

## OLG Stuttgart Beschluß vom 27.5.2010, 202 EnWG 1/10

### Leitsätze

Eine Ferienpark GmbH, die den benötigten Strom von einem Energieversorgungsunternehmen bezieht, ihn über eigene technische Einrichtungen an die jeweiligen Platznutzer (Ferienhäuser und Wohnwagen) verteilt und diesen gegenüber eigenständig und unabhängig von der Platzmiete verbrauchsabhängig nach den Tarifen abrechnet, zu dem sie selbst dem Energieversorgungsunternehmen verpflichtet ist, betreibt ein Energieversorgungsnetz im Sinne der Vorschriften des EnWG.

Die Beschwerdeführerin hat Rechtsbeschwerde eingelegt. Das Verfahren führt beim BGH - Kartellsenat - das Aktenzeichen EnVR 68/10.

### Tenor

1. Der Beschwerdeführerin wird von Amts wegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der Versäumung der Beschwerdeeinlegungs- sowie der Beschwerdebegründungsfrist gewährt.

2. Die sofortige Beschwerde wird mangels Beschwer als unzulässig verworfen, soweit sie sich gegen den Bescheid vom 11.12.2009 in dessen Tenor I. 4.a wendet.

3. a) Im Übrigen wird auf die sofortige Beschwerde der Bescheid vom 11.12.2009 in seinem Tenor I. Ziffern 1 und 2, hinsichtlich der Ziffern 4 und 5 nur, soweit sie sich auf Ziffer 2 erstrecken,

a u f g e h o b e n .

b) Die weitergehende sofortige Beschwerde wird

z u r ü c k g e w i e s e n .

4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Die Beigeladene trägt die ihr entstandenen Auslagen selbst.

5. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen, soweit der Tenor I. 1. und 6. des Bescheides der Beschwerdegegnerin vom 11.12.2009 betroffen ist.

Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens: 75.000,00 EUR

### Gründe

#### I.

1 Zum einen wird auf die Feststellungen im angefochtenen Bescheid Bezug genommen.

2 Kurz zusammenfassend und ergänzend:

3 Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen einen mehrgliedrigen Bescheid der Landesregulierungsbehörde/Beschwerdegegnerin und im Kern dessen Grundannahme, die Beschwerdeführerin sei eine Elektrizitätsnetzbetreiberin.

4 Die Beschwerdeführerin, welche in der Rechtsform einer GmbH eine naturistische Erholungsstätte für Freizeitzwecke führt (vgl. Parkordnung BF 1 = Bl. 47 bis 49), unterhält auf einem von der Stadt N gepachteten, ca. 220.000 Quadratmeter großen Gelände im Außenbereich einen Freizeit- und FKK-Campingplatz. Ende der 70er Jahre hat die Beschwerdeführerin auf eigene Kosten eine im Eigentum des Stromvorlieferanten stehende Trafostation von den Kraftübertragungswerken R. AG, deren Rechtsnachfolgerin die E. AG ist, errichten lassen, von der sternförmig jedenfalls auch Freileitungen an Masten zu Verteilern gehen, an denen sich die Mieter über Steckerverbindungen anschließen. Nur die Platzmieter werden auf diese Weise mit Strom versorgt. Neben vielfältigen Freizeitanlagen wie Bistro, Sauna oder Solarium befinden sich auf dem Gelände auch Ferienhäuser und Wohnwagen.

5 Die Beschwerdeführerin hatte am 30.05.2008 einen Antrag auf Genehmigung nach § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG für den Betrieb eines Objektnetzes gestellt (Verwaltungsakte [VA] 29/4) und diesen im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH zur Rechtsgültigkeit von Teilen dieser Vorschrift am 11.08.2009 wieder zurückgenommen (VA 29/10). Im Weiteren trat die Beschwerdegegnerin in die Prüfung und Vorbereitung eines Festsetzungsbescheides für Netzentgelte ein, wozu die Beschwerdeführerin auch Unterlagen einreichte.

6 Die Beschwerdegegnerin erließ jedenfalls einen Bescheid mit Datum vom 11.12.2009 (Bl. 4 bis 20), welcher aussprach (hier nur verknappt wiedergegeben):

#### 7 I. Tenor

8 1. Feststellung, dass die Beschwerdeführerin ein Energieversorgungsnetz betreibt und danach den Regelungen der §§ 21, 21 a und 23 a EnWG unterliegt

2. vorläufige Festsetzung von Höchst-Netznutzungsentgelten (12/09 bis 6/10)

3. Gestattung der Erhebung von Sondernutzungsentgelt (Nachtspeicherheizung)

4. Widerrufsvorbehalt hinsichtlich Ziffern 2 und 3
4. a Vorbehalt einer Mehrerlösabschöpfung (11/05 bis 11/09)
5. Veröffentlichungsaufgabe (Internet) hinsichtlich der Entgelte Ziffern 2 und 3
6. Fristgebundene Auflage zur Vorlage eines Berichtes gemäß § 28 StromNEV

- 9 In diesem Bescheid, welcher dem Prozessbevollmächtigten der Beschwerdeführerin jedenfalls durch Zustellungsurkunde am 12.12.2009 (VA 190/22) zugegangen war, legte die Beschwerdegegnerin zu Grunde, was sie auch zum Tenor I. 1. erhoben hatte, dass die Klägerin die Betreiberin eines Energieversorgungsnetzes sei und danach in Pflichten des EnWG stehe, woraus sich die weiteren Vorgaben und Auflagen im Bescheid ergäben.
- 10 Durch am 07.01.2010 eingegangene und - eingehend am 08.02.2010 (Montag) - mit einer Begründung versehene sofortige Beschwerde wendet sich die Beschwerdeführerin gegen alle Aussprüche des Bescheides und bekämpft insbesondere die diesen zu Grunde liegende Wertung der Landesregulierungsbehörde/Beschwerdegegnerin, dass die Beschwerdeführerin selbst als Betreiberin eines Energieversorgungsnetzes anzusehen sei. Sie sieht sich nach ihrer Funktion, den technischen Gegebenheiten und dem Verhältnis von Energiebezug für Betriebseinrichtungen wie Sauna einerseits und für die Dauer- und vorübergehenden Mieter andererseits nicht als "Stromhändlerin", mithin auch Netzbetreiberin, sondern als bloße Weiterleiterin des Stroms des Energieversorgungsunternehmens E. AG, den sie als reine unselbstständige Nebenleistung ihren Mietern übermittele und abrechne. Hinter der Trafostation tue sich kein weiteres Netz auf, sondern befinde sich nur als Kunden- oder Hausversorgungssystem eine interne elektrische Anlage der Beschwerdeführerin. Folgerichtig habe sie auch keine Genehmigung nach § 4 EnWG inne und sei von ihrem Stromlieferanten immer als Sondervertragskunde behandelt worden. Die Mieter seien auch keineswegs an sie gebunden; Naturistenplätze gebe es in der Bundesrepublik Deutschland in ausreichender Zahl. Sollte sie tatsächlich als Energieversorgungsnetzbetreiberin angesehen werden, führe dies zu ihrer Insolvenz, da sie nach Aufgabenstellung, personeller und wirtschaftlicher Ausstattung nicht in der Lage sei, jene mit dieser Eigenschaft verbundenen aufwändigen Pflichten zu erfüllen.
- 11 Neben dem durchgängigen Angriff, sie betreibe kein Energieversorgungsnetz im Sinne des EnWG, hält sie zudem daran fest, dass, falls doch, eine solche rechtliche Qualifizierung ihrer Aufgabe zu unzumutbaren, weil auch wirtschaftlich existenzgefährdenden Auswirkungen führe.
- 12 Mit Schriftsatz vom 07.01.2010 (Bl. 25) beantragt die Beschwerdeführerin deshalb:
- 13 Der Bescheid des Wirtschaftsministeriums Baden Württemberg vom 11.12.2009 (Az.: 1 - 4455.4 - 3/190) wegen Feststellung einer Energieversorgungsnetz- und Netzbetreibereigenschaft und vorläufige Festsetzung von Netznutzungsentgelten nach § 23 a Abs. 5 S. 2 i.V.m. § 72 EnWG wird aufgehoben.
- 14 Die Beschwerdegegnerin beantragt mit Schriftsatz vom 18.03.2010 (Bl. 97):
- 15
1. Die Beschwerde gegen den Bescheid des Wirtschaftsministeriums vom 11.12.2009 wird zurückgewiesen.
  2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Beschwerdeführerin.
- 16 Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung als richtig.
- 17 Die Bundesnetzagentur (BNA) ist beigeladen (Bl. 21, 92); sie hat sich jedoch nicht am Verfahren aktiv beteiligt.
- 18 Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf die Schriftsätze, die Verwaltungsakten sowie die Sitzungsniederschrift verwiesen.
- 19 Die Beschwerdeführerin hat Beziehung der Verwaltungsakte und Akteneinsicht begehrt (Bl. 29). Die Beschwerdegegnerin hat ihren Verwaltungsakten Teile entnommen, bezüglich deren sie sich an eine eigene Vertraulichkeitserklärung gebunden fühlt und weshalb sie auch insoweit der Einsichtnahme durch die Beschwerdeführerin und ihren Prozessbevollmächtigten nicht zugestimmt hat.
- 20 Die Beschwerdeführerin hat an ihrem uneingeschränkten Akteneinsichtsgesuch festgehalten.
- 21 **II. Zulässigkeit**
- 22 Die sofortige Beschwerde ist mit mehreren Zulässigkeitsproblemen behaftet, im Endergebnis jedoch - mit Ausnahme des Angriffs gegen den Tenor I. 4. a - als zulässig zu behandeln.
1.
    - a)
- 23 Die sofortige Beschwerde ist schon nicht fristgerecht eingelegt. Eine Zustellung des Bescheides vom 11.12.2009 erfolgte am 14.12.2009 (Beschwerdeführerin Bl. 2; Beschwerdegegnerin: 12.12.2009 [Bl. 111/112]). Der Zustellungsurkunde (ohne Bezeichnung des Übersendungsgegenstandes) in den Verwaltungsakten [VA] ist der Zustellungszeitpunkt mit 12.12.2009 zu entnehmen [VA 190/22]. Darauf bezogen ging die Beschwerdeschrift am

