

Auslegungshinweise zu § 110 EnWG (Objektnetze)

Stand: 8. November 2010

Die vorliegenden Auslegungshinweise basieren auf den Ergebnissen einer VCI-Sitzung zum Thema „Objektnetze“, welche am 11. Juli 2005 in Frankfurt a.M. abgehalten wurde. Diese Hinweise sind weiterhin gültig und haben seitdem zu einem großen Teil Eingang in Praxis, juristische Literatur und Rechtsprechung gefunden. Die Aktualisierung berücksichtigt die juristischen Entwicklungen seit 2005. Dabei wird weder Anspruch auf Verbindlichkeit, noch auf Vollständigkeit erhoben. Gewähr für die Richtigkeit der Auslegungshinweise wird nicht übernommen.

Um das Auffinden der passenden Erläuterungen zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 110 EnWG zu erleichtern, wurde der nachfolgend abgedruckte Gesetzeswortlaut mit Hochziffern versehen. Sie beziehen sich auf die jeweiligen Randnummern des Erläuterungstextes. Zusätzlich gibt die Gliederung auf Seite 3 einen ersten Überblick über die Struktur der Vorschrift.

§ 110

Objektnetze¹⁻²

(1) Die Teile 2 und 3 sowie die §§ 4, 52 und 92 finden keine Anwendung²⁸⁻³⁰ auf den Betrieb von Energieversorgungsnetzen³⁻⁴, die sich auf einem

1. räumlich zusammengehörenden⁸ Betriebsgebiet⁶⁻⁷ befinden sowie überwiegend⁹ dem Transport von Energie innerhalb des eigenen Unternehmens⁹ oder zu im Sinne des § 3 Nr. 38 verbundenen Unternehmens¹⁰ dienen,
2. räumlich zusammengehörenden privaten Gebiet¹¹ befinden und dem Netzbetreiber oder einem Beauftragten¹³ dazu dienen, durch einen gemeinsamen übergeordneten Geschäftszweck¹⁴, der
 - a) über reine Vermietungs- und Verpachtungsverhältnisse hinausgeht¹⁴, und
 - b) durch die Anwendung der im einleitenden Satzteil genannten Bestimmungen unzumutbar erschwert¹⁵ würde, bestimmbare Letztverbraucher¹² mit Energie zu versorgen oder
3. räumlich eng zusammengehörenden Gebiet¹⁶ befinden und überwiegend der Eigenversorgung dienen¹⁷,

sofern das Energieversorgungsnetz nicht der allgemeinen Versorgung⁵ im Sinne des § 3 Nr. 17 dient und der Betreiber des Objektnetzes oder sein Beauftragter¹³ die personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit²¹ besitzen, um den

Netzbetrieb entsprechend den Vorschriften dieses Gesetzes auf Dauer zu gewährleisten.

(2) Soweit Energieversorgungsunternehmen unter Nutzung von Netzen nach Absatz 1 Letztverbraucher mit Energie beliefern, findet Teil 4 keine Anwendung.²⁹

(3) Eigenversorgung im Sinne des Absatzes 1 Nr. 2 ist die unmittelbare Versorgung eines Letztverbrauchers aus der für seinen Eigenbedarf errichteten Eigenanlage¹⁸ oder aus einer Anlage, die von einem Dritten ausschließlich oder überwiegend für die Versorgung eines bestimmbar Letztverbrauchers errichtet und betrieben wird¹⁹⁻²⁰.

(4) Die Regulierungsbehörde entscheidet auf Antrag, ob die Voraussetzungen nach Absatz 1 vorliegen.²³⁻²⁷

(5) Die Anwendung dieses Gesetzes auf den Fahrstrom der Eisenbahnen (§ 3a) bleibt unberührt.²²

Gliederung

No table of contents entries found.

Erläuterungen

A. Vorbemerkungen

1

Das zweite Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts trat am 13. Juli 2005 in Kraft (BGBl. 2005 I, 1970 v. 12.7.2005). § 110 EnWG erhielt seine jetzt gültige Fassung durch Beschluss des Vermittlungsausschusses (BT Drs. 15/5736 v. 15.6.2005). Ihm waren entsprechende Forderungen der B-Seite (CDU/CSU geführte Bundesländer) nach Änderung des Gesetzentwurfs voraus gegangen (v. 31.5.2005). Erstmals mit „Objektnetze“ wurde die Vorschrift in den Beschlussempfehlungen der Bundesratsausschüsse überschrieben (BR Drs. 248/1/05 v. 22.4.2005). Im Beschluss des Deutschen Bundestags war zuvor noch von „Werksnetzen“ die Rede (BR Drs. 248/05 v. 15.4.2005). Darin wurde nur zwischen dem Betrieb von Werksnetzen im engeren Sinne und Energieversorgungsnetzen, die überwiegend der Eigenversorgung dienen, unterschieden.

