur und einer möglichst kostengünstigen Struktur seines Niederspannungsnetzes verweigern.
- Der Normadressat des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB kann die Mitbenutzung der Infrastruktureinrichtung nicht mit der Begründung verweigern, dass der dadurch ermöglichte Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt für ihn nachteilig sei. Er kann sich auch nicht darauf berufen, dass er Dritten den Zugang zu der Infrastruktureinrichtung generell verwehre.

Diese Leitsätze lassen allerdings die umfassende und für künftige wettbewerbliche Entwicklungen auf den Energiemärkten auch nach dem neuen EnWG richtungweisende Argumentation des Gerichts nur teilweise erkennen; deshalb sollen die Entscheidungsgründe nachfolgend ausführlich wiedergegeben und auf der Basis des neuen EnWG erörtert werden:

*Rechtsanwälte Wirsing Hass Meinhold, München, www.wirsing.de

1. so schon LG München I vom 28.01.2003, ZNER 2003, 259 ff.; dagegen LG München I vom 26.06.2003 – 4 HKO 19265/02

2. Beschluss des BGH vom 28.06.2005 „Arealnetz“, ZNER 2005, 227 ff. (in diesem Heft, im folgenden danach zitiert) = WuW/E DE-R 1531 ff. = RdE 2005, 222 ff. mit Anmerkung von Schebstadt

3. Beschluss des OLG Düsseldorf vom 23.06.2004, ZNER 2004, 282 ff. mit Anmerkung von Klaue = WuW/E DE-R 1307 ff.

4. Beschluss des BKartA vom 08.10.2003, WuW/E DE-V 811 ff. (verkürzt), vollständig unter www.bundeskartellamt.de/archiv

5. Zweites Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 07.07.2005, Bundesgesetzblatt Teil I vom 12. 07.2005, 1970 ff.

6. zu diesem Begriff vgl. beispielsweise Urteil des Bundesfinanzhofs vom 20.04.2004, ZNER 2004, 279 ff., 280; Siems, Ausgleichspflichten nach der EEG-Novelle: Neue Gefahr für Contracting-Modelle?, RdE 2005, 130 ff. sowie BGH vom 06.04.2005, NJW 2005, 1776 ff.

7. vgl. dazu Möschel in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 19, Rdn. 178 ff.; kritisch zu den Neuregelungen Markert, Die Missbrauchskontrolle nach dem Referentenentwurf für ein neues EnWG, ZNER 2005, 113 ff.

8. § 17 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 EnWG; dazu näheres unten 5. c)

9. dazu näheres unten 5.

10. wie hier: Schebstadt, a.a.O. (Fn. 2); anderer Ansicht Strohe, Arealnetze und Objektnetze, in: Energiewirtschaftliche Tagesfragen (ET) 2005, 747 ff.,

11. vgl. dazu auch Lippert, Die „Mainova“-Entscheidung des BGH und ihre Relevanz im neuen Energiewirtschaftsrecht, Contracting und Recht (CuR) 2005, 79 ff.

3. Definition des Arealnetzes

Schon beim Begriff „Arealnetz“ fällt auf, dass dieser in den Mainova-Beschlüssen des BKartA und der Gerichte sowie in den Materialien zum neuen EnWG in ganz unterschiedlicher Bedeutung verwendet wird:

a) Netz, das stets der allgemeinen Versorgung dient

Unter einem Areal versteht der BGH in diesem Zusammenhang „eine aus einem oder mehreren Grundstücken bestehende, zu Wohn- oder gewerblichen Zwecken genutzte private Liegenschaft, die zur Versorgung der im Areal ansässigen Letztverbraucher über ein eigenes Niederspannungs-Verteilnetz verfügt. Dieses Netz ist in der Regel über eine eigene Umspannanlage an die Mittelspannungsebene des vorgelagerten Netzes angeschlossen. Das Arealnetz wird von Unternehmen betrieben, die es entweder selbst errichtet haben oder die es vom Eigentümer erworben oder gepachtet haben. Der Arealnetzbetreiber schließt alle anschlusswilligen Endkunden an sein Arealnetz an“.¹²

Aufgrund dieser vom BGH auch an anderer Stelle seines Beschlusses¹³ ausdrücklich erwähnten Anschluss- und Versorgungspflicht des Arealnetzbetreibers sieht er diesen in seinem Netz als den Betreiber für die allgemeine Versorgung an; die Existenz einer entsprechenden Genehmigung nach § 3 EnWG a. F. wird offenbar unterstellt oder zumindest in der Begründung nicht weiter hinterfragt.¹⁴ Jedenfalls ist dann das EVU, in dessen Gebiet das Areal liegt („Gebietsversorger“), konsequenterweise von seiner allgemeinen Anschluss- und Versorgungspflicht für die im Areal befindlichen Endkunden befreit.

Mit dieser Auffassung bestätigt der BGH ausdrücklich das BKartA¹⁵, welches die Netze in allen drei Arealen des Mainova-Falles (einem Gewerbepark „City West“, einem Büroneubau für die Landesärztekammer Hessen und einem zu einem Wohngebiet umgewandelten ehemaligen Kasernengelände) als Netze der allgemeinen Versorgung beurteilt hatte. Ein solches Netz sei von seiner Dimensionierung her für eine nicht von vorn herein feststehende Anzahl von Endkunden ausgelegt und stehe grundsätzlich allen auf dem Areal aktuell oder zukünftig ansässigen Endkunden offen. Auch die Versorgung einzelner Häuser oder Häuserblocks könne im konkreten Fall allgemeine Versorgung sein.¹⁶

Somit gingen also das BKartA und – diesem folgend – der BGH auch im Fall des Büroneubaus für die Landesärztekammer davon aus, dass das dortige, vom Arealeigentümer errichtete und (offenbar einschließlich der gebäudeinternen Leitungen)¹⁷ an den Arealnetzbetreiber verpachtete Netz nicht nur für die Versorgung der Landesärztekammer und weiterer, dort evt. bereits namentlich feststehender Letztverbraucher ausgelegt war. Vielmehr musste es so dimensioniert worden sein, dass es darüber hinaus grundsätzlich für die Versorgung jedes neuen Mieters offen stand.

Diese Offenheit für sämtliche (auch zukünftige) Arealansässige wurde für die Beurteilung des dortigen Arealnetzes als Netz der allgemeinen Versorgung als ausreichend erachtet. Auf die Frage, ob das Netz darüber hinaus so dimensioniert war, dass auch noch weitere Letztverbraucher z. B. bei einer künftigen Gebäude- oder Arealerweiterung oder auch von außerhalb des Areals hätten angeschlossen und versorgt werden können, kam es offenbar weder dem BKartA noch dem BGH an.

b) Netz, das nur ausnahmsweise der allgemeinen Versorgung dient

Demgegenüber war das OLG Düsseldorf¹⁸ der Auffassung, dass Arealnetzbetreiber nur in Ausnahmefällen ein Netz für die allgemeine Versorgung betreiben; denn sie seien oftmals nicht bereit und fähig, jedermann unabhängig von seiner Individualität und seiner räumlichen Nähe an ihr Netz anzuschließen und mit Energie zu beliefern;¹⁹ dies sei insbesondere dann zweifelhaft, wenn das Areal – wie bei dem Büroneubau und dem Gewerbepark im dortigen Fall – nur aus einem einzigen oder aus wenigen Grundstücken bestehe.

Am ehesten komme noch für den Netzbetreiber in dem ehemaligen Kasernengelände mit ca. 1.100 Wohneinheiten die Fähigkeit zur allgemeinen Versorgung zu, was das Gericht jedoch offen lassen konnte.

Hinter dieser Rechtsauffassung stehen also weniger Zweifel an einer für die allgemeine Versorgung genügenden Netzauslegung, sondern vielmehr die Besorgnis, dass insbesondere bei kleineren Arealen die Leistungsfähigkeit der Arealnetzbetreiber nicht ausreichen könnte, um die sichere Versorgung jedes anschlusswilligen Letztverbrauchers zu gewährleisten. Zwar erscheint diese Sorge eher unbegründet, weil die Leistungsfähigkeit auch der Arealnetzbetreiber im energieaufsichtlichen Genehmigungsverfahren überprüft wird und mit der Genehmigung nach § 3 EnWG a. F. (entsprechend § 4 des neuen EnWG) bestätigt sein muss. Dennoch hat sich der Gesetzgeber offenbar diese Auffassung zueigen gemacht und die bereits in § 3 Nr. 17 des EnWG-Entwurfs der Bundesregierung²⁰ geplante Definition von Energieversorgungsnetzen der allgemeinen Versorgung so geändert, dass Arealnetze häufig nicht mehr als Netze der allgemeinen Versorgung zu beurteilen sind.

Denn nach der geänderten, jetzt geltenden Fassung sind Netze der allgemeinen Versorgung „von ihrer Dimensionierung nicht von vornherein nur auf die Versorgung bestimmter, schon bei der Netzerrichtung feststehender oder bestimmbarer Letztverbraucher ausgelegt, sondern (stehen) grundsätzlich für die Versorgung jedes Letztverbrauchers offen“. Durch den erst auf Beschlussempfehlung des Wirtschaftsausschusses des Bundestages²¹ vorgenommenen Einschub der dort ursprünglich nicht enthaltenden Wörter „oder bestimmbarer“ vor „Letztverbraucher“ sollten, wie es in der Begründung dazu²² heißt, Energieversorgungsnetze (zu ergänzen wohl: ... der allgemeinen Versorgung) insbesondere von den sogenannten „Arealnetzen“ abgegrenzt werden; diese Netze könnten nicht nur dann vorliegen, wenn bei Errichtung die zu versorgenden Letztverbraucher schon namentlich bekannt sind, sondern auch dann, wenn diese bei einer angestrebten Ansiedlung zumindest insoweit bestimmbar sind, dass das Netz entsprechend dimensioniert werden kann.

Es erscheint schon nicht unproblematisch, einen Rechtsbegriff so zu definieren, dass auf der Basis eines vergangenen Sachverhalts (Netzerrichtung) mit einer ungewissen Prognose (Unbestimmbarkeit des Letztverbrauchers) auf einen gegenwärtigen Zustand (Offenheit) des zu definierenden Objekts (Netz der allgemeinen Versorgung) geschlossen werden soll.²³ Davon abgesehen bleibt festzustellen, dass der Wirtschaftsausschuss in dieser Begründung den Begriff „Arealnetz“ nicht, wie das BKartA und später der BGH, im Sinne eines Netzes in einer privaten Liegenschaft, das grundsätzlich jedem anschlusswilligen Letztverbraucher offen steht, sondern im Gegenteil und im Umkehrschluss aus § 3 Nr. 17 EnWG für ein Netz verwendet, das nur der Versorgung bestimmter oder zumindest bestimmbarer Letztverbraucher dient.

12. BGH a.a.O. (Fn. 2), S. 227, li. Sp.

13. siehe unten 5. e)

14. dazu kritisch Lippert, a.a.O. (Fn. 11), S. 80 unter Hinweis auf die Zuständigkeit der Energieaufsichtsbehörden

15. a.a.O. (Fn. 4), S. 27 ff

16. so Danner in: Danner/Theobald, EnWG, § 10. Rn. 7, auf den das BKartA (Fn. 4) verweist

17. dazu kritisch Krebs, Objektnetze im neuen Energiewirtschaftsgesetz, EW 2005, 20 ff., 21 sowie schon Klaue, a.a.O. (Fn. 3), S. 290 unter Hinweis auf OLG Dresden vom 14.03.2002, ZNER 2002, 225 (Leitsatz)

18. siehe Fn. 3, S. 287

19. dazu verweist das OLG Düsseldorf (Fn. 3), S. 287 auf Büdenbender, EnWG § 10, Rdn. 35

20. Bundestagsdrucksache 15/3917 vom 14.10.2004, S. 10

21. Bundestagsdrucksache 15/5268 vom 13.04.2005, S. 14

22. wie vor, S. 117

23. dazu kritisch auch Krebs, a.a.O. (Fn. 17), S. 22

Zuvor hatte der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf²⁴ eine Fassung des § 3 Nr. 17 EnWG vorgeschlagen, die bei einem Netz der allgemeinen Versorgung auch auf das Fehlen einer „anderweitigen vertraglichen Beziehung“ zwischen Netzbetreiber oder dessen Auftraggeber und dem Letztverbraucher abstellte. Denn es sei kennzeichnend, dass Verbraucher, für deren Versorgung das „Arealnetz“ bestimmt sei, mit dem Netzbetreiber oder dessen Auftraggeber (z. B. Arealeigentümer) durch eine andere Vertragsbeziehung als nur durch das Versorgungsverhältnis (z. B. Miete, Pacht, Eigentümergemeinschaft) verbunden und damit bestimmbar seien. Allerdings wurde dieses Merkmal nicht in die jetzt geltende Gesetzesfassung übernommen, sodass das Bestehen einer derartigen „anderweitigen vertraglichen Beziehung“ nicht als zwingendes Kriterium, wohl aber als ein starkes Indiz für ein Arealnetz anzusehen ist.²⁵

