



- Beschlusskammer 6 -

Beschluss

Az: BK6-07-037

In dem Besonderen Missbrauchsverfahren

der Braunschweiger Versorgungs-AG & Co. KG,
vertreten durch die Braunschweiger Versorgungs-Verwaltungs-AG, diese vertreten durch die
Herren Francis Kleitz, Kurt Lange und Dr. Ulrich Lehmann-Grube,
Taubenstraße 7, 38106 Braunschweig

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Appelhagen und Partner, Theodor-Heuss-
Strasse 5a, 38122 Braunschweig

zur Überprüfung des Verhaltens

des Herrn Hermann Klaas, Burgstraße 36, 49808 Lingen,

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Apel Höch und Partner, Westfalendamm 9, 44141
Dortmund

wegen: Verweigerung des Netzzugangs

hat die Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation,
Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch den Vorsitzenden Achim Zerres,
den Beisitzer Andreas Foxel sowie
den Beisitzer Rainer Busch

auf die mündliche Verhandlung vom 23.01.2008

am 10.06.2008 beschlossen:

1. Die Ablehnung der Gewährung von Netzzugang zu den von der Antragstellerin benannten Entnahmestellen durch den Antragsgegner verstößt gegen § 20 EnWG und wird untersagt.

2. Der Antragsgegner wird verpflichtet, der Antragstellerin Netzzugang zwecks Belieferung der von der Antragstellerin benannten Lieferstellen im Netz „Lookentorpassage“ des Antragsgegners zu angemessenen Bedingungen zu verschaffen und zu diesem Zweck der Antragstellerin einen den Netzzugang vermittelnden Vertrag anzubieten.

A.

I. 1. Der Antragsgegner ist Eigentümer der Einkaufspassage „Lookentor-Passage“ in Lingen (Niedersachsen). Hierbei handelt es sich um ein Einkaufszentrum, welches mehr als 40 verschiedene Einzelhandelsgeschäfte sowie zwei große Verbrauchermärkte (Extra-Markt, Media Markt) unter einem Dach vereint. Der Komplex wurde im März 2007 eröffnet.

Der Antragsgegner tritt gegenüber den Mietern und Geschäftsinhabern des Einkaufszentrums als Netzbetreiber und Stromlieferant auf. Die Ladengeschäfte werden über eine hauseigene Niederspannungsverteilung mit Strom versorgt, die wiederum über mehrere Transformatoren aus der Mittelspannungsebene des örtlichen Netzbetreibers – Stadtwerke Lingen – gespeist wird. Alle Elektrizitäts-Versorgungsanlagen des Einkaufszentrums sowie die Transformatoren stehen im Eigentum des Antragsgegners.

Zur Gewährleistung der Betriebsführung und Wartung der Anlagen hat der Antragsgegner die „Lookentor-Passage GmbH & Co. KG“ beauftragt. Diese hat ihrerseits technisches Personal angestellt, welches erforderliche Arbeiten durchführt. Den benötigten Strom bezieht der Antragsgegner von den Stadtwerken Lingen. Diese führen ferner die Belieferungsabwicklung sowie die Messung durch und nehmen im Namen des Antragsgegners die Abrechnungsdienstleistung für Netznutzung und Stromentnahme gegenüber den einzelnen Mietern durch.

Bei dem Einkaufszentrum des Antragsgegners handelt es sich um einen einheitlich erscheinenden und in sich abgeschlossenen Gebäudekomplex. An-

schlussnehmer an das hauseigene Niederspannungsnetz können nur Mieter des Einkaufszentrums werden.

Die Elektrizitäts-Verteilanlagen des Einkaufszentrums sind auf eine gleichzeitige Jahreshöchstlast von ca. 1.500 kW ausgelegt. Zum Zeitpunkt der Errichtung wurde von einer geplanten ausgespeisten Jahresarbeit von 5,5 Mio. kWh ausgegangen. Die Summe der mit den einzelnen Geschäften an deren jeweiligen Mieterübergabeeinheiten (MÜE) sowie den sonstigen Verbrauchseinrichtungen vereinbarten Anschlussleistungen beträgt ca. 2.400 kW (ohne Berücksichtigung der Gleichzeitigkeit).

Alle Mieter sind der vom Antragsgegner gegründeten „Lookentor Werbegemeinschaft GbR“ beigetreten. Deren Zweck besteht ausweislich des Gesellschaftsvertrages im Beraten und Beschließen von Maßnahmen auf dem Gebiet der Verkaufsförderung und Werbung. Die Beiträge der Gesellschafter zur Werbegemeinschaft berechnen sich im Verhältnis der Größe ihrer Ladenflächen. Die Verwaltungsgesellschaft „Lookentor-Passage GmbH & Co. KG“ ist ebenfalls Gesellschafter der Werbegemeinschaft.

Der Antragsgegner gibt an, seine Mieter gegenüber den Preisen des örtlichen Grundversorgers um etwa 1,0 ct/kWh günstiger zu beliefern.

Bereits unter dem 30.01.2007 hatte der Antragsgegner bei der Bundesnetzagentur die Anerkennung der zum Einkaufszentrum gehörenden Stromversorgungsanlagen als Objektnetz im Sinne des § 110 EnWG beantragt (Verfahren BK6-07-012).

2. Die Antragstellerin ist ein überregional tätiger Stromlieferant und beabsichtigt, drei in der Lookentor-Passage ansässige Einzelhandelsgeschäfte ([REDACTED], [REDACTED] sowie [REDACTED]) mit Strom zu beliefern. Zu diesem Zweck beehrte sie erstmals am 20.03.2007 gegenüber den Stadtwerken Lingen Netzzugang zu den entsprechenden Entnahmestellen im Einkaufszentrum. Zu diesem Zeitpunkt ging die Antragstellerin davon aus, dass die Stadtwerke Lingen im Einkaufszentrum als Netzbetreiber fungieren. Die Stadtwerke Lingen wiesen unter dem 23.03.2007 auf das bereits laufende Objektnetzverfahren bei der Bundesnetzagentur hin.