07.01.2010 sowie die Begründungsfrist am 08.02.2010 (der 07.02.2010 war ein Sonntag) rechtzeitig (vgl. § 78 Abs. 3 S. 2, § 85 Nr. 2 EnWG i.V.m. § 222 Abs. 2 ZPO) ein. Soweit die Beschwerdegegnerin - allerdings nicht im Zusammenhang mit der Zulässigkeit des Rechtsbehelfs, sondern wegen der Berechtigung von angeblichen Rückwirkungen des Bescheides - auf eine Erstzustellung im November 2009 und eine insoweit eingetretene Heilung nach § 9 LVwZG abstellt (Bl. 112), was keinen Widerspruch der Beschwerdeführerin erfahren hat, ist davon auszugehen, dass der identische Bescheid dem Prozessbevollmächtigten der Beschwerdeführerin im November 2009 schon einmal zugestellt worden ist, wenngleich das von ihm unterschriebene und auch abgesandte Empfangsbekanntnis (vgl. VA 190/21) nicht (mehr) auffindbar ist. Danach steht eine Zustellung bereits im November 2009 fest; darauf bezogen war aber die Einreichung der Beschwerdeschrift verfristet.

b)

- 24 Der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin eine weitere Zustellung, worauf sich die in der VA befindliche Zustellungsurkunde bezieht, beim Prozessbevollmächtigten der Beschwerdeführerin veranlasst hat, setzt aber nicht erneut die Frist in Gang; denn eine solche Zustellung schafft keinen Vertrauenstatbestand, dass erst jetzt wirksam zugestellt worden ist (BGH NJW-RR 2006, 5136 [juris Tz. 16]; NJW-RR 2005, 1658 [juris Tz. 8]; Rimmelspacher in Münch-Komm.-ZPO, 3. Aufl. [2007], § 517, 4). Die erste Zustellung bleibt wirksam und danach für den Fristablauf grundsätzlich maßgeblich.

c)

- 25 Allerdings kann der Beschwerdeführerin vorliegend Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden. Die Beschwerdegegnerin trägt u. a. vor: „*Telefonisch einigten sich die LRegB mit dem Prozessbevollmächtigten der Bf. dahingehend, dass die LRegB eine weitere Zustellung vornehmen werde*“ (Bl. 112 [„*zweiter Zustellungsversuch*“, VA 190/22]), zumal hinsichtlich der Erstzustellung „*kein genaues Datum mit Sicherheit bekannt*“ sei (VA 190/21). Ein durch eine weitere Zustellung veranlasster Irrtum über den Beginn der Frist vermag nämlich einen Wiedereinsetzungsgrund abzugeben (BGH NJW-RR 2005, 1658 [juris Tz. 9 bis 12]; Rimmelspacher a.a.O. 4; so im Ansatz ersichtlich auch BGH NJW-RR 2006, 563 [juris Tz. 17]).

d)

- 26 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann auch von Amts wegen gewährt werden, wenn u.a. die tatsächlichen Voraussetzungen der Wiedereinsetzung offenkundig oder aktenkundig sind (BGH ZIP 2003, 2382 [juris Tz. 18]; NJW-RR 2006, 563 [juris Tz. 21]; NZI 2009, 159 [Tz. 10]). So liegt es hier. Deshalb ist der Beschwerdeführerin Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von Amts wegen zu gewähren, zumal die Beschwerdeführerin im Hinblick auf die einvernehmliche Abrede der Beteiligten davon ausgehen durfte, dass erst die zweite Zustellung die Frist in Lauf setzen sollte (vgl. BGH NJW-RR 2005, 1658 [juris Tz. 10]).

2.

- 27 Zwar wendet sich die sofortige Beschwerde mit ihrem Antrag gegen den Bescheid „*wegen Feststellung einer Energieversorgungsnetz- und Netzbetreibereigenschaft und vorläufiger Festsetzung von Netznutzungsentgelten*“ (Bl. 25). Die Begründung lässt jedoch zweifelfrei erkennen, dass die Beschwerdeführerin das Rechtsmittel nicht auf diese beiden bezeichneten Problemkreise und damit nur den Tenor I. 1. und 2. beschränkt, sondern den Bescheid in allen Aussprüchen beseitigt wissen will.

3.

- 28 Hinsichtlich des Zulässigkeitsmangels der sofortige Beschwerde in Bezug auf den Ausspruch I. 4.a (Ankündigung einer beabsichtigten Mehrerlösabschöpfung) wird auf die Ausführungen unter III. D. verwiesen.

### 29 **III. Begründetheit**

#### 30 **A. Tenor I. 1. (Feststellung der Netz[betreiber]eigenschaft)**

1.

a)

- 31 Der angefochtene Bescheid hat in seinem Tenor I. 1. festgestellt, dass die von der Beschwerdeführerin unterhaltenen Anlagen ein Energieversorgungsnetz im Sinne des § 3 Nr. 16 EnWG darstellten, sie somit ein Energieversorgungsnetz im Sinne von § 3 Nr. 4 und § 20 EnWG betreibe und deshalb den Regelungen der §§ 21, 21 a und 23 a EnWG unterliege.

b)

- 32 Ungeachtet der Frage, ob die Beschwerdegegnerin/Landesregulierungsbehörde hinreichend ermächtigt ist, isolierte Eigenschafts- oder Tatbestandmerkmalsfeststellungen zu treffen (vgl. hierzu sogleich unter 2.), ist die Anfechtung einer solchen Feststellung jedenfalls zulässig. Denn zu den Entscheidungen im Sinne von § 75 Abs. 1 i.V.m. § 73 Abs. 1 Satz 1 EnWG gehören alle Gebote und Verbote, die insbesondere das Netzbetreiberverhalten zu beeinflussen geeignet sind (Salje, EnWG [2006], § 75,13). Rechtsmittel oder gerichtliche Angriffe gegen deklaratorische Feststellungen durch eine Verwaltung wie gegen die Feststellung einer bestimmten rechtlich erheblichen Eigenschaft einer Sache, wenn also eine generelle oder abstrakten Regelung des Gesetzes für den Einzelfall mit Bindungswirkung als bestehend oder nicht bestehend festgestellt, konkretisiert oder individualisiert wird, sind grundsätzlich eröffnet (vgl. BVerwGE 14, 151, 152 = NJW 1962, 1738; Boesche/Wolf ZNER 2005, 285, 287). So unterfallen dem Begriff der Entscheidung auch Feststellungen (z.B. zum Vorliegen eines Objektnetzes im Sinne von § 110: Salje a.a.O. § 73, 5).

2.

- 33 Diese Entscheidung im Tenor I 1. ist aber schon deshalb fehlsam und damit aufzuheben, weil der Beschwerdegegnerin/Landesregulierungsbehörde eine Ermächtigung für eine bloß feststellende Entscheidung fehlt.

a)

- 34 Eine Festlegung gemäß § 29 Abs. 3 EnWG (vgl. hierzu Britz in Britz/Heller-mann/Hermes, EnWG [2008], § 29, 10 f.; Salje a.a.O. § 29, 13 f.; Franke in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 2. Aufl. [2008] § 19, 57) eröffnet zwar als eine nach der allgemeinen Terminologie des deutschen Verwaltungsrechts nicht gängige Handlungsform (Britz a.a.O. 10) nicht nur die Methodenregulierung gegenüber einer Vielzahl von Betreibern von Energieversorgungsnetzen, sondern auch die Festlegung gegenüber einem einzigen Netzbetreiber (Britz a.a.O. 10; Salje a.a.O. 13; Franke a.a.O. 58), aber nur über die Bedingungen und Methoden für den Netzanschluss oder den Netzzugang. Dass der Regulierungsbehörde damit ein Handlungsinstrument an die Hand gegeben wäre, einzelne Tatbestandsmerkmale im Zuge der Rechtsanwendung isoliert festzustellen, ist nicht zu erkennen.

b)

- 35 Der Begriff der Entscheidung deckt sich letztlich mit dem des Verwaltungsaktes i.S.d. § 35 VwVfG (BGH N&R 2008,36 [22]; Salje a.a.O. § 73, 4; Hanebeck in Britz/Hellermann/Hermes a.a.O. § 73, 6). Der Erlass eines Verwaltungsaktes setzt im Grundsatz nach heute herrschender Meinung nicht nur voraus, dass für die getroffene rechtliche Regelung in materieller Hinsicht eine gesetzliche Grundlage besteht, sondern auch, dass die Behörde in der Form eines Verwaltungsaktes handeln darf (BVerwGE 119, 123 = NJW 2004, 1191, 1192 [II. B. 1.]; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. [2008], § 35, 11). Durch feststellende Verwaltungsakte wird die materielle Rechtslage in Bezug auf einen Einzelfall verbindlich festgestellt, ohne dass ihre Änderung beabsichtigt ist. Der Verfügungssatz eines feststellenden Verwaltungsaktes beschränkt sich somit darauf, das Ergebnis eines behördlichen Subsumtionsvorgangs festzuschreiben (U. Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. [2008], § 35, 219). Er dient der Feststellung eines Verwaltungsrechtsverhältnisses, also der verbindlichen Festlegung von Ansprüchen oder Eigenschaften oder der Klärung des Status' einer Person oder einer Sache im Einzelfall (Schwarz in Hk-VerwR/VwVfG [2006], § 35 VwVfG, 44). Dass es auch für die gewählte Handlungsform des Verwaltungsaktes einer Ermächtigung bedarf, gilt auch für den Fall, dass es sich bei dem Bescheid nicht um einen befehlenden, sondern nur um einen feststellenden Verwaltungsakt handelt. Für den Erlass eines feststellenden Verwaltungsaktes bedarf es jedenfalls dann einer gesetzlichen Grundlage, wenn sein Inhalt etwas als rechtmäßig feststellt, was der Betroffene erklärtermaßen nicht für rechtens hält. Eine Ermächtigungsgrundlage muss nicht ausdrücklich vorliegen, es genügt, wenn sie durch Auslegung des Gesetzes ermittelt werden kann (BVerwGE a.a.O.; vgl. auch Kopp/Ramsauer a.a.O. § 35, 12; U. Stelkens a.a.O. § 35, 220; Schwarz a.a.O. § 35, 44). Das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage gewinnt gerade dort an Bedeutung, wo ein feststellender Verwaltungsakt zwar unmittelbar weder Ge- noch Verbote begründet, aber nach Eintritt der Bestandskraft Grundlage für die Auferlegung von Ge- oder Verboten durch andere Verwaltungsakte sein kann. Daher kann die Bestandskraft eines feststellenden Verwaltungsaktes wegen der größeren Offenheit der Regelung weiterreichende Folgewirkungen haben als die Bestandskraft von gestaltenden und vollstreckungsfähigen Verwaltungsakten (U. Stelkens a.a.O. 220). Im Regelfall soll jedoch bejaht werden können, dass sich in einem Rechtsverhältnis aus der Ermächtigung zum Erlass eines auf Leistung oder Gestaltung gerichteten Verwaltungsaktes zugleich - gleichsam als minus - auch eine Ermächtigung zum Erlass entsprechender Feststellungen ergibt (Kopp/Ramsauer a.a.O. § 35, 12 m.N.), etwa wenn der Ausspruch nur die Kehrseite eines Leistungsanspruchs darstellt (BVerwG NJW 1977, 1838, 1839 [II. A. 3.]).

