



# OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

## BESCHLUSS

### **In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache**

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch die Richterin am Oberlandesgericht vR., die Richterin am Oberlandesgericht F. und die Richterin am Oberlandesgericht A. auf die mündliche Verhandlung vom 05. Dezember 2012

**b e s c h l o s s e n :**

Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin zu 2. wird der Beschluss der Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur vom 07.11.2011 – BK 6-10/208 – hinsichtlich seiner Tenorziffer 1. aufgehoben und der Hilfsantrag der Antragstellerin zu Ziffer 1 sowie der Antrag der Antragstellerin zu Ziffer 2, soweit dieser sich auf die Antragsgegnerin zu 2. bezieht, abgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde als unzulässig verworfen.

Die Antragsgegnerin zu 2. und die Bundesnetzagentur tragen die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens jeweils zur Hälfte. Die Antragsgegnerin zu 2. hat ferner die notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin zu 1. zu tragen. Im Übrigen findet eine Erstattung der außergerichtlichen Kosten nicht statt.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 50.000 € festgesetzt.

## Gründe

### A.

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist die im vorangegangenen Missbrauchsverfahren ausgesprochene Verpflichtung der Antragsgegnerin zu 2., der Antragstellerin Netzzugang für eine Abfallverwertungsanlage am Standort B. an das 110 kV-Hochspannungsnetz der Antragsgegnerin zu 2. zu gewähren.

### I.

Die Antragsgegnerin zu 2. betreibt ein 110 kV-Hochspannungsnetz in . . .

Die Antragstellerin des besonderen Missbrauchsverfahrens ist Eigentümerin und Betreiberin einer im Industriegebiet B. errichteten thermischen Abfallverwertungsanlage, die Prozessdampf und elektrische Energie mit einer Spannung von 10,5 kV erzeugt. In demselben Industriegebiet sind das Industriekraftwerk B. (im Folgenden: IKW) und das ...werk B. (im Folgenden: ...werk) gelegen. Von den drei Anlagen ist lediglich das IKW unmittelbar an das Netz der Antragsgegnerin zu 2. angeschlossen. Die Abfallverwertungsanlage der Antragstellerin sowie das ...werk sind jeweils nur mittelbar über das IKW angebunden. Der Anschluss der Antragstellerin erfolgt über eine im Eigentum der Antragsgegnerin zu 1. stehende 800 m lange 10,5 kV-Leitung und die interne 10,5 kV-Sammelschiene des IKW – Mittelspannungsebene –. Wegen der Einzelheiten der Anschlusssituation sowie die Belegenheit der Anlagen der Beteiligten wird auf den schematischen Schaltplan und die Übersichtskarte (Anlagenkonvolut Bf2) sowie den auf S. 5 des angegriffenen Beschlusses abgebildeten schematischen Schaltplan verwiesen.

Eigentümerin des IKW, das mittels Kraft-Wärme-Kopplung Prozessdampf und Strom erzeugt, ist die Antragsgegnerin zu 1. Bis zum Erlass des angegriffenen Beschlusses war die E. (im Folgenden: E.) Betriebsführerin des IKW. Aufgrund eines mit der Antragsgegnerin zu 1. geschlossenen Pachtvertrages ist sie - die E. - nunmehr dessen Betreiberin. Die E. ist eine 100 %ige Tochtergesellschaft der das ...werk betreibenden G. Die gesamte beim IKW anfallende Wärme und rund 10 % des im IKW produzierten Stroms liefert die E. im Rahmen eines Strom- und Wärmeverbunds an das ...werk. Der Überschussstrom aus dem IKW wird in das Stromverteilernetz der Antragsgegnerin zu 2. eingespeist. Die Antragsgegnerin zu 2. vergütet gegenüber der Antragsgegnerin zu 1. vermiedene Netzentgelte für dezentrale Einspeisung gemäß § 18 StromNEV.

Die Anlage der Antragstellerin ist ebenfalls in den Strom- und Wärmeverbund E./...werk integriert. Den Prozessdampf liefert die Antragstellerin an das ...werk. Der nicht für den Eigenbedarf benötigte Strom wird über den Netzanschluss des IKW in das Hochspannungsnetz der Antragsgegnerin zu 2. eingespeist. Aus Kostengründen hatte die Antragstellerin keinen eigenen Anschluss an das örtliche 110-kV-Hochspannungsnetz, sondern die Anbindung über die 10,5 kV Sammelschiene auf dem Betriebsgeländes des IKW gewählt. Insoweit hat die Antragstellerin mit der Antragsgegnerin zu 1. unter dem 14.11.2003 einen – zunächst bis zum 31.12.2014 laufenden – sog. „Netzanschlussvertrag“ geschlossen, der der Antragstellerin das Recht einräumt, die Netzanbindungsvorrichtungen des IKW „zur Durchleitung des in der Reststoffverwertungsanlage erzeugten Stroms in das Hochspannungsnetz zu nutzen“. In dem Vertrag heißt es u.a.:

„Präambel

...

*Die Parteien planen, die Reststoffverwertungsanlage derart an das Hochspannungsnetz der H. [Anm.: Rechtsvorgängerin der Antragsgegnerin zu 2.] anzuschließen, dass der in der Reststoffverwertungsanlage erzeugte Strom über die Netzanbindungsvorrichtungen in das Hochspannungsnetz eingespeist wird. Die hierzu erforderlichen technischen Umbaumaßnahmen an den Netzanbindungsvorrichtungen stehen noch nicht fest. Die Parteien erwarten jedoch insgesamt deutlich geringere Kosten gegenüber dem direkten Anschluss der Reststoffverwertungsanlage an das Hochspannungsnetz.*

....

1. Nutzungsrecht

*Die Antragsgegnerin zu 1. räumt der Antragstellerin das Recht ein, die Netzanbindungs-  
vorrichtungen nach deren erfolgreichem Umbau zur Durchleitung in der Reststoffverwer-  
tungsanlage erzeugten Stroms in das Hochspannungsnetz zu nutzen.*

....