Die Antragstellerin beantragte bei der Bundesnetzagentur am 04.05.2007 die Einleitung eines besonderen Missbrauchsverfahrens, gerichtet gegen die Stadtwerke Lingen wegen unberechtigter Verweigerung des Netzzugangs (Verfahren BK6-07-021). Nachdem die Bundesnetzagentur die Stadtwerke Lingen sowie den Antragsgegner zur Frage der Netzbetreibereigenschaft angehört hatte und zu erkennen gab, dass vorliegend der nunmehrige Antragsgegner als Netzbetreiber anzusehen sei, nahm die Antragstellerin ihren Missbrauchsantrag gegen die Stadtwerke Lingen unter dem 22.08.2007 zurück und beantragte die Durchführung eines besonderen Missbrauchsverfahrens gem. § 31 EnWG gegen den jetzigen Antragsgegner.

Die Bundesnetzagentur hat die Akten aus den vorgenannten Verfahren BK6-07-012 sowie BK6-07-021 im gegenwärtigen Verfahren beigezogen.

II. Die Antragstellerin ist der Ansicht, der Antragsgegner habe ihr den begehrten Netzzugang zu gewähren, da er kein Objektnetz betreibe. Die Tätigkeit des Antragsgegners gehe über reine Vermietungs- und Verpachtungstätigkeiten nicht hinaus, ein nach § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG erforderlicher gemeinsamer übergeordneter Geschäftszweck sei nicht festzustellen. Darüber hinaus sieht sie den Nachweis, dass die umfängliche Anwendung der Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes auf die Tätigkeit des Antragsgegners zu einer unzumutbaren Erschwernis führe, durch den Antragsgegner nicht als erbracht an. Weiter bezweifelt die Antragstellerin das Vorliegen der personellen, technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Antragsgegners.

Nachdem die Antragstellerin ursprünglich die Einleitung eines Verfahrens nach § 30 EnWG begehrt hatte, beantragt sie nunmehr,

das Verhalten des Antragsgegners gem. § 31 EnWG daraufhin zu überprüfen, ob es mit den Vorgaben in den Bestimmungen der Abschnitte 2 und 3 des EnWG, den auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen sowie den nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden übereinstimmt.

Hierzu regt die Antragstellerin an, den Antragsgegner zu verpflichten, der Antragstellerin den Netzzugang zu den von der Antragstellerin zu beliefernden

im Objekt Lookenstraße 22, 49803 Lingen, rückwirkend zu den be-

antragten Zeiträumen ([REDACTED] zum 29.01.2007, [REDACTED] zum 15.02.2007 sowie [REDACTED] zum 01.03.2007) zu gestatten. Weiterhin regt die Antragstellerin an, den Antragsgegner zu verpflichten, den Netzzugang gegen Zahlung behördlich genehmigter Netzentgelte zu gewähren und hilfsweise einen Lieferantenrahmenvertrag mit der Antragstellerin abzuschließen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag vollumfänglich abzuweisen.

Er ist der Auffassung, die am 22.08.2007 beantragte Umstellung des Besonderen Missbrauchsverfahrens auf den jetzigen Antragsgegner mittels Antragsrücknahme und Stellung eines neuen Antrages sei unzulässig. Durch die Antragstellerin sei insoweit versäumt worden, die nach § 31 Abs. 2 EnWG zwingend vorzutragenden Informationen vollständig zu übermitteln, insbesondere den Namen, die Anschrift sowie die Unterschrift des Antragstellers. Auch sei es nicht zulässig, dass die Ausführungen der Antragstellerin aus dem durch Antragsrücknahme beendeten Verfahren BK6-07-021 nunmehr in diesem Verfahren verwertet würden.

Darüber hinaus sei der gestellte Antrag unbegründet. Die Stromversorgungsanlagen im Objekt des Antragsgegners besäßen die Eigenschaft eines Objektnetzes gem. § 110 EnWG, weshalb die Vorschrift des § 20 EnWG nicht anwendbar sei.

Der Antragsgegner vertritt die Ansicht, dass das in § 110 Nr. 2 EnWG enthaltene Tatbestandsmerkmal der unzumutbaren Erschwernis aufgrund vollständiger Regulierung des streitgegenständlichen Netzes nicht erst dann erfüllt sei, wenn die Verfolgung des gemeinsamen übergeordneten Geschäftszwecks, etwa unter Berücksichtigung der regulierungsbedingten Kosten, schlechthin nicht mehr möglich oder nicht mehr lukrativ sei.

Auch wenn im Grundsatz zu konzедieren sei, dass der von § 110 Nr. 2 EnWG geforderte gemeinsame übergeordnete Geschäftszweck sich nicht allein auf

die Versorgung der Anschlussnehmer mit Strom beschränken dürfe, so ergebe sich doch aus dem Regelungskontext des § 110 EnWG, dass hinsichtlich der Zumutbarkeitsprüfung allein auf den Betrieb des Objektnetzes abzustellen sei.

Weiter sei innerhalb dieses Prüfungsrahmens die vollständige Regulierung für den Netzbetreiber bereits dann als unzumutbar anzusehen, wenn sie den Objektnetzbetrieb entscheidend erschwere. Eine Unzumutbarkeit sei spätestens dann anzunehmen, wenn der Objektnetzbetreiber aufgrund der entstehenden regulatorischen Kosten bei betriebswirtschaftlicher Betrachtung zu dem Ergebnis komme, dass es günstiger sei, den Objektnetzbetrieb einzustellen und das Netz der Einkaufspassage stattdessen vom Betreiber des Netzes der allgemeinen örtlichen Versorgung betreiben zu lassen.