Seitdem wurde der Gesetzestext des § 110 EnWG unverändert beibehalten, auch wenn zuletzt durch Art. 2 des Gesetzes vom 21. August 2009 andere Vorschriften des EnWG novelliert wurden. Gleichwohl war die Vorschrift seit ihrer Einführung Gegenstand zahlreicher juristischer und politischer Diskussionen. Dabei ging es vornehmlich um die Frage, ob und in welchem Umfang der deutsche Gesetzgeber mit der Regelung des § 110 EnWG für Objektnetzbetreiber Ausnahmen von den europäischen Regulierungsvorgaben für Netzbetreiber vornehmen durfte.

Unstrittig ist mittlerweile, dass zumindest § 110 Absatz 1 Nr. 1 den Grundsatz des freien Netzzugangs nach Art. 20 Abs.1 der Richtlinie 2003/54/EG europarechtswidrig einschränkt (EuGH, Rs. C 439/06, Citiworks AG, NVwZ 2008, 769). Das OLG Dresden hat hieraus abgeleitet, dass § 110 in Gänze nicht mehr anwendbar sei (OLG Dresden, RdE 2007, 125). Dem hat sich der BGH, dem das Verfahren vorgelegt wurde, indes nicht angeschlossen. Er hat entschieden, dass § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG richtlinienkonform dahingehend auszulegen ist, dass auf Objektnetze i.S. der Nummer 1 dieser Vorschrift Teil 3 des EnWG nur insoweit keine Anwendung findet, als dem nicht der Anspruch auf diskriminierungsfreien Netzzugang entgegensteht (BGH, Beschluss vom 24.08.2010, EnVR 17/09). Dies bedeutet, dass Objektnetzbetreiber Durchleitungen und Fremdbelieferungen über ihre Netze zwar nicht mehr verweigern dürfen, § 110 im Übrigen aber weiterhin geltendes Recht ist.

Eine Novellierung des EnWG ist spätestens im Frühjahr 2011 zu erwarten, Denn zum 3.3.2011 muss Art. 28 (geschlossene Verteilnetze) der neuen Richtlinie für Strom (3. Energiebinnenmarktpaket) in deutsches Recht umgesetzt werden. Bei dieser Gelegenheit ist auch damit zu rechnen, dass die neueste Rechtsprechung zu einer Anpassung der Vorschrift, zumindest von § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG führen wird. Eckpunkte zur EnWG-Novelle 2011 liegen bereits vor. Hier wird in Aussicht gestellt, dass Betreiber von geschlossenen Verteilnetzen von Anforderungen der Anreizregulierung, der ex-ante-Regulierung und von sonstigen, nicht europarechtlich vorgegebenen Verpflichtungen ausgenommen werden.

2

§ 110 EnWG will die unternehmensnahe dezentrale Eigenversorgung fördern und stellt eine Abweichung von der Regel dar, dass vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen zu entflechten sind und der Betrieb von Energieversorgungsnetzen zu regulieren ist. Die Norm ist extensiv auszulegen. Dafür lässt sich zunächst die bereits oben angesprochene geänderte gesetzliche Überschrift ins Feld führen. Schon nach allgemeinem Sprachgebrauch lassen sich unter den Begriff „Werksnetze“ weniger Fälle fassen, als unter den Begriff „Objektnetze“. Bereits in der Begründung des Regierungsentwurfs hieß es, die Vorschrift zielt vorwiegend auf industrielle Energieversorgungsnetze (vgl. BT Drs. 15/3917 v. 14.10.2004, S. 75). Darüber hinaus wurde in den Beschlussempfehlungen der Bundesratsausschüsse erklärt, das EnWG solle sich darauf konzentrieren, die *öffentliche* Energieversorgung sicherzustellen. Überall dort, wo die Energieabnehmer die Anschlussbedingungen und die Energielieferung auf Grund einer umfassenden Interessenlage im Rahmen eines vertraglichen Gesamtpakets gemeinhin akzeptierten, sei es angebracht, das Regulierungsrecht hinter den *privatrechtlichen* Regelungen zurücktreten zu lassen. Neben die industrielle Arealversorgung trat damit die Energieversorgung auf Flughäfen, in Pflegeheimen oder Einkaufszentren (vgl. zu alledem BR Drs. 248/1/05 v. 22.4.2005, S. 9 f.). Diese Ausweitung des Anwendungsbereichs lässt die ursprüngliche Intention des Gesetzgebers, nämlich „die positiv zu bewertende Entwicklung der (Industrie-) Standorte“ weiter zu fördern, unberührt.

B. Materielle Voraussetzungen

I. Betrieb eines Energieversorgungsnetzes

3

Gemäß § 3 Nr. 16 EnWG sind Energieversorgungsnetze sowohl Elektrizitäts-, als auch Gasversorgungsnetze über eine oder mehrere Spannungsebenen oder Druckstufen. Grundsätzlich unterfallen alle Energieversorgungsnetze dem Anwendungsbereich des EnWG. Davon ausgenommen sind Netze, die ausschließlich der Eigenversorgung dienen – wie schon nach alter Rechtslage. Eine „Schranke nach unten“, durch die Kleinstnetze ausgenommen wären, gibt es nicht. Abzugrenzen sind Energieversorgungsnetze iSd § 3 Nr. 16 EnWG von Direktleitungen (§ 3 Nr. 12), Kundenanlagen und Speicheranlagen (§ 3 Nr. 20, 31).

