



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 55/08

Verkündet am:
6. Mai 2009
Bott
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: _____ ja

Industriepark Altmark

EnWG § 110 Abs. 1 Nr. 2

Der gemeinsame übergeordnete Geschäftszweck i.S. des § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG setzt eine funktionale Verbindung der an das Netz angeschlossenen Letztverbraucher voraus.

BGH, Beschluss vom 6. Mai 2009 - EnVR 55/08 - OLG Naumburg

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Mai 2009 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Dr. Raum, Dr. Strohn und Dr. Kirchhoff

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 25. Oktober 2007 wird auf Kosten der Antragstellerin zurückgewiesen.

Gründe:

- 1 I. Die Stadt A. unterhält - über einen Eigenbetrieb - in dem auf ihrem Gebiet gelegenen Industrie- und Gewerbepark Altmark ein Elektrizitätsversorgungsnetz mit drei Transformatoren zur Umspannung von 110 kV auf 30 kV, verschiedenen Schaltanlagen und Leitungen auf der Spannungsebene 30 kV. Außerdem betreibt sie dort einen Hafen und Eisenbahnbetriebsanlagen. Versorgt werden damit die beiden Beigeladenen, die Z. S. GmbH (im Folgenden: Z.) und die D. GmbH (im Folgenden: D.), die eine Zellstofffabrik und eine Papierfabrik betreiben. Im Übrigen befinden sich in dem Industriepark noch einige kleinere Gewerbetreibende, die über ein ebenfalls auf dem Gelände verlegtes Energieversorgungsnetz der E. A. mit Strom in Niederspannung versorgt werden.

2 Die Stadt A. hat bei der Landesregulierungsbehörde beantragt festzustellen, dass ihr Infrastrukturbetrieb ein Objektnetz i.S. des § 110 Abs. 1 EnWG betreibe. Die Landesregulierungsbehörde hat diesen Antrag abgelehnt. Die dagegen von der Antragstellerin eingelegte Beschwerde hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen (OLG Naumburg ZNER 2008, 75). Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Rechtsbeschwerde der Antragstellerin.

3 II. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig. Sie ist insbesondere fristgerecht eingelegt worden.

4 Die Antragstellerin hat die Rechtsbeschwerde allerdings beim Bundesgerichtshof und nicht beim Oberlandesgericht Naumburg eingelegt, wie es nach dem Wortlaut des § 88 Abs. 3 Satz 1 EnWG erforderlich gewesen wäre. Damit hat sie aber die in dieser Vorschrift angeordnete Frist zur Einlegung des Rechtsmittels eingehalten.

5 Der Senat hat hinsichtlich der vergleichbaren Rechtslage im kartellrechtlichen Verfahren angenommen, dass die Einlegung der Rechtsbeschwerde bei dem nach § 76 Abs. 3 Satz 1 GWB (= § 75 GWB a.F.) an sich dafür nicht vorgesehenen Bundesgerichtshof die Frist zur Einlegung des Rechtsmittels wahrt (Beschl. v. 3.7.1976 - KVR 4/75, GRUR 1977, 169, 170 - Vitamin B 12, insofern nicht in BGHZ 67, 104). Das Schrifttum ist dem ganz überwiegend gefolgt (K. Schmidt in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 76 Rdn. 3; Kollmorgen in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 76 GWB Rdn. 6; MünchKommWettbR/Nothdurft, § 76 GWB Rdn. 6; Mees in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, GWB, § 76 Rdn. 13; a.A. Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 76 Rdn. 5). Es besteht kein Anlass, für das energiewirtschaftsrechtliche Verfahren anders zu entscheiden.

6 Der Gesetzgeber hat bei der Schaffung des Energiewirtschaftsgesetzes
2005 die verfahrensrechtlichen Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbs-
beschränkungen weitgehend übernommen. Speziell zu dem mit § 76 GWB - ab-
gesehen von der unterschiedlichen Nummerierung der in Bezug genommenen
Vorschriften - wortgleichen § 88 EnWG heißt es in der Gesetzesbegründung
lediglich, die Vorschrift "übernehme" den § 76 GWB (Begr.RegE, BR-
Drucks. 613/04, S. 140). Das schließt die Auslegung dieser Norm durch die
Rechtsprechung ein.