Das Motiv für die Einführung des energiewirtschaftsrechtlichen Regulierungsregimes sei jedenfalls bezüglich der etablierten Energienetzbetreiber die Erwartungshaltung gewesen, dass die Durchführung einer Regulierung trotz der dadurch ausgelösten Mehrkosten im Gesamtsaldo preissenkende Effekte entfalte. Hieraus rechtfertige sich die Durchführung einer Regulierung. Entsprechend müsse auch bei der Zumutbarkeitsabwägung im Rahmen der Objektnetzprüfung dieser Maßstab angelegt werden. Wenn nicht absehbar sei, dass die für das Netz der Einkaufspassage entstehenden Regulierungskosten auch wieder durch Einsparungen ausgeglichen werden könnten – etwa aufgrund gesteigerter Effizienz –, so entfalle die Legitimation für die Regulierung. So liege der Fall hier. Auch langfristig betrachtet seien preissteigernde Effekte für den Objektnetzbetrieb nicht zu vermeiden.

Schließlich sei zu beachten, dass die zur Entstehungsgeschichte des § 110 EnWG gehörende Bundesratsdrucksache 248/1/05 (neu) die Fallgruppe der Einkaufszentren ausdrücklich als Regelbeispiel eines Objektnetzes ausweise. Durch das Anlegen solch strenger Maßstäbe, wie es die Beschlusskammer bei der Fallgruppe der Dienstleistungsnetze zu tun beabsichtige, werde aus dem Regelbeispiel im Ergebnis eine extrem seltene Ausnahme.

Insbesondere würde die vollumfängliche Anwendung der Bestimmungen des EnWG den Betrieb des Netzes im Objekt „Lookentorpassage“ vorliegend unzumutbar erschweren. Hierzu führt der Antragsgegner aus, dass die Einhaltung sämtlicher regulatorischer Vorgaben – unabhängig davon, ob solchen Vorgaben durch den Antragsteller selbst oder durch externe Beauftragte nachgekommen werde – zu Mehrkosten von rund [REDACTED] EUR im Jahr führen werde. Diese setzen sich zusammen aus Kosten für

- die Gewährleistung des buchhalterischen und informatorischen Unbundlings (inklusive Erstellung, Prüfung und Offenlegung eines Jahresabschlusses nach den für Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften): [REDACTED] EUR/Jahr
- die Einhaltung der Vorgaben zu Geschäftsprozessen und Datenformaten zur Kundenbelieferung: [REDACTED] EUR/Jahr bei Beauftragung eines Dienstleisters
- Durchführung eines Antragsverfahrens zur Genehmigung von Netzentgelten: zwischen [REDACTED] und [REDACTED] EUR
- weitere allgemeine regulatorisch entstehende Kosten (Berichtspflichten, Begleitung regulatorischer Prozesse): ca. [REDACTED] EUR/Jahr.

Der Antragsgegner trägt weiter vor, die derzeit durch den Betrieb des Objektnetzes anfallenden jährlichen Kosten betragen demgegenüber etwa [REDACTED] €.

Zur Frage der personellen, technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit legt der Antragsgegner das ausgefüllte und unterzeichnete Formular der Bundesnetzagentur zur Erklärung über die Leistungsfähigkeit vor, ferner eine Übersicht zur Cash-Flow-Entwicklung für die Jahre 2003-2005.

Mit Schreiben vom 13.11.2007 hat die Beschlusskammer die Beteiligten darüber informiert, dass sie nach gegenwärtiger Einschätzung dazu tendiere, die Objektnetzeigenschaft anzunehmen und den Missbrauchsantrag als unbegründet abzuweisen. Die Beteiligten bekamen in der Folge Gelegenheit, zu diesem Hinweis Stellung zu nehmen und haben hiervon Gebrauch gemacht.

Nach nochmaliger Bewertung des gesamten Sachverhalts und nach kammerinterner Beratung hat die Beschlusskammer am 23. Januar 2008 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Im Rahmen dieser Verhandlung hat

die Beschlusskammer darauf hingewiesen, dass sie nach nochmaliger Beratung und in Abkehr vom ursprünglich erteilten rechtlichen Hinweis nunmehr dazu tendiere, die Objektneuzugenschaft zu verneinen und dem Missbrauchsantrag stattzugeben. Hierzu erhielten die Beteiligten im Rahmen der mündlichen Verhandlung sodann nochmals ausführlich Gelegenheit zur Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 23.05.2008 hat die Beschlusskammer die Beteiligten darüber informiert, dass aus personellen Gründen eine Beschlussfassung nicht mehr in identischer Besetzung der Kammer möglich ist wie in der mündlichen Verhandlung vom 23.01.2008. Die Beteiligten haben daraufhin erklärt, mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden zu sein.

III. Mit Schreiben vom 26.05.2008 hat die Beschlusskammer gemäß § 58 Abs. 1 Satz 2 EnWG dem Bundeskartellamt sowie der Landeskartellbehörde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die beiderseitig gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Verfahrensakte Bezug genommen.

B.

Der zulässige Antrag ist begründet.

Der Antragstellerin ist Netzzugang zum Netz des Antragsgegners zwecks Belieferung der von der Antragstellerin benannten Lieferstellen zu gewähren.

I. Zulässigkeit

Die Antragstellerin hat in zulässiger Weise einen Antrag gem. § 31 EnWG, gerichtet auf Überprüfung des Verhaltens des Antragsgegners im Hinblick auf dessen Konformität mit den Abschnitten 2 und 3 des dritten Teils des EnWG gestellt.