Für Gasversorgungsnetze sah die europäische Gasrichtlinie, anders als die für Elektrizitätsversorgungsnetze geltende Elektrizitätsrichtlinie, keine Ausnahmeregelungen vor. Daher wurde die Auffassung vertreten, dass eine Übertragung von § 110 EnWG auf Gasversorgungsnetze gegen gemeinschaftsrechtliche Vorgaben verstößt (vgl. Britz/ Hellermann/ Hermes, EnWG, Kommentar, § 110 Rn. 3). Mit dem dritten Binnenmarktpaket wurden nun aber in beiden Richtlinien Regelungen für „geschlossene Verteilnetze“ in Europäisches Recht aufgenommen. Die Richtlinie bedarf zwar noch der Umsetzung in nationales Recht, allerdings dürfte bereits jetzt die europäisch intendierte Gleichstellung von Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen deutlich geworden sein.

II. Qualität des Energieversorgungsnetzes

4

Das von § 110 EnWG erfasste Energieversorgungsnetz muss eine bestimmte Qualität (im Sinne einer Eigenschaft) haben. Neben der Voraussetzung, dass es kein solches der allgemeinen Versorgung sein darf (dazu sogleich), sind in den Nummern 1 bis 3 des § 110 Abs. 1 EnWG *drei Tatbestände* normiert, die einem einheitlichen Aufbau folgen. Sie definieren das Objektnetz anhand eines *räumlichen* und eines *sachlichen Kriteriums*. Zum einen wird eine bestimmte räumliche Belegenheit des Netzes verlangt. Zum anderen muss das Netz verschiedenen Zwecken (Versorgung des eigenen Unternehmens, Versorgung von Letztverbrauchern, Eigenversorgung) dienen. Entsprechend dieser Zwecke werden die Varianten hier „Unternehmensnetz“, „Letztverbraucherversorgung“ und „Eigenversorgung“ betitelt. Das Gesetz schließt nicht aus, dass ein Energieversorgungsnetz im konkreten Fall die Voraussetzungen mehrerer Fallgruppen gleichzeitig erfüllt.

1. Kein Netz der allgemeinen Versorgung

5

In allen Fällen darf es sich nicht um ein *Netz der allgemeinen Versorgung* im Sinne von § 3 Nr. 17 EnWG handeln. Das bedeutet, dass es grundsätzlich nicht für die Versorgung eines jeden Letztverbrauchers offen stehen darf.

2. Unternehmensnetz (1. Alternative)

6

Gefordert ist zunächst ein räumlich zusammengehörendes Betriebsgebiet. Das EnWG definiert den Begriff *Betriebsgebiet* nicht. Er ist weit auszulegen. Dafür spricht eine grammatisch- historische Interpretation. Wie einführend dargestellt, war im Gesetzentwurf der Bundesregierung zunächst vom „Werksgebiet“ die Rede. Erst während des weiteren Gesetzgebungsverfahrens wurde dies in „Betriebsgebiet“ geändert. Während ein Werk nach allgemeinem Begriffsverständnis (vgl. Brockhaus) die technische Anlage eines Betriebs (Produktionsstätte) ist, versteht man unter einem Betrieb jede planvoll organisierte Wirtschaftseinheit, in der Sachgüter produziert oder Dienstleistungen bereitgestellt werden. Der Begriff „Betriebsgebiet“ umfasst denjenigen des „Werksgebiets“ mithin vollständig und geht darüber hinaus. Zudem spricht auch der Wille des Gesetzgebers für eine extensive Interpretation. So hatte der Wirtschaftsausschuss des Bundesrats seinen Änderungsvorschlag explizit damit begründet, dass zusätzlich zu den ohnehin erfassten Industriearalen auch Flughäfen, Pflegeheime und Einkaufszentren von der Vorschrift abgedeckt werden sollen (BR Drs. 248/1/05 v. 22.4.2005, S. 9). Für sie musste dies explizit klargelegt werden. Dass klassische Industriestandorte erfasst sein sollen, war hingegen von vornherein klar gewesen. Ein Vergleich mit dem Begriff „Betriebsbereich“ im Sinne der Störfallverordnung (12. BImSchV) wird regelmäßig ausgeschlossen sein. Dies deshalb, weil das Störfallrecht ein einheitliches Werksgelände voraussetzt, das unter der Aufsicht eines einzigen Betreibers steht, der bestimmenden Einfluss auf Lage, Beschaffenheit und Betrieb der Anlage hat (vgl. Feldhaus, Bundesimmissionsschutzrecht, Kommentar, 12. BImSchV, § 1 Rn. 44). Das ist hier nicht gefordert. Anleihen könnten allenfalls in § 12 der Abgabenordnung genommen werden, wo der Begriff „Betriebsstätte“ verwandt wird. Dies ist jede feste Geschäftseinrichtung oder Anlage, die der Tätigkeit eines Unternehmens dient.