c)

- 36 Die Landesregulierungsbehörde hat nicht bloß das Ergebnis eines Subsumtionszwischenschrittes gleichsam klarstellend vor die Klammer gezogen, sondern eine die bloße Bewertung eines Tatbestandsmerkmals für einen Einzelfall überschreitende Regelung getroffen, welche generell die Eigenschaft und Rechtsqualität der von der Beschwerdeführerin unterhaltenen Elektrizitätsanlage feststellt und jenseits eines bloßen Subsumtionsschrittes geeignet ist, verbindliche Folgewirkungen in Bezug auf gänzlich andere Fragestellungen auszulösen, bei denen die Netzbetreibereigenschaft ebenfalls Vorfrage ist. Dass die Beschwerdegegnerin ihrer Feststellung diese weitreichende Bedeutung auch beilegen wollte, ergibt sich schon daraus, dass sie diese Bewertung zu einem eigenständigen und zudem Leitausspruch im Entscheidungsstufen erhoben und ihn schon dort mit Folgerungen für zukünftige Regelungen verbunden hat. Dies findet seine Entsprechung in der Entscheidungsbegründung, welche die „Feststellung der Netzeigenschaft (Tenor Ziff. 1)“ ausführlich als eigenständigen Regelungsgehalt der Entscheidung voranstellte und ausdrücklich darin nicht nur eine inzidenter-Entscheidung sah, sondern: *„Im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens hält es die LRegB für zweckmäßig, über die Netz(betreiber)eigenschaft gesondert zu entscheiden, damit für den Fall, dass der Bescheid im Übrigen gerichtlich keinen Bestand haben sollte, zumindest die in Ziff. 1 enthaltene Feststellung der Netzeigenschaft, aus der sich z. B. Pflichten nach § 4 EnWG ergeben, aufrechterhalten bleibt“* (Bescheid S. 7/8). Damit gibt die Beschwerdegegnerin zweifelsfrei zu erkennen, dass sie über die unmittelbar anstehenden Entgeltfragen hinaus eine Grundentscheidung mit Zukunftswirkung zu einem Rechtsverhältnis schlechthin treffen wollte und schon konkret eine weitere Bindungswirkung (Genehmigungspflichtigkeit) festgelegt hat. Solches mag ihr im Falle eines begünstigenden Verwaltungsaktes (etwa Feststellung des Ausnahmetatbestandes eines Objektivnetzes im Sinne des § 110 EnWG) eröffnet sein. Bei belastenden Verwaltungsakten wie dem vorliegenden bedarf es jedoch einer Verwaltungsaktsbefugnis, die weder dargetan noch ersichtlich ist.
- 37 Damit ist der Verwaltungsakt in diesem Entscheidungsausspruch rechtswidrig und damit aufzuheben.
- 3.
- 38 Die Frage der Netz(betreiber)eigenschaft stellt sich aber, wie die Beschwerdegegnerin nicht verkannt hat, inzidenter bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der weiteren Aussprüche, so auch im Tenor I. 2.. Denn handelt es sich nicht um ein Netz oder ist die die Beschwerdeführerin nicht die Netzbetreiberin, ist sie auch der mit dieser Entscheidungsziffer betroffenen Entgeltregelung nicht unterworfen.
- 39 Die Beschwerdeführerin betreibt allerdings ein Netz, die Beschwerdegegnerin ist aber nicht zu der im Tenor I. 2. getroffenen Entscheidung ermächtigt. Deshalb unterfällt auch dieser Ausspruch der Aufhebung.

a)

40 Durch die Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt (ElTRL) hat der Richtliniengeber nach dem 4. und 5. Erwägungsgrund zum Ausdruck gebracht, dass in einem vollständig geöffneten Markt den Verbrauchern die freie Wahl ihrer Lieferanten und den Anbietern die freie Belieferung ihrer Kunden gestattet sein muss, wobei beide Rechte naturgemäß miteinander verbunden sind (EuGH NVwZ 2008,769 [Tz. 43] - *cityworks AG*; erneut EuGH EuZW 2009,12 [Tz. 31 bis 33, 43] - *Sabatauskas*). Dabei ist ein Verteilernetz ein solches für den Transport von Elektrizität mit hoher, mittlerer oder niedriger Spannung, unabhängig von seiner Größe oder des Stromverbrauchs (EuGH a.a.O. [Tz. 49] - *cityworks AG*). Diese Gemeinschafts-rechtlichen Vorgaben schlagen auf das Verständnis und die Auslegung der maßgeblichen Vorschriften des EnWG durch.

b)

41 § 20 EnWG regelt vor allem das „Ob“ des Netzzugangs, § 21 das „Wie“, d.h. die Bedingungen und Entgelte des Netzzugangs (Groebel in Britz/Hellermann/Hermes a.a.O. § 21, 1). Die Pflicht zur Gewährung des Netzzugangs trifft grundsätzlich alle Betreiber von Energieversorgungsnetzen. Zu den Energieversorgungsnetzen zählen gemäß § 3 Nr. 16 die Gas- wie die Elektrizitätsversorgungsnetze (Britz a.a.O. § 20, 7; vgl. auch die Übersichtsgrafik bei de Wyl/Becker ZNER 2006, 101).

c)

42 aa) § 3 Nr. 4 EnWG benennt als auf alle Energieversorgungsnetze bezogen „Betreiber von Energieversorgungsnetzen“ (Salje a.a.O. § 3, 25); die Vorschrift dient der Klarstellung (BT-Drucks. 15/3917, S. 48; Theobald in Danner/Theobald, Energierecht, § 3 EnWG [1/2007], 24). § 3 Nr. 16 definiert Energieversorgungsnetz u.a. als Elektrizitätsversorgungsnetz über eine oder mehrere Spannungsebenen oder Druckstufen. Auch diese Vorschrift dient der Klarstellung (BT-Drucks. 15/3917, S. 48; vgl. auch Theobald a.a.O. § 3, 126). Der Begriff ist nach dem Verständnis des EnWG grundsätzlich weit auszulegen (Theobald/Zenke/Ochsenfahrt in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 2. Aufl. [2008], § 14, 6). Damit nimmt die Regelung Bezug auch auf die Ziffern 29 b (örtliches Verteilernetz), 31 a (Teilnetz), 35 (Verbundnetz) oder 37 (Definition der Verteilung). Grundsätzlich sind alle diese Netze vom EnWG vollständig erfasst und unterliegen der Aufsicht der Regulierungsbehörde gemäß § 65 EnWG (Salje a.a.O. § 3, 97; Hellermann in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG [2008], § 3, 32). Mindestvoraussetzung für das Vorliegen eines Energieversorgungsnetzes ist, dass die Elektroanlage nachgelagerte Letztverbraucher versorgt. Der Betreiber muss nicht Eigentümer, er kann etwa auch Pächter sein (Hellermann a.a.O. [§ 3, 34; Theobald a.a.O. § 3, 152; vgl. auch Salje a.a.O. § 3, 16). Zu unterscheiden ist das Energieversorgungsnetz etwa von den Kundenanlagen, wobei Abgrenzungsprobleme bei Leitungen in Mietshäusern, Gewerbegebieten und insbesondere in Einkaufszentren auftreten können. Der Begriff der Kundenanlage ist nicht legaldefiniert (Theobald/Zenke/Ochsenfahrt a.a.O. § 14, 7). Eine Kundenanlage, für die der netzseitige EnWG-Pflichtenkatalog nicht gilt (Theobald a.a.O. 128; de Wyl/Becker a.a.O. 102), ist die Gesamtheit der netztechnischen Anlage ab der Liefer-/Leistungs- und Eigentumsgrenze (Netzanschluss- bzw. Zählpunkt) in Abgrenzung zum vorgelagerten Netz und beginnt in der Regel mit der Hausanschlussicherung/Zähleranlage. Eine Kunden-anlage kann grundsätzlich an alle Spannungs- und Umspannebenen angeschlossen sein (Theobald a.a.O. 128). Ist der Nutzer nur Kunde des Energieversorgungsnetzes und versorgt selbst keine nachgelagerten Letztverbraucher, bedarf es keines besonderen gesetzlichen Schutzes; ein Objektnetz ist demnach nicht gegeben (Theobald/Zenke/Ochsenfahrt a.a.O. 7). Andererseits kann man als Anknüpfungspunkt die vertragliche Ausgestaltung der Stromlieferungsverträge mit den Letztverbrauchern oder die Zahlung von Netzentgelten sehen. Diese Auslegung soll jedoch ebenfalls problematisch sein, da sie das Vorliegen eines Energieversorgungsnetzes von den subjektiven Bedingungen der Beteiligten abhängig mache. Eine klare Abgrenzung sei daher kaum möglich, vielmehr solle es auf die Umstände des Einzelfalls ankommen. In der Praxis solle zunächst von den technischen Gegebenheiten ausgegangen werden; anschließend seien insbesondere die Verträge der Beteiligten einer Analyse zu unterziehen (so Theobald/Zenke/Ochsenfahrt a.a.O. § 14, 8). So kann eine Kundenanlage dann zu einem Energieversorgungsnetz im Sinne des EnWG werden, wenn sie kommerziell zur Versorgung Dritter genutzt wird (Geschäftstätigkeit, Gewinnerzielungsabsicht). Ein Indiz für eine kommerzielle Nutzung kann sein, wenn z. B. die Kosten einer Kundenanlage, die auch zur Versorgung Dritter dient, gegenüber den Dritten direkt und vertraglich gesondert über laufende Nutzungs- oder Versorgungsverträge anteilig mit Gewinnanteil abgerechnet und nicht - wie im Mietrecht üblich - mietvertraglich über die Miete oder Mietenebenkosten abgegolten werden (Theobald a.a.O. § 3, 127; Theobald/Zenke/Ochsenfahrt a.a.O. 7; vgl. auch OLG Dresden RdE 2002, 309 [juris Tz. 59]). § 3 Ziff. 17, für den das Vorhandensein eines eigenen Netzbetriebs konstituierend ist, erfüllt nicht, wer zwar ein Elektrizitätsversorgungsnetz betreibt, wenn dieses aber nicht der allgemeinen Versorgung gewidmet ist (Salje a.a.O. § 3, 101). Voraussetzung ist, dass die durch das Netz zu versorgenden Letztverbraucher weder individuell noch im Hinblick auf ihre Anzahl feststehen dürfen (Rosin RdE 2006, 9, 15; Boesche/Wolf ZNER 2005, 285, 292 [dort auch zur Abgrenzung von Objekt- zur Arealnetz], dort Netz im Sinn des §§ 3 Nr. 17 EnWG bejaht bei mehreren Abnehmern eines größeren Gewerbeparks oder einer Wohnsiedlung). Dabei soll das qualitative Merkmal der Unbegrenztheit ausschlaggebend sein, nicht das quantitative Merkmal der Anzahl der zu versorgenden Letztverbraucher (Theobald a.a.O. § 3, 133), weshalb unter Umständen auch die Versorgung einzelner Häuser oder Häuserblocks reichen soll (vgl. BGH RdE 2005, 222, 226 - *Mainova*: Gewerbepark, Büroneubau für Landesärztekammer Hessen und zu einem Wohngebiet umgewandeltes ehemaliges Kasernengelände; Meinhold ZNER 2005, 196, 197). Wer ein Netz betreibt, das der eigenen Versorgung oder der von Vertragspartnern (z. B. Mieter in einer Wohnanlage) dient, ist nicht Netzbetreiber der allgemeinen Versorgung, sondern Eigenversorger gemäß § 110 Abs. 3; unter letzteres fallen örtlich begrenzte Arealnetze sowie Hausnetzanlagen (Salje a.a.O. 102; Tödtmann/Setz in Baur/Pritzsche/Simon, Unbundling in der Energiewirtschaft [2006], Kap. 3, 68).