Das am 22.08.2007 bei der Behörde eingegangene Schreiben der Antragstellerin, in dem diese den gegen die Stadtwerke Lingen gerichteten Antrag nach § 31 EnWG zurückgenommen und einen entsprechenden Antrag gegen den Antragsgegner Hermann Klaas gestellt hat, enthielt bei förmlicher Betrachtungsweise zwar nicht alle in § 31 Abs. 2 EnWG genannten Angaben. Jedoch waren diese Daten der Kammer bereits aus den vorliegenden Unterlagen der Verfahren BK6-07-012 sowie BK6-07-021 bekannt. Das Insistieren auf der Einreichung eines nochmaligen förmlichen Antrages, der alle diese Angaben enthält, hätte sich insoweit als bloße Förmerei dargestellt und den Verfahrensablauf weder beschleunigt noch vereinfacht.

Die Heranziehung der zuvor genannten Verfahrensakten durch die Behörde ist in Ausübung des zu beachtenden Amtsermittlungsgrundsatzes auch berechtigterweise erfolgt. Die in § 68 EnWG aufgezählten Ermittlungsmaßnahmen stellen keinen abschließenden Katalog dar¹; der gleichfalls anwendbare § 26 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG nennt die Beiziehung von Akten ausdrücklich als Maßnahme zur Ermittlung des Sachverhaltes von Amts wegen.

¹ Salje, Kommentar zum EnWG, § 68 Rn. 6.

II. Begründetheit

Der Antrag ist auch begründet. Bei den vom Antragsgegner im Einkaufszentrum „Lookentorpassage“ betriebenen Elektrizitätsversorgungsanlagen handelt es sich um ein Netz, welches nicht die Anforderungen an ein Objektnetz im Sinne des § 110 EnWG erfüllt. Der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 20 EnWG zur Gewährung von Netzzugang liegen vor.

1. Versorgungsnetz

Die im Einkaufszentrum installierten Versorgungsstrukturen besitzen den Charakter eines Elektrizitätsversorgungsnetzes.

Für Elektrizitätsversorgungsnetze fehlt eine ausdrückliche gesetzliche Begriffsbestimmung. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist unter einem Versorgungsnetz die Gesamtheit der miteinander verbundenen Anlagenteile zur Übertragung oder Verteilung von Energie zu verstehen.² Erfasst werden daher alle Einrichtungen wie Freileitungen, Kabel und Transformatoren, Umspann- und Schaltanlagen mit Sicherungs- und Überwachungseinrichtungen, Schaltern etc., die zur Übertragung oder Verteilung elektrischer Energie notwendig sind. Dabei ist nicht zwingend, dass es sich um ein verzweigtes, über eine Vielzahl von Verknüpfungspunkten verfügendes Leitungssystem handelt.³ Gemäß § 3 Nr. 16 EnWG erstreckt sich das Elektrizitätsversorgungsnetz über eine oder mehrere Spannungsebenen.

Die Anlagen des Einkaufszentrums zur Versorgung mit Elektrizität stellen sich im Wege einer Gesamtbetrachtung als Versorgungsnetz dar. Einerseits erstrecken sie sich von der Mittelspannungsebene ausgehend über die installierten Transformatoren bis zur Niederspannungsebene und umfassen damit mehrere Spannungsebenen. Des Weiteren erfolgt in jedem Ladengeschäft eine Übergabe des Anschlusses an den jeweiligen Anschlussnehmer mittels einer sogenannten Mieter-Übergabe-Einheit („MÜE“). Diese dient augenscheinlich dazu, Verantwortungsbereiche zwischen dem Betreiber des Versorgungsnetzes des Einkaufszentrums und der Kundenanlage des jeweiligen Ladenlokals abzugrenzen. Nach dem vom Antragsgegner vorgelegten Merkblatt „Technische Beschreibung und Sicherheitskonzept“ hat sich der jeweilige Mieter zu ver-

² vgl. BGH RdE 2005, S. 79, 80; Schau IR 2007, 98 ff, 100 m.w.N.

³ vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.04.2006, VI-3 Kart 143/06 (V), Juris-Rn. 20.

pflichten, Anlagen und Verbrauchsgeräte so zu betreiben, dass Störungen anderer Anschlussnehmer oder –nutzer ausgeschlossen sind. Der Antragsgegner, der sich in diesem Merkblatt auch selbst als „Netzbetreiber“ bezeichnet, behält sich ferner die Befugnis vor, die Mieteranlagen auch nach Inbetriebsetzung zu überprüfen. All dies ist für den Betrieb eines Versorgungsnetzes typisch.

2. Netzbetreibereigenschaft

Der Antragsgegner ist unter Berücksichtigung der von ihm vorgelegten Unterlagen und Verträge auch selbst als der Netzbetreiber dieser Anlagen anzusehen. Zwar hat er Betriebsführungs- und Wartungsaufgaben auf die „Lookentor Passage GmbH & Co. KG“ mittels eines Geschäftsbesorgungsvertrages übertragen und hat weiterhin die Stadtwerke Lingen mit der eigentlichen Strombelieferung, der Messung und Abrechnung beauftragt. Im Übrigen hat der Antragsgegner aber glaubhaft dargelegt, dass Letztentscheidungen über Investitionen, Netzerweiterungen oder anderweitige Maßnahmen von gewisser Tragweite von ihm allein getroffen werden und der Antragsgegner im Ergebnis für den Netzbetrieb verantwortlich zeichnet. Konkrete gegenteilige Anhaltspunkte ergaben sich weder aus den vorgelegten Verträgen noch aus den diesbezüglichen Ausführungen der Antragstellerin.

3. Objektnetzeigenschaft

Das vom Antragsgegner betriebene Netz erfüllt nicht die Voraussetzungen an ein Objektnetz im Sinne des § 110 EnWG. Während bereits die Varianten 1 und 3 des § 110 Abs. 1 EnWG offenkundig nicht einschlägig sind, liegen insbesondere die Voraussetzungen des § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG nicht vollständig vor.