2. Anschlussbedingungen

....

*Der Antragstellerin sind die Verpflichtungen, die der E. gegenüber H. aus dem Netzan-  
schlussvertrag obliegen, bekannt. Die Antragstellerin wird diese Verpflichtungen, soweit  
sie sich sinngemäß auf die Reststoffverwertungsanlage beziehen, einhalten. Sollten sich  
diese Verpflichtungen ändern, sind diese Änderungen der Antragstellerin bekannt zu ge-  
ben und gelten nach ihrer Bekanntgabe auch in geänderter Form gegenüber der Antrag-  
stellerin ...“*

.....

15. Sonstiges

*Die Abnahme und Vergütung des von der Reststoffverwertungsanlage eingespeisten  
Stroms durch Antragsgegnerin zu 1. ist nicht Gegenstand dieser Vereinbarung. Die Ab-  
nahme und Vergütung des Stroms wird in einer separaten Vereinbarung geregelt.“*

Wegen des weiteren Vertragsinhalts wird auf die Anlage Bf 3 verwiesen.

Mit Blick auf die Regelung unter Ziffer 15. haben die Antragstellerin und die E. unter dem 29.09.2005 einen Stromliefervertrag geschlossen, wobei zwischen diesen Vertragsparteien der Umfang der Lieferverpflichtung sowie die Frage streitig ist, ob die von der E. zu zahlende Vergütung auch den auf Stromlieferungen entfallenden Anteil der vermiedenen Netzentgelte abgilt. Die E. war seinerzeit auch Partei des Netzan-  
schlussvertrags betreffend den Netzanschluss des IKW an das vorgelagerte Hoch-  
spannungsnetz.

Etwaig benötigten Reservestrom bezog die Antragstellerin bislang über die E., die ihrerseits ein Belieferungsverhältnis mit der H. unterhält und den insgesamt aus dem öffentlichen Netz bezogenen Reservestrom an diese anteilig unterverrechnet hat. Die Messung des von der Anlage der Antragstellerin erzeugten bzw. im Falle der Reser-  
vestromlieferung auch bezogenen Stroms erfolgt über eine Messeinrichtung, die sich am Verknüpfungspunkt der 10,5 kV-Anbindungsleitung mit der 10,5 kV-

Sammelschiene der Antragsgegnerin zu 1. befindet. Insgesamt fließen über das IKW ca. 936 GWh Strom pro Jahr, wovon ca. 810 GWh im IKW und . . . und ca. 815 GWh in das Netz der Antragsgegnerin zu 2. eingespeist werden. Eine Vergütung für vermiedene Netzentgelte für die dezentrale Einspeisung der Stromproduktion aus der thermischen Abfallverwertungsanlage hat die Antragstellerin bislang nicht erhalten.

2010 trat die Antragstellerin an die Antragsgegnerinnen heran und verlangte primär von der Antragsgegnerin zu 1., hilfsweise von der Antragsgegnerin zu 2. Netzzugang, um auf diese Weise einen abrechnungs- und bilanzierungsrelevanten Zählpunkt zu erhalten, der es ihr ermöglichen sollte, einen eigenen Reservestromlieferanten zu kontrahieren und für von ihr erzielte Energiemengen die Zahlung vermiedener Netzentgelte wegen dezentraler Einspeisung geltend machen zu können. Beide Antragsgegnerinnen lehnten dies ab.

## II.

Unter dem 03.11.2010 begehrte die Antragstellerin bei der Bundesnetzagentur das Verhalten der Antragsgegnerinnen zum begehrten Netzzugang zum 110 kV- Stromverteilernetz der Antragsgegnerin zu 2. im Rahmen eines besonderen Missbrauchsverfahrens nach § 31 Abs. 1 Satz 1 EnWG zu überprüfen, insbesondere

1. die Antragsgegnerin zu 1. zu verpflichten, der Antragstellerin ohne weitere Verzögerung Netzzugang zu dem regionalen Stromverteilernetz der Antragsgegnerin zu 2. auf der 110 kV-Hochspannungsebene zu gewähren, hilfsweise die Antragsgegnerin zu 2. zu verpflichten, ihr Netzzugang zu ihrem Stromverteilernetz zu gewähren,
2. die Antragsgegnerinnen zu 1. und zu 2. zu verpflichten, ihr ohne weitere Verzögerung die Zählpunktbezeichnung im IKW konkret zu benennen, über die bisher die Reservestromlieferung an sie seit 2008 bis Ende 2010 erfolgt sei und über ihren neuen Reservestromlieferanten ab 01.01.2011 weiterhin erfolgen könne,
3. die Antragsgegnerin zu 1. zu verpflichten, ihr ohne weitere Verzögerung eine transparente Abrechnung über die vermiedenen Netzentgelte zu ertei-

len, die sie von der Antragsgegnerin zu 2. seit 2008 erhalten habe und die der anteiligen Stromeinspeisung aus ihrer Stromeigenerzeugungsanlage im Verhältnis zur Stromeinspeisung aus dem IKW B. der Antragsgegnerin zu 2. entspreche,

hilfsweise, die Antragsgegnerin zu 2. zu verpflichten, ihr eine transparente Abrechnung über die vermiedenen Netzentgelte zu erteilen, die der anteiligen Stromeinspeisung aus ihrer Stromeigenerzeugungsanlage im Verhältnis zur Stromeinspeisung aus dem IKW B. der Antragsgegnerin zu 1. entspreche.

Den weiteren Antrag zu 4., die Antragsgegnerin zu 1. nach erteilter Auskunft über die vermiedenen Netzentgelte zu verpflichten, ihr den auf ihre eigene Stromeigenerzeugung entfallenden Anteil der vermiedenen Netzentgelte gemäß § 18 StromNEV zu vergüten, hat die Antragstellerin zurückgenommen.