Obwohl der Gesetzgeber ausweislich der mehrfachen Verwendung des Worts „Arealnetz“ in den Gesetzesmaterialien zu § 3 Nr. 17 EnWG die Abgrenzungsproblematik zum Netz der allgemeinen Versorgung deutlich gesehen hat, wollte er sich offensichtlich nicht mit einer eigenständigen Definition der Arealnetze in § 3 EnWG festlegen, sondern insoweit Raum für weitere Entwicklungen in der Praxis lassen. Stattdessen hat er auf Empfehlung des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates²⁶ für bestimmte Netze, die nur zur Versorgung bestimmbarer Letztverbraucher, also nicht der allgemeinen Versorgung dienen, z. B. Werksnetze zur „industriellen Arealversorgung“, in § 110 EnWG der Begriff „Objektnetze“ eingeführt.²⁷ Daraus ist zu schließen, dass mit dem in den Gesetzesmaterialien verwendeten Begriff „Arealnetz“ auch diese Objektnetze gemeint sind, die durch Freistellung von Genehmigungs- und Regulierungspflichten privilegiert wurden, neben denen es jedoch noch weitere, nicht privilegierte und nicht besonders geregelte Arten von Arealnetzen gibt.²⁸

Auf all diese Äußerungen in den Materialien zum neuen EnWG, die eine Herausnahme bestimmter privater Arealnetze aus dem Kreis der Netze der allgemeinen Versorgung mit ihren allgemeinen Anschluss- und Grundversorgungspflichten nach §§ 18, 36 des neuen EnWG bezwecken, geht der BGH in seiner Arealnetz-Entscheidung nicht ein, obwohl er sich an anderer Stelle eingehend mit dem Regierungsentwurf und der Stellungnahme des Bundesrates dazu auseinandergesetzt hat²⁹; vielmehr bestätigte er – wie dargelegt – im wesentlichen die diesbezügliche Definition des BKartA,³⁰ nach welcher der Arealnetzbetreiber – auch nach Inbetriebnahme der Arealnetzanlage – alle anschlusswilligen Endkunden an sein Arealnetz anschließt, welches schon deshalb ein Netz der allgemeinen Versorgung sei.

c) Differenzierende Lösung

Diese dem BKartA folgende Auffassung des BGH muss jedoch nach dem Inkrafttreten des neuen EnWG wegen der oben zitierten Definition der Netze der allgemeinen Versorgung in § 3 Nr. 17 und der dazu vorliegenden Begründungen als überholt angesehen werden; stattdessen ist nunmehr nach den Erkenntnissen aus den Gesetzesmaterialien zu differenzieren: Handelt es sich um ein privates Netz in einem

– (zumeist) sehr großen Areal wie evt. in dem Fall des ehemaligen Kasernengeländes mit geplanten ca. 1.100 Wohnungen, dessen genauer Umfang bei seiner Dimensionierung noch nicht exakt feststanden haben dürfte, oder ist die Anzahl der dort zu versorgenden Letztverbraucher wegen künftig möglicher Erweiterungen auf noch freie Flächen im Areal oder auf benachbarter Grundstücke noch nicht bestimmbar, so sind dies starke Indizien dafür, dass dieses Arealnetz grundsätzlich für jeden anschlusswilligen Letztverbraucher offen steht und es sich somit um ein Netz der allgemeinen Versorgung im Sinne des § 3 Nr. 17 EnWG handelt; darauf sind die vom BGH bestätigten Rechtsgrundsätze auch künftig uneingeschränkt anwendbar;³¹

– (zumeist) sehr kleinen Areal wie in dem Büroneubau für die Landesärztekammer oder in einem Mehrfamilienhaus, in dem die zu

versorgenden Letztverbraucher durch ein (potentielles) Mietverhältnis mit dem Arealnetzbetreiber oder dem Arealeigentümer bei der Gebäudeerrichtung und Netzdimensionierung entweder schon feststehen oder zumindest aufgrund der geplanten, voraussichtlich nicht erweiterbaren Areal- bzw. Gebäudegröße bestimmbar sind, so handelt es sich nicht um ein Netz der allgemeinen Versorgung im Sinne von § 3 Nr. 17 EnWG; dies gilt künftig selbst dann, wenn dieses Arealnetz (im engeren Sinne) grundsätzlich für jeden anschlusswilligen, ggf. auch externen Letztverbraucher offen stünde.

– (zumeist) mittelgroßen Areal, z. B. einem Wohnkomplex oder Gewerbepark, so wird es hinsichtlich der bei der Netzdimensionierung maßgeblichen Bestimmbarkeit der zu versorgenden Letztverbraucher auf die Umstände des Einzelfalles ankommen; nach den soeben zitierten Gesetzesmaterialien ist es als ein starkes Indiz für Bestimmbarkeit anzusehen, wenn die potenziellen Letztverbraucher mit dem Arealnetzbetreiber oder dem Arealeigentümer auch miet- oder pachtvertraglich verbunden ist oder mit diesem eine Eigentümergemeinschaft besteht; liegen solche vertraglichen Zusatzbindungen nicht vor und sind künftige Arealerweiterungen mit potenziell weiteren anschlusswilligen Letztverbrauchern möglich, so spricht dies für ein Netz der allgemeinen Versorgung im Sinne von § 3 Nr. 17 EnWG.

– Areal mit besonderer Zweckbestimmung, z. B. einem Betriebsgelände, Flughafen, Einkaufszentrum, so kann es sich um ein als „Objektnetz“ nach § 110 EnWG privilegiertes Arealnetz handeln, das schon definitionsgemäß nicht der allgemeinen Versorgung im Sinne von § 3 Nr. 17 EnWG dient.³²

Danach steht fest, dass diese Netzarten sich nicht unbedingt gegenseitig ausschließen,³³ sondern dass Arealnetze (im weiteren Sinne) auch Netze der allgemeinen Versorgung oder aber Objektnetze oder schließlich auch keines von beiden sein können; für diese letzteren, in der Praxis sehr häufigen Arealnetze (im engeren Sinne), die weder unter die eingeeengt definierten Netze der allgemeinen Versorgung im Sinne von § 3 Nr. 17 EnWG noch unter die ebenfalls sehr eng gefassten Objektnetze in § 110 EnWG fallen, besteht in dem – ansonsten so perfektionistisch ausformulierten – Gesetzeswerk eine auffällig breite Regelungslücke.

Um diese Regelungslücke zu schließen, wäre es konsequent gewesen, alle Arealnetze, die nicht der allgemeinen Versorgung dienen, in § 110 EnWG mit aufzunehmen, da sie privatrechtlich geregelt werden können und mangels eines typischen Monopolkonflikts keiner Regulierung bedürfen.³⁴ Nachdem dies trotz des auch vom BGH nochmals herausgestellten Liberalisierungsziel des EnWG³⁵ offenbar mit Rücksicht auf bestehende Versorgungsstrukturen nicht geschehen ist, unterliegen auch die Betreiber von Arealnetzen, die nicht der allgemeinen Versorgung dienen, aber auch nicht unter die Objektnetze fallen, der umfangreichen Regulierung nach §§ 11 ff. EnWG; ausgenommen sind nur die allgemeinen Anschluss- und Grundversorgungspflichten nach §§ 18, 36 ff EnWG, der nur Netzbetreiber der allgemeinen Versorgung unterfallen.

24. Bundesratsdrucksache 613/04 vom 24.09.2004, S. 4 = Bundestagsdrucksache 15/3917 vom 14.10.2004, S. 79

25. siehe dazu unten c)

26. Bundesratsdrucksache 248/1/05 (neu) vom 22.04.2005, S. 9, 10

27. siehe dazu im einzelnen unten III.

28. siehe dazu sogleich c)

29. siehe unten insbesondere 5. b)

30. siehe Fn. 4, S. 6 mit dortiger Fn. 5

31. siehe unten 4, 5.

32. siehe dazu im einzelnen unten III. 1.

33. so wohl auch Strohe, a.a.O. (Fn. 10), S. 748 und Lippert, a.a.O. (Fn. 11), S. 82

34. siehe dazu auch unten III. 1.

35. siehe unten 5. a), b)

4. Anschlusspflicht des vorgelagerten Netzbetreibers

Wie bereits erwähnt,³⁶ ging der BGH nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des neuen EnWG bei allen drei im dortigen Fall an das vorgelagerte Netz anzuschließenden Arealnetzen davon aus, dass sie der allgemeinen Versorgung der Letztverbraucher im jeweiligen Areal dienen. Da nach der jetzt geltenden Definition in § 3 Nr. 17 EnWG wohl nur das Arealnetz für die ca. 1.100 Wohnungen als Netz der allgemeinen Versorgung angesehen werden könnte,³⁷ gelten die weiteren Ausführungen zum Beschluss des BGH uneingeschränkt nur für derartige Arealnetze der allgemeinen Versorgung. Jedoch ergeben sich für die Verpflichtung zum Anschluss von Arealnetzen, die „nur“ der Versorgung bestimmter oder bestimmbarer Letztverbraucher dienen, im Ergebnis auch keine Abweichungen, wie schon die Vorinstanz³⁸ bei ihrer Beurteilung der Anschlussverweigerungsgründe³⁹ betont hatte.

In ihrem Versorgungsgebiet verfügt die Eigentümerin der Stromnetze – wie der BGH auf der Basis des geltenden Kartellrechts bestätigt hat – auf allen Spannungsebenen über ein natürliches Monopol und beherrscht damit (auch) den Markt für die Mitbenutzung der Infrastruktureinrichtungen, die den Zugang zu dem vor- oder nachgelagerten Markt eröffnen. Deshalb ist sie Normadressatin des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, ohne dass es nach Auffassung des BGH darauf ankommt, ob sie auch den nachgelagerten Markt für den Betrieb von Arealnetzen beherrscht.⁴⁰ Auf diesem nachgelagerten Markt ist sie als Gebietsversorger zumindest potenzieller Wettbewerber um die Kunden in den fraglichen Arealen. Folglich darf sie nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB Betreibern nachgelagerter (Areal-)Netze den Zugang zu ihrem Mittelspannungsnetz nicht verweigern,⁴¹ es sei denn, dass ihr die Mitbenutzung desselben aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist.

Diese grundsätzliche Verpflichtung zum Anschluss nachgelagerter Netze besteht – wie schon erwähnt⁴² – auch gemäß § 17 Abs. 1 des neuen EnWG; an welche Spannungsebene anzuschließen ist, wird im Gesetz nicht vorgegeben, sodass der Anschlussuchende grundsätzlich den für ihn günstigsten Anschluss wählen kann.⁴³ Diesen Netzanschluss darf der vorgelagerte Netzbetreiber nach § 17 Abs. 2 EnWG ebenfalls nur verweigern, soweit ihm der Netzanschluss nachweislich aus betriebsbedingten oder sonstigen wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist.

5. Netzanschluss-Verweigerungsgründe

Nach dem BKartA und dem OLG Düsseldorf weist auch der BGH sämtliche von dem vorgelagerten Netzbetreiber (Mainova) vorgebrachten Gründe für die Verweigerung des Arealnetzanschlusses als nicht sachlich gerechtfertigt zurück. Zu den einzelnen Verweigerungsgründen führt der BGH folgendes aus:

a) Gefährdung der bisherigen Kunden- und Tarifstruktur („Rosinenpicken“)?

Zum einen lasse sich die Zugangsverweigerung nicht damit rechtfertigen, dass andernfalls eine Veränderung der Kundenstruktur drohe und das System allgemeiner Tarife auf andere Weise nicht erhalten werden könne. Der Bestand des Stromnetzes der allgemeinen Versorgung durch die Arealnetze sei jedenfalls dann nicht gefährdet, wenn diese – wie vorliegend – der Versorgung von Neubauten oder von neu erschlossenem Gelände dienen; denn dann würde ein Verlust von Kunden nur in Betracht kommen, wenn bisherige Mainova-Kunden in ein dezentral versorgtes Areal umziehen.