7 III. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

8 1. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung aus-
geführt:

9 Die allein in Betracht kommenden Voraussetzungen des § 110 Abs. 1
Nr. 2 EnWG lägen nicht vor. Dabei könne offenbleiben, ob der Industriepark
Altmark ein räumlich zusammengehörendes privates Gebiet im Sinne der Vor-
schrift darstelle. Auch sei nicht entscheidungserheblich, ob der gemeinsame
übergeordnete Geschäftszweck allein zwischen den Letztverbrauchern beste-
hen müsse oder ob auch das Verhältnis zu dem Netzbetreiber mit einbezogen
werden könne. Denn jedenfalls fehle es in beiden Beziehungen an einem über-
geordneten Geschäftszweck.

10 Dieses Merkmal des § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG sei in Anlehnung an § 110
Abs. 1 Nr. 1 EnWG eng auszulegen. Ein gemeinsamer übergeordneter Ge-
schäftszweck liege nach den Gesetzesmaterialien nur dann vor, wenn "gemein-
hin die Anschlussbedingungen und die Energielieferung aufgrund einer umfas-
senderen Interessenlage im Rahmen eines vertraglichen Gesamtpakets" akzep-
tiert würden. Dafür reiche nicht aus, dass die Beteiligten nur durch die Energie-

lieferung und die gemeinsame Nutzung der Infrastruktur miteinander verbunden seien, auch wenn dieses Nebeneinander an einem Standort für alle Beteiligten große Vorteile für ihre jeweiligen Geschäftszwecke mit sich bringe.

11 Nach diesen Grundsätzen liege ein gemeinsamer Geschäftszweck hier nicht vor. Die Produktionsprozesse der Beigeladenen seien nicht aufeinander bezogen. Es bestehe keine "Wertschöpfungskette Zellstoff". Es fehle auch an einem umfassenden Dienstleistungspaket der Antragstellerin. Die Energieversorgung und der Anschluss an den Hafen und die Eisenbahnanlagen reichten dafür nicht aus. Schließlich seien auch die strukturpolitischen Ziele, die die Antragstellerin mit ihrer öffentlich geförderten Industrie- und Regionalpolitik verfolge, kein gemeinsamer Geschäftszweck.

12 2. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Rechtsbeschwerde stand.

13 a) Ohne Rechtsfehler hat das Beschwerdegericht ausgeführt, dass die Anerkennung eines Betriebs- oder Werksnetzes i.S. des § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG - unabhängig davon, ob diese Norm wegen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht insgesamt nicht anzuwenden ist (vgl. EuGH, Urt. v. 22.5.2008 - C-439/06 Slg. 2008, I-3913 = RdE 2008, 245 - Flughafen Leipzig/Halle) - nicht möglich ist, weil schon die Voraussetzungen nicht vorliegen. Das hier in Rede stehende Netz dient nicht dem Transport von Energie innerhalb des eigenen Unternehmens oder zu verbundenen Unternehmen i.S. des § 3 Nr. 38 EnWG.

14 b) Auch die Merkmale eines Dienstleistungsnetzes nach § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG sind nicht erfüllt, wie das Beschwerdegericht zutreffend angenommen hat.

- 15 Als Dienstleistungsnetz im Sinne dieser Vorschrift kann ein Energieversorgungsnetz - abgesehen von weiteren Voraussetzungen - nur dann anerkannt werden, wenn es sich auf einem räumlich zusammengehörenden privaten Gebiet befindet und dem Netzbetreiber oder einem Beauftragten dazu dient, durch einen gemeinsamen übergeordneten Geschäftszweck bestimmbare Letztverbraucher mit Energie zu beliefern.
- 16 Jedenfalls die Voraussetzungen eines gemeinsamen übergeordneten Geschäftszwecks sind nicht erfüllt.
- 17 aa) Ein gemeinsamer übergeordneter Geschäftszweck i.S. des § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG setzt eine funktionale Verbindung der an das Netz angeschlossenen Letztverbraucher voraus, die darauf gerichtet ist, aufeinander bezogene und voneinander abhängige Leistungen zu erbringen, beispielsweise im Sinne einer Wertschöpfungskette, wobei die Letztverbraucher nach außen als Einheit auftreten. Nicht genügend ist gemäß § 110 Abs. 1 Nr. 2 lit. a EnWG die reine Vermietung und Verpachtung, ebenso wenig aber auch die bloße Gewährung von Stromversorgung und sonstigen logistischen Leistungen, auch wenn diese als "Gesamtpaket" angeboten werden (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.8.2007 - 3 Kart 200/07, juris Tz. 59; Kussel, N&R 2007, 21, 25; a.A. Stötzel in Britz/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, § 110 Rdn. 9). Für einen gemeinsamen übergeordneten Geschäftszweck reicht danach nicht aus, dass die Nutzer mit dem Ziel zusammenwirken, ihre je eigenen Zwecke lediglich zu ihrem wechselseitigen Nutzen zu verwirklichen (so aber Salje, Energiewirtschaftsgesetz, § 110 Rdn. 45 ff.; noch weiter de Wyl/Becker, ZNER 2006, 101, 108).
- 18 Dieses enge Verständnis des gemeinsamen Zwecks im Sinne einer funktionalen Einheit entspricht dem systematischen Zusammenhang der Fallgrup-