Zur Begründung ihres Antrags hat sie zunächst vorgetragen, die Gewährung des Netzzugangs zu dem Netz der Antragsgegnerin zu 2. könne nach dem Netzananschlussvertrag mit der Antragsgegnerin zu 1. nur durch deren Mitwirkung erfolgen. Es sei die vertragliche Verpflichtung der Antragsgegnerin zu 1., die erforderlichen Netzanbindungsrichtungen herzustellen und vorzuhalten. Im Laufe des Verwaltungsverfahrens stellte sie sich auf den Standpunkt, die von der Antragsgegnerin zu 1. betriebenen elektrischen Anlagen am Standort B. seien als ein „Netz“ i.S.d. EnWG anzusehen, so dass diese Anspruchsverpflichtete für einen Anspruch auf diskriminierungsfreien Netzanschluss und Netzzugang nach §§ 17 und 20 EnWG sei. Insoweit solle der bestehende Netzananschlussvertrag zur Klarstellung geändert und ergänzt werden. Es liege weder eine Kundenanlage i.S.d. § 3 Nr. 24a Arbeitsentwurf zur Änderung des EnWG noch ein Objektnetz i.S.d. § 110 EnWG (a.F.) vor.

Die Antragsgegnerinnen haben die Zurückweisung des Missbrauchsantrags beantragt. Die Antragsgegnerin zu 1. hat die Auffassung vertreten, nicht Betreiberin eines Energieversorgungsnetzes i.S.d. EnWG zu sein. Die in ihrem Eigentum stehende Elektrizitätsinfrastruktur beschränke sich – bis auf die Anbindungsleitung zur Abfallverwertungsanlage der Antragstellerin – auf das Betriebsgelände des IKW. Bei dem mit der Antragstellerin geschlossenen „Netzananschlussvertrag“ handele es sich nicht

um einen Anschlussvertrag i.S.d. § 17 EnWG, er habe nur die Durchleitung der durch die Antragstellerin erzeugten Energiemengen durch ihre Anlagen in das öffentliche Netz der Antragsgegnerin zu 2. ermöglichen sollen. Die Nutzung der Anlagen erfolge entgeltfrei.

Die Antragsgegnerin zu 2. hat demgegenüber die Ansicht vertreten, die Antragstellerin sei an die als Netz i.S.d. § 3 Nr. 16 EnWG zu qualifizierenden Anlagen der Antragsgegnerin zu 1. angeschlossen. Netznutzungsverträge mit anderen (vorgelagerten) Netzbetreibern als demjenigen, an dessen Netz die betreffende Anlage unmittelbar physikalisch angeschlossen sei, seien nicht vorgesehen.

Mit dem angegriffenen Beschluss vom 07.11.2011 hat die Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur die Antragsgegnerin zu 2. verpflichtet, unverzüglich alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um der Antragstellerin Netzzugang gemäß § 20 EnWG zu gewähren, insbesondere der Antragstellerin unverzüglich einen Netznutzungsvertrag gemäß § 20 Abs. 1a EnWG vorzulegen sowie einen abrechnungs- und bilanzierungsrelevanten Zählpunkt gemäß § 20 Abs. 1d EnWG zuzuweisen, über den die Antragstellerin den Bezug von Reservestrom aus dem öffentlichen Netz abwickeln kann (Tenorziffer 1). Im Übrigen hat sie die Anträge der Antragstellerin abgelehnt (Tenorziffer 2). Zur Begründung hat die Beschlusskammer ausgeführt, die Antragsgegnerin zu 2. sei Betreiberin eines Energieversorgungsnetzes und habe damit gemäß § 20 EnWG jedermann Netzzugang zu gewähren. Etwas anderes würde allenfalls dann gelten, falls die Antragstellerin physikalisch an ein vorgelagertes Netz angeschlossen wäre. Anschlussverpflichtet sei stets derjenige Netzbetreiber, aus dessen Netz unmittelbar die Entnahme von Elektrizität erfolgen soll. Die Vereinbarung von Netznutzungsverträgen mit solchen Netzbetreibern, die diesem Netz vorgelagert seien, sei hingegen nicht vorgesehen und auch nicht erforderlich, da Netznutzungsverträge nach § 20 Abs. 1a Satz 3 EnWG den Zugang zum gesamten Elektrizitätsversorgungsnetz vermitteln. Bei der Antragsgegnerin zu 1. handele es sich jedoch nicht um die Betreiberin eines Energieversorgungsnetzes, vielmehr stelle die von ihr betriebene Infrastruktur eine Kundenanlage i.S.d. - mit Wirkung zum 04.08.2011 in das EnWG eingeführten - § 3 Nr. 24a i.V.m. § 3 Nr. 16 EnWG dar. Die Anlagen befänden sich auf einem räumlich zusammengehörenden Gebiet (§ 3 Nr. 24a lit. a EnWG). Unerheblich sei, dass dieses mehrere in unterschiedlichem Eigentum ste-

hende Grundstücke umfasse. Die Anlagen seien mit dem Hochspannungsnetz der Antragsgegnerin zu 2. verbunden (§ 3 Nr. 24a lit. b EnWG) und im Hinblick auf die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität als unbedeutend einzustufen (§ 3 Nr. 24a lit. c EnWG). Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem „Netzanschlussvertrag“ vom 14.11.2003. Bei wertender Betrachtung des Vertrages ergebe sich, dass sich die Antragsgegnerin zu 1. als Netzanschlussnehmerin der Antragsgegnerin zu 2. verstehe und mit der Vereinbarung der Antragstellerin lediglich habe ermöglichen wollen, die bereits vorhandenen Netzanschlussvorrichtungen des IKW mitzubeneutzen und auf diese Weise die Errichtung eines eigenen Netzanschlusses an das Netz der Antragsgegnerin zu 2. zu ersparen. Schließlich würden die Anlagen der Antragsgegnerin zu 1. nach eigenem und unbestritten gebliebenem Vortrag auch allen Nutzern unentgeltlich zur Verfügung gestellt. Darüber hinaus sei auch die diskriminierungsfreie Durchleitung gewährleistet (§ 3 Nr. 24a lit. d EnWG). Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf den angegriffenen Beschluss (Anlage Bf 1) Bezug genommen.