7

Das Betriebsgebiet kann sich über mehrere grundbuchrechtliche Grundstücke erstrecken, was insbesondere bei großen Werken aber auch bei Flughäfen regelmäßig der Fall sein wird. Aus der Begrenzung der zweiten Alternative auf private Gebiete folgt für die erste Alternative – die eine solche Einschränkung nicht kennt –, dass auch öffentlicher Grund einbezogen sein kann.

8

Für die Frage, ob das Betriebsgebiet *räumlich zusammengehörend* ist, dürfte die Sichtweise eines objektiven Betrachters maßgeblich sein, der das Gebiet als Einheit wahrnehmen muss. Dabei müssen die Grundstücke nicht aneinander grenzen, da der Gesetzgeber sonst von räumlich *zusammenhängenden* Grundstücken gesprochen hätte (vgl. noch die Fassung des Regierungsentwurfs). Die Zusammengehörigkeit kann relativ lose – also z.B. durch eine verbindende Straße vermittelt – sein. Im Unterschied zur dritten Alternative ist hier nämlich nicht von einem „eng“ zusammengehörenden Gebiet die Rede. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls. So kann ein

räumlich zusammengehörendes Betriebsgebiet selbst dann vorliegen, wenn das Betriebsgebiet – bei einer einheitlichen Gesamtwahrnehmung - durch andere Grundstücke, insbesondere durch Straßen oder Gewässer, unterbrochen ist (vgl. Britz/Hellermann/ Hermes, EnWG, Kommentar, § 110 Rn. 6).

9

In sachlicher Hinsicht verlangt die erste Alternative, dass das Energieversorgungsnetz *überwiegend* (also zu mehr als 50 Prozent) dem Transport von Energie innerhalb des eigenen Unternehmens oder zu verbundenen Unternehmen dient. Dabei ist *eigenes Unternehmen* diejenige Rechtsperson, auf die sich der Antrag gemäß § 110 Abs. 4 EnWG bezieht.

10

Die *Verbundenheit* muss eine solche im Sinne des § 3 Nr. 38 EnWG sein. Diese Vorschrift enthält selbst aber nicht die Definition, sondern verweist lediglich ihrerseits auf Artikel 3 Abs. 2 der EG-Fusionskontrollverordnung (EG-FKVO). Danach ist entscheidend, dass ein Unternehmen über ein anderes die Kontrolle im Sinne bestimmenden Einflusses ausübt. Die Beurteilung, wann dies der Fall ist, entzieht sich einer allgemeingültigen Betrachtung. Sie ist im Einzelfall anhand der EG-FKVO zu treffen. Auslegungshinweise lassen sich evtl. der Mitteilung der EG-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses (ABl. C 66/5 v. 2.31998) entnehmen. Eine mittelbare Verbundenheit (z. B. über eine gemeinsame Konzernmutter) reicht nach EG-FKVO jedenfalls aus. Der im Handels- und Aktienrecht gebräuchliche Begriff der Verbundenheit kann von dem hier verwendeten abweichen.

3. Dienstleistung (2. Alternative)

11

Auch § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG setzt räumliche Zusammengehörigkeit voraus. Insoweit kann auf die Ausführung unter Rn. 8 verwiesen werden. Im Unterschied zur ersten Alternative muss das Energieversorgungsnetz hier aber nicht auf einem Betriebsgebiet, sondern auf einem *privaten Gebiet* belegen sein. Es ist davon auszugehen, dass das fragliche Gebiet vollständig im Privateigentum stehen muss. Allerdings dürfte formelles Privateigentum ausreichen. Dafür spricht die Begründung der Beschlussempfehlung des Bundesratswirtschaftsausschusses. Danach sollen auch Flughäfen Objektnetze sein können. Deren Betreibergesellschaften stehen zumeist mehrheitlich im Eigentum der öffentlichen Hand.

12

Weiter setzt die zweite Alternative voraus, dass das Netz dazu dient, bestimmbare Letztverbraucher mit Energie zu versorgen. *Letztverbraucher* sind Kunden, die Energie für den eigenen Verbrauch kaufen (vgl. § 3 Nr. 25 EnWG). Sie dürfen den Strom oder das Gas ihrerseits also nicht weiterveräußern. Nach dem Gesetz müssen sie *bestimmbar* sein. Im Unterschied zu „bestimmten“ Letztverbrauchern brauchen sie also

nicht von vorn herein und auch nicht endgültig namentlich festzustehen. Vielmehr ist ausreichend, wenn sie nach abstrakten Kriterien bestimmt werden können. Als ein solches Kriterium kommt insbesondere ihre räumliche Integration in das zusammengehörende private Gebiet in Betracht. Sie kann der Behörde gegenüber dadurch dokumentiert werden, dass dem Antrag eine Planskizze beigelegt wird, anhand derer sich jederzeit feststellen lässt, welche Letztverbraucher über das Objektnetz mit Energie versorgt werden. Eine jeweils aktuelle Liste muss nicht vorgelegt werden. Als Indiz für das Vorliegen bestimmbarer Letztverbraucher wird ein konstanter Kundenstamm gesehen, wobei eine geringfügige Kundenfluktuation oder Ansiedlung neuer Kunden unschädlich ist.