43 bb) Nach Art. 2 Ziff. 19 ElTRL ist die Energieversorgung der Verkauf einschließlich des Weiterverkaufs von Elektrizität an Kunden (vgl. auch Boesche/Wolf a.a.O. 297 [FN 116]; vgl. zum Netzbegriff auch BGHZ 134, 1 [juris Tz. 39 bis 42] - *Stromeinspeisung II*). Ein allgemeines Versorgungsnetz im Sinn des § 3 Nr. 18 EnWG liegt vor, wenn über es Dritte mit Energie versorgt und sie nicht von vornherein auf die Versorgung bestimmter, schon bei der Netzerrichtung feststehende oder bestimmbarer Letztverbraucher beschränkt, sondern grundsätzlich für die Versorgung jedes im Arealnetz-gebiet angesiedelten Letztverbrauchers angelegt sind (Boesche/Wolf a.a.O. 197).

Sie sind als Netzbetreiber anzusehen, wenn sie wie sonstige Betreiber von (allgemeinen) Versorgungsnetzen teils fremde Energie vom vorgelagerten Netzversorger durch ihr Netz an die dort angeschlossenen Endkunden „durchleiten“, teils die Energie einkaufen oder selbst erzeugen, um sie an die Endkunden in ihrem Netzgebiet zu liefern (Boesche/Wolf a.a.O. 299). Zwar fehlt im EnWG eine explizite Definition für Elektrizitätsversorgungsnetze. Nach dem allgemeinen Begriffsverständnis soll ein Netz aber die Gesamtheit der miteinander verbundenen Anlageteile zur Übertragung oder Verteilung elektrischer Energie sein (Theobald in Danner/Theobald, Energierecht, § 110 EnWG [5/2007], 13; Theobald/Zenke/Ochsenfahrt in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 2. Aufl. [2008], § 14, 6).

- 44 cc) Doch auch die Betreiber von Objektnetzen i.S.v. § 110 EnWG sind nach der Definition Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen im Sinne des § 3 EnWG, wenn sie diese Aufgabe wahrnehmen (Salje a.a.O. § 3, 22). Sie sind jedoch mit der (beabsichtigten) Ausnahme des § 110 EnWG von vielen Verpflichtungen und Bindungen ausgenommen (Salje a.a.O. 22 und 97; vgl. Hellermann a.a.O. § 3, 13 und 33; zum Pflichtenkatalog ferner Theobald a.a.O. 25; Boesche/Wolf ZNER 2005, 285, 286; Rosin RdE 2006, 9, 12).

3.

a)

- 45 So mag der kein Netzbetreiber sein, der lediglich die in seinem Eigentum stehenden Kabel als technische Vorrichtungen für eine Belieferung seiner Mieter mit Strom zur Verfügung stellt und damit seiner mietvertraglichen Verpflichtung, seinem Mieter den Anschluss an die allgemeine Stromversorgung zu ermöglichen, nachkommt (vgl. hierzu OLG Dresden RdE 2002, 310 [juris Tz. 59]). Die Beschwerdeführerin stellt aber nicht bloß ihr Kabelsystem den Platznutzern zu deren Direktbezug von Strom von externen Energieversorgungsunternehmen zur Verfügung. Sie ist es selbst, welche vom Stromversorgungsunternehmen E. AG Energie bezieht und diese selbstständig abrechnend an die Platznutzer durch ihr eigenes Energieversorgungssystem weiterleitet.

b)

- 46 Eine sogenannte "Kundenanlage" (vgl. insoweit auch die Verteidigung der Bundesregierung im Verfahren EuGH a.a.O. [Tz. 28] - *cityworks AG*) liegt nicht vor. Diese wäre davon geprägt, dass die Beschwerdeführerin zwar ein Kabel-/Energieversorgungssystem vorhält, über welches ihre Mieter entsprechend ihrem jeweiligen Strombedarf von einem extern zuleitenden Energieversorgungsunternehmen im Ergebnis Strom beziehen, dass sich diese Versorgung - ähnlich wie in einem Hotel, Motel, Wohnheim oder einer sonstigen räumlich und organisatorisch zusammengefassten Wohnanlage - als unselbstständige Nebenleistung des Vermieters gegenüber seinen Mietern darstellt, er sie auch nicht gesondert nach dem jeweiligen Bedarf und den selbst geschuldeten Tarifen abrechnet, sondern nur als kalkulatorisches Unterelement des Mietzinses mit erhebt. So aber liegt es hier eben nicht. Die Beschwerdeführerin leitet den extern von einem Energieversorgungsunternehmen bezogenen Strom über ihre technische Anlage dem jeweiligen Platznutzer zu und rechnet diesem gegenüber eigenständig und unabhängig von der Platzmiete den von ihr bezogenen und jeweils weitergeleiteten Strom nach den Tarifen, zu denen sie selbst verpflichtet ist, ab. Sie verkauft mithin selbst Strom, mag sie dabei auch nur Weiterleiterin sein. Die Stromversorgung über sie und durch sie bleibt nicht nur unselbstständiges Element eines übergeordneten Leistungspakets, sondern eigenständige Leistungshandlung der Beschwerdeführerin.

4.

- 47 Dies macht sie zur Netzbetreiberin im Sinne der genannten Vorschriften des EnWG.

a)