Die gesetzgeberisch in § 110 EnWG anerkannte Freistellung der Objektnetze von gewissen regulatorischen Belastungen resultiert allein aus der Tatsache, dass für sich betrachtet abgrenzbare abgeschlossene Einheiten einen Netzbetrieb und eine Stromversorgung aufgebaut haben, die exakt auf ihre Bedürfnisse zugeschnitten ist.

So ist die im Gesetzgebungsverfahren zunächst nur im Hinblick auf damals so genannte Werksnetze (§ 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG) gegebene Begründung zu

verstehen, man wolle ursprünglich als Kundenanlagen entstandene und aufgrund späteren Standortausbaus vergrößerte Versorgungsstrukturen nicht in Gänze den regulatorischen Verpflichtungen des EnWG unterwerfen⁴. Im Grundsatz liegt die gleiche Interessenlage auch der später hinzugekommenen Variante der so genannten Dienstleistungsnetze (§ 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG) zugrunde. Die Gleichstellung der Dienstleistungsnetze mit den Betriebsnetzen ist erfolgt, um industrielle Arealversorgungen nicht besser zu behandeln als vergleichbare Versorgungskonstellationen im Dienstleistungsbereich⁵.

Mit der Anerkennung von Objektnetzen wollte der Gesetzgeber dagegen keine großflächige Herauslösung von Inselnetzen forcieren, erst recht nicht dadurch verschärft, dass diejenigen Netzbetreiber mit Objektnetzstatus aufgrund niedrigerer regulatorischer Anforderungen und Kosten einen ihnen gesetzlich verschafften Wettbewerbsvorteil genießen. Aus diesem Grund sind die Anforderungen, die an die Annahme eines in weiten Teilen von den Verpflichtungen des Energiewirtschaftsgesetzes befreiten Objektnetzes zu stellen sind, streng auszulegen und zu prüfen. Sie müssen stets der Tatsache Rechnung tragen, dass eine als Netz zu qualifizierende Versorgungsstruktur im Regelfall allen energiewirtschaftsrechtlichen Verpflichtungen zu unterliegen hat und beim Bestehen von diesbezüglichen Restzweifeln nicht für, sondern gegen die Annahme eines Objektnetzes zu entscheiden ist.

a) Kein Netz der allgemeinen Versorgung

Zwar handelt es sich bei dem Versorgungsnetz der „Lookentorpassage“ nicht um ein Netz der allgemeinen Versorgung. Bereits die bauliche Abgeschlossenheit des Gebäudekomplexes spricht dagegen, eine Anschluss- und Versorgungsmöglichkeit für die Versorgung jedes Letztverbrauchers anzunehmen, wie es nach § 3 Nr. 17 EnWG erforderlich wäre. Darüber hinaus ist zwischen den Beteiligten unstrittig, dass es nur die Mieter der Ladengeschäfte sowie möglicherweise die Betreiber sonstiger Serviceeinrichtungen des Einkaufszentrums sind, die einen Anschluss an das Netz der Einkaufspassage erhalten können. Auch steht die leistungsmäßige Gesamtdimensionierung des Netzes auf eine die Gleichzeitigkeit berücksichtigende Höchstlast von 1.500 kW zu den insgesamt vertraglich zugesagten Netzanschlusskapazitäten in Höhe von 2.400 kW in einem solchen Verhältnis, dass von einem in sich geschlossenen

⁴ BT-Drucks. 15/3917, S. 75.

⁵ BR-Drucks. 248/1/05 (neu), S. 10.

System auszugehen ist, welches keine nennenswerten weiteren Anschlüsse zulässt.

b) Räumlich zusammengehörendes privates Gebiet

Das Netz befindet sich auf einem räumlich zusammengehörenden privaten Gelände. Das Gebiet befindet sich nach Angaben des Antragsgegners im Eigentum einer Privatperson. Ausweislich des vorgelegten Katasterplans ist der Gebäudekomplex auch nicht durch Unterbrechungen gekennzeichnet, die die räumliche Zusammengehörigkeit in Frage stellen würden.

c) Gemeinsamer übergeordneter Geschäftszweck

Die Beschlusskammer hat bereits ernstliche Zweifel, ob im vorliegenden Fall ein gemeinsamer übergeordneter Geschäftszweck gegeben ist, der den Antragsteller als Netzbetreiber sowie die Mieter der Einkaufspassage miteinander verbindet und dadurch bestimmbar macht.

Eine positive Definition dessen, was unter einem gemeinsamen Geschäftszweck zu verstehen ist, findet sich in § 110 EnWG nicht. Dort ist lediglich die Negativabgrenzung enthalten, wonach Vermietungs- und Verpachtungsverhältnisse jedenfalls nicht ausreichen. Aus der gesetzlichen Systematik lässt sich ferner entnehmen, dass die reine Tätigkeit der Energieversorgung nicht als alleiniger gemeinsamer Geschäftszweck ausreicht, denn dies wäre in nahezu jeder Konstellation einer leitungsgebundenen Energieversorgung festzustellen und damit kein taugliches Abgrenzungskriterium mehr⁶.

Das Vorliegen eines gemeinsamen übergeordneten Geschäftszwecks mag dort zu bejahen sein, wo die Gesamtheit der angeschlossenen Entnahmekunden sowie der Netzbetreiber gleichsam als Gemeinschaft nach außen auftritt und sich erkennbar der Verfolgung eines bestimmten Ziels verschrieben haben. Stets bedarf es außerdem der Abgrenzung zwischen einer echten gemeinschaftlichen Geschäftszwecksverfolgung und einer bloßen Verfolgung parallelgerichteter Individualinteressen durch mehrere Personen.⁷

⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.04.2006, VI-3 Kart 143/06 (V), Juris-Rn. 35.