13

Schließlich muss die *Versorgung durch den Netzbetreiber oder einen Beauftragten* erfolgen. Wer Netzbetreiber ist, ergibt sich aus § 3 Nr. 27 EnWG. Den Begriff des Beauftragten hingegen definiert das EnWG nicht. Er wird sonst nur beim Auftragsvertrag (§ 662 BGB) verwandt. Dort ist der Beauftragte jedoch zur unentgeltlichen Geschäftsbesorgung verpflichtet; es handelt sich um ein Gefälligkeitsverhältnis. Von einem solchen ist hier jedoch nicht auszugehen. Eher lässt sich in Anlehnung an den Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) sagen, dass der Beauftragte die Tätigkeiten eines Netzbetreibers selbständig – und in der Regel wohl entgeltlich – im Interesse des Netzbetreibers wahrnehmen muss. Damit soll aber nicht gesagt sein, § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG verlange das Vorliegen eines solchen Vertrags.

14

Hinsichtlich der Frage, ob ein *gemeinsamer übergeordneter Geschäftszweck* vorliegt, kommt der Regulierungsbehörde Beurteilungsspielraum zu. So ist zunächst zu sagen, dass vom Geschäftszweck und nicht vom Vertragszweck die Rede ist. Daraus folgt, dass die Geschäftsbeziehungen der Parteien insgesamt – nicht lediglich ihre vertraglichen Beziehungen – zu würdigen sind. Zwischen Letztverbraucher und dem netzbetreibenden Energieversorgungsunternehmen besteht primär ein Energieliefervertrag. Dessen Zweck ist die Belieferung des Letztverbrauchers mit Strom oder Gas. Der hier angesprochene gemeinsame Geschäftszweck muss also über diesen reinen Vertragszweck hinausgehen. Dazu reicht es nach dem Gesetzeswortlaut nicht aus, wenn die Beteiligten neben dem Energieliefervertrag einen Miet- oder Pachtvertrag geschlossen haben. Es muss sich vielmehr um eine Geschäftsbeziehung handeln, für welche die Abwesenheit staatlicher Regulierung von besonderer Bedeutung ist. Das kommt in der Formulierung zum Ausdruck, der gemeinsame übergeordnete Geschäftszweck müsse durch die Anwendung der im einleitenden Satzteil genannten Bestimmungen – gemeint sind die Teile 2 und 3 sowie die §§ 4, 52 und 92 EnWG – unzumutbar erschwert sein. Der übergeordnete Geschäftszweck könnte darüber hinaus auch in einem Dreiecksverhältnis zwischen Netzbetreiber und mehreren Letztverbrauchern liegen, indem man die Bedeutung der Geschäftsbeziehungen der Letztverbraucher untereinander (z.B. Lieferung von Grundstoffen zur Weiterverarbeitung am Standort) mit berücksichtigt.

Der gemeinsame übergeordnete Geschäftszweck wird in der Regel dann bejaht, wenn der Netzbetreiber bzw. sein Beauftragter den Letztverbraucher über die Energieversorgung hinaus eine Vielzahl von Leistungen zur Verfügung stellt (vgl. Britz/ Hellermann/ Hermes, EnWG, Kommentar, § 110 Rn. 9). Ob der Geschäftszweck auch eine funktionale Verbindung der an das Netz angeschlossenen Letztverbraucher voraussetzt, wurde zuletzt vom BGH ausdrücklich offengelassen (BGH, 24.08.2010, EnVR 17/09).