- 48 Denn die Beschwerdeführerin erfüllt schon das Grundmerkmal der Versorgung mit Energie, da sie Elektrizität an Kunden weiterverkauft (Art. 2 Abs. 19 EitRL). Sie macht auf Grund ihrer auch vertraglichen Versorgungsstrukturen Strom zu einer Handelsware, da sie ihn verkauft und in der freien Wahl ihres Bezuges zugleich darüber entscheidet, von wem und damit auch zu welchen Konditionen sie dieses Versorgungsgut einkauft und weitergibt. Sie ist damit, auch wenn dies nicht ihrem Haupt(erwerbs)zweck dient, der objektiven Funktion nach Stromhändlerin gegenüber den an ihrem Netz angeschlossenen Letztverbrauchern, die zwar in ihrem aktuellen Bestand bestimmbar sein werden, angesichts einer vertraglich möglichen Fluktuation aber bestands offen sind. In dem von ihr, wenn auch nur als Pächterin, vorgehaltenen elektrischen Netz versorgt sie mit einer selbstständig gehandelten Ware ausschließlich die dort jeweils vorhandenen und dieses Wirtschaftsgutes bedürftigen Letztverbraucher und dies zu ihren Preisen und zugleich unter Ausschluss des freien Wahlrechtes der Energienutzer hinsichtlich ihrer Lieferanten. Dies wird auch darin sinnfälligerweise, dass sich auf dem von der Beschwerdeführerin bewirtschafteten Gelände auch eine Reihe von Dauermietern befindet. Im Verfahren um eine Genehmigung nach § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG hatte die Beschwerdeführerin im Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 21.01.2008 noch angegeben, von den 450 Campingplatzparzellen seien „*derzeit 330 an Dauermieter vermietet. Von diesen Dauermietern haben ca. 150 kleinere bis mittelgroße Ferienhäuser auf den gemieteten Campingplatzparzellen erstellt*“ (VA 27/5 S. 2). Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdebeurteilung jetzt angibt, nun „*mit ca. 20 - 30 ganzjährigen Dauermietern und mit rd. 300 Mietverträgen für kleinere Ferienhäuschen bzw. Wohnmobile*“ (Bl. 31) ihre Anlage zu bewirtschaften (Schriftsatz vom 7.1.2010), mag sich darin - zumal die Winterzeit betroffen war - eine etwas geringergradige Platzbelegung widerspiegeln. Nicht nachvollziehbar gemacht hat die Beschwerdeführerin trotz nachvollziehbarer Vorbehalte in der Beschwerdeerwiderung, dass und warum sich die Zahl der Dauermieter nun solchermaßen reduziert haben soll, was ohnehin unverträglich mit den weiteren Ausführungen in der Beschwerdebeurteilungsschrift ist: „*Der Anteil von ca. 20 - 30 Mietern, die sich eher ganzjährig auf dem Campingplatz aufhalten, dafür auch höhere Stromverbräuche haben, macht deutlich weniger als 10 % der gesamten Anzahl der 'Dauermieter' aus*“ (Bl. 38). Danach treibt die Klägerin die Anlage auch nach den jüngsten, hinsichtlich Dauerbelegung abschwächenden Darlegungen mit einer nicht unerheblichen Zahl an Dauermietern um. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat sprach der Beschwerdeführervertreter denn auch von 330 Dauermietverhältnissen bei 450 Plätzen, bezüglich denen er Verbrauchsgruppen benannte. Insoweit wird ebenfalls augenfällig, dass die Beschwerdeführerin eine kleine Siedlung, einem kleinen Ortsteil ähnlich, unterhält und im Wege konkreter Abrechnung der Strombelieferung diese Dauerabnehmer ohne Bezugsalternative an ihre Strombewirtschaftungsvorgaben unausweichlich bindet. Schon dies macht deutlich, dass die Funktion der

Beschwerdeführerin vergleichbar ist mit der infrastrukturellen Versorgung eines kleineren Baugebietes mit Strom und lässt keine Zweifel aufkommen an der Stellung der Beschwerdeführerin als Betreiberin eines Energieversorgungsnetzes. An dieser Bewertung wären auch keine Abstriche zu machen, wenn der Anteil der Dauermieter geringer und der Platz überwiegend mit kurz verweilenden Campingplatznutzern bewirtschaftet würde. Denn dadurch dass die Beschwerdeführerin diesen Nutzern die Infrastruktur einer Elektrizitätsversorgung zur Verfügung stellt und - anders als etwa in Beherbergungsbetrieben - die Strombelieferung konkret abrechnet, ist sie die Stromversorgerin dieser Nutzer mit ihrem Netz, damit die Elektrizitätsversorgungsnetzbetreiberin und unterliegt somit den Anforderungen des EnWG. Dies entspricht auch dessen Sinn und Zweck. Denn die Beschwerdeführerin monopolisiert die Stromversorgung und nimmt entgegen den Zielsetzungen des EnWG den Nutzern die Möglichkeit, ihren Lieferanten und damit die Konditionen ihres eigenen Strombezuges selbst zu wählen und damit für Wettbewerb in der Energieversorgung zu sorgen.

b)

- 49 Diese Wertung findet ihre nur ergänzende Bestätigung darin, dass das von der Beschwerdeführerin unterhaltene Areal wesentliche Merkmale eines Objektnetzes erfüllt, welche zwar von etlichen Pflichten des EnWG ausgenommen, jedoch dem Begriff nach gerade Elektrizitätsverteilernetze wären (Salje a.a.O. § 3, 22).
- 50 aa) § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG, der auf vielfältige Formen von Arealnetzen zugeschnitten war (Salje a.a.O. § 110, 39), definiert Objektnetze im wesentlichen als auf einem räumlich zusammengehörenden, privaten Gebiet befindliche Netze, die dem Netzbetreiber dazu dienen, durch einen gemeinsamen übergeordneten Geschäftszweck bestimmbare Letztverbraucher mit Energie zu versorgen, wobei der Geschäftszweck über reine Vermietungs- und Verpachtungsverhältnisse hinausgehen und durch die Anwendung der Teile 2 und 3 sowie der §§ 4, 52 und 92 unzumutbar erschwert werden müsste. Ein räumlich zusammengehörendes Gebiet liegt dann vor, wenn auf Grund einer gewissen räumlichen Nähe und Verbindung zwischen den Grundstücken das Gebiet aus Sicht eines objektiven Betrachters als einheitlich wahrgenommen wird (Stötzel a.a.O. § 110, 9 i.V.m. 6; Theobald in Danner/Theobald, EnergieR, § 110 EnWG [5/2007], 22 i.V.m. 14), wenn eine einem industriellen Arealversorgung vergleichbare Versorgungskonstellation im Dienstleistungsbereich (Rosin a.a.O. 13), ein so genanntes Dienstleistungsnetz vorliegt (Theobald in Danner/Theobald a.a.O. § 110 EnWG [5/2007], 20; Theobald/Zenke/Ochsenfahrt a.a.O. § 14, 13). Die Einrichtung muss im gemeinsamen Interesse des Netzbetreibers und der Letztverbraucher liegen und über deren gewerbliche Betätigung hinausgehen (Stötzel a.a.O. § 110, 9). Ein Einkaufszentrum kann solche Anforderungen erfüllen (Salje a.a.O. 46; Stötzel a.a.O. 9; Theobald/Zenke/Ochsenfahrt a.a.O. § 14, 3 und 13; Rosin a.a.O. 13), ferner gelten auch Untermieter sowie Pflegeheime als Anwendungsfälle (Salje a.a.O. 50), ebenso Polizei- und Bundeswehrkasernen, in denen auch dritte Verbraucher versorgt werden (Theobald a.a.O. 23), Technologiezentren oder Freizeitanlagen und zusammenhängende Wochenendhausgebiete (Salje a.a.O. 53). Sinn und Zweck der Ausnahmenvorschrift war ihre Begrenzung auf einen überschaubaren, zahlenmäßig bestimmten festen Kreis von im Netzgebiet angesiedelten Kunden (Boesche/Wolf a.a.O. 292; Theobald a.a.O. 25; Stötzel a.a.O. 11).
- 51 bb) Es spricht vieles dafür, hätte § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG Rechtsbestand, dass das von der Beschwerdeführerin unterhaltene Areal in seinen hier maßgeblichen Tatbestandsmerkmalen einem Objektnetz entsprochen hätte, damit aber eben Energieversorgungsnetz ist. Denn es ist eine für bestimmbare Letztverbraucher räumlich zusammengefasste Dienstleistungseinheit (Campinganlage und Wochenendhausareal), die zudem durch den über die reine Grundstücksnutzung hinausgehenden gemeinsamen Zweck, die Ermöglichung einer bestimmten Körperkultur, geprägt ist. Das weitere Merkmal der Unzumutbarkeit ist bei der vorliegenden Betrachtung unerheblich, da es nicht den Netzcharakter mit definiert, sondern nur eine zusätzliche Anforderung für den Ausnahmetatbestand aufstellt. Danach betreibt die Beschwerdeführerin ein Energieversorgungsnetz, da damit Einrichtungen wie Freileitungen, Kabel, Transformation, Umspann- und Schaltanlagen zusammengefasst werden.
5. Die Beschwerdeführerin kann aber nicht die mit Objektnetzen einhergehenden Vergünstigungen und Entlastungen beanspruchen.
- a)
- 53 § 110 EnWG enthält eine Ausnahmeregelung für so genannte Objektnetze. Zentrale Vorschriften der Netzregulierung gelten für diese Netze nicht (Stötzel in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG [2008], § 110, 1 und Britz a.a.O. § 20, 7). Mit § 110 werden Objektnetze der Netzregulierung weitgehend entzogen. Zweck der Regelung ist, Objektnetze dadurch zu privilegieren, dass diese praktisch als Kundenanlage behandelt und der Netzregulierung entzogen werden (Stötzel a.a.O. 2). Regelungszweck ist die Herausnahme der Eigen- und Industrierversorgung aus der Regulierung; wer auf eigenem oder konzerneigenem Werksgelände Leitungsnetze betreibt, um die dem Unternehmen zuzurechnenden Produktionsstätten usw. zu versorgen, der bedarf nicht einer regulierungsbehördlichen Aufsicht (Salje, EnWG [2006], § 110, 1). Folge einer solchen Feststellung des Vorliegens eines Objektnetzes ist, dass die Teile 2 und 3 des EnWG keine Anwendung finden (Salje a.a.O. 62; Tödtmann/Setz in Baur/Pritzsche/Simon, Unbundling in der Energiewirtschaft [2006], Kap. 3, 69).
- b)
- 54 Die Beteiligten haben über eine solche Sachbehandlung auch verhandelt, die Beschwerdeführerin hatte am 30.05.2008 einen entsprechenden Antrag gestellt, den sie später jedoch wieder zurückgenommen hat. Auch die Beschwerdegegnerin hat die Anwendbarkeit dieser Vorschrift nicht für grundsätzlich ausgeschlossen gehalten.
- c)
- 55 aa) Der EuGH hat durch Urteil vom 22.5.2008 entschieden, dass Art. 20 Abs. 1 EU-ElektrizitätsbinnenmarktsRL (2003/54/EG) so auszulegen sei, dass er einer Bestimmung wie der in § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG enthaltenen Ausnahmeregelung entgegenstehe (RdE 2008, 245 = NJW 2008, 3345 = ZNER 2008, 148 = NVwZ 2008, 769 - *cityworks AG*). Sie ist damit nicht anwendbar (OLG Dresden ZNER 2009, 278 = NJOZ 2009, 1592; vgl. hierzu auch BGH ZNER 2009, 386 [Tz. 13] - *Industriepark Altmark*).

bb)