Im übrigen – so der BGH wörtlich – „lässt sich weder der (damals) noch geltenden Regelung des § 10 Abs. 1 EnWG noch der künftigen (inzwischen geltenden) Regelung des § 18 Abs. 1 EnWG ein gesetzgeberisches Ziel entnehmen, wonach im Interesse eines einheitlichen örtlichen Versorgungsmarktes und einer einheitlichen Tarifstruktur möglichst alle in einem Versorgungsgebiet ansässigen Kunden von dem – einem Anschluss- und Versorgungszwang unterliegenden – Betreiber des Energieversorgungsnetzes versorgt werden sollen. Dem der gesetzgeberischen Regelung zugrundelie-

genden Ziel der Gewährleistung der Versorgungssicherheit steht gleichberechtigt das Ziel einer Liberalisierung der Energiemärkte gegenüber. Mit jedem Wettbewerb ist jedoch tendenziell eine Beeinträchtigung der Kunden des – das Netz betreibenden – örtlichen Versorgungsunternehmens verbunden. Denn jeder Wettbewerber wird sich – gleichgültig ob die Versorgung über eine eigene Sticheleitung, im Wege der Durchleitung oder durch Anschluss von Arealnetzen an das Mittelspannungsnetz des Netzbetreibers erfolgen soll – in erster Linie um die lukrativen Kunden (große Versorgungsdichte, hoher Energiebedarf) bemühen. Der gesetzlichen Regelung ist dabei die Erwägung fremd, dass Wettbewerb nur dann gefördert werden solle, wenn die Gefahr eines ‚Rosinenpickens‘ ausgeschlossen ist“.⁴⁴

Der Gesetzgeber hat es daher – so der BGH weiter – „hingenommen, dass die Kunden- und Tarifstruktur der örtlichen Energieversorgungsnetze durch den Wettbewerb in einem gewissen Maße beeinträchtigt werden kann. Zwar wird damit für die traditionellen Versorgungsunternehmen die Quersubventionierung zugunsten der strukturschwachen Bereiche des Versorgungsnetzes eingeschränkt. Dem Liberalisierungskonzept liegt aber die Vorstellung zugrunde, dass die Verbraucherpreise infolge der Öffnung der Märkte sinken werden, so dass selbst für die strukturschwachen Bereiche die negativen Effekte des Wettbewerbs durch die positiven zumindest ausgeglichen werden“.⁴⁵

Festzuhalten ist, dass der BGH den Einwand des angeblich unzulässigen „Rosinenpickens“ nicht etwa „nur“ mit der „essential facilities“-Doktrin des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB,⁴⁶ sondern in erster Linie mit dem Argument zurückgewiesen hat, dass dem gesetzgeberischen Ziel der Gewährleistung der Versorgungssicherheit gleichberechtigt das Ziel einer Liberalisierung der Energiemärkte durch deren Öffnung für den Wettbewerb gegenübersteht. Hierbei stellt er den schon nach dem alten EnWG ermöglichten Wettbewerb durch die Versorgung über eine eigene Sticheleitung (§ 13 Abs. 1 EnWG a. F.) und im Wege der Durchleitung (§ 6 Abs. 1 Satz 1 EnWG a. F.) in eine Reihe mit dem Netzanschluss von Arealnetzen. Deshalb handelt es sich trotz der gemeinwirtschaftlichen Aufgaben der Gebietsversorger (allgemeine Tarife, Kontrahierungszwang etc.) nicht um einen „Wettbewerb auf einer schiefen Ebene“,⁴⁷ da auch die Arealnetzbetreiber als Wettbewerber der allgemeinen oder der einzelvertraglich vereinbarten Netzanschluss- und Versorgungspflicht unterliegen.⁴⁸

Dem Liberalisierungs- und Wettbewerbsförderungsziel auch des neuen EnWG dient sowohl die angestrebte Entflechtung der vertikal integrierten EVU gemäß §§ 6 ff. EnWG, um die Unabhängigkeit der Netzbetreiber von anderen Tätigkeitsbereichen, insbesondere von dem Energievertrieb an Kunden, sicherzustellen, als auch die Regulierung des Netzbetriebs, wie sich schon aus § 1 Abs. 2 EnWG ergibt. Deshalb ist für eine Verweigerung des Netzzugangs, um die vorhandene Kunden- und Tarifstruktur zu erhalten, auch bei künftigen Netzanschlussbegehren von Arealnetzbetreibern kein Raum mehr.

36. siehe oben 3.a)

37. siehe oben 3.c)

38. OLG Düsseldorf a.a.O. (Fn. 3), S. 287

39. siehe unten 5. d) - f)

40. ablehnend Schebstadt a.a.O. (Fn. 2), S. 227, der sich für das „Drittmarkt-konzept“ eines Teils des Schrifttums ausspricht.

41. Klaua a.a.O. (Fn. 3), S. 291 sieht in einer Netzanschlussverweigerung gegenüber einem Arealnetzbetreiber als Inhaber einer Genehmigung nach § 3 EnWG a. F. per se einen Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Pflichten und schon deshalb einen Missbrauch nach §§ 19, 20 GWB.

42. siehe oben 1.

43. siehe unten 5. c); zustimmend So auch Strohe, a.a.O. (Fn. 10), S. 749

44. BGH a.a.O. (Fn. 2), S.229, re. Sp.

45. wie vor

46. siehe Fn. 7

47. so aber Schebstadt in: RdE 2005a.a.O. (Fn. 2), S. 228

48. siehe oben 3. c)

b) Gefährdung der bisherigen Netzstruktur?

Auch die Beeinträchtigungen, die sich aus der Öffnung der Energiemärkte für die Netzstruktur der traditionellen Versorgungsnetze ergeben können, lassen für den BGH die Verweigerung des Zugangs zum Mittelspannungsnetz nicht als gerechtfertigt erscheinen. Zwar könne der Betrieb eines Netzes generell teurer werden, wenn es vermehrt Inseln innerhalb des Gebietes gäbe, die das Netz nicht versorge. Auch dies sei jedoch eine Folge der Liberalisierung der Energiemärkte, die mit Stichtleitungen ebenso verbunden sein könnten wie mit Arealnetzen. Im übrigen sei die Bundesregierung in § 17 Abs. 3 des neuen EnWG ermächtigt worden, durch Rechtsverordnung „unter angemessener Berücksichtigung der Interessen der Betreiber von Energieversorgungsnetzen und der Anschlussnehmer“ zu regeln, „in welchem Umfang und unter welchen Bedingungen ein Netzanschluss ... zumutbar ist; dabei kann auch das Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst kostengünstigen Struktur der Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung berücksichtigt werden (künftig § 17 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 EnWG). Der Verordnungsgeber hat es demnach in der Hand, in Zukunft Bestimmungen zu treffen, die eine stärkere Berücksichtigung des Strukturinteresses ermöglichen (vgl. die Gegenäußerung des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 15/3917, S. 82)“.⁴⁹

c) Exkurs: künftig stärkere Berücksichtigung des Strukturinteresses?

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der vom BGH zitierte 2. Halbsatz des „künftigen“ § 17 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 EnWG vom Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf des EnWG⁵⁰ als Ergänzung des Gesetzestextes verlangt worden war; er begründete dies unter anderem damit, dass der Wettbewerb um gut strukturierte Arealverteilungen zwangsläufig höhere Netzentgelte für die weniger gut strukturierten Teilgebieten der allgemeinen Versorgung zur Folge habe; dem könnte in einer Rechtsverordnung z. B. dadurch begegnet werden, dass Arealverteilungsunternehmen, soweit sie Letztverbraucher in Niederspannung beliefern wollen, nur Anspruch auf Anschluss an das Niederspannungsnetz mit entsprechender Entgeltverpflichtung haben sollten.

Gegenüber solchen strukturellen Vorgaben zur Ausgestaltung der Versorgungsnetze hat jedoch die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung⁵¹ Zweifel erhoben und dabei auf die mit dem neuen EnWG angestrebte Erweiterung des wettbewerblichen Ordnungsrahmens und die beabsichtigte Anreizregulierung hingewiesen. Daraufhin wurden auf Empfehlung des Wirtschaftsausschusses des Bundestags⁵² in die vom Bundesrat vorgeschlagene Ergänzung des Gesetzestextes die darin ursprünglich fehlenden Wörter „der Allgemeinheit“ hinter „Interesse“ aufgenommen und gleichzeitig die Wörter „der allgemeinen Versorgung“ hinter „Energieversorgungsnetze“ weggelassen, sodass die Ergänzung in § 17 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 EnWG nun lautet: „dabei kann auch das Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst kostengünstigen Struktur der Energieversorgungsnetze berücksichtigt werden.“ Mit dieser Fassung hat der Gesetzgeber deutlich zum Ausdruck gebracht, dass es nicht auf eine möglichst kostengünstige Struktur nur der bestehenden Netze der allgemeinen Versorgung, sondern im Interesse der Allgemeinheit auf eine Strukturoptimierung sämtlicher Energieversorgungsnetze (einschließlich eventuell künftiger Areal- und Objektnetze) ankommen soll.⁵³

Auch der BGH ist in seinem zuvor genannten Beschluss derartigen strukturkonservierenden Forderungen nicht gefolgt; denn er hat den Arealnetzbetreibern jedenfalls zur Neuerschließung der fraglichen Areale mit eigenen (oder vom Grundeigentümer gepachteten) Netzen und eigenen Umspannanlagen den kostengünstigen Anschluss an das Mittelspannungsnetz (und nicht nur an das Niederspannungsnetz, wie vom Bundesrat erwogen) zugebilligt. Offen blieb nur die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen dieser Netzanschluss auch den Betreibern eines Privatnetzes in einen bereits mit Gebäuden erschlossenen Areal oder in einem bereits bestehenden Gebäude zu gewähren ist.⁵⁴

d) Gefährdung der Versorgungssicherheit?

Des Weiteren konnte der BGH nicht feststellen, dass die Versorgungssicherheit innerhalb des Arealnetzes schlechter sei als außerhalb; im übrigen wäre aus Rechtsgründen nichts dagegen einzuwenden, wenn die Abnehmer innerhalb eines Areals im Interesse niedriger Preise eine geringere Versorgungssicherheit in Kauf nähmen.

In diesem Zusammenhang hatte die Vorinstanz,⁵⁵ die jedenfalls bei zwei der drei Arealnetze kein Netz der allgemeinen Versorgung angenommen hatte, darauf hingewiesen, dass dieser Umstand die Interessenabwägung im Ergebnis nicht beeinflusse. Denn selbst wenn der Arealnetzbetreiber seinen Versorgungsbetrieb – aus welchen Gründen auch immer – einstelle, so lebe die allgemeine Versorgungspflicht des Gebietsversorgers wieder auf; er könne dann das Arealnetz käuflich erwerben oder vom Arealigentümer anpachten und es weiterbetreiben, was in der Praxis noch nie auf Schwierigkeiten gestoßen sei.

e) Ungleichbehandlung wegen der allgemeinen Anschluss- und Versorgungspflicht?

Ferner drohe der Mainova nach Meinung des BGH trotz ihrer allgemeinen Anschluss- und Versorgungspflicht keine Ungleichbehandlung gegenüber dem jeweiligen Arealnetzbetreiber, da auch dieser in seinem Netz der Betreiber für die allgemeine Versorgung sei. Zwar spreche § 10 Abs. 1 Satz 1 EnWG a. F. (entsprechend § 18 Abs. 1 des neuen EnWG) von Gemeindegebieten. Das erkläre sich jedoch aus dem Umstand, dass die heute noch bestehenden Versorgungsgebiete in aller Regel mindestens das Gebiet einer Gemeinde umfassten. Damit sei jedoch nicht gesagt, dass kleinere Versorgungsgebiete innerhalb einer Gemeinde nicht dem Anschluss- und Versorgungszwang im Sinne des § 10 Abs. 1 EnWG (a. F.) unterfallen.⁵⁶

Auch soweit Arealnetzbetreiber keine Netze der allgemeinen Versorgung im Sinne des neuen § 3 Nr. 17 EnWG betreiben, so ist doch zu berücksichtigen, dass der Arealnetzbetreiber auch schon aufgrund diesbezüglicher Auflagen in der energieaufsichtlichen Genehmigung mit den ihm oder dem Arealigentümer miet- oder pachtvertraglich oder in Eigentümergemeinschaft verbundenen Letztverbrauchern im Areal regelmäßig auch individuelle Vereinbarungen zum Netzanschluss und zur Energieversorgung getroffen haben müssen, die nicht ungünstiger sein dürfen als die allgemeinen Anschluss- und die Grundversorgungsbedingungen des Gebietsversorgers. Damit ist auch für diese Arealnetzbetreiber praktisch eine Ungleichbehandlung mit den Netzbetreibern der allgemeinen Versorgung ausgeschlossen.

f) Ungleiche Wettbewerbschancen beim Betrieb von Arealnetzen?

Auch ist – so der BGH – der Anschluss nicht deswegen unzumutbar, weil Mainova zu den Arealnetzbetreibern nicht in Wettbewerb treten könne, da sie aufgrund der durch § 10 EnWG (a. F.) vorgegebenen Mischkalkulation für die Endverbraucher in dicht besiedelten Arealen keine wettbewerbsfähigen Preise anbieten könne. Denn auch ein Gebietsversorger könne selbst Arealnetze bilden und im Wettbewerb um Neuareale oder bei Neuausschreibungen der Pacht in diesen Netzen andere Tarife verlangen als in anderen Netzen (vgl. § 11 Abs. 1 Satz 3 EnWG (a. F.)). Nur wenn Mainova das Areal in ihr

49. BGH a.a.O. (Fn. 2), S. 229, re. Sp.

50. Bundesratsdrucksache 613/04 vom 24.09.2004, S. 12 = Bundestagsdrucksache 15/3917 vom 14.10.2004, S. 82

51. Bundestagsdrucksache 15/4068 vom 28.10.2004, S. 3

52. Bundestagsdrucksache 15/5268 vom 13.04.2005, S. 119

53. das übersieht Schebstadt, a.a.O. (Fn. 2), S. 228, der diese Änderung für „unwesentlich“ hält

54. siehe dazu unten II. 2.