pen des § 110 Abs. 1 EnWG. Die Vorschrift über die Dienstleistungsnetze in § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG soll die Regelung über die Werksnetze in § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG lediglich ergänzen. Das ergibt sich schon aus der Gesetzgebungsgeschichte. Die Bundesregierung hatte eine Regelung vorgeschlagen, nach der nur Werksnetze nach § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG privilegierungsfähig sein sollten. Erst im Verfahren vor dem Vermittlungsausschuss sind die Fallgestaltungen des § 110 Abs. 1 Nr. 2 und 3 EnWG in den Gesetzentwurf aufgenommen worden. Dem lag ein Vorschlag des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates zugrunde, der damit begründet wurde, dass es ordnungspolitisch nicht vertretbar sei, industrielle Arealversorgungen anders zu behandeln als vergleichbare Versorgungskonstellationen im Dienstleistungsbereich (BR-Drucks. 248/1/05 [neu], S. 9 f.). Den Werksnetzen i.S. des § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG sollten in § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG - nur - "vergleichbare" Dienstleistungsnetze gleichgestellt werden. Danach ist bei der Auslegung des § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG - entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde - ein restriktiver, an der Vorschrift über die Werksnetze in § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG orientierter Maßstab anzulegen (ebenso OLG Düsseldorf RdE 2006, 196; ZNER 2008, 171; a.A. Habich, DVBI 2006, 211; Schroeder-Czaja/Jacobshagen, IR 2006, 78, 81 f.). Bei Werksnetzen steht aber der funktionale Zusammenhang, etwa im Sinne einer Wertschöpfungskette, bei einheitlichem Außenauftritt im Vordergrund.

- 19 Diese Auslegung entspricht auch im Übrigen dem Willen des Gesetzgebers. So sind in der Begründung der Empfehlung des Wirtschaftsausschusses als Beispielfälle u.a. Flughäfen, Pflegeheime und Einkaufszentren genannt. Diesen Einrichtungen ist gemein, dass darin verschiedene, sich ergänzende Leistungen erbracht oder angeboten werden, so dass eine übergeordnete Organisation entsteht, die nach außen einheitlich auftritt und Synergieeffekte erzielt, die sich nur aus diesem gemeinsamen Auftritt ergeben.

- 20 Schließlich entspricht diese enge Auslegung auch dem in § 1 Abs. 2 EnWG niedergelegten Ziel, einen wirksamen Wettbewerb auf dem Energieversorgungsmarkt herzustellen. Um dieses Ziel nicht zu verfehlen, müssen Ausnahmen von der Anwendbarkeit des Gesetzes auf eng umgrenzte Fallgruppen beschränkt bleiben.
- 21 bb) Ein Industrie- und Gewerbepark - wie ihn die Antragstellerin betreibt - erfüllt danach in der Regel keinen gemeinsamen übergeordneten Geschäftszweck. Anders als etwa bei einem Einkaufszentrum, in dem die Ansiedlung von Geschäften verschiedener Branchen aufgrund eines gemeinsamen Marketingkonzepts gesteuert wird und das unabhängig von der Wettbewerbssituation der Einzelgeschäfte nach außen als Einheit auftritt, erfüllt ein Gewerbepark die Voraussetzung einer derartigen funktionalen Einheit nicht schon seinem Wesen nach. Er kann sich vielmehr aus einer Vielzahl von Unternehmen zusammensetzen, die lediglich die gemeinsame Infrastruktur nutzen, im Übrigen aber keine Berührungspunkte haben. Das ist nur dann anders, wenn zwischen den verschiedenen Unternehmen des Gewerbegebiets eine Zusammenarbeit besteht, etwa in der Weise, dass der eine Betrieb Zulieferer des anderen ist.
- 22 Das Beschwerdegericht hat ohne Rechtsfehler eine derartige Zusammenarbeit zwischen den Beteiligten, beispielsweise auch in der Form einer Wertschöpfungskette, nicht feststellen vermocht. Dass D. für ihre Papierproduktion - neben Lieferungen anderer Zellstofffabrikanten - einen Teil des von Z. hergestellten Zellstoffs abnimmt, genügt dafür nicht. Dadurch entsteht zwischen den beiden Unternehmen noch keine funktionale Verbindung, aufgrund deren sie auch von außen als Einheit wahrgenommen werden. Vielmehr könnte jedes der beiden Unternehmen ebenso gut auch allein oder mit anderen Nachbarbetrieben existieren.