### III.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde der Antragsgegnerin zu 2., mit der sie dessen umfassende Aufhebung begehrt.

Sie ist der Ansicht, die Elektrizitätsinfrastruktur des IKW sei keine Kundenanlage i.S.d. § 3 Nr. 24a EnWG, sondern ein ihr nachgelagertes Elektrizitätsversorgungsnetz i.S.d. § 3 Nr. 16 EnWG, so dass nicht sie als vorgelagerte Netzbetreiberin, sondern allein die Antragsgegnerin zu 1. bzw. nunmehr die E. als Betreiberin des ihr nachgelagerten Netzes gemäß § 20 Abs. 1a Satz 1 EnWG zum Netzzugang verpflichtet sei.

Die im Gesetz vorgesehenen Tatbestandsvoraussetzungen für eine Kundenanlage seien nicht erfüllt. Dies gelte insbesondere unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, die zu einer gemeinschaftsrechtskonformen und damit engen Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen zwingen. Energieanlagen, die im Sinne der EItRL ein Verteilernetz darstellten, würden nicht von der Definition der Kundenanlage



erfasst. In Betracht käme dann lediglich eine Einordnung als geschlossenes Verteilernetz. Bei den streitgegenständlichen Energieanlagen der Antragsgegnerin zu 1. handele es sich um ein Verteilernetz i.S.d. Gemeinschaftsrechts, wonach Verteilernetze alle Anlagen seien, die dem Transport von Elektrizität zum Zwecke der Belieferung von Kunden mit hoher, mittlerer oder niedriger Spannung dienen und insbesondere auch Werks- und Arealnetze umfassten. Auch eine an der Gesetzesbegründung orientierte Auslegung des § 3 Nr. 24a EnWG führe eindeutig zu dem Ergebnis, dass es sich bei den Energieanlagen der Antragsgegnerin zu 1. um ein Energieversorgungsnetz i.S.d. § 3 Nr. 16 EnWG und nicht um eine Kundenanlage handele. Die Voraussetzungen des § 3 Nr. 24a EnWG seien mit Ausnahme des Buchstaben b) (mit einem Energieversorgungsnetz oder mit einer Energieerzeugungsanlage verbunden) nicht erfüllt. So handele es sich bereits nicht um eine Energieanlage, die ausschließlich der *Abgabe* von Energie diene. Zudem befänden sich die fraglichen Energieanlagen nicht „auf einem räumlich zusammengehörenden Gebiet“ i.S.d. § 3 Nr. 24a lit. a EnWG, sondern erstreckten sich über mehrere, noch dazu im Besitz unterschiedlicher Rechtsträger befindlicher Grundstücke. Des Weiteren würden über die Verteileranlagen der Antragsgegnerin zu 1. derart erhebliche Energiemengen fortgeleitet, dass eine wettbewerbliche Unbedeutsamkeit der Anlagen i.S.v. § 3 Nr. 24a lit. d EnWG nicht angenommen werden könne. Schließlich erfolge die Zurverfügungstellung der Energieanlagen auch nicht unentgeltlich i.S.d. § 3 Nr. 24a Buchstabe d EnWG, nachdem die Antragstellerin die 10,5 kV Leitung von dem Betriebsgrundstück des IKW zu ihrem Grundstück und damit einen nicht unerheblichen Teil der Verteileranlagen der Antragsgegnerin zu 1. bezahlt habe sowie nach Ziffer 7 des Netznutzungsvertrags den auf ihre Nutzung entfallenden Aufwand für den Betrieb und die Erhaltung der Energieanlagen jährlich an die Antragsgegnerin zu 1. zu erstatten und demnach ein jährliches Netzentgelt in Form eines Jahresleistungspreises zu zahlen habe.

Die Antragsgegnerin zu 2. beantragt,

den Beschluss der Bundesnetzagentur (BK6-10-208) vom 07.11.2011 aufzuheben.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angegriffene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.

Die Antragsgegnerin zu 1. beantragt sinngemäß,

die Beschwerde insoweit zurückzuweisen, als die Aufhebung von Tenorziffer 2 des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 07.11.2011 (BK6-10-208) begehrt werde und die Bundesnetzagentur damit die gegen sie gerichteten Missbrauchsanträge der Antragstellerin zu 1 bis 3 abgelehnt habe.

Die Antragsgegnerin zu 1. ist der Ansicht, insoweit sei die Beschwerde mangels formeller und materieller Beschwer der Antragsgegnerin zu 2. schon unzulässig. Im Übrigen verteidigt sie die angegriffene Entscheidung als zutreffend und tritt den Ausführungen der Antragsgegnerin zu 2. zum Nichtvorliegen einer Kundenanlage in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht entgegen. Sie ist ferner der Ansicht, auf die Frage, ob das IKW eine Kundenanlage darstelle, komme es nach der von ihr im Missbrauchsverfahren vertretenen Auffassung nicht an, da schon die Netzeigenschaft nicht gegeben sei. Insoweit verweise sie auf ihren entsprechenden Vortrag im Missbrauchsverfahren.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten mit Anlagen, den Inhalt der Verwaltungsvorgänge und das Sitzungsprotokoll vom 05.12.2012 verwiesen.

## **B.**

Die gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 07.11.2011 gerichtete Beschwerde der Antragsgegnerin zu 2. ist - wie mit den Beteiligten in der Senatssitzung erörtert - nur teilweise zulässig, in diesem Umfang jedoch begründet.