15

Fraglich ist, ob dem Tatbestandsmerkmal der *unzumutbaren Erschwernis* eigenständige Bedeutung zukommt oder ob es nicht schon dadurch, dass ein gemeinsamer übergeordneter Geschäftszweck vorliegt, indiziert ist. Das ist der Fall, wenn man § 110 EnWG insgesamt als Ausdruck der Subsidiarität staatlicher Regulierung gegenüber privatrechtlicher Vereinbarung versteht. Dafür spricht, dass § 110 EnWG neben den Teilen 2 (Entflechtung) und 3 (Regulierung des Netzbetriebs) auch die Anwendbarkeit von § 52 EnWG ausschließt, der Meldepflichten bei Versorgungsstörungen statuiert. Dass sie in Objektnetzen entfallen, ist offenbar der Vorstellung des Gesetzgebers geschuldet, innerhalb der geschlossenen Areale gebe es ausreichend (privatrechtliche) Mechanismen, um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten. Dasselbe gilt für die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang. Sie sind deshalb nicht der staatlichen Regulierung unterworfen, weil es der Gesetzgeber für „sachgerecht“ hielt, „etwaige Konflikte zivilrechtlich zu regeln“ (vgl. BR Drs. 248/1/05 v. 22.4.2005, S. 10). Bereits aufgrund des Vorhandenseins vertraglicher Konfliktlösungsinstrumente ist es „angebracht, die entsprechenden Netze nicht der gesetzlichen Überwachung und Regulierung zu unterwerfen“ (vgl. ebendort). Das „vertragliche Gesamtpaket“ (a.a.O., S. 9) wäre stets empfindlich gestört, wenn einzelne Teile vom Regulierungsrecht überlagert bzw. verdrängt würden. Im Ergebnis dürfte es daher ausreichen, die Behörde mit dem Antrag nach Nr. 2 auf diesen Umstand hinzuweisen.

Nach anderer Auffassung ist die Nichtanwendung der Vorschriften der Teile 2 und 3 sowie der §§ 4, 52 und 92 EnWG nur dann gerechtfertigt, wenn anderenfalls die vertraglichen Beziehungen zwischen dem Netzbetreiber bzw. seinem Beauftragten und den Letztverbrauchern so empfindlich gestört würden, dass die Realisierung des gemeinsamen übergeordneten Geschäftszwecks gefährdet ist, zum Beispiel durch erhebliche finanzielle Belastungen (vgl. Britz/ Hellermann/ Hermes, EnWG, Kommentar, § 110 Rn. 10). Diesen Ansatz hat jüngst der BGH bestätigt, indem er feststellt: „Die unzumutbare Erschwernis muss sich nach der gesetzlichen Regelung auf den gemeinsamen übergeordneten Geschäftszweck beziehen und durch die Anwendbarkeit der genannten Bestimmungen des EnWG verursacht sein. Die Schwelle der Unzumutbarkeit ist erst dann erreicht, wenn durch die in Absatz 1 genannten Regulierungsfolgen die Realisierung des gemeinsamen übergeordneten Geschäftszwecks gefährdet wäre.“ (BGH, Flughafen Leipzig/Halle, EnVR 17/09 vom 24.08.2010). Verwaltungstechnischer und finanzieller Aufwand der Entgeltregulierung ist damit nicht ausreichend, um Unzumutbarkeit iSd § 110 EnWG zu begründen.

4. Eigenversorgung (3. Alternative)

a) Gemeinsame Voraussetzungen

16

Bei der dritten Alternative muss das Objektnetz auf einem *räumlich eng zusammengehörenden Gebiet* liegen. Im Unterschied zu den ersten beiden Ziffern des § 110 Abs. 1 sind an die Art des Gebiets keine weiteren Anforderungen gestellt. Weder muss es sich um ein Betriebsgebiet, noch um ein privates Gebiet handeln. Allerdings muss es räumlich *eng* zusammengehören. Auf einen objektiven Betrachter muss es also den Eindruck der Geschlossenheit machen und darf von ihm nicht als „zersplittert“ wahrgenommen werden. Eine Größenbegrenzung ist damit jedoch nicht verbunden, denn sonst hätte der Gesetzgeber statt von einem eng zusammengehörenden von einem eng begrenzten Gebiet gesprochen. Auch hier kommt es wieder auf den Einzelfall an, die Anforderungen sind dabei jedoch enger als bei den ersten beiden Alternativen.

17

In sachlicher Hinsicht muss das Energieversorgungsnetz hier *überwiegend der Eigenversorgung dienen*. Was unter Eigenversorgung zu verstehen ist, definiert § 110 Abs. 3, der allerdings einen Redaktionsfehler enthält, weil er von „Eigenversorgung im Sinne des Absatzes 1 Nr. 2“ statt von solcher im Sinne von Abs. 1 Nr. 3 spricht. Eigenversorgung umfasst wiederum zwei Unterfälle: Der erste kann als *Eigenversorgung im engeren*, der zweite als *Eigenversorgung im weiteren Sinne* bezeichnet werden. Ihnen ist gemein, dass sie sich auf die Energieversorgung aus einer (dezentralen) Anlage vor Ort beziehen. Wenn es in § 110 Abs. 1 Nr. 3 EnWG heißt, das Energieversorgungsnetz müsse *überwiegend* der Eigenversorgung dienen, so ist dies netzbezogen zu verstehen. Mehr als 50 Prozent der durch das Netz geleiteten Energiemenge müssen aus einer Anlage im Sinne von Abs. 3 stammen.

b) Eigenversorgung im engeren Sinne (1. Unterfall)