- 56 Der EuGH hat dabei festgestellt, dass § 110 Abs. 1 Nr. EnWG nur dann mit der Richtlinie 2003/50 vereinbar wäre, wenn diese Vorschrift in den Anwendungsbereich ihrer Ausnahmen oder Abweichungen fiel (EuGH a.a.O. [Tz. 56] - *cityworks AG*). Die Ausnahme nach Art. 20 Abs. 2 der Richtlinie (nicht ausreichende Kapazität des Verteilernetzbetreibers) könne vom Mitgliedsstaat nicht generell vorgesehen werden (EuGH a.a.O. [Tz. 57] - *cityworks AG*). Art. 3 Abs. 2, 3 und 8 der Richtlinie erlaube Beschränkungen, um die Elektrizitätsversorgung für eine gemeinwirtschaftliche Leistung sicherzustellen (EuGH a.a.O. [Tz. 60 und 61] - *cityworks AG*). Art. 26 Abs. 1 schaffe eine dritte Ausnahme, die jedoch der Zustimmung der Kommission mit Veröffentlichung der Entscheidung im Amtsblatt der Europäischen Union bedürfe; die Bundesrepublik Deutschland hat eine solche Ausnahme weder beantragt noch wurde ihr von der Kommission eine solche gewährt (EuGH a.a.O. [Tz. 63] - *cityworks AG*; vgl. schon Boesche/Wolf a.a.O. 286; zurückhaltender noch de Wyl/Becker a.a.O. 102).

d)

- 57 aa) Diese Wertung des EuGH ist auch auf die übrigen Alternativen des § 110 Abs. 1 EnWG zu übertragen (vgl. BGH ZNER 2009, 39 [Tz. 19] - *cityworks* [„möglicherweise“]; OLG Dresden a.a.O. 1593 [auch bezüglich Nr. 2], jedoch letztlich offen gelassen [1594]). Denn die hier allenfalls einschlägige Vorschrift des § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG kann in seinem lit. b keine generelle Freistellung schaffen; weder lit. a noch lit. b lassen erkennen, dass sie zur Sicherstellung einer gemeinwirtschaftlichen Leistung erforderlich wären, noch ist dritte Ausnahmeregel des Art. 26 Abs. 1 EltRL erfüllt.

- 58 bb) Ungeachtet dessen ist das antragsabhängige (vgl. BR-Drucks. 248/1/05 [neu] v. 22.04.2005, S. 10; Salje a.a.O. § 110, 54; Stötzel a.a.O. § 110, 25; Boesche/Wolf a.a.O. 287; anders: Franke in Schneider/Theobald, *Recht der Energiewirtschaft*, 2. Aufl. [2008], § 3, 4 [FN. 15: nur deklaratorischer Charakter der Feststellung nach § 110 Abs. 4 EnWG; Theobald in Danner/Theobald a.a.O. § 110 EnWG, 60 bis 63 [dort auch zur Auslegung der BR-Drucks.]; Rosin a.a.O. 16; de Wyl/Becker a.a.O. 103) Gesuch der Beschwerdeführerin nach § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG wieder zurückgenommen worden, sodass über die Wirksamkeit dieser Ausnahmeregelung ohnehin nicht zu befinden ist.

e)

- 59 Zwar ist nicht zu verkennen, dass mit der Pflichtigkeit der Beschwerdeführerin nicht unwesentliche wirtschaftliche Belastungen einhergehen können, über deren Höhe im Einzelnen die Beteiligten allerdings unterschiedliche Vorstellungen entwickeln, und dass gerade § 110 Abs. 1 EnWG (Sofern-Satz) dafür vorgesehen war, auf solche wirtschaftlichen Belange und Leistungsfähigkeiten Rücksicht zu nehmen. Nach der Unanwendbarkeit dieser Vorschrift vermag der Senat die Beschwerdeführerin nicht unter dem allgemeinen Gesichtspunkt der mit der Anwendung des EnWG (angeblich) einhergehenden Unzumutbarkeit für ihre personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von den Erfordernissen dieses Gesetzes freizustellen. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers und nicht der Gerichte, im Falle der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des nationalen Gesetzes in einzelnen Teilen die dadurch entstandene Lücke zu schließen, zumal die Richtlinie in Art. 26 ersichtlich für solche Fälle Ausnahmeregelungen eröffnet, von denen - im Gegensatz zu einigen anderen Ländern (vgl. etwa EuGH a.a.O. [Tz. 63] - *cityworks AG*; ferner Boesche/Wolf a.a.O.) - die Bundesrepublik Deutschland (ersichtlich noch) keinen Gebrauch gemacht hat.

f)

- 60 Diese Wertung kann auch nicht am wiederholend eingesetzten Argument der Beschwerdeführerin scheitern, sie könne schon deshalb keine Netzbetreiberin sein, da sie über keine erforderliche Genehmigung verfüge. Hiermit werden die materiellen und formellen Anforderungen unzulässig miteinander verquickt und auf den Kopf gestellt. Die Beschwerdeführerin könnte danach durch Unterlassen eines Genehmigungsantrages sich einer Genehmigungsentscheidung auf Dauer entziehen und damit zugleich auch allen materiell-rechtlich bestehenden Pflichtigkeiten. Dieser Lösungsansatz wäre für alle Betreiber von an sich genehmigungspflichtigen Anlagen/Unternehmen (von Gaststätten- bis Atomkraftwerksbetreibern) der goldene Schlüssel zur Umgehung/Freistellung von öffentlich-rechtlichen Vorschriften.

## 61 **B. Tenor I. 2 (vorläufige Entgeltfestsetzung)**

a)

- 62 Als Höchst-Netznutzungsentgelte (netto) der Beschwerdeführerin gegenüber allen angeschlossenen oder künftigen Netzkunden hat die Beschwerdegegnerin für den Zeitraum vom 01.12.2009 und befristet bis zum 30.06.2010 vorläufig nach Art der Netznutzung genau bestimmte Entgelte vorgegeben.

b)

- 63 Der Senat hat in seinem Beschluss vom 04.02.2010 - 202 EnWG 45/09 - zur Berechtigung der Landesregulierungsbehörde, bei Fehlen von oder ausreichender Angaben zu Entgeltgrundlagen vorläufige Festsetzungen zu treffen, u.a. ausgeführt (dort S. 16): „Ungeachtet dessen wäre der Antragsgegnerin - griffe § 23 a Abs. 5 EnWG nicht - jedenfalls gemäß § 72 EnWG eröffnet gewesen, eine solche Anordnung zu treffen. Diese Vorschrift, die § 60 GWB und § 130 TKG entspricht (BT-Drs. 15/3917 S. 71; Hanebeck a.a.O. § 72, 1; Salje a.a.O. § 72, 1; Franke a.a.O. § 19, 91), ist eigenständige Handlungsermächtigung (Franke a.a.O. 91). Voraussetzung hierfür ist kein Antrag (Hanebeck a.a.O. § 72, 3). Die Vorschrift enthält auch keine materiellen Voraussetzungen (Hanebeck a.a.O. 4; Franke a.a.O. 92; vgl. auch Mayen in Scheurle/Mayen, *TKG*, 2. Aufl. [2008], § 130, 11; Nübel in Beck'scher *TKG-Kommentar*, 3. Aufl. [2006], § 130, 6; vgl. auch Becker a.a.O. § 60 GWB, 3; Kiecker a.a.O. § 60 GWB, 4). Inhalt der vorläufigen Anordnung kann jede Entscheidung sein, die von der Regulierungsbehörde generell getroffen werden kann (Hanebeck a.a.O. 7; Mayen a.a.O. § 130 TKG, 6). Die vorläufige Anordnung darf den Rahmen des zu Grunde liegenden Verfahrens nicht übersteigen (Hanebeck a.a.O. 92; Salje a.a.O. § 72, 8; Bechtold a.a.O. § 60 GWB, 6; Becker a.a.O. § 60, 4; Kiecker a.a.O. § 60, 6; Nübel a.a.O. § 130 TKG, 10). Sie darf die Hauptsache auch nicht vorwegnehmen (Hanebeck a.a.O. 5; Becker a.a.O. §



60 *GWB, 4; Kiecker a.a.O. 6, Bechtold a.a.O. 7 und 8; Mayen a.a.O. § 130 TKG, 19; Nübel a.a.O. § 130, 14); so kann etwa eine vorläufige Anordnung zur Entgelthöhe getroffen werden (Salje a.a.O. 4; abl. Franke a.a.O. § 19, FN 213). Materiell ermöglicht § 72 EnWG Regelungen zur Überbrückung bis zum Zeitpunkt der endgültigen Entscheidung, wenn einerseits ein Regelungsbedürfnis besteht und andererseits der Sachverhalt noch nicht mit der für eine endgültige Entscheidung erforderlichen Gewissheit geklärt ist. Es muss also gewichtige Gründe geben, im Vorfeld der Hauptentscheidung für eine Übergangszeit verbindliche Regelungen zu treffen (Franke a.a.O. 92; K. Schmidt a.a.O. § 60 GWB, 12)."* Dies lässt die Beschwerdegegnerin als ihr günstig auch hier gelten.

c)

64 aa) Der Senat hat in dem bezeichneten Beschluss aber ebenfalls ausgeführt (dort S. 17): „*Ein eigenständiges Recht des Netzbetreibers ist es, aus festgesetzten Erlösbergrenzen gemäß § 17 ARegV seine eigenen Entgelte zu bilden. Die Umsetzung der Erlösbergrenzen erfolgt nicht durch die Regulierungsbehörde, sondern durch den Netzbetreiber in eigener Verantwortung*“ (Hummel in Danner/Theobald, *Energierecht*, § 17 ARegV [6/2008], 4 und 17). Das zieht auch die Antragsgegnerin nicht in Zweifel. Sie führt im Bescheid selbst an: „*Die Netzbetreiber können zwar nach § 17 ARegV die Netzentgelte nach der Festsetzung der Erlösbergrenze selbst kalkulieren. Die LRegB hat sich jedoch dazu entschlossen der NB ein Preisblatt vorzugeben, damit sich die Entgelte der NB besser in die Netzentgeltlandschaft in Baden-Württemberg einpassen*“ (BS 25 = Bl. 90). Damit wird jedoch ein Gesichtspunkt in Anspruch genommen, der keine gesetzliche Grundlage hat und damit diese Regelungskompetenz und damit den darauf aufbauenden Tenor Ziff. 5 und 6 nicht zu rechtfertigen vermag.“