55. OLG Düsseldorf a.a.O. (Fn. 3), siehe Fn. 3, S. 287

56. BGH a.a.O. (Fn. 2), S. 230 li. Sp.

allgemeines Niederspannungsgebiet integriere, müsse sie die Kunden im Areal zu den allgemeinen Tarifen beliefern.⁵⁷

Im übrigen hatte schon die Vorinstanz⁵⁸ unter Hinweis auf die Feststellungen des BKartA darauf hingewiesen, dass Mainova als Gebietsversorger mehr als 30 % seiner Tarifkunden zu sog. Wettbewerbspreisen beliefe; außerdem könne sie gemäß § 16 BTOElT eine Befreiung von allgemeinen Tarifen erlangen. Gegenüber Arealnetzbetreibern außerhalb der allgemeinen Versorgung könne der Gebietsversorger ohnehin mit Wettbewerbspreisen konkurrieren.

g) Wettbewerbsförderung auf nachgelagertem Markt zum eigenen Nachteil?

Schließlich, so der BGH, könne Mainova sich auch nicht darauf berufen, dass sie generell Dritten, die ihrerseits ein Niederspannungsnetz zur Versorgung von Letztverbrauchern unterhielten, den Zugang zu ihrem Mittelspannungsnetz verweigere. Denn im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB sei der für den Behindertenswettbewerb nach § 19 Abs. 1 und § 20 Abs. 1 GWB von der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz eingeschränkt, auch der Normadressat sei nicht verpflichtet, einen Wettbewerber zum eigenen Nachteil zu fördern; ihm stehe es grundsätzlich frei, eine bestimmte Ware oder Leistung Dritten überhaupt nicht anzubieten. Denn es sei erklärtes Ziel der Regelung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB („essential facilities“-Doktrin), den Spielraum des Normadressaten in der besonderen Situation weiter einzuschränken, in der Wettbewerb nur möglich sei, wenn in einer Engpasssituation bestehende Infrastruktureinrichtungen von mehreren Wettbewerbern benutzt werden könnten. Dass dieser Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt für den den Zugang kontrollierenden Normadressaten nachteilig sei, sei dieser Konstellation immanent.⁵⁹

6. Zwischenergebnis

Zusammenfassend kann hierzu festgehalten werden, dass ein Betreiber eines Arealnetzes – gleichgültig, ob es sich dabei um ein Netz der allgemeinen Versorgung handelt oder nicht – auch nach dem neuen § 17 Abs. 1 EnWG einen Anspruch auf Netzanschluss an jede gewählte Spannungsebene hat und dass Verweigerungsgründe nach dem auch zu § 17 Abs. 2 EnWG zu beachtenden Arealnetz-Beschluss des BGH grundsätzlich nicht vorliegen. Insbesondere hat das Interesse des Netzbetreibers an der Aufrechterhaltung seiner bestehenden, im Monopol gebildeten Versorgungsstruktur hinter dem Interesse der Allgemeinheit an einer sich im Wettbewerb vollziehenden Optimierung der Struktur sämtlicher Energieversorgungsnetze (einschließlich eventueller Areal- und Objektnetze) zurückzutreten.

Trotz dieses nunmehr offenbar gesicherten Anspruchs auf ungehinderten Netzanschlusses ist jedoch zu fürchten, dass der Betrieb von Arealnetzen, soweit diese nicht als Objektnetze nach § 110 Abs. 1 EnWG von den umfangreichen Genehmigungs- und Regulierungsanforderungen des EnWG freigestellt sind, durch diese in der Praxis insbesondere für kleinere Arealnetzbetreiber unattraktiv werden könnten.⁶⁰ Da dies dem auch vom BGH betonten Wettbewerbsförderungsziel des EnWG zuwiderliefe, sollten sämtliche nicht der allgemeinen Versorgung dienenden Arealnetze, deren Betrieb mangels des bei Gebietsversorgern typischen Monopolkonflikts privatrechtlich geregelt werden kann, möglichst im Wege einer Gesetzesänderung noch in den gegenwärtig zu eng gefassten Freistellungsbestand des § 110 EnWG mit aufgenommen werden.⁶¹

Zumindest aber sollte die Bundesregierung diese Arealnetze (im engeren Sinne) mit der noch ausstehenden Stromnetzanschlussverordnung nach § 17 Abs. 3 EnWG unter Berücksichtigung der überwiegend auch für diese maßgeblichen Entscheidungsgründe des BGH⁶² angemessen regeln. Außerdem sollten die Regulierungsbehörden durch für Arealnetze vereinfachte Regulierungsmodalitäten der sonst bestehenden „Marktzutrittschranke Regulierung“ entgegenwirken.

Bei solchen Regelungen ist in jedem Falle auch zu berücksichtigen, dass der Arealnetzbetreiber und/oder der Arealeigentümer – wie bereits erwähnt⁶³ – schon aufgrund diesbezüglicher Auflagen in der energieaufsichtlichen Genehmigung mit den ihnen zumeist miet- oder pachtvertraglich oder in Eigentümergemeinschaft verbundenen Letztverbrauchern im Areal regelmäßig auch individuelle Vereinbarungen zum Netzanschluss und zur Energieversorgung getroffen haben müssen; diese dürfen auflagegemäß nicht ungünstiger sein als die allgemeinen Anschluss- und die Grundversorgungsbedingungen des Gebietsversorgers.

Damit wird einzelvertraglich praktisch sowohl hinsichtlich der Sicherheit als auch hinsichtlich der Preisgünstigkeit der Energieversorgung eine Gleichstellung mit dem Netzbetreiber der allgemeinen Versorgung erreicht; darüber hinaus besteht für den Arealnetzbetreiber die Chance, diese vorgelagerten Netzbetreiber im Wettbewerb hinsichtlich der Verbraucherfreundlichkeit, Effizienz und Umweltverträglichkeit im Sinne des § 1 Abs. 1 EnWG noch zu übertreffen, wozu der Einsatz von KWK-Anlagen und des Contracting hervorragende Möglichkeiten bieten.

II. Folgerungen für Arealnetz- und KWK-Anlagenbetreiber sowie Contractoren

In dem Beschluss des BKartA⁶⁴ (und somit auch in denen des OLG Düsseldorf⁶⁵ und des BGH⁶⁶ ging es – wie oben dargelegt⁶⁷ – nur um den Netzanschluss von Arealen mit Neubauten oder Neuerschließungen, kurz: um neue Areale; deshalb ist hinsichtlich der Folgerungen aus diesen Entscheidungen für Arealnetzbetreiber zu unterscheiden, ob sie ebenfalls einen Netzanschlusses für neue Areale oder aber für bereits bestehende Gebäude bzw. Areale verlangen.

Andererseits soll nach den Feststellungen des BKartA,⁶⁸ die auch der oben zitierten Definition des BGH⁶⁹ zugrunde liegen, der Anschluss eines Arealnetzes über eine eigene Umspannanlage an das (vorgelagerte) Mittelspannungsnetz die Regel sein, um dadurch Kosten, insbesondere das anteilige Netznutzungsentgelt für das nicht mitbenutzte Niederspannungsnetz zu sparen; dabei kann sich die Anschaffung einer eigenen Umspannanlage oder deren Anpachtung sogar zur Versorgung eines einzelnen Gebäudes lohnen, wie der Fall des Büroneubaus für die Landesärztekammer zeigt.

Dennoch kann selbstverständlich auch ein Anschluss an das (gleichgelagerte) Niederspannungsnetz des Netzbetreibers beansprucht werden, wenn im konkreten Fall ein Anschluss an das Mittelspannungsnetz (mit Umspannanlage) nicht möglich oder zu aufwändig sein sollte. Auch wenn es sich dann oft nicht um Areal-, sondern um Objektnetze in Form von „Eigenversorgungsnetzen“ nach § 110 Abs. 1 Nr. 3 EnWG handeln wird,⁷⁰ können auch ohne die Einsparung des anteiligen Netznutzungsentgelts z. B. durch den Betrieb von KWK-Anlagen und/oder durch Contracting andere Kostenvorteile und Effizienzsteigerungen erreicht werden, wie noch zu zeigen sein wird.

Deshalb soll hier von Arealnetzbetreibern ausgegangen werden, die die Strom- und Wärmeversorgung der im Areal ansässigen Letzt-

57 BGH, wie vor; insoweit zustimmend Schebstadt, a.a.O. (Fn. 2), S. 228
58 OLG Düsseldorf a.a.O. (Fn. 3), S. 287/288 siehe Fn. 3, S. 288; Fn. 4

59 BGH, wie vor

60 so auch Strohe, a.a.O. (Fn. 10), S. 749

61 siehe dazu noch unten III. 1. c), IV.

62 siehe oben 4., 5.

63 dazu und zur Versorgungssicherheit siehe auch unten 5. d), e)

64 siehe Fn. 4

65 siehe Fn. 3

66 siehe Fn. 2

67 siehe oben I. 2. b) sowie I. 5. c)

68 siehe Fn. 4, S. 5

69 siehe 3. a)

70 siehe dazu unten III. 1 b)

verbraucher mit KWK-Anlagen im Contracting anbieten, da hierfür die Erwägungen des BKartA ausdrücklich ebenfalls gelten.⁷¹

1. Netzanschlussverlangen bei neuen Arealen

Betreibt ein Arealnetzbetreiber als Contractor auch eine KWK-Anlage, eventuell ein Blockheizkraftwerk (BHKW), um den Arealigentümer und die dort ansässigen Letztverbraucher (z. B. Mieter) mit eigenerzeugtem Strom und Wärme zu versorgen, so wird der Netzanschluss benötigt, um Zusatz- und Reservestrom aus dem Netz der allgemeinen Versorgung zu beziehen und eigenerzeugten Überschussstrom dort einzuspeisen; diesen hat der Netzbetreiber nach § 4 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes (KWKG) abzunehmen,⁷² erforderlichenfalls auch im Mittelspannungsnetz (vgl. § 4 Abs. 6 Satz 1 KWKG).

In einem solchen Fall könnte der KWK-Anlagenbetreiber nicht nur für den zusätzlich bezogenen Strom das anteilige Netznutzungsentgelt für das Niederspannungsnetz einsparen, sondern auch bei Einspeisung des eigenerzeugten Überschussstroms in das Mittelspannungsnetz außer dem KWK-Zuschlag und dem üblichen Preis nach § 4 Abs. 3 i. V. m. § 6 KWKG auch eine Erstattung der durch die dezentrale Einspeisung eingesparten Entgelte für den Netzzugang in den vorgelagerten Netzebenen verlangen, wie sich aus § 24 Satz 5 EnWG i. V. m. § 18 der dazu bereits ergangenen Stromnetzentgeltverordnungen (StromNEV) ergibt. Auch könnte er die zur Stromversorgung der Letztverbraucher im Areal notwendigen Dienstleistungen (Messung, Ablesung, Rechnungsstellung, Inkasso etc.) mit eigenen Zählern möglicherweise kostengünstiger erbringen als der Gebietsversorger.

Ein Teil dieser Optimierungsmöglichkeiten bestünden auch, wenn der Anschluss der KWK-Anlage im Areal aufgrund der im Einzelfall gegebenen Umstände nicht an das Mittel-, sondern an das Niederspannungsnetz des Netzbetreibers erfolgen würde; denn in diesem Fall könnte der KWK-Anlagenbetreiber – wie bereits erwähnt – zwar nicht für den zusätzlich bezogenen Strom das anteilige Netznutzungsentgelt für das Niederspannungsnetz einsparen, wohl aber für den eigenerzeugten und in das allgemeine Niederspannungsnetz eingespeisten Überschussstroms die vorgenannte Vergütung nach dem KWKG beanspruchen und die erwähnten Dienstleistungen erbringen.