18

Der erste Unterfall („*Eigenversorgung im engeren Sinne*“) ist die unmittelbare Versorgung eines Letztverbrauchers aus der für seinen Eigenbedarf errichteten *Eigenanlage*. Eigenanlagen sind gemäß § 3 Nr. 13 EnWG Anlagen zur Erzeugung von Elektrizität zur Deckung des Eigenbedarfs, die nicht von Energieversorgungsunternehmen betrieben werden. Mit der zuletzt genannten Einschränkung sollte im Umkehrschluss zu § 3 Nr. 18 EnWG offenbar klargestellt werden, dass der Letztverbraucher und Betreiber der Anlagen keine Energie an andere liefern darf. Jedoch kann nicht zugleich gemeint sein, er dürfe auch kein Energieversorgungsnetz betreiben oder an einem solchen als Eigentümer Verfügungsbefugnis besitzen, denn täte er dies nicht, so hätte § 110 EnWG für ihn gar

keine Bedeutung. Die Anlage muss für seinen Eigenbedarf errichtet worden sein, d. h. schon beim Bau der Anlage muss klar gewesen sein, dass der in ihr erzeugte Strom vom Letztverbraucher später selbst verbraucht werden wird. Die Versorgung erfolgt *unmittelbar* aus dieser Anlage, wenn der erzeugte Strom direkt ins Objektnetz und von dort direkt an den anlagenbetreibenden Letztverbraucher geliefert wird. Eine nur mittelbare Versorgung läge hingegen vor, würden Zwischenhändler eingeschaltet oder die Energie zunächst in das Netz der allgemeinen Versorgung ausgespeist.

c) Eigenversorgung im weiteren Sinne (2. Unterfall)

19

„*Eigenversorgung im weiteren Sinne*“ liegt vor, wenn die Energieversorgung aus einer Anlage stammt, die von einem Dritten ausschließlich oder überwiegend für die Versorgung eines bestimmaren Letztverbrauches errichtet und betrieben wird. Dies erfasst insbesondere das so genannte „Contracting“. Fraglich ist, ob *Dritter* tatsächlich im Wortsinne ein anderer als der Letztverbraucher und Netzbetreiber sein muss oder ob es nicht genügt, wenn es sich um einen Anderen als den Letztverbraucher handelt. *Errichtung* meint Aufstellung der Anlage. Was unter dem *Betrieb* einer Anlage zu verstehen ist, wird im EnWG nicht näher bestimmt. Da Energieerzeugungsanlagen jedoch grundsätzlich immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig sind, lässt sich in Anlehnung an das Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) „Betrieb“ als die Verwendung der Anlage entsprechend ihrem Verwendungszweck inklusive Wartung und Unterhaltung verstehen (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 BImSchG).

20

Im Unterschied zum netzbezogenen Überwiegen bei § 110 Abs. 1 Nr. 3 EnWG bezieht sich *überwiegend* im Sinne von § 110 Abs. 3 Alt. 2 EnWG auf den Betrieb der Anlage, mithin auf die dort erzeugte Strommenge. Mehr als 50 Prozent davon muss an einen einzigen Letztverbraucher geliefert werden. Für dessen Bestimmbarkeit gilt das oben bei Rn. 12 Gesagte entsprechend. Soll ein Energieversorgungsnetz also wegen „Eigenversorgung im weiteren Sinne“ zum Objektnetz erklärt werden, muss der Antragsteller zweifaches Überwiegen darlegen: Zum einen muss es eine Energieerzeugungsanlage geben, die zu mehr als der Hälfte für einen Letztverbraucher produziert und zum anderen muss über das Netz überwiegend dieser Strom transportiert werden.

III. Qualifikation des Betreibers oder Beauftragten

21

Der Betreiber des Objektnetzes oder sein Beauftragter (zu diesen Begriffen unter Rn. 13) muss die *personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit* besitzen, um den Netzbetrieb entsprechend den Vorschriften des EnWG auf Dauer zu gewährleisten. Die Formulierung ähnelt damit sehr stark § 3 Abs. 2 Nr. 1 EnWG alter Fassung und unterscheidet sich von dessen Nachfolgebestimmung (§ 4 Abs. 2 EnWG)

darin, dass neben der Leistungsfähigkeit keine Zuverlässigkeit vorausgesetzt wird. Auf Dauer meint „auf Dauer angelegt“.

IV. Kein Fahrstrom von Eisenbahnen

22

Gemäß § 3a EnWG gilt das Gesetz grundsätzlich auch für die Versorgung von Eisenbahnen mit leitungsgebundener Energie. § 110 Abs. 5 EnWG stellt klar, dass Eisenbahnnetze nicht zu Objektnetzen deklariert werden können.