⁷ so auch Objektnetz-Merkblatt der Bundesnetzagentur vom 07.09.2006, S. 4, abrufbar unter [http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/7462.pdf#search="objektnetz"](http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/7462.pdf#search=).

Bei den Mietern einer Einkaufspassage, zumal bei den dort schwerpunktmäßig vorzufindenden Großfilialisten, liegt zunächst die Annahme nicht fern, dass die Entscheidung für einen Geschäftsstandort weit überwiegend durch die Attraktivität der Lage, die Infrastrukturanbindung sowie durch die Kundenfrequenzierung der Lokalität bestimmt wird und das Hauptziel der Ansiedlung in der eigenen Umsatzmaximierung zu suchen ist, was eher für die jeweilige Verfolgung eines Individualinteresses spräche.

Zugleich darf bei einer Einkaufspassage nicht verkannt werden, dass die gegebene räumliche Abgeschlossenheit des Komplexes es in besonderer Weise notwendig macht, dass gerade auch das sortimentsbezogene Arrangement der vorzufindenden Geschäfte in sich stimmig ist und die Bedürfnisse eines möglichst großen Kundenkreises anspricht. Insofern dürfte jeder ansässige Geschäftsinhaber auch ein grundsätzliches Interesse daran haben, dass die Einkaufspassage als Ganzes auf die Kunden einen positiven und stimmigen Eindruck vermittelt. Hierzu gehört typischerweise auch, dass die Einkaufspassage unter einem Markennamen (hier „Lookentorpassage“) auftritt und zumeist auch durch Zeitungsinserate unter einem einheitlichen Layout die Anzeigen der Geschäfte verbreitet. Dies wie auch die Teilnahme der Ladeninhaber an einer „Werbegemeinschaft“, die solche Aktionen plant und koordiniert, würde für das Vorliegen eines gemeinschaftlichen Geschäftszwecks sprechen.

Allerdings sind Marketing- und Werbegemeinschaften ebenso häufig auch bei sonstigen Geschäften einer beliebigen Innenstadt vorzufinden. Auch dort gibt es regelmäßig wiederkehrende Aktionen, mit denen breite Kundenkreise angesprochen werden sollen, etwa die Veranstaltung verkaufsoffener Sonntage oder saisonaler Straßenfeste. Auch dort ist den Inhabern von Geschäften ein grundsätzliches Interesse daran nicht abzuspüren, dass die Geschäftsstraße oder Fußgängerzone ansprechend und sauber wirkt und insgesamt ein interessantes Gesamtsortiment vorhält. Zwar haben die einzelnen Inhaber in der Regel keinen Einfluss darauf, an welche Anbieter die Ladenlokale in der Nachbarschaft vermietet werden. Doch auch im Falle der Einkaufspassage ist die Frage zu stellen, ob der durchschnittliche Mieter dort einen nennenswerten Einfluss auf die Auswahl der weiteren Geschäfte hat.

Im konkreten Fall hat der Antragsgegner keine Umstände vorgetragen, die den Schluss zulassen, dass ein einzelner Mieter in der „Lookentorpassage“ einen nennenswerten Einfluss auf die Auswahl der sonstigen Mieter hat. Entsprechendes ergibt sich weder aus dem der Kammer vorliegenden „Mietvertrag für gewerbliche Räume im Einkaufszentrum Lookentor-Passage“ noch aus dem

Gesellschaftsvertrag der Werbegemeinschaft Lookentor. Darüber hinaus spricht auch das Erscheinungsbild der Passage – abgesehen von der insoweit einheitlichen Betitelung „Lookentorpassage“ - eher für die Annahme einer überdachten Fußgängerzone als für das Vorliegen eines Objektes, bei dem ein übergeordneter gemeinsamer Geschäftszweck in charakteristischer oder stilbildender Weise für eine ganz bestimmten Auswahl von Geschäften gesorgt hat.

d) Unzumutbare Erschwernis

Nach Überzeugung der Beschlusskammer kann vorstehende Frage indes dahinstehen. Denn jedenfalls ist festzustellen, dass die Unterwerfung des Netzes des Antragsgegners unter die vollständigen Regulierungsvorgaben des EnWG nicht dazu führt, dass die Verfolgung des vorgetragenen gemeinsamen übergeordneten Geschäftszwecks unzumutbar erschwert würde.

Die Beschlusskammer hat insoweit in Abkehr von dem bereits am 13.11.2007 innerhalb des Missbrauchsverfahrens an die Beteiligten erteilten rechtlichen Hinweis ihre Auffassung aus den nachfolgend genannten Erwägungen heraus geändert.

aa) Zunächst ist festzustellen, dass die Verbindlichkeit und Anwendbarkeit des Tatbestandsmerkmals der unzumutbaren Erschwernis vorliegend in keiner Weise dadurch in Frage gestellt werden kann, dass sich in der Bundesrats-Drucksache 248/1/05 (neu) vom 22.04.2005, S. 9, die Erwähnung von Einkaufszentren findet.

Der Beschlusskammer sind durchaus ältere Entscheidungen von Landesregulierungsbehörden bekannt, die bei Einschlägigkeit einer der in obiger Drucksache erwähnten Fallgruppen dem Tatbestandsmerkmal der unzumutbaren Erschwernis keine besondere Bedeutung mehr zugemessen haben. Die Kammer sieht sich dadurch nicht an der von ihr für zutreffend erachteten Gesetzesanwendung gehindert.