65 bb) Daran hält der Senat auch unter Erwägung der Ausführungen der Beschwerdegegnerin, welche diesen ihr ungünstigen Entscheidungsteil nicht gelten lassen will, auch nach neuerlicher Überprüfung fest. Die (vorläufig) regulierte Phase fällt gänzlich in den Zeitraum, der uneingeschränkt dem Regime der ARegV unterliegt. Unter ihr hat die Landesregulierungsbehörde nur noch Erlösbergrenzen vorzugeben und nicht Einzelentgeltgenehmigungen zu treffen. Mit der ARegV hat insoweit ein Paradigmenwechsel stattgefunden. Der Behörde ist im Rahmen vorläufiger Maßnahmen nicht mehr gestattet, als ihr an Rechtsmacht im Hauptsacheverfahren eröffnet ist. Danach ist es ihr auch im Rahmen vorläufiger Maßnahmen verwehrt, Entscheidungen zu treffen, welche einem nicht mehr gültigen Regulierungsregime entstammen und zu denen die Landesregulierungsbehörde in der Hauptsache nicht mehr befugt ist. Soweit die Behörde in der Beschwerdeerwiderung darauf abstellt, dass, wenn ein Netzbetreiber seine eigenen Kosten nicht kenne oder nicht kennen wolle und es diesem dadurch auch völlig unmöglich sei, angemessene Netznutzungsentgelte zu bilden, die Regulierungsbehörde mangels eines "Startwertes" für die Ermittlung von Erlösbergrenzen vorläufig Preise bestimmen dürfe (Bl. 113/114), kann dem nicht gefolgt werden. Ausgangspunkt einer Ermächtigung gemäß § 72 EnWG kann gerade der Fall sein, dass die Antragsunterlagen unzulänglich sind oder gar kein Antrag gestellt ist. Die Behörde kann dann in dem Rahmen, der ihr in der Hauptsache nur eröffnet ist, vorläufig regulieren, nicht aber kann sie, der ARegV fremd, konkrete Einzelpreise vorgeben, welche sie wiederum nur einer "Preislandschaft" entnehmen kann, welche ihrerseits ausschließlich hinsichtlich der Erlösbergrenzen reguliert worden ist. Die Behörde kann unschwer auf für vergleichbar zu erachtende Netzbetreiber zurückgreifen und kann im Rahmen eines vertretbaren Schätzverhaltens auch zu Lasten des nun vorläufig zu regulierenden Netzbetreibers, da dieser ausreichende oder überhaupt Angaben schuldig geblieben ist, Wertannahmen treffen, aber nur in Bezug auf das Instrumentarium der ARegV, hier: Erlösbergrenzen. Im Übrigen erscheint es nicht nachvollziehbar, dass ein Netzbetreiber, der seinen Strombezug preislich konkret weitergibt, nicht seine Jahresumsätze und -erlöse erfassen und bei einer - vorläufigen - Deckelung durch Erlösbergrenzen daran ausgerichtet nicht seine Preisgestaltung hinlänglich ausrichten kann, mag diese dann in einer solchen Phase für ihn auch nicht mehr auskömmlich sein. Ob eine Preiskontrolle (§ 29 GWB; vgl. allg. etwa Bechtold, *GWB*, 5. Aufl. [2008], § 29, 34) und (vorläufige) Preisvorgaben geschehen könnten, bedarf schon deshalb keiner Entscheidung, weil die Beschwerdegegnerin ein solches Verfahren weder eingeleitet noch sich zur Rechtfertigung dieses Entscheidungsteils auf diese Vorschrift berufen hat.

d)

66 Danach kann dieser Ausspruch ebenfalls keinen Bestand haben und unterliegt der Aufhebung.

67 **C. Tenor I. 3. (Gestattung von Sondernutzungsentgelt für unterbrechbare Verbrauchseinrichtungen [Nachtspeicherheizung])**

1.

68 Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin gestattet, „*für die Sonderform der Netznutzung unterbrechbare Verbrauchseinrichtungen ('Nachtspeicherheizung') ein Sonderentgelt nach § 19 Abs. 2 StromNEV mit einem Arbeitskreis von 1,94 Cent/kWh (Grundpreis Null) anzubieten*“ .

2.

69 Dies bekämpft die Beschwerdeführerin, da sie kein Netz betreibe, im Übrigen auch keinen Genehmigungsantrag gemäß § 4 EnWG gestellt habe.

3.

70 Nach § 19 Abs. 2 StromNEV (vgl. hierzu de Wyl/Müller-Kirchenbauer/Thole in Schneider/Theobald a.a.O. § 15, 343 bis 349) „*haben Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen*“, also „*müssen*“, solche individuellen Entgelte anbieten. Da bei der Beschwerdeführerin die Eigenschaft der Betreiberin eines Elektrizitätsversorgungsnetzes - wie ausgeführt - zu bejahen ist und - wie dargestellt - der Beschwerdegegnerin unter den benannten und hier vorliegenden Voraussetzungen eine Befugnis zur vorläufigen Entscheidung im Hinblick auf § 19 Abs. 2 StromNEV zusteht und das Rechtsmittel nur Angriffe gegen den Grund der Entscheidung, nicht aber gegen die Höhe führt, ist der sofortigen Beschwerde insoweit kein Erfolg beschieden.

71 **D. Tenor I. 4. (Widerrufsvorbehalt bezüglich Ziffern 2. und 3.).**

1.

72 Da der Ausspruch in I. 2. (vorläufige Entgeltfestsetzung) nicht ergehen durfte, entfällt auch der in Abhängigkeit dazu stehende Widerrufsvorbehalt.

2.

73 Da hinsichtlich I. 3. (Sonderentgelt Nachtspeicherheizung) die vorläufige Entscheidung nicht zu beanstanden ist, durfte diese, falls sich die durch die Beschwerdeführerin veranlasste unzulängliche Beurteilungsgrundlage ändert, unter einen Widerrufs-vorbehalt gestellt werden, wie im Bescheid (S. 15) auch nur geschehen.

3.

74 Insoweit hat das Rechtsmittel nur einen gespaltenen Erfolg.

75 **E. Tenor I. 4. a (Vorbehalt einer Mehrerlösabschöpfung vom 01.11.2005 des 30.11.2009)**

1.

76 Der Senat hat sich in seinem Beschluss vom 202 EnWG 3/09 bereits zur grundsätzlichen Möglichkeit der Mehrerlösabschöpfung geäußert (in der Rechtsbeschwerde beim BGH).

2.

a)

77 Ein solcher Vorbehalt mag angezeigt sein können, wenn zwar eine Entgeltregulierung - und sei es in Form der Festlegung von Erlösobergrenzen - geschieht, damit aber nicht schon eine Abschöpfung von Mehrerlösen einhergeht und wenn damit dem Eindruck entgegengewirkt werden soll, mit dieser Entscheidung sei der Entgeltkomplex abschließend, mithin ohne Nachforderung oder Mehrerlösüberträge, verbeschieden.

b)

78 aa) Vorliegend nimmt der Vorbehalt Bezug auf einen in den vorangegangenen Ziffern des Bescheides nicht regulierten Zeitraum (01.11.2005 bis 30.11.2009). Damit ist Inhalt des Mehrerlösabschöpfungsvorbehaltes, dass eine Befassung mit Entgeltfragen für jenen Zeitraum angekündigt und als mögliche Folge dieser Befassung einer Mehrerlösabschöpfung erwogen wird, die schon jetzt vorbehalten wird.

79 bb) Gemäß § 75 Abs. 1 S. 1 EnWG ist die Beschwerde nur gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde zulässig. Entscheidungen liegen aber - wie ausgeführt - nur vor, wenn sie Verwaltungsaktcharakter besitzen. Wesensmerkmal eines Verwaltungsaktes ist sein Regelungscharakter. Der Regelungscharakter fehlt mangels konkreten Regelungs- und Bindungswillens etwa bei bloßen Mitteilungen oder Absichtserklärungen der Behörde (vgl. Kopp/Ramsauer a.a.O. § 35 VwVfG, 50; Schwarz in Hk-VerwR/VwVfG a.a.O. § 35, 95). So wurde die Bekanntgabe einer mehr oder weniger unverbindlichen, unter Berücksichtigung aller gegenwärtigen Umstände getroffenen, gleichwohl aber für die Zukunft noch offenen Planungsabsicht nicht als anfechtbare Maßnahme angesehen (BVerwGE 76, 50, 51). Gleiches gilt für die in einem Beamtenversorgungsbescheid zudem enthaltende "Bemerkung", dass überzahlte Beträge zurückgefordert würden (BVerwG NVwZ 1985, 419; Kopp/Ramsauer a.a.O. FN 140), jedenfalls solange mit der Ankündigung einer Planungsabsicht nicht zugleich eine Entscheidung einhergeht, mit der endgültig spätere Entwicklungen vorbestimmt sind (BVerwGE a.a.O. 50, 52).

80 cc) Vorliegend fehlt dem Ausspruch der konkrete Regelungscharakter. Die Beschwerdegegnerin behält sich die Anwendung eines Rechtsinstitutes im Falle ihrer zukünftigen Befassung mit einem Regulierungszeitraum vor. In diesem bloßen Verweis auf möglicherweise bestehendes und möglicherweise zur Anwendung kommendes Recht liegt keine anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 73 Abs. 1 S. 1 EnWG. Auch der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin diesen Verweis zu einem vorangestellten Bescheidsausspruch erhoben hat, rechtfertigt angesichts der klaren Regeln nicht, diese Tenorziffer im Wege einer "Meistbegünstigung" gleichwohl für anfechtbar zu erklären.

81 Danach ist die sofortige Beschwerde insoweit unzulässig.

82 **F. Tenor I. 5. (Veröffentlichungsaufgabe)**

1.

83 Da der Bescheid in seinem Ausspruch I. 2. (vorläufige Höchstentgeltfestsetzung) aufzuheben ist, kann die Beschwerdeführerin auch nicht beauftragt werden, diesen Ausspruch auf ihrer Internetseite zu veröffentlichen.

2.