C. Formelle Voraussetzungen

I. Antrag

23

Nicht eindeutig sagen lässt sich, ob es nur dann erlaubt ist, die Teile 2 und 3 sowie die §§ 4, 52 und 92 EnWG unangewendet zu lassen, wenn eine behördliche Entscheidung bestätigt, dass es sich um ein Objektnetz handelt oder ob dies auch ohne förmlichen Bescheid möglich ist, wenn allein die Voraussetzungen des § 110 EnWG erfüllt sind. Für letzteres spricht zunächst eindeutig, dass die Vorschrift nicht als Genehmigungstatbestand formuliert ist. Allenfalls könnte aber gesagt werden, ihr Charakter als Ausnahmebestimmung erfordere die Entscheidung der Behörde. Ungeachtet dessen wird es aber überall dort, wo sich entweder nicht zweifelsfrei sagen lässt, ob die gesetzlichen Voraussetzungen eines Objektnetzes vorliegen, sowie dort, wo zwischen Netzbetreiber und Letztverbraucher Konfliktpotenzial besteht, sinnvoll sein, zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit einen Antrag gem. Abs. 4 zu stellen. Da nicht auszuschließen ist, dass ein Netz im Einzelfall mehreren Nummern des Abs. 1 unterfällt (vgl. Rn. 4) kann der Antrag auch auf mehrere Nummern gestützt werden. Die Empfehlung, in jedem Fall einen Antrag zu stellen, bleibt bestehen. Denn es ist weiterhin strittig, ob § 110 Abs. 4 EnWG konstitutiv (rechtsbegründend) oder deklaratorisch (rechtsbestätigend) ist. Der lediglich feststellende Charakter wird sowohl von der Bundesnetzagentur als auch vielen Landesregulierungsbehörden bejaht. Dagegen wird in der Rechtsprechung vertreten, dass § 110 Abs. 4 rechtsbegründend ist und es somit eines Antrages bedarf (LG Leipzig, ZNER 2006, 53).

II. Zuständigkeit

24

Die Regelzuständigkeit für Entscheidungen nach § 110 Abs. 4 EnWG liegt gem. § 54 Abs. 2 Nr. 9 EnWG bei der Landesregulierungsbehörde. Dies setzt voraus, dass an das Netz des Objektnetzbetreibers weniger als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind und es vollständig innerhalb des Gebiets eines Landes liegt. Andernfalls ist die Bundesnetzagentur zuständig (§ 54 Abs. 3 EnWG).

III. Verfahren

25

Für das Verfahren vor der Regulierungsbehörde gelten die §§ 65 ff. EnWG, ergänzend die Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes bzw. der Länder.

IV. Form

26

Eine besondere Form ist für den Antrag nicht bestimmt. Es gilt daher der Grundsatz der Nichtförmlichkeit des Verwaltungsverfahrens, § 10 VwVfG.

V. Frist

27

Der Antrag gem. Abs. 4 ist nicht fristgebunden. Jedoch ergeben sich aus den Übergangsregelungen Fristen innerhalb derer die Netzbetreiber den EnWG-Pflichten nachkommen müssen. Geht man davon aus, dass ein Antrag zwingend erforderlich ist, um von den Privilegien eines Objektnetzes Gebrauch machen zu dürfen (dazu unter Rn. 23), so ist er innerhalb dieser Fristen zu stellen. Im Einzelnen gilt: - Der Antrag auf Entgeltgenehmigung bei Strom ist drei, derjenige bei Gas ist sechs Monate nach Inkrafttreten der jeweiligen Entgeltverordnung zu stellen (§ 115 Abs. 1 EnWG). StromNEV und GasNEV sind am 29. Juli 2005 in Kraft getreten. - Soweit eine Vertragspartei dies verlangt, sind die Verträge über den Netzanschluss und den Netzzugang binnen sechs Monaten nach Inkrafttreten der Verordnungen an - 15 - die Vorschriften des EnWG anzupassen (§ 115 Abs. 1a) EnWG). Für Verträge über die Belieferung von Letztverbrauchern gilt dies unabhängig von einem konkreten Verlangen (§ 115 Abs. 2 EnWG).

D. Rechtsfolgen

I. Unanwendbarkeit von Vorschriften des EnWG

28

Liegen die Voraussetzungen des § 110 EnWG vor, so sind folgende Vorschriften auf den Betrieb des betreffenden Energieversorgungsnetzes nicht anzuwenden:

- Teil 2, also die §§ 6 bis 10 EnWG (Entflechtung)
- Teil 3, also die §§ 11 bis 35 EnWG (Regulierung des Netzbetriebs)
- § 4 EnWG (Genehmigung der Energieversorgung)
- § 52 EnWG (Meldepflichten bei Versorgungsstörungen)
- § 92 EnWG (Beitrag zur Finanzierung der Regulierungsbehörde)

29

Soweit Letztverbraucher beliefert werden, ist gem. § 110 Abs. 2 EnWG ferner Teil 4, also die §§ 36 bis 42 EnWG, nicht anzuwenden.

II. Kostenschuld

30

Die Bescheidung des Antrags nach Abs. 4 ist gem. § 91 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EnWG eine gebührenpflichtige Handlung, wobei zu beachten ist, dass die Kostenschuld auch dann entsteht, wenn der Antrag abgelehnt wurde (§ 91 Abs. 2 EnWG). Die Höhe der Gebühr wird durch Rechtsverordnung bestimmt.