Zwar enthielt die angeführte Drucksache des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates erstmals unter dem dortigen Entwurf des § 110 Abs. 1 b) EnWG vorschlagsweise eine Vorläuferregelung für die heute als „Dienstleistungsnetz“ bekannte Variante. Diese zeichnete sich jedoch dadurch aus, dass das Tatbestandsmerkmal der unzumutbaren Erschwernis gerade noch nicht im Geset-

zesentwurf enthalten war. Es ist erst später im Gesetzgebungsverfahren hinzu gekommen.

Aus diesem Grund kann bereits nicht unterstellt werden, der Gesetzgeber sei auch bei Verabschiedung des EnWG noch davon ausgegangen, bei Vorliegen eines der in obiger Drucksache erwähnten Fälle müsse das Vorliegen eines Objektnetzes angenommen werden. Vielmehr lässt die spätere Einfügung unter anderem des Tatbestandsmerkmals der „unzumutbaren Erschwernis“ darauf schließen, dass der Gesetzgeber sich die Erwägungen des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates in dieser Form gerade nicht zu Eigen gemacht hat.

In der Auffassung, dass eine Zumutbarkeitsprüfung als Prüfungshürde auf dem Weg zur Anerkennung eines Objektnetzes ernst zu nehmen ist, fühlt sich die Kammer auch durch die am 22. Mai 2008 ergangene Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften in der Vorlegesache C-439/06 bestätigt. Dort hatte das Oberlandesgericht Dresden⁸ ein Verfahren bezüglich der Anerkennung eines Objektnetzes nach § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG ausgesetzt und dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt. Das OLG Dresden hatte konkrete Zweifel, ob die dort einschlägige Variante „Betriebsnetz“ (§ 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG) aufgrund des Fehlens der Voraussetzung der unzumutbaren Erschwernis bei Gewährleistung vollen Netzzugangs mit Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie 2003/54/EG noch vereinbar ist. Mit Urteil vom 22.05.2008 hat der EuGH bestätigt, dass Art. 20 Abs. 1 der zitierten Richtlinie einer Freistellung im Sinne des § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG entgegensteht.

Die Beschlusskammer hält auch aus einem weiteren Grund eine Bezugnahme auf das in der Bundesrats-Drucksache 248/1/05 vorkommende Beispiel des Einkaufszentrums nicht für angezeigt: In der Drucksache wird die Nennung dieses Beispiels mit folgender Begründung verbunden:

„In verschiedenen Fällen ... akzeptieren die Energieabnehmer gemeinhin die Anschlussbedingungen und die Energielieferung auf Grund einer umfassenderen Interessenlage im Rahmen eines vertraglichen Gesamtpakets.“

⁸ Entscheidung vom 17.10.2006, Az. W 1109/06 Kart.

Aus dem zur Entscheidung anstehenden Begehren der Antragstellerin auf Gewährung von Netzzugang als Ausdruck der Verwirklichung einer freien Lieferantenwahl wird hingegen deutlich, dass es an der durchgängigen Akzeptanz eines solchen Gesamtlieferungspaketes aus Netzbereitstellung und Energielieferung bei den Insassen des Netzes vorliegend gerade fehlt.

bb) Der Antragsteller hat weiterhin nicht zur Überzeugung der Kammer darlegen können, dass die Anwendung sämtlicher regulatorischer Vorgaben ihm die Verwirklichung des beabsichtigten Geschäftszwecks unzumutbar erschweren würde.

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG muss sich die vom Netzbetreiber darzulegende unzumutbare Erschwernis, die durch die Anwendung der Teile 2 und 3 sowie der §§ 4, 52 und 92 EnWG hervorgerufen würde, gerade auf die Verfolgung eines gemeinsamen übergeordneten Geschäftszwecks beziehen.

Eine Erschwernis kann einem Rechtsträger dann nicht zugemutet werden, wenn sie einen übermäßigen, nicht mehr zu rechtfertigenden Eingriff in seinen Rechts- und Interessenkreis zur Folge hat. Dies wäre im Fall des § 110 EnWG gegeben, wenn die mit der umfänglichen Regulierung verbundenen Nachteile für die am Geschäftszweck Beteiligten deutlich schwerer wiegen, als die Vorteile, die der Allgemeinheit oder den in dem Netz angeschlossenen Letztverbrauchern aus einer uneingeschränkten Regulierung erwachsen⁹.

Der Umstand, dass die Befolgung der regulatorischen Vorgaben einen gegebenenfalls erheblichen wirtschaftlichen Aufwand mit sich bringt, kann für die Annahme einer unzumutbaren Erschwernis allein noch nicht ausreichen. Dieser Aufwand entsteht auch für alle anderen Energieversorgungsnetze unabhängig von ihrer jeweiligen Größe und der Zahl der an sie angeschlossenen Letztverbraucher. Ein bloßes Interesse, von den ökonomischen Nachteilen einer Regulierung ausgenommen zu werden, dürfte daher allein für sich genommen nicht schützenswert sein.

Die ökonomischen oder sonstigen Nachteile, die für alle am gemeinsamen Geschäftszweck beteiligten Personen durch die vollumfängliche Regulierung entstehen würden, müssten also von solcher Erheblichkeit sein, dass die Verfol-

⁹ so auch Objektnetz-Merkblatt der Bundesnetzagentur vom 07.09.2006, S. 5, abrufbar unter [http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/7462.pdf#search="objektnetz"](http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/7462.pdf#search=)

gung dieses Geschäftszweckes dadurch in ihren Grundlagen in Frage gestellt oder nahezu verhindert würde.

Eine solche Feststellung vermochte die Beschlusskammer unter Berücksichtigung der vom Antragsgegner vorgelegten Kostenprognose nicht zu treffen.