Fraglich ist, ob der Arealnetz- und KWK-Anlagenbetreiber Netzanschluss (nur) unter den Voraussetzungen des § 17 EnWG verlangen kann oder ob er sich (auch) nach § 18 Abs. 2 Satz 3 EnWG auf die allgemeine Anschlusspflicht des Netzbetreibers gemäß § 18 Abs. 1 EnWG stützen könnte; letzteres würde voraussetzen, dass im Areal „für die Deckung des Eigenbedarfs von Letztverbrauchern“ eine KWK-Anlage bis 150 kW elektrischer Leistung betrieben wird. Zwar wurde in der Vergangenheit die ähnliche Formulierung in § 10 Abs. 2 Satz 3 EnWG a. F. („Eigenbedarf von Tarifabnehmern“) von Netzbetreibern nicht selten so ausgelegt, dass es sich nur um den Eigenbedarf des Anlagenbetreibers als Tarifabnehmer selbst handeln dürfe; deshalb wurde dem Betreiber bei einer von ihm beabsichtigten Mitversorgung von anderen Letztverbrauchern (z. B. Mietern) der Netzanschluss und die allgemeine Versorgung häufig verweigert.^{73a}

Die Formulierung „Eigenbedarf von Letztverbrauchern“ im jetzt geltenden § 18 Abs. 2 Satz 3 EnWG kann aber durchaus auch so verstanden werden, dass der Eigenbedarf von mehreren Letztverbrauchern für die Anschlusspflicht ausreicht, vorausgesetzt, dass die technischen Vorgaben an die KWK-Anlage (bis 150 kW elektrische Leistung) erfüllt sind. Dafür spricht auch, dass die weitergehende Grundversorgungspflicht nach §§ 36, 37 Abs. 1 Satz 3 EnWG ausdrücklich nur bei der „Deckung des Eigenbedarfs von in Niederspannung belieferten Haushaltskunden“ und nur bei noch geringeren Leistungswerten der KWK-Anlage (bis 50 anstatt 150 kW) bestehen soll; andernfalls machen diese Differenzierungen in beiden Vorschriften keinen Sinn. Außerdem ergibt sich aus der Definition der „Eigenversorgung“ aus Objektnetzen in § 110 Abs. 3 EnWG, dass eine Anlage nicht ausschließlich, sondern nur über-

wiegend für die Versorgung eines bestimmbarer Letztverbrauchers errichtet und betrieben werden muss, sodass also zusätzlich auch andere Letztverbraucher mitbeliefert werden können⁷³. Im übrigen widerspricht eine restriktive Auslegung des § 18 Abs. 2 Satz 3 EnWG auch dem vom BGH hervorgehobenen Liberalisierungsziel des EnWG.⁷⁴

Letztlich kann diese Streitfrage aber für künftige Fälle dahinstehen, da der Arealnetzbetreiber, auch wenn er zusätzlich eine KWK-Anlage betreibt oder durch einen Contractor betreiben lässt, den Netzanschluss nach § 17 Abs. 1 EnWG beanspruchen kann; dieser darf nach den oben dargelegten Rechtsgrundsätzen des BGH nicht wegen Unzumutbarkeit nach § 17 Abs. 2 EnWG verweigert werden, insbesondere auch nicht wegen des Betriebs der KWK-Anlage. Denn abgesehen davon, dass der mit dem Betrieb der KWK-Anlage verbundenen Bezug von Zusatz- und Reservestrom den Netzbetreiber nicht mehr belastet als ein Vollstrombezug, kommt bei der in § 17 Abs. 2 EnWG ausdrücklich geforderten Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG, also unter anderen einer möglichst effizienten und umweltverträglichen Energieversorgung, gemäß § 3 Nr. 33 EnWG der Nutzung von Kraft-Wärme-Kopplung besondere Bedeutung zu.

Auf der anderen Seite unterliegen Arealnetzbetreiber – wie bereits erwähnt – auch selbst der Genehmigungspflicht nach § 4 EnWG und der Regulierung nach §§ 11 ff. EnWG. Falls sie der allgemeinen Versorgung im Sinne von § 3 Nr. 17 EnWG dienen, unterfallen sie auch den allgemeinen Anschluss- und Grundversorgungspflichten nach §§ 18, 36 ff. EnWG gegenüber sämtlichen gegenwärtig und auch künftig anschlusswilligen Letztverbrauchern. Darüber hinaus haben sie auch z. B. die Anschluss-, Abnahme- und Belastungsausgleichspflichten nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) und dem KWKG zu erfüllen.⁷⁵ All dies ist naturgemäß mit einem erheblichen administrativen und finanziellen Aufwand für die Arealnetzbetreiber verbunden, der sich nur bei großen Arealen rechnen lassen wird und sich bei kleinen Arealen allenfalls dann vermeiden lässt, wenn die Voraussetzungen für ein Objektnetz gemäß § 110 EnWG erfüllt sind.⁷⁶

2. Netzanschlussverlangen bei bestehenden Arealen

In welchem Umfang sich künftig im Interesse des Wettbewerbs innerhalb der klassischen Versorgungsgebiete der Städte und Gemeinden zunehmend derartige Arealnetze bilden werden, wird auch davon abhängen, ob der Netzanschluss nur in neuen oder auch in bereits bebauten oder erschlossenen Arealen privater Eigentümer zu gewähren ist. Über letztere Fälle, zu denen auch der Anspruch eines bisher an das Niederspannungsnetz angeschlossenen Arealnetzbetreibers auf Anschluss an das Mittelspannungsnetz gehört,⁷⁷ wurde – wie erwähnt – bisher noch nicht rechtskräftig entschieden.

Nach der bisherigen Rechtslage ist davon auszugehen, dass die dort bereits ansässigen Letztverbraucher von dem jeweiligen Gebietsversorger mit Energie versorgt werden; dabei hat der jeweilige

71. siehe Fn. 4, S. 20; allerdings erfolgte offenbar in keinem der Areale im Mainova-Fall Contracting mit KWK-Anlagen, obwohl der Arealnetzbetreiber bei dem Büroneubau u. a. auch Wärme-Contracting (Bau und Betrieb von Wärmeerzeugungsanlagen) anbietet, vgl. Fn. 4, S. 3, während er im konkreten Fall mit dem Arealigentümer einen Vertrag für Strom-Contracting geschlossen hatte, vgl. Fn. 4, S. 7, dort Fn. 17.

72. vgl. auch BGH vom 10.03.2004, ZNER 2004, 182 ff. mit Anmerkung von Riedel

73. dazu siehe unter III. 1 b)

73a. Dazu bereits kritisch: Meinhold, Nur Zuspruch statt Vorrang für KWK-Strom im neuen EnWG, ZNER 2/3 1998, S. 2 ff., 11

74. kritisch dazu auch Becker, Zu den Aussichten des Energiewirtschaftsgesetzes nach der Anhörung des Wirtschaftsausschusses, ZNER 2004, 325 ff, 327/328

75. zum Belastungsausgleich nach § 14 EEG näher Hartmann/Hackert, Arealnetze und Objektversorgung im Belastungsausgleich nach dem EEG, RdE 2005, 160), 280 sowie Siems, a.a.O. (Fn. 6)

76. so zutreffend Hartmann/Hackert, wie vor; im übrigen siehe unten III.

77. vgl. Strohe, a.a.O. (Fn. 10), S. 749

Eigentümer des Areals entweder die dortigen Netzanlagen selbst errichtet und an den Gebietsversorger verpachtet oder veräußert; oder er hat dem Gebietsversorger vertraglich gestattet, die Netzanlagen im Areal auf eigene Rechnung zu errichten und zur allgemeinen Versorgung der ansässigen Letztverbraucher zu nutzen. Besteht allerdings nur ein faktischer Netzanschluss des Gebietsversorgers an das Areal, ohne dass der Gebietsversorger über ein dingliches oder schuldrechtliches Nutzungsrecht verfügt, so sollen nach Auffassung des BKartA⁷⁸ die Netzanschlusspflichten wie bei neuen Arealen entsprechend 1. gelten.

a) während der Dauer der Vergabe an Gebietsversorger

Denkbar ist, dass sich ein neuer Arealnetzbetreiber bei dem Eigentümer des bereits bebauten und versorgten Areals mit dem Angebot bewirbt, das vertraglich an den Gebietsversorger vergebene, möglicherweise in dessen Niederspannungsnetz integrierte Arealnetz künftig – eventuell nach Direktanschluss an das Mittelspannungsnetz – zu günstigeren Bedingungen zu betreiben und die allgemeine Versorgung der Letztverbraucher im Areal zu übernehmen. Würde er sich hierbei unter Hinweis auf den zuvor zitierten BGH-Beschluss für neue Areale auf Gleichbehandlung (Art. 3 GG) und auf die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV) berufen, so müsste er wohl mit dem Einwand rechnen, dass es sich hier nicht um hoheitlich, sondern im Wettbewerb zu treffende Entscheidungen handelt.

Vielmehr müsste er zum einen durch Verhandlungen die vorzeitige Beendigung der zwischen dem Arealigentümer und dem Gebietsversorger bestehenden Verträge und die einvernehmliche Übernahme der vorhandenen Netzanlagen gegen eine angemessene Abfindung erreichen; darüber hinaus müsste er mit dem Arealigentümer entsprechende, für diesen günstigere Verträge schließen und auch den bisher von dem Gebietsversorger mit Elektrizität belieferten Letztverbrauchern den Abschluss neuer Energielieferverträge zu günstigeren Bedingungen anbieten. All dies wäre ihm eventuell dann möglich, wenn er oder in seinem Auftrag ein Contractor in dem fraglichen Areal aufgrund der dortigen Verbraucherstruktur eine KWK-Anlage errichten und damit die Letztverbraucher im Areal kostengünstig und umweltverträglich im Sinne von § 3 Nr. 33 EnWG mit Strom und Wärme versorgen würde.⁷⁹

Falls diese Voraussetzungen für eine verbrauchsnahe und energieeffiziente Versorgung erfüllt sind und der Gebietsversorger selbst nicht bereit oder in der Lage wäre, die Letztverbraucher ebenfalls entsprechend kostengünstig und umweltverträglich mit Strom und Wärme zu beliefern, so wird der Gebietsversorger vernünftigerweise bereit sein, sich mit dem Arealigentümer über eine vorzeitige Vertragsauflösung und mit dem neuen Arealnetzbetreiber über den Verkauf oder die Verpachtung seiner vorhandenen Netzanlagen und deren Anschluss an sein Mittelspannungsnetz zu einigen; denn anderenfalls müsste er damit rechnen, dass der potenzielle Arealnetzbetreiber eigene Sticheleitungen zu den wechselwilligen Letztverbrauchern im Areal legen und deren Anschluss an das Netz der allgemeinen Versorgung fordern würde.

Diesen Netzanschluss einer Sticheleitung könnte der Gebietsversorger regelmäßig nicht wegen wirtschaftlicher oder technischer Unzumutbarkeit nach § 17 Abs. 2 EnWG verweigern; denn zum einen ist die Möglichkeit, in bestehenden Versorgungsgebieten eigene Sticheleitungen zu verlegen, ebenso wie die Bildung von Arealnetzen auch nach der oben⁸⁰ wiedergegebenen Feststellung des BGH eine vom Gesetzgeber gewollte Folge der Liberalisierung der Energiemärkte.⁸¹ Zum anderen wäre für den Gebietsversorger der Verlust von einzelnen Letztverbrauchern als Endkunden, die künftig über den neuen Arealnetzbetreiber beliefert werden wollen, jedenfalls dann nicht unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG unzumutbar, wenn das Areal objektiv kostengünstiger und umweltverträglicher mit einer verbrauchsnahe und deshalb die vorgelagerten Netze entlastenden KWK-Anlage versorgt werden könnte.

b) nach Ablauf der Vergabe an Gebietsversorger

Zeitnah vor Beendigung des befristeten Pacht- oder Gestattungsvertrages mit dem Gebietsversorger stellt sich für den Arealigentümer die Frage, ob er den Vertrag mit dem bisherigen Gebietsversorger verlängern oder diesen neu an einen anderen Arealnetzbetreiber vergeben soll. Entscheidet er sich für die Beendigung und Neuvergabe, so fallen die fraglichen Arealnetzanlagen, sofern sie dem Gebietsversorger gehören, gegen Entschädigung an den Arealigentümer, von welchem sie ein neuer Arealnetzbetreiber erwerben oder pachten könnte.

Erhält ein neuer Arealnetzbetreiber den Zuschlag, so dürfte ihm der Gebietsversorger den Netzanschluss nicht nach § 17 Abs. 2 EnWG mit der im Mainova-Fall erwogenen Begründung verweigern, die „Herauslösung“ des bereits erschlossenen Areals aus seinem bestehenden Versorgungsgebiet sei unzumutbar, weil sie zu einem Verlust schon vorhandener Kunden und damit zu einer Verschlechterung seiner Kunden- und Netzstruktur führe. Denn zum einen ist dieser Einwand vor dem Hintergrund der Liberalisierung der Energiemärkte und der inzwischen normierten Entflechtung von EVU von vorn herein unbeachtlich, wie oben⁸² ausgeführt; zum anderen ist er in diesem Fall auch nicht stichhaltig, weil der Kundenverlust des Gebietsversorgers wegen des Ablaufs des Pacht- bzw. Gestattungsvertrages mit dem Arealigentümer und der Stromlieferungsverträge mit den Letztverbrauchern und nicht wegen der Neuvergabe des Arealnetzes an den neuen Arealnetzbetreiber eintreten würde.

III. Besonderheiten bei Objektnetzen

1. Abgrenzung und Arten von Objektnetzen

Im Gegensatz zu Arealnetzen, die nach der oben zitierten Definition auch Netze der allgemeinen Versorgung im Sinne von § 3 Nr. 17 EnWG sein können, finden – wie oben⁸³ bereits angesprochen – auf bestimmte, in § 110 Abs. 1 EnWG definierte „Objektnetze“ die Teile 2 und 3 (Entflechtung, Regulierung) sowie die §§ 4, 52 und 92 EnWG (Genehmigungs-, Störungsmelde- und Beitragspflicht) keine Anwendung, sofern das jeweilige Netz nicht der allgemeinen Versorgung dient. Allerdings muss durch einen leistungsfähigen⁸⁴ Betreiber oder dessen Beauftragten⁸⁵ ein vorschriftsmäßiger Netzbetrieb auf Dauer gewährleistet sein.