## **I.**

Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Beschwerde der Antragsgegnerin zu 2. ist als Anfechtungsbeschwerde grundsätzlich statthaft (§§ 75 Abs. 1, 78 Abs. 1, 3, 83 Abs. 2 EnWG), sie ist jedoch nur insoweit zulässig, als sie sich gegen die in Tenorziffer 1 des angegriffenen Beschlusses ausgesprochene Verpflichtung der Antragsgegnerin zu 2. wendet. Soweit sich die Antragsgegnerin zu 2. mit ihrer umfassend eingelegten Beschwerde auch gegen die in Tenorziffer 2 des angegriffenen Beschlusses erfolgte Ablehnung der weiteren Anträge der Antragstellerin zu Ziffern 1., 2. - soweit sich diese auf eine Verpflichtung der Antragsgegnerin zu 1. beziehen - sowie zu Ziffer 3. wendet, ist die Beschwerde unzulässig.

1. Die Antragsgegnerin zu 2. ist durch die Tenorziffer 2 des angegriffenen Beschlusses weder formell noch materiell beschwert. Der Hauptantrag zu 1 bezog sich auf die Verpflichtung der Antragsgegnerin zu 1., der Antragstellerin Netzzugang zu dem 110 kV-Netz der Antragsgegnerin zu 2. zu gewähren. Der Antrag zu 2. zielte darauf ab, (auch) die Antragsgegnerin zu 1. zu verpflichten, der Antragstellerin eine Zählpunktbezeichnung im IKW für die Reservestromlieferung zu benennen. Mit dem Antrag zu 3. sollte die Antragsgegnerin zu 1. verpflichtet werden, der Antragstellerin eine Abrechnung über die vermiedenen Netzentgelte seit 2008 zu erteilen. Das jeweilige Verpflichtungsbegehren der Antragstellerin bezog sich somit ausschließlich auf die Antragsgegnerin zu 1.. Es ist nicht ersichtlich und von der Antragsgegnerin zu 2. trotz entsprechender Rüge der Antragsgegnerin zu 1. auch nicht vorgetragen, inwieweit die Zurückweisung dieser Anträge sie beschwert. Auf entsprechenden Hinweis des Senats im Termin hat der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin zu 2. erklärt, die Beschwerde insoweit – nachvollziehbar – vorsorglich zur Vermeidung prozessualer Nachteile eingelegt zu haben. Soweit mit dem Hilfsantrag zu 3. die Antragsgegnerin zu 2. zur Abrechnung der vermiedenen Netzentgelte verpflichtet werden sollte, hat die Bundesnetzagentur diesen Antrag – zu Gunsten – der Antragsgegnerin zu 2. zurückgewiesen, so dass diese auch insoweit materiell nicht beschwert ist.

2. Die von der Antragsgegnerin zu 2. eingelegte Beschwerde führt auch nicht aus sonstigen Gründen zu einer uneingeschränkten Überprüfung der Entscheidung der Bundesnetzagentur im Rahmen des Beschwerdeverfahrens. Zwar wendet sich die Antragsgegnerin zu 2. mit ihrer Beschwerde dagegen, dass die Bundesnetzagentur

die Frage, ob die Antragsgegnerin zu 1. ein eigenes Netz betreibt, verneint hat und nur infolgedessen zu einer Verpflichtung ihrerseits zur Gewährung des Netzzugangs gelangt ist. Die Frage ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren jedoch nicht zu entscheiden, weil nur die Antragsgegnerin zu 2. und nicht auch die – durch die Abweisung ihrer Hauptanträge eigentlich beschwerte - Antragstellerin oder die – allerdings ohnehin nicht beschwerte - Antragsgegnerin zu 1. Beschwerde eingelegt hat. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aufgrund der verfahrensrechtlichen Beziehung zwischen den Antragsgegnerinnen.

2.1. Bei den gegenüber den Antragsgegnerinnen geführten Verfahren handelt es sich – trotz des alternativen Missbrauchsantrags der Antragstellerin – um jeweils selbständige Verfahren. Diese hat die Bundesnetzagentur lediglich aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung und Prozessökonomie zusammen durchgeführt und entschieden (vgl. S. 10 des Beschlusses unter Ziffer 2.). Die von der Antragstellerin auf Netzzugang in Anspruch genommenen Antragsgegnerinnen haben in diesem Verfahren lediglich die Stellung einfacher Streitgenossen. Eine einfache Streitgenossenschaft i.S.v. § 64 VwGO i.V.m. §§ 59, 60 ZPO auf Beklagten- oder Antragsgegnerseite liegt vor, wenn die Beklagten/Antragsgegner hinsichtlich des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen oder sie aus demselben tatsächlichen und rechtlichen Grund verpflichtet sind oder gleichartige und auf einem im Wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grund beruhende Verpflichtungen umstritten sind. Die Antragsgegnerinnen stehen hinsichtlich der geltend gemachten Verpflichtung zum Netzanschluss weder in Rechtsgemeinschaft – gemeint sind Bruchteilsgemeinschaften, Gesamthandsgemeinschaften, Gesamtschuldnerverhältnisse (vgl. Bier in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 23. Erg.lieferung, § 64 RN 5 m.w.N.) – noch beruht ihre Verpflichtung auf demselben tatsächlichen und rechtlichen Grund (diese Fälle sind im Verwaltungsrecht äußerst selten, beispielsweise aufgrund desselben öffentlich-rechtlichen Vertrages, vgl. Bier in: Schoch/Schneider/Bier, a.a.O., RN 6). Einschlägig ist daher nur die letzte Fallkonstellation der gleichartigen Verpflichtung aus einem im Wesentlichen gleichartigen Grund. Jede der Antragsgegnerinnen sollte der Antragstellerin – alternativ - Netzzugang zu dem Netz der Antragsgegnerin zu 2. bzw. jeweils zu ihrem eigenen Netz verschaffen. Die gleichartigen Verpflichtungen beruhen, jedenfalls soweit es um den Netzzugang zum jeweils eigenen Netz geht, auf § 20 EnWG.