Der Antragsgegner hat aufgeschlüsselt, welche Kosten ihm durch die Einhaltung sämtlicher Regulierungsvorgaben entstehen würden. Die Summe der jährlich entstehenden Kosten hat er dabei mit ca. 110.000 EUR beziffert. Legte man diese regulierungsbedingten Kosten auf den vom Antragsgegner angepeilten Stromdurchsatz in Höhe von 5,5 Mio. kWh um, so ergäbe sich eine regulierungsbedingte Preiserhöhung von schätzungsweise 2 ct/kWh.

Betrachtet man die für die Mieter der Lookentor-Passage geltenden Strompreise unter Zugrundelegung des vom Antragsgegner beigereichten Objektnetz-Preisblatts, so ist festzustellen, dass im Falle eines angenommenen Kunden mit einer Jahresentnahme von ca. 90.000 kWh ein Strompreis von ca. 13,7 ct/kWh zu zahlen wäre. Ein Großkunde (etwa ein großer Verbrauchermarkt) mit einer angenommenen Jahresentnahme von 250.000 kWh hätte nach dem Preisblatt des Antragsgegners je nach maximaler Leistungsentnahme einen Strompreis zwischen 14,5 und 15,2 ct/kWh zu zahlen. Bei dieser Berechnung sind etwaige Grundpreise und Leistungspreise auf die Arbeitspreise umgelegt worden. Rechnet man diesen spezifischen Strompreisen die vom Antragsgegner vorgetragenen regulierungsbedingten Mehrkosten von ca. 2 ct/kWh hinzu, so ergäbe sich für Anschlusskunden mit einer Jahresentnahme von 90.000 kWh ein Strompreis von ca. 15,7 ct/kWh, für Großverbraucher mit 250.000 kWh ein Preis zwischen 16,5 und 17,2 ct/kWh.

Dieses sich einstellende Preisniveau für sich betrachtet ist nach Überzeugung der Beschlusskammer hingegen nicht geeignet, um bereits eine Unzumutbarkeit im Hinblick auf die Verwirklichung des gemeinsamen Geschäftszwecks anzunehmen. Denn ein Vergleich dieser Preise mit Strompreisen, die Stromkunden im Netz der allgemeinen Versorgung der örtlichen Stadtwerke Lingen bei freier Lieferantenwahl erzielen können, zeigt, dass eine vollständige Regulierung des Stromnetzes der Lookentorpassage keineswegs zu erheblich überhöhten Preisen führen würde.

| | Preise in einem „Objektnetz Lookentorpassage“ | Antragsgegner als Lieferant und vollständige Regulierung des Netzes | 1-2-3 Energie als Lieferant im allg. Netz der SW Lingen | BS Energy als Lieferant im allg. Netz der SW Lingen | Stadtwerke Lingen Vertrieb (allg. Tarif) im allg. Netz der SW Lingen | Stadtwerke Lingen Vertrieb (Sondertarif) im allg. Netz der SW Lingen |
|---|---|---|---|---|--|--|
| Kunde mit 90.000 kWh Entnahme/Jahr | Ca. 13,7 ct/kWh | Ca. 15,7 ct/kWh | Ca. 15,17 ct/kWh | Ca. 15,53 ct/kWh | Ca. 16,95 ct/kWh | Ca. 16,56 ct/kWh |
| Kunde mit 250.000 kWh Entnahme/Jahr und 120 kW maximaler Leistung | Ca. 14,5 ct/kWh | Ca. 16,5 ct/kWh | k.A. | k.A. | Ca. 16,9 ct/kWh | Ca. 16,49 ct/kWh |
| Kunde mit 250.000 kWh Entnahme/Jahr und 160 kW maximaler Leistung | Ca. 15,2 ct/kWh | Ca. 17,2 ct/kWh | k.A. | k.A. | Ca. 16,9 ct/kWh | Ca. 16,49 ct/kWh |
| | | | | | | |
| | | | | | | |

(Gewerbekundenpreise aus öffentlichen Internet-Preislisten entnommen, jeweils ohne Umsatzsteuer, Stand 22.01.2008, eventuelle Grund-/ Leistungs- und Messpreise in allen Varianten auf die Arbeitspreise umgelegt)

Darüber hinaus vermag die Kammer auch nicht zu erkennen, dass die Ausübung eines gemeinsamen übergeordneten Geschäftszwecks unter qualitativen Gesichtspunkten dadurch unzumutbar erschwert würde, dass den Netzinssassen die durch das EnWG zugestandenen Rechte, namentlich die freie Lieferantenwahl, vollumfänglich zugestanden würde. Ein solcher Fall mag dort in Erwägung gezogen werden, wo das Gesamtkonzept des Einkaufszentrums streng auf das Angebot von Produkten von besonderem ökologischem Wert ausgerichtet ist und aus diesem Grund auch der Strombedarf passend zum Gesamtkonzept vollständig aus erneuerbaren Energien oder anderen als ökologisch wertvollen Erzeugungsverfahren gedeckt werden soll. In einer solchen Konstellation könnte die Gewährung einer freien Lieferantenwahl, die dazu führt, dass Teile der ansonsten ökologisch verpflichteten Insassen insoweit aus dem gemeinsamen Konzept ausscheren, möglicherweise für eine Unzumutbarkeit sprechen. Ein damit vergleichbarer Fall ist vorliegend aber nicht gegeben.

4. Netzzugangsanspruch

Da die Anwendbarkeit des § 20 EnWG nicht durch § 110 EnWG ausgeschlossen ist und die weiteren Voraussetzungen dieser Anspruchsnorm vorliegen, kann sich die Antragstellerin auch erfolgreich auf das ihr gesetzlich eingeräumte Recht auf Netzzugang zum Netz der Antragsgegnerin berufen.

III. Eine Gebührenfestsetzung für dieses Verfahren erfolgt mittels eines gesonderten Bescheides.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

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

Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

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

Achim Zerres
Vorsitzender

Andreas Foxel
Beisitzer

Rainer Busch
Beisitzer