- 23 Entgegen der Auffassung der Antragstellerin liegt ein gemeinsamer übergeordneter Geschäftszweck i.S. des § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG auch nicht darin, dass für den Gewerbepark öffentliche Mittel gewährt worden sind und damit regional- und strukturpolitische Ziele verfolgt werden. Im Rahmen des § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG kommt einer strukturpolitischen Zielsetzung keine Bedeutung zu, weil dieses Anliegen - wie das Beschwerdegericht richtig ausgeführt hat - nur von der Antragstellerin, nicht dagegen auch von den Unternehmen des Gewerbeparks verfolgt wird.
- 24 Bei dieser Sachlage kann offenbleiben, ob der Netzbetreiber in den gemeinsamen Geschäftszweck eingebunden sein muss (so Merkblatt der Bundesnetzagentur für Anträge nach § 110 Abs. 4 EnWG, S. 4; de Wyl/Becker, ZNER 2006, 101, 107; Kussel, N&R 2007, 21, 25; a.A. Schroeder-Czaja/Jacobshagen, IR 2006, 78, 81), ob die gemeinschaftsrechtlichen Bedenken gegen § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG (vgl. EuGH RdE 2008, 245 - Flughafen Leipzig/Halle) auch für § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG gelten und ob diese Norm gegebenenfalls richtlinienkonform ausgelegt werden kann.
- 25 c) Schließlich ist nach dem festgestellten Sachverhalt auch der Tatbestand eines Eigenversorgungsnetzes i.S. des § 110 Abs. 1 Nr. 3 EnWG nicht erfüllt, so dass es auch insoweit keiner Klärung bedarf, ob die Vorschrift gegen Gemeinschaftsrecht verstößt. Das von der Antragstellerin betriebene Netz dient nicht überwiegend der Eigenversorgung.
- 26 Nach § 110 Abs. 3 EnWG ist unter Eigenversorgung die unmittelbare Versorgung eines Letztverbrauchers aus der für seinen Eigenbedarf errichteten Eigenanlage zu verstehen. Dem gleichgestellt ist die Versorgung des Letztverbrauchers aus einer Anlage, die von einem Dritten ausschließlich oder

überwiegend für die Versorgung dieses Letztverbrauchers errichtet und betrieben wird, wobei überschüssige Mengen auch an andere bestimmbare Letztverbraucher abgegeben werden können (Salje aaO Rdn. 26 f.).

27 Z. betreibt mit den Abfallprodukten aus ihrer Zellstoffproduktion zwar eine Eigenanlage i.S. des § 3 Nr. 13 EnWG. Das Beschwerdegericht hat aber schon nicht festgestellt, dass Z. über das von der Antragstellerin betriebene Netz mit Strom aus dieser Eigenanlage versorgt wird. Es hat lediglich festgestellt, dass Z. das Netz zeitweise dazu nutzt, den überschüssigen Strom in das "öffentliche" Netz einzuspeisen. Das reicht für die Annahme eines Eigenversorgungsnetzes nicht aus.

28 Auch die Voraussetzungen der zweiten Alternative des § 110 Abs. 3 EnWG sind nicht erfüllt. Dabei kann offenbleiben, ob davon auch der hier allein in Betracht kommende Fall umfasst wird, dass ein Letztverbraucher eine Eigenanlage betreibt, mit der er nicht nur sich selbst, sondern auch andere bestimmbare Letztverbraucher - hier D. - versorgen will (so Meinhold, ZNER 2005, 196, 205; de Wyl/Becker, ZNER 2006, 101, 109; a.A. Stötzel in Britz/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, § 110 Rdn. 21 f.). Denn es ist nicht festgestellt, dass Z. ihre Eigenanlage zu dem Zweck errichtet hat und betreibt, gerade auch D. oder andere bestimmbare Letztverbraucher mit dem überschüssigen Strom zu versorgen.

- 29 IV. Ein Anlass, der Antragstellerin nach § 90 Satz 1 EnWG die Erstattung der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten der Beigeladenen und der Bundesnetzagentur aufzuerlegen, besteht nicht.

Tolksdorf

Bornkamm

Raum

Strohn

Kirchhoff

Vorinstanz:

OLG Naumburg, Entscheidung vom 25.10.2007 - 1 W 12/07 (EnWG) -