2.2. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Bundesnetzagentur eine Verpflichtung der Antragsgegnerin zu 2. zum Netzzugang von der Frage abhängig gemacht hat, ob die Antragstellerin nicht bereits einen physikalischen Netzanschluss an ein etwaiges Netz der Antragsgegnerin zu 1. besitzt. Der einzige Berührungspunkt, ob die Antragsgegnerin zu 1. ein Netz betreibt, führt nicht dazu, dass die Antragsgegnerinnen als eine notwendige Streitgenossenschaft anzusehen sind, die eine Einheitlichkeit der Entscheidung erfordert. Die Identität des Streitgegenstandes reicht allein nicht, um die notwendige Streitgenossenschaft i.S.v. § 62 ZPO zu begründen, sondern führt nach §§ 59, 60 ZPO nur zur einfachen Streitgenossenschaft (Bier in: Schoch/Schneider/Bier, a.a.O., RN 13). Erst recht hat dies zu gelten, wenn der Streitgegenstand nur hinsichtlich eines Punktes und damit teilweise identisch ist. Diese Teilidentität hat sich im Übrigen auch erst im Laufe des Verfahrens ergeben, denn materiellrechtlich sind die miteinander verbundenen Verfahren zunächst auf unterschiedliche rechtliche Gesichtspunkte gestützt worden. So hat die Antragstellerin eine Verpflichtung der Antragsgegnerin zu 1. zunächst nur in Bezug auf das Netz der Antragsgegnerin zu 2. gesehen, wie es auch in ihrem im Missbrauchsverfahren gestellten Antrag zu Ziffer 1. zum Ausdruck kommt. Diese Verpflichtung hat sie auf eine vertragliche Mitwirkungspflicht der Antragstellerin zu 1. aus dem Netzanschlussvertrag vom 14.11.2003 gestützt. Die Antragsgegnerin zu 2. hat demgegenüber von Anfang an geltend gemacht, die Antragsgegnerin zu 1. betreibe ein Netz, an das die Antragstellerin angeschlossen sei, weswegen diese und nicht sie zugangsverpflichtet sei. Auch dies zeigt, dass die Entscheidung der Verfahren nicht notwendig einheitlich erfolgen muss, die Antragsgegnerinnen daher nur einfache Streitgenossen sind. Hinzu kommt, dass für ein etwaiges missbräuchliches Verhalten der Antragsgegnerin zu 1. als Betreiberin eines eigenen Netzes die Landesregulierungsbehörde gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 8 EnWG zuständig gewesen wäre. Darüber hinaus hat die Antragstellerin die Antragsgegnerinnen als eventuelle Streitgenossen in Anspruch genommen, denn sie hat den Vorwurf missbräuchlichen Verhaltens als alternativen ausgestaltet. Ob dies zulässig war, ist zweifelhaft. Erhebliche Bedenken bestehen insoweit, als die Durchführung des Missbrauchsverfahrens gegen die Antragsgegnerin zu 2. von einer Bedingung abhängig gemacht worden ist, die außerhalb des gegen sie gerichteten Missbrauchsverfahrens liegt. Anträge sowie alle Erklärungen, welche die Einleitung oder den Ablauf eines behördlichen oder gerichtli-

chen Verfahrens beeinflussen sollen, dürfen jedoch nicht mit einer Bedingung versehen werden. Dies ergibt sich aus einem allgemein anerkannten, aus der Ordnungsfunktion des Prozessrechts und der Notwendigkeit der Rechtssicherheit im Prozess abgeleiteten Grundsatz, der auch für das Verwaltungsverfahren gilt (vgl. BVerwG, Urteil vom 29.05.1980, 5 C 65/78, juris RN 14; BVerwG NVwZ 1989, 476; Schmitz in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl., § 22 VwVfG, RN 76f.). Letztlich kommt es darauf jedoch nicht an, da die Alternativität jedenfalls das Erfordernis einer einheitlichen Entscheidung gegenüber den Antragsgegnerinnen ausschließt, so dass sie auch aus diesem Grund nur einfache Streitgenossen sind. Einfache Streitgenossen stehen dem Gegner gemäß § 61 ZPO aber dergestalt als Einzelne gegenüber, dass die Handlungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vorteil noch zum Nachteil gereichen können. Damit wirkt auch die von der Antragsgegnerin zu 2. eingelegte Beschwerde nur für und gegen sie selbst (Bier in: Schoch/Schneider/Bier, a.a.O., RN 11; Kopp, VwVfG, 11. Aufl., § 9 RN 53).

## II.

Die Beschwerde hat, soweit sie zulässig ist, in der Sache Erfolg. Die Antragsgegnerin zu 2. schuldet der Antragstellerin unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt die Gewährung des Netzzugangs und auch nicht die Zuweisung eines abrechnungs- und bilanzierungsrelevanten Zählpunkts gemäß § 20 Abs. 1d EnWG, so dass sich ihre Weigerung auch nicht als missbräuchlich darstellt.

1. Es bestehen schon erhebliche Zweifel, ob der Antrag der Antragstellerin, das Verhalten der Antragsgegnerin zu 2. im Rahmen eines besonderen Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG zu überprüfen, überhaupt zulässig war. Unabhängig davon, ob die alternative Antragstellung nach den vorstehenden Ausführungen schon unzulässig gewesen sein dürfte, bestehen auch in der Sache Bedenken, ob die Voraussetzungen des § 31 EnWG vorlagen.