Ob diese Voraussetzungen für einen somit genehmigungs- und regulierungsfreien Betrieb eines „Objektnetzes“ erfüllt sind, entscheidet gemäß § 110 Abs. 4 in Verbindung mit § 54 Abs. 2 Nr. 9 EnWG die Landesregulierungsbehörde auf Antrag. Zwar ist ein solcher Antrag – im Unterschied zu einer Genehmigung nach § 4 EnWG – für die Aufnahme des Netzbetriebs nicht zwingend erforderlich, sondern müsste nur bei Bedarf, z. B. in Zweifels- oder Konfliktfällen gestellt werden. Dennoch sollte ein Objektnetzbetreiber schon vorsorglich die Entscheidung der Regulierungsbehörde beantragen, um von vorn herein Rechtssicherheit für den regulierungsfreien Netzbetrieb zu haben und ein Bußgeldrisiko nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 EnWG auszuschließen.

Auf die Entscheidung der Regulierungsbehörde kann sich der Objektnetzbetreiber auch gegenüber dem Betreiber des vorgelagerten Netzes berufen, falls dieser Zweifel an der Erfüllung der Voraus-

78 a.a.O. (Fn. 4), S. 38

79. zum Contracting bei Objektnetzen siehe unten III. 1. b)

80. siehe 5. a), b)

81. vgl. für Gemeindegebiete § 13 Abs. 1 EnWG a. F., der § 46 Abs. 1 des neuen EnWG entspricht

82. siehe I. 5. a)

83. siehe I. 3.

84. unklar ist, warum im Unterschied zu den Genehmigungsvoraussetzungen nach § 4 Abs. 2 EnWG nicht auch Zuverlässigkeit gefordert wird; dazu kritisch Krebs a.a.O. (Fn. 17), S. 22; Strohe a.a.O. (Fn. 10), S. 748

85. unklar ist, ob hiermit ein selbständiger Betriebsführer gemeint ist; dazu kritisch Krebs, a.a.O. (Fn. 17), S. 22

setzungen des § 110 EnWG äußern sollte. Dessen grundsätzlicher Anschlusspflicht nach §§ 17, 18 EnWG⁸⁶ steht nicht etwa entgegen, dass die diesbezüglichen Regulierungsvorschriften nach § 110 Abs. 1 EnWG auf Objektnetze nicht anwendbar sind. Denn diese Nichtanwendbarkeit bezieht sich nach dem Sinn und Zweck dieser Freistellungsvorschrift nur auf etwaige Anschluss- und Versorgungsbegehren neuer Letztverbraucher gegenüber dem Objektnetzbetreiber, wie sich auch aus § 110 Abs. 2 EnWG ergibt, nicht jedoch auf dessen Begehren gegenüber dem vorgelagerten Netzbetreiber.⁸⁷ Doch auch der Objektnetzbetreiber kann einen anschlusswilligen Letztverbraucher nicht willkürlich ablehnen, sondern unterliegt der kartellbehördlichen Missbrauchsaufsicht nach § 19 Abs. 4 GWB.⁸⁸

Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens ist dieser Ausnahmebereich des § 110 EnWG von reinen „Werknetzen“ auf nunmehr insgesamt drei Arten von „Objektnetzen“ ausgedehnt worden, deren Betrieb durch die Freistellung von Regulierungspflichten erleichtert werden sollte. Diese somit privilegierten Netze zeichnen sich durch ein jeweils räumlich zusammengehöriges Versorgungsgebiet und einen jeweils besonderen Versorgungszweck aus, der zu einem gewissen Interessenausgleich zwischen den Objektnetzbetreibern bzw. Objektversorgern und den im Objekt ansässigen, jeweils bestimmbaren Letztverbrauchern führt. Da in diesen Fällen der typische Monopolkonflikt zwischen diesen an der Energieversorgung Beteiligten nicht besteht, konnte der Gesetzgeber hier von einer staatlichen Regulierung zugunsten privatrechtlicher Regelungen absehen, ohne gegen europarechtliche Vorgaben zu verstoßen

a) Unternehmensnetze

Die in § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG definierten „Energieversorgungsnetze, die sich auf einem räumlich zusammengehörenden Betriebsgebiet befinden und überwiegend dem Transport von Energie innerhalb des eigenen Unternehmens oder zu im Sinne von § 3 Nr. 38 verbundenen Unternehmen dienen“, sollen hier „Unternehmensnetze“⁸⁹ genannt werden; denn sie umfassen nicht nur die klassischen „Werksnetze“, die nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung⁹⁰ auf ein „räumlich zusammenhängendes Werksgebiet“ im Sinne einer einheitlichen Produktionsstätte beschränkt waren. Vielmehr können sich „Unternehmensnetze“ auch über mehrere, nur zusammengehörende, aber nicht unbedingt zusammenhängende, also aneinander grenzende Grundstücke mit verschiedenen Betriebsstätten (für Forschung und Entwicklung, Produktion, Verwaltung, Lager etc.) erstrecken, deren Zusammengehörigkeit sich z. B. durch (auch öffentliche) Verbindungsstraßen und -leitungen ergibt.

Die (enger definierten) „Werksnetze“ sollten schon nach der Regierungsbegründung aus der Regulierung ausgenommen bleiben; denn diese vorwiegend industriellen Energieversorgungsnetze seien als Kundenanlagen auf Werksgeländen zur Durchführung einer unternehmensinternen Energieversorgung errichtet worden und würden ihren Charakter als Kundenanlagen nicht dadurch verlieren, dass aufgrund der Standortentwicklung auch andere juristische Personen mit Energie beliefert werden.⁹¹

Nach dieser auch auf die umfassenderen „Unternehmensnetze“ übertragbaren Begründung würde also ein ursprünglich unter den Voraussetzungen des § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG genehmigungs- und regulierungsfrei errichtetes und betriebenes Werksnetz diese Eigenschaft auch dann beibehalten, wenn aufgrund der Standortentwicklung auch Energielieferungen an andere, bestimmbare Letztverbraucher auf dem Werksgelände (z. B. ausgegliederte und verselbständigte Betriebsteile, dort angesiedelte Zulieferer o. ä.) hinzukommen; auch die Mitversorgung von Werksangehörigen fällt darunter, da der Begriff „Letztverbraucher“ nach § 3 Nr. 25 EnWG nicht auf juristische Personen beschränkt ist.

Fraglich ist, ob ein Werks- oder Betriebsnetz seine Eigenschaft als genehmigungs- und regulierungsfreies Objektnetz automatisch dann verlore, wenn diese Lieferungen an andere Letztverbraucher im Laufe der Zeit so zunehmen oder die Energietransporte innerhalb des eigenen Unternehmens so abnehmen, dass letztere eines Tages nicht mehr die anderen Energielieferungen überwiegen. Würde man

eine solche Automatik bejahen, so wäre dieses Ergebnis nicht nur unpraktikabel und würde zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen; denn es ist dem Netzbetreiber kaum zuzumuten, laufend zu kontrollieren, ob und ggf. wann diese Grenze erreicht ist, um dann eventuell im Nachhinein festzustellen, dass die – im übrigen unveränderte – Kundenanlage nun plötzlich genehmigungs- und regulierungspflichtig geworden ist und folglich illegal betrieben würde.

Auch aus der Formulierung „überwiegend dem Transport ... dienen“ ist zu entnehmen, dass es grundsätzlich auf die Zweckbestimmung des Objektnetzes zum Zeitpunkt seiner Errichtung ankommen soll. War es zu diesem Zeitpunkt dazu bestimmt, überwiegend den unternehmensinternen Energietransporten zu dienen, so würden nach der Vorstellung des Gesetzgebers die anderen, mitzuforschenden Letztverbraucher für den Netzbetreiber bestimmt oder zumindest bestimmbar sein. Solange dies auch dann tatsächlich der Fall ist, wirkt sich eine spätere Änderung der Quote nicht aus; dies entspricht auch dem Sinn und Zweck der Ausnahmevorschrift, mangels eines Monopolkonflikts überflüssige Regulierungen bei Netzen, die nicht der allgemeinen Versorgung dienen, zugunsten privater Regelungen zu vermeiden. Würde allerdings die ursprüngliche Kundenanlage später für eine dauerhafte Belieferung überwiegend anderer Letztverbraucher umgerüstet, würde sie damit zu einem – u. U. sogar der allgemeinen Versorgung dienenden – genehmigungs- und regulierungspflichtigen Arealnetz nach der o. a. Definition⁹² verändert.

b) Eigenversorgungsnetze, KWK-Anlagen und Contracting

Den damaligen Werksnetzen wurden auf Beschlussempfehlung des Wirtschaftsausschusses des Bundestages⁹³ in § 110 Abs. 1 Nr. 3 EnWG diejenigen Energieversorgungsnetze gleichgestellt, „die sich auf einem räumlich eng zusammengehörenden Gebiet befinden und überwiegend der Eigenversorgung dienen“. Eigenversorgung in diesem Sinne ist nach § 110 Abs. 3 EnWG (wo allerdings fehlerhaft auf Abs. 1 Nr. 2 anstatt richtig auf Nr. 3 verwiesen wird) „die unmittelbare Versorgung eines Letztverbrauchers aus der für seinen Eigenbedarf errichteten Eigenanlage“ (erste Alternative) „oder aus einer Anlage, die von einem Dritten ausschließlich oder überwiegend für die Versorgung eines bestimmbaren Letztverbrauchers errichtet und betrieben wird“ (zweite Alternative).

Aus der Formulierung „überwiegend der Eigenversorgung dienen“ in § 110 Abs. 1 Nr. 3 EnWG ergibt sich, dass auch diese Objektnetze – ähnlich wie Werks- und Unternehmensnetze – nicht ausschließlich ihrem eigentlichen Zweck, hier also der in § 110 Abs. 3 EnWG definierten Eigenversorgung dienen müssen. Fraglich ist aber, ob dies so zu verstehen ist, dass über diese Netze auch – wenn gleich nicht überwiegend – andere als die unter die „Eigenversorgung“ nach § 110 Abs. 3 EnWG fallenden Letztverbraucher versorgt werden können; hiermit könnte also das bereits mehrfach erwähnte Contracting⁹⁴ gemeint sein, welches nach der Begründung der Beschlussempfehlung des Bundestags-Wirtschaftsausschusses⁹⁵ „der Eigenversorgung gleichgestellt“ werden soll.

Tatsächlich wurde das Contracting jedoch mit der vorzitierten zweiten Eigenversorgungs-Alternative in § 110 Abs. 3 EnWG geregelt und damit der ersten Alternative, also der Versorgung aus einer Eigenanlage des Letztverbrauchers „gleichgestellt“. Denn mit dem „Dritten“, von dem die fragliche Anlage „ausschließlich oder über-

86. näheres siehe unten 2.

87. so auch Strohe, a.a.O. (Fn. 10), S. 748; a.A. Lippert, a.a.O. (Fn. 11), S. 81

88. so auch Krebs, a.a.O. (Fn. 17), S. 22

89. so auch Strohe a.a.O. (Fn. 10) S. 747

90. Bundestagsdrucksache 15/3917 vom 14.10.2004, S. 37

91. wie vor, S. 75

92. siehe oben I. 3. c)

93. Bundestagsdrucksache 15/5268 vom 13.04.2005, S. 82

94. siehe oben Fn. 6

95. wie Fn. 93, S. 122

wiegend für die Versorgung eines bestimmbar Letztverbrauchers errichtet oder betrieben wird“, ist offensichtlich der Contractor gemeint; dabei bezieht sich der Begriff „überwiegend“ hier nicht – wie in § 110 Abs. 1 Nr. 3 EnWG – auf die durch das Objektnetz transportierte, sondern auf die mit der fraglichen Anlage erzeugte Strommenge.⁹⁶

Aus dieser, somit das Contracting mitumfassenden Definition der Eigenversorgung in § 110 Abs. 3 EnWG könnte also hergeleitet werden, dass bei einem der Eigenversorgung nach § 110 Abs. 1 Nr. 3 EnWG nur „überwiegend“ dienenden Objektnetz eine Mitversorgung anderer Letztverbraucher nach beiden Alternativen des § 110 Abs. 3 EnWG möglich sein muss. Dem steht allerdings entgegen, dass die Eigenanlage des Letztverbrauchers im Sinne der ersten Alternative ausdrücklich nur „für seinen Eigenbedarf“, also nicht für die Mitversorgung anderer Letztverbraucher errichtet sein muss.⁹⁷

Zwar ist es im Hinblick auf das Liberalisierungsziel auch des neuen EnWG nicht plausibel, warum ein Anlagenbetreiber im Sinne der ersten Alternative des § 110 Abs. 3 EnWG gehindert sein soll, in gewissem Umfang genehmigungs- und regulierungsfrei auch andere Letztverbraucher mitzuversorgen,⁹⁸ während dies bei Einschaltung eines Contractors im Sinne der zweiten Alternative des § 110 Abs. 3 EnWG möglich ist. Denn in diesem Fall muss der Contractor die Erzeugungsanlage – z. B. ein BHKW – nur „überwiegend“ für die Versorgung eines bestimmbar Letztverbrauchers (z. B. des Grundeigentümers oder Vermieters) errichten und betreiben, die überwiegende Strommenge also für diesen produzieren. Im übrigen kann er aber gleichzeitig auch andere Letztverbraucher (z. B. Mieter) genehmigungs- und regulierungsfrei mitversorgen, was dem Anlagenbetreiber im Sinne der ersten Alternative – wie erwähnt – ausdrücklich versagt ist.