84 Anders verhält es sich in Bezug auf das Sonderentgelt "Nachtspeicherheizung". Der Entgeltbescheid hat insoweit Bestand. Die Veröffentlichungspflicht ergibt sich aus § 27 Abs. 1 S. 2 StromNEV.

85 **G. Tenor I. 6. (Aufgabe, einen Bericht nach § 28 StromNEV vorzulegen)**

86 Diese Pflicht ergibt sich aus §§ 28, 29 StromNEV. Sie trifft die Beschwerdeführerin, die, entgegen ihrer Rüge, als Betreiberin eines Elektrizitätsversorgungsnetzes zu behandeln ist. Ihr weiterer Einwand, mit dieser Berichtspflicht ginge ein unverhältnismäßiger Kostenaufwand von geschätzten 5.000 EUR einher, verfängt nicht. Dass dieser Einwand überhaupt beachtlich wäre, findet schon keine Stütze in den genannten Vorschriften zur

Dokumentationspflicht. Auch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen kann insoweit keine Einschränkung hergeleitet werden; im Übrigen erscheint der Betrag auch für sich nicht unverhältnismäßig.

87 **H. (Unbeschränktes) Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin**

88 Diese Bewertungen konnte der Senat treffen, ohne dass dem Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin zuvor uneingeschränkt entsprochen werden musste.

1.

89 Die Beschwerdeführerin hatte durch ihren Prozessbevollmächtigten um Akteneinsicht nachgesucht. Die Beschwerdegegnerin hat den Akten gewisse Bestandteile entnommen, welche die Ingangsetzung des Verfahrens betreffen und bezüglich deren sie gegenüber gewissen Personen Vertraulichkeitserklärungen abgegeben hat, und widersetzte sich im Hinblick auf diese geschaffene Selbstbindung der Aktenausfolgung insoweit. Die Beschwerdeführerin hat auf der Überlassung der vollständigen Akten beharrt.

90 Hilfsweise hat die Beschwerdegegnerin angeboten, Abschriften der vom Gericht für relevant gehaltenen Dokumente zu erstellen, welche diese - bis auf die geheimhaltungsbedürftigen Inhalte - zwar wiedergeben, jedoch keine Rückschlüsse auf die Identität Dritter zulassen (Bl. 142). Der Beschwerdeführervertreter hatte seinerseits angeboten, im Falle der Überlassung der von der Beschwerdegegnerin ausgelagerten, nicht anonymisierten Aktenteile diese in Bezug auf seine Mandantin anonymisiert zu behandeln, dieser insbesondere - was die Erkennbarkeit von Personen anbelangt, denen gegenüber sich die Beschwerdegegnerin im Wort fühlt - keine ungeschwärzten Kopien zu überlassen und in Schriftsätzen, soweit auf diese Aktenteile einzugehen wäre, diese Personen auch nur anonymisiert zu bezeichnen. Auch dem trat die Beschwerdegegnerin entgegen und verweigerte auch insoweit ihre Zustimmung.

2.

a)

91 aa) Der Verfassungsgrundsatz des rechtlichen Gehörs erfordert in seiner Ausprägung durch § 72 Abs. 1 S. 1 GWB - der § 84 EnWG entspricht (BT-Drucks. 15/3917, S. 72; vgl. auch Preedy in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG [2008], § 84, 1; Salje, EnWG [2006], § 84, 1) -, dass die Entscheidung des Beschwerdegerichts nur auf Tatsachen und Beweismittel gestützt wird, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten, und dass den Beteiligten grundsätzlich uneingeschränkt Einsicht nicht nur in die gerichtlichen Verfahrensakten, sondern auch in Vorakten, Beiakten, Gutachten und Auskünfte, die sich in den gerichtlichen Verfahrensakten befinden, gewährt wird (BGH B. v. 02.02.2010 - KVZ 16/09 [Tz. 12] - *Kosmetikartikel*; vgl. auch Preedy a.a.O. 3; K. Schmidt in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. [2007], § 72, 2). In diese Aktenbestandteile ist eine Einsichtnahme aber nur zulässig, wenn die Antragstellerin zugestimmt hat (BGH a.a.O. [Tz. 12] - *Kosmetikartikel*). Eine Verweigerung der erforderlichen Zustimmung zur Akteneinsicht ist für das Beschwerdegericht grundsätzlich bindend. Das Beschwerdegericht ist insbesondere nicht befugt, in entsprechender Anwendung des § 99 Abs. 2 VwGO nachzuprüfen, ob die Verweigerung der Zustimmung rechtmäßig ist (BGH a.a.O. [Tz. 13] - *Kosmetikartikel*; Preedy a.a.O. 6; K. Schmidt a.a.O. 6 und 7). Folge der Zustimmungsverweigerung ist ein Verwertungsverbot (Preedy a.a.O. 7; Salje a.a.O. 8; Bechtold, GWB, 5. Aufl. [2008], § 72, 3).

92 bb) Nach § 84 Abs. 2 EnWG kann das Gericht jedoch die erforderliche Zustimmung der zuständigen Stelle zur Offenlegung von Tatsachen oder Beweismitteln durch eine eigene Anordnung ersetzen, wenn und soweit es für die Sachentscheidung auf diese Tatsachen oder Beweismittel ankommt, andere Möglichkeiten der Sachaufklärung nicht bestehen und nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls die Bedeutung der Sache das Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung überwiegt (BGH a.a.O. [Tz. 18] - *Kosmetikartikel*; K. Schmidt a.a.O. 8). Insoweit ist ein Zwischenverfahren durchzuführen (vgl. hierzu auch Preedy a.a.O. 14 und 16; Salje a.a.O. 12 und 13; Bechtold a.a.O. 3; K. Schmidt a.a.O. 8). Wenn das Beschwerdegericht allerdings aufgrund tatrichterlicher Würdigung zu dem Ergebnis kommt, dass der nach § 72 Abs. 2 S. 3 GWB - hier § 84 Abs. 2 S. 4 EnWG - vorgetragene Inhalt der Unterlagen ausreicht, um den maßgeblichen Sachverhalt aufzuklären, darf es eine Anordnung nach § 72 Abs. 2 S. 4 GWB - hier § 84 Abs. 2 S. 4 EnWG - nicht erlassen und muss auch kein Zwischenverfahren durchführen (BGH a.a.O. [Tz. 18] - *Kosmetikartikel*).

b)

93 Nach Durchsicht der ausgegliederten, weil von der Beschwerdegegnerin einer Akteneinsichtnahme vorenthaltenen Aktenbestandteile kann nicht erkannt werden, dass die - wie die Beschwerdegegnerin im Zuge ihrer Verweigerung schon selbst als Inhalt und in einer Art Inhaltsübersicht kenntlich gemacht hat - Eingaben von Dritten entscheidungserheblich wären. Jedenfalls könnten die dort ohnehin nur vereinzelt gebliebenen Verlautbarungen einer Entscheidung allenfalls dann zu Grunde gelegt werden, wenn diese Äußerungen im Zuge einer gerichtlichen Aufklärung überprüft worden wären. Da es, wie ausgeführt, auf diese in großen Teilen die Stromnetzproblematik im Übrigen gar nicht betreffenden Bestandteile der beigezogenen Verwaltungsakte überhaupt nicht ankommt, war der Senat auch nicht gehalten, in ein Zwischenverfahren mit förmlichen Anhörungen und einem eigenständigen Beschluss einzutreten.

94 Der vorliegende Streit konnte danach ohne Beachtung jener (unmaßgeblichen) Aktenbestandteile und damit ohne dem Akteneinsichtsgesuch vollständig zu entsprechen entschieden werden.

**IV.**

95 Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG. Der Umstand, dass der Grundentscheidung der Regulierungsbehörde gefolgt werden kann, gleichwohl der Bescheid in etlichen seiner Aussprüche aufzuheben war, rechtfertigt es, auf eine Kostenaufhebung zu erkennen. Dies schließt ein, dass auch die Beigeladene, die Bundesnetzagentur, ihre Kosten, ungeachtet der Frage, inwieweit dieser im Hinblick auf die Art ihrer Verfahrensteilnahme überhaupt erstattungsfähigen Kosten erwachsen sein können, auf sich behalten muss.

**V.**

1.

96 Die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist schon unstatthaft, soweit nur eine vorläufige Entscheidung der Beschwerdegegnerin vorliegt. Dies gilt für den Tenor I. 2., hinsichtlich 4. und 5., soweit darin auf die Ziffer 2. Bezug genommen wird.

2.

97 Eine beschränkte Zulassung ist nur möglich, wenn sie einen Teil des Streitgegenstandes betrifft, der Gegenstand eines Teilurteils sein könnte; nicht zulässig ist, die Zulassung auf eine bestimmte Rechtsfrage zu beschränken (BGH NJW 2010, 861 [Tz. 8]), zulässig ist hingegen die Beschränkung auf den Anspruchsgrund (BGH NJW 2010, 858 [Tz. 12]). Danach erscheint die bloße Vorfrage (Netzbetreibereigenschaft) selbst nicht zulassungsfähig.

98 Der Senat hält jedoch dafür, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, soweit keine nur vorläufige Entscheidung getroffen worden ist, die Rechtsbeschwerde mithin überhaupt statthaft ist und Kernfragen des streitigen Rechtsverhältnisses betroffen sind. Denn die Frage etwa der Netz(betreiber)eigenschaft, der Reichweite der bezeichneten EuGH-Entscheidung oder die Frage der Zulässigkeit eines feststellenden Verwaltungsaktes erscheint der Klärung bedürftig. Dass mit dieser Zulassung der Rechtsbeschwerde auch reine Annexentscheidungen (etwa Vorbehalte) einer Überprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht zugänglich gemacht werden, erscheint unschädlich.

#### **VI.**

99 Trotz Aufforderung an die Beteiligten und Erörterung auch dieses Punktes mit ihnen in der mündlichen Verhandlung sind keine belastbaren Angaben zum Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens von ihnen gemacht worden.

100 Deshalb ist der Senat zur Schätzung aufgerufen. Diese ordnet sich ein zwischen den unbestimmten Schätzgrößen der Beteiligten.