1.1. Nach § 31 Abs. 1 Satz 2 EnWG hat die Regulierungsbehörde im Rahmen eines besonderen Missbrauchsverfahrens auf Antrag zu prüfen, inwieweit das Verhalten des Betreibers von Energieversorgungsnetzen mit den Vorgaben in den Bestimmun-

gen der Abschnitte 2 und 3 des EnWG oder der auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen sowie den nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden übereinstimmt. Der Prüfungsumfang beschränkt sich somit zum einen auf das Verhalten von Netzbetreibern i.S.v. § 3 Nr. 4 EnWG und zum anderen auf die Einhaltung der Vorschriften über den Netzanschluss und Netzzugang gemäß §§ 17 bis 28a EnWG sowie der dazugehörigen, konkretisierenden Rechtsverordnungen und Festlegungen/Genehmigungen der Regulierungsbehörde. Soweit das Verhalten des Betreibers von Energieversorgungsnetzen nach § 23a EnWG genehmigt ist, hat die Regulierungsbehörde darüber hinaus zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Genehmigung vorliegen, § 31 Abs. 1 Satz 3 EnWG.

Antragsberechtigt sind Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch das Verhalten eines Betreibers von Energieversorgungsnetzen erheblich berührt werden. § 31 Abs. 2 Satz 1 EnWG regelt die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Antrags. Dazu gehören insbesondere die im Einzelnen anzuführenden Gründe, weshalb ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verhaltens des Netzbetreibers bestehen (§ 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EnWG) und weshalb der Antragsteller durch das Verhalten des Netzbetreibers betroffen ist (§ 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EnWG). Voraussetzung für einen zulässigen Antrag ist dabei – über die formalen Angaben nach Nrn. 1 bis 4 des § 31 Abs. 2 EnWG hinaus -, dass die vorgetragenen Tatsachen zumindest die Möglichkeit einer Rechtsverletzung und einer erheblichen Interessenberührung zu begründen vermögen (vgl. Schütte in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, Kap. 94 RN 70; Weyer in: BerlKommEnR, 2. Aufl., § 31 RN 9). Genügt ein Antrag den Voraussetzungen des § 23 Abs. 2 Satz 1 EnWG nicht, hat die Regulierungsbehörde den Antrag als unzulässig abzuweisen, § 23 Abs. 2 Satz 2 EnWG.

1.2. Bedenken, ob die Anträge der Antragstellerin diesen Zulässigkeitsvoraussetzungen genügen, bestehen hinsichtlich des Vorliegens einer erheblichen Interessenberührung.

Eine Interessenberührung, die als solche bei der Antragstellerin unzweifelhaft gegeben ist, liegt vor, wenn zumindest mit einer mittelbaren Auswirkung des Verhaltens

des Netzbetreibers zu rechnen ist. Diese ist erheblich, wenn die Interessen spürbar, d.h. nicht bloß entfernt oder nur geringfügig berührt werden (Robert in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Aufl., § 31 RN 10). Das Vorliegen einer erheblichen Interessenberührung mag bei der Frage, ob Netzzugang missbräuchlich verweigert wird, in der Regel zu bejahen sein. Hier liegt der Fall jedoch insoweit anders, als die Antragstellerin nach ihrem Sachvortrag mit dem Netzzugangsbegehren lediglich bezweckt, einen abrechnungs- und bilanzierungsrelevanten Zählpunkt zu erhalten, der es ihr ermöglichen soll, einen eigenen Reservestromlieferanten zu kontrahieren und für von ihr erzeugte Energiemengen die Zahlung vermiedener Netzentgelte wegen dezentraler Einspeisung geltend machen zu können. Dabei steht sie auf dem Standpunkt, dass der sog. „Netzanschlussvertrag“ mit der Antragsgegnerin zu 1. ihr schon die Möglichkeit vermittelt, die von ihr erzeugten Strommengen in das Netz der Antragsgegnerin zu 2. einzuspeisen. Es geht ihr daher letztlich nur um einen „beschränkten“ Netzzugang. Dass dessen Nichtgewährung zu einer erheblichen Interessenberührung führt, die gerade das zügige Einschreiten der Regulierungsbehörde im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens erfordert, kann dem Vorbringen der Antragstellerin nicht entnommen werden. . . . Nach den Ausführungen der Antragsgegnerin zu 1. macht dies lediglich 0,02 % des von der Abfallverwertungsanlage über das IKW in das Netz der Antragsgegnerin zu 2. jährlich eingespeisten Stroms aus und ist daher von dieser als geringfügig angesehen worden. Im Missbrauchsverfahren hat die Antragstellerin ferner angekündigt, im Oktober 2011 infolge einer großen Revision einen Eigenstrombedarf im Bereich von ca. 1,0 – 1,5 MW, maximal aber bis 3 MW zu haben (Bl. 370 VV). Inwieweit der Bezug von Reservestrommengen über die E. anstatt durch einen eigenen Reservestromlieferanten zu einer erheblichen Belastung für sie führt, hat sie entgegen § 31 Abs. 2 Ziffer 3 EnWG nicht dargelegt. Auch hinsichtlich der Möglichkeit, Zahlungen für vermiedene Netzentgelte verlangen zu können, fehlt es an jeglicher Darlegung zu den Dimensionen, die Rückschlüsse auf eine erhebliche Interessenberührung zulassen. . . . Ob die verbleibende Menge nennenswerte vermiedene Netzentgelte generiert, ist nicht dargelegt.

2. Im Ergebnis kann die Frage, ob der Antrag mangels einer erheblichen Interessenberührung der Antragstellerin und aufgrund der alternativen Antragstellung überhaupt zulässig war, jedoch dahinstehen, da der Beschluss der Bundesnetzagentur sich im Umfang der zulässigen Anfechtung auch in der Sache als rechtswidrig erweist und



daher hinsichtlich der Tenorziffer 1 aufzuheben ist. Die Antragsgegnerin zu 2. ist nicht verpflichtet, der Antragstellerin gemäß § 20 EnWG Netzzugang zu ihrem 110 kV-Netz zu gewähren und ihr einen abrechnungs- und bilanzierungsrelevanten Zählpunkt zuzuweisen.