Wegen dieses Ausschlusses einer Mitversorgung anderer Letztverbraucher durch Anlagenbetreiber im Sinne der ersten Variante des § 110 Abs. 3 EnWG kann mit der Formulierung „überwiegend der Eigenversorgung dienen“ in § 110 Abs. 1 Nr. 3 EnWG nur gemeint sein, dass der (nach beiden Alternativen des § 110 Abs. 3 EnWG) eigenerzeugte Strom „überwiegend“ über das Objektnetz transportiert werden muss, während im übrigen auch der benötigte Zusatz- und Reservestrom über dieses Netz bezogen und transportiert werden darf.⁹⁹

Nach der zu Unternehmensnetzen vertretenen Auffassung würde das fragliche Eigenversorgungsnetz, welches im Fall der Contracting-Alternative zunächst ausschließlich oder überwiegend für die Versorgung eines bestimmbar Letztverbrauchers errichtet oder betrieben wurde, seinen Status als genehmigungs- und regulierungsfreies Objektnetz nicht automatisch dann verlieren, wenn sich die zunächst untergeordnete Mitversorgung auch anderer (z. B. Mieter) im Laufe der Zeit so entwickelt, dass diese schließlich die Versorgung des bestimmbar Letztverbraucher überwiegt. Dasselbe würde gelten, wenn sich dadurch die Menge des zunächst überwiegenden eigenerzeugten Stroms im Verhältnis zum Zusatz- und Reservestrom im Laufe der Zeit verringern würde.

Anders wäre es allerdings, wenn die Erzeugungsanlage und das Objektnetz für die Versorgung einer größeren Anzahl von Letztverbrauchern umgerüstet würden oder von vorn herein so konzipiert, errichtet und betrieben würden, dass damit überwiegend andere Letztverbraucher versorgt werden, wie dies häufig z. B. bei der Energieversorgung von Wohn- oder Bürogebäuden aus Eigenerzeugungsanlagen (BHKW) der Fall ist. Dann wäre das Versorgungsnetz nicht als Objekt-, sondern als ein Arealnetz zu qualifizieren, welches der Genehmigungspflicht und der Regulierung unterliegt.¹⁰⁰ Allerdings fragt es sich, ob diese Erschwernis für die Betreiber auch dann gerechtfertigt ist, wenn es sich um noch bestimmbar Letztverbraucher handelt, das Eigenversorgungsnetz also nicht der allgemeinen Versorgung dient, sodass ihr Betrieb auch privatrechtlich geregelt werden könnte.¹⁰¹ U. U. sind derartige Fälle aber auch unter die nachstehend beschriebenen Dienstleistungsnetze zu subsumieren.

c) qualifizierte Dienstleistungsnetze

Über die beiden vorgenannten Arten von Objektnetzen hinaus wurde der Ausnahmehereich in § 110 EnWG schließlich noch auf Empfehlung des Wirtschaftsausschusses des Bundesrats¹⁰² und nach der Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses¹⁰³ nochmals aus ordnungspolitischen Gründen auf andere, den Werks- und Unternehmensnetzen ebenfalls vergleichbare Energieversorgungsnetze im Dienstleistungsbereich ausgedehnt. Nach der sehr verklausulierten Gesetzesformulierung in § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG sind diese hier so genannten „Dienstleistungsnetze“¹⁰⁴ solche Netze, „die sich auf einem räumlich zusammengehörenden privaten Gebiet befinden und dem Netzbetreiber oder einem Beauftragten dazu dienen, durch einen gemeinsamen übergeordneten Geschäftszweck, der (a) über reine Vermietungs- und Verpachtungsverhältnisse hinausgeht, und (b) durch die Anwendung der ... (Regulierungs-) Bestimmungen unzumutbar erschwert würde, bestimmbar Letztverbraucher mit Energie zu versorgen“.

Mit diesen Dienstleistungsnetzen sind gemäß den vorerwähnten Gesetzesmaterialien Privatnetze z. B. bei einer – allerdings nicht näher bezeichneten – „Untermiete“ und in Flughäfen, Pflegeheimen, Einkaufszentren gemeint, wo die Energieabnehmer gemeinhin die Anschlussbedingungen und die Energielieferung auf Grund einer „umfassenderen Interessenlage im Rahmen eines vertraglichen Gesamtpakets“ akzeptieren. In diesen Fällen sei es weiterhin sachgerecht, etwaige Konflikte zwischen Netzbetreiber und Letztverbraucher zivilrechtlich zu regeln.¹⁰⁵

Warum zivilrechtliche Regelungen bei reinen Vermietungs- und Verpachtungsverhältnissen nicht sachgerecht sein sollen, bleibt allerdings offen. Wie bereits oben ausgeführt, haben alle Arealnetzbetreiber schon aufgrund diesbezüglicher Auflagen in der energieaufsichtlichen Genehmigung mit den ihnen miet- oder pachtvertraglich oder in Eigentümergemeinschaft verbundenen Letztverbrauchern im Areal regelmäßig auch individuelle Vereinbarungen zum Netzanschluss und zur Energieversorgung zu treffen; diese dürfen auflagegemäß nicht ungünstiger sein als die allgemeinen Anschluss- und die Grundversorgungsbedingungen des Gebietsversorgers.

Zwar ist es sicher sachgerecht, ein privates Verteilnetz auf einem großen Flughafen aus der Netzregulierung auszunehmen, weil es dazu dient, durch einen gemeinsamen übergeordneten Geschäftszweck (Betreuung, Versorgung und Abfertigung von Fluggästen, Wartung von Flugzeugen etc.) nur bestimmbar Letztverbraucher (nämlich die Fluggesellschaften und sonstigen Dienstleister auf dem Flughafen) mit Energie zu versorgen. Dasselbe gilt für Pflege-

96. demgegenüber war Voraussetzung der Genehmigungsfreistellung in § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EnWG a. F., dass die Belieferung überwiegend aus entsprechenden Anlagen erfolgte; vgl. dazu auch Meinhold, a.a.O. (Fn 73a), S. 6.

97. Denkbar wäre, dass sich mehrere Letztverbraucher, z.B. eine Eigentümergemeinschaft, zum gemeinsamen Betrieb einer Eigenanlage zu einer GbR zusammenschließen; allerdings ist zweifelhaft, ob sie damit als ein Letztverbraucher angesehen werden könnten, da sich dessen Legaldefinition in § 3 Nr. 25 offenbar auf Einzelkunden bezieht.

98. Zwar könnte dem die Legaldefinition von „Eigenanlagen“ in § 3 Nr. 13 EnWG entgegenstehen, weil es sich dabei um „Anlagen zur Erzeugung von Elektrizität zur Deckung des Eigenbedarfs (handelt), die nicht von Energieversorgungsunternehmen betrieben werden“; jedoch gilt der Eigenversorger, soweit er das fragliche Objektnetz betreibt, in dem seine Eigenanlage errichtet ist, wiederum als EVU, wie sich aus dessen Legaldefinition in § 3 Nr. 18 EnWG ergibt.

99. vgl. auch insoweit die Genehmigungsfreistellung in § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EnWG a. F.

100. insoweit zutreffend Krebs (Fn. 17), S. 21 sowie schon oben I. 3. c)

101. siehe hierzu schon oben I. 6.

102. Bundesratsdrucksache 248/01/05 (neu) vom 22.04.2005, S. 8 ff.

103. Bundestagsdrucksache 15/5736 vom 15.06.2005, S. 7, 8

104. Strohe, a.a.O. (Fn. 10), S. 747 spricht von Netzen „mit übergeordnetem Geschäftszweck“, womit allerdings nicht alle gesetzlichen Qualifizierungsmerkmale erfasst sind.

105. Empfehlung des Wirtschaftsausschusses des Bundesrats, Bundesratsdrucksache 248/01/05 (neu) vom 22.04.2005, S. 9, 10

heime und Einkaufszentren, in denen z. B. gemeinsame Besuchsregeln, Öffnungszeiten etc. bestehen. Die Anforderungen an den „gemeinsamen übergeordneten Geschäftszweck“ sind hier offenbar sehr niedrig, wie auch das in den Gesetzesmaterialien nicht näher umschriebene Beispiel „Untermiete“ zeigt.¹⁰⁶

Deshalb kann nichts anderes für ggf. viel kleinere Arealnetze in Mietobjekten wie für dasjenige in dem Bürohaus der Landesärztekammer im Mainova-Fall¹⁰⁷ gelten, in dem wesentlich weniger Letztverbraucher als in einem Flughafen zu versorgen sind. Dies verdeutlicht das Beispiel eines Privatnetzes in einem Wohnhaus, in dem der Eigentümer sich selbst und noch seine beiden Mieter mit einem kleinen BHKW mit Strom und Wärme versorgen möchte, aber schon mangels eines Contractors nicht unter die Ausnahme für Eigenversorgungsnetze nach § 110 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 EnWG fällt.¹⁰⁸ Soll dieser Betreiber deshalb unter die vollen Genehmigungs-, Regulierungs- und Belastungsausgleichspflichten des neuen EnWG, des EEG und des KWKG fallen? Dass in diesen Fällen zumindest kleinerer Areale eine Netzregulierung etc. ebenfalls mit einem unverhältnismäßigen und sowohl für den Netzbetreiber als auch für die Regulierungsbehörde unzumutbaren Aufwand verbunden wäre, liegt auf der Hand.

Hier deuten sich ernsthafte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser sich als nicht ausgewogenen und willkürlich erweisenden Freistellungsregelungen an. Es drängt sich erneut¹⁰⁹ der Eindruck auf, dass im Interesse bestehender Netzstrukturen entgegen dem nochmals vom BGH bekräftigten Liberalisierungsziel auch des neuen Gesetzes die Bildung von Arealnetze in Wohn- und Gewerbeobjekten durch Vorenthaltung der Freistellung als Objektnetze und damit durch unzumutbare Regulierung etc. erschwert werden soll.

Eine Notlösung bis zu einer gebotenen Gesetzeskorrektur wäre es, wenn die Regulierungsbehörde z. B. die besonders effiziente und umweltverträgliche Strom- und Wärmeversorgung aus einer KWK-Anlage in einem Mietobjekt, also die dadurch angestrebte CO₂-Minderung als einen gemeinsamen übergeordneten, über die Vermietung hinausgehenden Geschäftszweck im Sinne der genannten Gesetzesbegründung anerkennen würde; außerdem könnte die Regulierungsbehörde im Rahmen ihrer Entscheidungskompetenz gemäß § 110 Abs. 4 EnWG aus Opportunitätsgründen Bagatellgrenzen oder bestimmte Fallgruppen festlegen, um diese Betreiber – deren notwendige Leistungsfähigkeit vorausgesetzt – ohne Rücksicht auf die Anzahl der mitversorgten Letztverbraucher freustellen. Darauf, dass den Betreibern durch Auflagen aufgegeben werden kann, nicht ungünstigere als die allgemeinen Anschluss- und die Grundversorgungsbedingungen des Gebietsversorgers zu fordern, wurde bereit mehrfach hingewiesen.¹¹⁰

2. Netzanschlusspflicht und -verweigerung bei Objektnetzen

Der Betreiber des Netzes der allgemeinen Versorgung ist gegenüber dem Betreiber eines Objektnetz als eines gleich- oder nachgelagerten Versorgungsnetzes ebenso wie gegenüber dem Betreiber eines Arealnetzes grundsätzlich zum Netzanschluss nach §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 EnWG verpflichtet. Es bleibt deshalb noch die Frage, ob und in welchen Objektnetzfällen der Netzanschluss gemäß § 17 Abs. 2 EnWG verweigert werden darf.

a) Keine Deckung des Eigenbedarfs von Letztverbrauchern?

Würde der Objektnetzbetreiber eine KWK-Anlagen bis 150 kW elektrischer Leistung für die Deckung des Eigenbedarfs mehrerer Letztverbraucher betreiben, so könnte der Netzbetreiber den Netzanschluss aufgrund seiner allgemeinen Anschlusspflicht nach § 18 Abs. 2 Satz 3 EnWG nicht mit der Begründung verweigern, dass die Anlage nicht nur zur Deckung des Eigenbedarf des Anlagenbetreibers betrieben werde; denn wie bereits zur Parallelproblematik bei Arealnetzen ausgeführt,¹¹¹ widerspräche eine derart einschränkende Auslegung schon dem Liberalisierungsziel des neuen EnWG. Für den Betreiber eines Eigenversorgungsnetzes gemäß § 110 Abs. 1

Nr. 3, Abs. 3 EnWG kommt hinzu, dass die dortige Erzeugungsanlage nicht ausschließlich, sondern nur überwiegend für die Versorgung eines bestimmbar Letztverbrauchers errichtet und betrieben werden muss, wie bereits dargelegt wurde;¹¹² wenn danach also zusätzlich auch andere Letztverbraucher mitbeliefert werden dürfen, ohne dass dadurch der Status als Objektnetz verloren ginge, wäre es widersprüchlich, wenn einem solchen Objektnetzbetreiber gleichwohl der allgemeine Netzanschluss nach § 18 Abs. 1 EnWG verweigert werden könnte.

b) Voraussetzungen für Objektnetz nicht erfüllt?

Wäre bei einem Eigenversorgungsnetz unklar, ob die Erzeugungsanlage gemäß § 110 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 EnWG ausschließlich oder überwiegend für die Versorgung eines bestimmbar Letztverbrauchers errichtet und betrieben wird oder ob mit ihr überwiegend auch andere Letztverbraucher mitversorgt werden, so könnte das Privatnetz möglicherweise nicht die Voraussetzungen für ein Objektnetz erfüllen, sondern sich vielmehr als ein nicht genehmigtes, regulierungspflichtiges Arealnetz erweisen; dasselbe würde gelten, wenn ein qualifiziertes Dienstleistungsnetz gemäß § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG nicht einen „gemeinsamen übergeordneten Geschäftszweck“ erkennen lassen würde.

Gleichwohl darf der Netzbetreiber den Netzanschluss nicht mit dieser Begründung verweigern, da dies kein Grund wäre, der für ihn den Netzanschluss aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen i. S. v. § 17 Abs. 2 EnWG unmöglich oder unzumutbar machen würde. Vielmehr hat über die Frage, ob ein Objektnetz vorliegt oder nicht, nach § 110 Abs. 4 EnWG allein die Regulierungsbehörde zu entscheiden; dasselbe würde gelten für den etwaigen Einwand der mangelnden Leistungsfähigkeit des Objektnetzbetreibers oder seines Beauftragten.

c) Anschluss eines regulierungsfreien Objektnetzes unzumutbar?

Was schließlich den Anschlussverweigerungsgrund der wirtschaftlichen oder technischen Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit i. S. v. § 17 Abs. 2 EnWG anbelangt, so gelten die diesbezüglich¹¹³ zu der Arealnetzentcheidung des BGH erörterten Gesichtspunkte auch bei Objektnetzen entsprechend. Auch wenn Objektnetzbetreiber selbst nicht der allgemeinen Anschluss- und Grundversorgungspflicht nach §§ 18 Abs. 1, 36 EnWG unterliegen, so ist diese Ungleichbehandlung gegenüber Gebietsversorgern als Betreibern des allgemeinen Versorgungsnetzes dennoch nicht ungerechtfertigt, sondern aufgrund der besonderen, nach § 110 EnWG eng definierten Voraussetzungen für Objektnetze sachlich geboten. Im übrigen können Gebietsversorger auch in Wettbewerb zu Objektnetzbetreibern treten, indem sie z. B. mit eigenen, im fraglichen Objekt zu installierenden KWK-Anlagen dort selbst Contracting anbieten, was bereits häufig geschieht.

IV. Ergebnis:

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass durch eine ungehinderte Areal- und Objektversorgung – sei es durch neue Wettbewerber (Contractoren) oder durch die bisherigen Gebietsversorger selbst – entsprechend den Zielen des § 1 EnWG in den herkömmlichen Versorgungsgebieten vorhandene Potenziale sowohl für Netzkosteneinsparungen als auch für die Effizienzsteigerung bei der Energieerzeugung in KWK aufgespürt und genutzt werden könnten. Darüber hinaus lassen sich die Gründe der BGH-Entscheidung auf Netzanschlussverlangen in allen Spannungsebenen übertragen,

106. anderer Ansicht wohl Krebs, a.a.O. (Fn. 17), S.21

107. siehe oben I. 3

108. siehe oben b)

109. siehe schon oben I. 3. c) sowie 6.

110. siehe oben I. 6.

111. siehe oben II. 1.

112. siehe oben I. b)

also nicht nur auf Areal- und Objektnetzbetreiber, die Anschluss an das Nieder- oder Mittelspannungsnetz begehren, sondern auch z. B. auf Stadtwerke, die in Mittelspannung beziehen und direkt an das Hochspannungsnetz angeschlossen werden wollen, um anteilige Netznutzungsentgelte für das Mittelspannungsnetz einzusparen und eventuelle KWK-Potenziale in ihrem Gebiet zu erschließen.¹¹⁴

All dies würde dem Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst kostengünstigen Struktur aller Energieversorgungsnetze (einschließlich der Areal- und Objektnetze) im Sinne von § 17 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 EnWG dienen, was in einer künftigen Stromnetzanschlussverordnung angemessen zu berücksichtigen ist.

Behindert wird die Erreichung dieses Ziels jedoch durch die restriktiven Definitionen der genehmigungs- und regulierungsfreien Objektnetze nach § 110 EnWG; denn die dort zu eng normierten Voraussetzungen führen zu einer willkürlich erscheinenden Ausgrenzung und unzumutbaren Regulierungsunterwerfung auch solcher (zumeist kleinen) Arealnetze, die zur effizienten und umweltgerechten Energieversorgung insbesondere von Wohn- und Geschäftsgebäuden mit KWK-Anlagen dienen. Dies steht nicht nur dem Gesetzeszweck in § 1 Abs. 1 EnWG, sondern auch dem vom BGH hervorgehobenen Liberalisierungsinteresse des EnWG entgegen und bedarf deshalb dringend der gesetzgeberischen Korrektur. Anderenfalls werden KWK entgegen ihrer besonderen Bedeutung für die Umweltverträglichkeit (§ 3 Nr. 33 EnWG) und Contracting in Areal- und Objektnetzen nicht den eigentlich vom Gesetz zu fördernden Auftrieb voll entfalten können.

114. so auch das BKartA, a.a.O. (Fn. 4), S. 20

Zur Vereinbarkeit des EEG mit dem Elektrizitätsbinnenmarkt – Neubewertung unter Berücksichtigung der Richtlinien 2003/54/EG und 2001/77/EG

von Prof. Dr. Stefan Klinski, Berlin*

Passend zu aktuellen Forderungen nach einem grundlegenden Systemwechsel beim Instrumentarium für den Ausbau der Nutzung regenerativ erzeugten Stroms¹ wird neuerdings in der rechtlichen Debatte wieder in Frage gestellt, ob das „Modell EEG“ mit den Vorgaben des EG-Rechts im Einklang steht.² Den Ansatzpunkt hierfür liefert die zweite Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie (RL 2003/54/EG – Binnenmarktrichtlinie)³ mit ihrem Postulat des liberalisierten Strombinnenmarktes. Die Richtlinie erging gut zwei Jahre nach dem EuGH-Urteil über das Stromeinspeisungsgesetz (StrEG)⁴, aus dem gemeinhin abgeleitet wird, dass mit dem EEG gegen die Binnenmarktfreiheiten der EG-Rechts nicht verstoßen werde. Der Beitrag nimmt die Kritik zum Anlass, im Einzelnen der Frage nachzugehen, ob und inwieweit an dieser Bewertung unter dem Eindruck der in der Zwischenzeit ergangenen EG-rechtlichen Bestimmungen festgehalten werden kann.

1 Ausgangspunkt: Handelsbeschränkende Wirkungen des EEG

Im Zentrum des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) steht die Verpflichtung der Netzbetreiber, Strom aus erneuerbaren Energien (EE) vorrangig abzunehmen und zu einem Mindestpreis zu vergüten (§ § 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 EEG). Die Abnahme- und Vergütungspflicht erstreckt sich, wie sich aus § 2 Abs. 1 des Gesetzes ergibt, nur auf in Deutschland erzeugten Strom. Eine ergänzende Pflicht zur vorrangigen Übertragung trifft zudem die vorgelagerten Netzbetreiber (§ 4 Abs. 6 EEG).

Aus dem Zusammenwirken dieser Verpflichtungen ergeben sich zwei für den freien Warenverkehr relevante Wirkungen: Zum einen bleibt ein Teil des Strommarktes für den allgemeinen Wettbewerb unzugänglich, weil er dem vorrangig abzunehmenden und zu übertragenden EEG-Strom vorbehalten ist. Damit werden (auch) Anbieter von Strom aus anderen Mitgliedstaaten im Umfange des allein dem EEG-Strom vorbehaltenen Marktanteils daran gehindert, ihre Produkte in Deutschland zu veräußern. Zum anderen haben Anlagenbetreiber, die in anderen Mitgliedstaaten Strom aus regenerativen Energien herstellen, keinen Zugang zu den Abnahme- und Vergütungsregelungen des Gesetzes.

Die jüngst dezidiert von Karpenstein/Schneller vorgetragene Kritik⁵ nimmt die Wirkungen zum Anlass, die Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht zu bestreiten. Im Zentrum steht dabei, anders als es noch im Streit um das StrEG der Fall war, nicht die Überlegung, dass es sich bei der gesetzlichen Mindestvergütung um eine unzulässige staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV handele. Diese Auffassung, die zunächst relativ verbreitet war, hat der EuGH in seinem Urteil vom 13. März 2001 zum StrEG zweifelsfrei verneint⁶, so dass kein tragfähiger Ansatzpunkt dafür verblieben ist, die Übereinstimmung des EEG mit dem EG-Recht unter dem Gesichtspunkt des Beihilfeverbots ernstlich in Frage zu stellen.⁷

Anknüpfungspunkt der Kritik ist vielmehr der Umstand, dass die RL 2003/54/EG eine neue Phase der Liberalisierung für den Strombinnenmarkt markiert. Damit sei, so die Autoren, national abgegrenzten Abnahme- und Vergütungssystemen für EE-Strom gemeinschaftsrechtlich der Boden entzogen. In seinem Urteil über das StrEG habe der EuGH eine Prüfung des Gesetzes anhand der allgemeinen Bestimmungen des EGV zur Warenverkehrsfreiheit (heute geregelt in Art. 28 EGV) vorgenommen. Dabei habe er die Rechtmäßigkeit des Gesetzes unter Bezugnahme auf seine ständige Rechtsprechung bestätigt, nach der Beeinträchtigung der allgemeinen Warenverkehrsfreiheit unter bestimmten Voraussetzungen aus zwingenden Gründen der Umweltpolitik gerechtfertigt sein könnten, solange die betreffende Materie durch EG-Richtlinien nicht abschließend harmonisiert sei.⁸ Sobald die zweite Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie (2003/54/EG) vollständige Wirkung entfalte, sei jedoch von einer abschließenden Harmonisierung des betreffenden Rechtsbereichs auszugehen, so dass eine Berufung auf diese Überlegungen des EuGH nicht mehr möglich sei. Von diesem Zeitpunkt an komme es nur noch darauf an, ob das EEG mit den spezifizie-

* Stefan Klinski ist Professor für Wirtschafts- und Umweltrecht an der Fachhochschule für Wirtschaft Berlin (FHW Berlin).

1. Vgl. Verband der Elektrizitätswirtschaft (VDEW): Diskussionsvorschlag zur künftigen Förderung Erneuerbarer Energien: „Ausbauziele effizient erreichen“ (Vorschlag: Wechsel zu einer Quotenvorgabe für „Grünstrom-Zertifikate“), Berlin 2005. Dazu Bundesverband Erneuerbare Energien (BEE): Der VDEW-Vorschlag: Ineffizienz statt Effizienz (Positionspapier), Paderborn 2005.

2. Vgl. Karpenstein/Schneller, RdE 2005, 6 ff.

3. RL 2003/54/EG vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl. EG 2003 Nr. L 176, 37.

4. EuGH, Urt. v. 13.03.2001, Rs. C-379/98 (PreußenElektra), Slg. 2001, I-2099.

5. Vgl. Karpenstein/Schneller, RdE 2005, 6/7 f.

6. EuGH, Rs. C-379/98 (PreußenElektra), Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 54 ff./66.

7. Vgl. nur Oschmann, in: Danner/Theobald: Energierecht, VI EEG N 1 Einf., Rdnr. 53 ff. m.w.N.; Salje, EEG, 3. Aufl. 2005, Einf. Rdnr. 71 ff.; Brandt/Reshöft/Steiner, Hk-EEG, Einl. Rdnr. 98 ff.

8. Vgl. Karpenstein/Schneller, RdE 2005, 6/7 f.