2.1. Das EnWG unterscheidet zwischen Netzanschluss (§§ 17ff EnWG) und Netzzugang (§§ 20ff EnWG). Netzanschluss ist die technische Anbindung an ein Netz, also die Abzweigstelle oder der Ausspeisepunkt, an dem Elektrizität oder Gas aus einem Netz eines Netzbetreibers entnommen wird (Säcker/Boesche in: Säcker, BerlKomm EnR, 2. Aufl., § 17 EnWG RN 51; Sieberg in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, 2.Aufl., Kap. 50, RN 9). Nach § 17 EnWG haben Betreiber von Energieversorgungsnetzen Letztverbraucher, gleich- oder nachgelagerte Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze sowie –leitungen, Erzeugungs- und Speicheranlagen sowie Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie zu technischen und wirtschaftlichen Bedingungen an ihr Netz anzuschließen, die angemessen, diskriminierungsfrei, transparent und nicht ungünstiger sind, als sie von den Betreibern der Energieversorgungsnetze in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb ihres Unternehmens oder gegenüber verbundenen oder assoziierten Unternehmen angewendet werden. Die Ablehnung des Netzanschlusses ist nur unter den engen Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 EnWG möglich und zwar dann, wenn der Betreiber des Energieversorgungsnetzes nachweist, dass ihm dies aus betriebsbedingten oder sonstigen wirtschaftlichen oder technischen Gründen unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG nicht möglich oder zumutbar ist (§ 17 Abs. 2 Satz 1 EnWG). Der Netzzugang ist in § 20 Abs. 1 Satz 1 EnWG geregelt, wonach Betreiber von Energieversorgungsnetzen jedermann nach sachlich gerechtfertigten Kriterien diskriminierungsfrei Netzzugang zu gewähren haben. Zur Ausgestaltung des Rechts auf Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen nach Absatz 1 haben Letztverbraucher von Elektrizität oder Lieferanten gemäß § 20 Abs. 1a Satz 1 EnWG Verträge mit denjenigen Energieversorgungsunternehmen abzuschließen, aus deren Netzen die Entnahme und in deren Netze die Einspeisung von Elektrizität erfolgen soll (Netznutzungsvertrag). Der Netzzugangsanspruch bezieht sich damit auf den Erwerb eines Nutzungsrechts an einem Netz. Es geht beim Netzzugang um die Nutzung des Netzes als „Transportmittel“ für Energie (Sieberg in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, a.a.O., Kap. 50, RN 5; Britz in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 20 RN 9). Dazu bedarf es jedoch

zwingend zunächst eines Netzanschlusses, welcher tatsächliche und rechtliche Voraussetzung für einen Netzzugang ist (Bourwieg in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Aufl., § 17 RN 2).

2.2. Die Antragsgegnerin zu 2. ist zwar zweifellos Betreiberin eines Energieversorgungsnetzes i.S.v. § 20 EnWG. Die Antragstellerin ist jedoch weder unmittelbar an das Mittelspannungsnetz angeschlossen noch besteht zwischen ihr und der Antragsgegnerin zu 2. ein Netzanschlussvertrag. Einen solchen wollte die Antragstellerin seinerzeit angesichts der mit einem unmittelbaren Anschluss verbundenen Kosten nicht abschließen. Damit fehlt es an der tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzung für den von der Antragstellerin begehrten Netzzugang. Dies gilt unabhängig davon, ob die Antragsgegnerin zu 1. Betreiberin einer Kundenanlage oder Netzbetreiberin ist; diese Frage hat der Senat aus Rechtsgründen nicht zu entscheiden.

2.2.1. Unstreitig verfügt nur das IKW über einen unmittelbaren Anschluss an das Hochspannungsnetz der Antragsgegnerin zu 2.. Diesbezüglich besteht auch ein entsprechender Netzanschlussvertrag vom 13.06./26.06.2008 zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und der Antragsgegnerin zu 2., den nun die E. als Betreiberin des IKW auf Seiten der Antragsgegnerin zu 1. übernommen hat.

Die Antragstellerin hingegen ist aufgrund des mit der Antragsgegnerin zu 1. geschlossenen Netzanschlussvertrags vom 14.11.2003 lediglich an die Netzanbindungsrichtungen (Infrastruktur) des IKW angeschlossen und erhält dadurch allenfalls mittelbar tatsächlichen Zugang zum Netz der Antragsgegnerin zu 1.

2.2.2. Handelt es sich bei den Netzanbindungsrichtungen des IKW, entgegen der Annahme der Bundesnetzagentur, nicht um eine Kundenanlage i.S.v. § 3 Nr. 24 a EnWG, sondern um ein (ggfs. geschlossenes) Verteilernetz, bestünde ein physikalischer Netzanschluss an dieses Netz. Der Netzzugangsanspruch gem. § 20 EnWG würde sich dann aber ausschließlich gegen die Antragsgegnerin zu 1. – bzw. nunmehr die E. – richten, nicht aber gegen die Antragsgegnerin zu 2.. Die Weigerung der Antragsgegnerin zu 2., dem Netzzugangsbegehren der Antragstellerin nachzukom-

men sowie dieser einen abrechnungs- und bilanzierungsrelevanten Zählpunkt zuzuweisen, ist vor diesem Hintergrund nicht missbräuchlich.

2.2.3. Ist die Antragsgegnerin zu 1., wie von der Bundesnetzagentur angenommen, indessen Betreiberin einer Kundenanlage, besteht dieser gegenüber aufgrund des geschlossenen Netzanschlussvertrages vom 14.11.2003 jedoch nur in diesem Umfang ein entsprechender schuldrechtlicher Anspruch auf Anschluss an die Netzanschlussvorrichtungen und Nutzung des Anschlusses des IKW. Da die Kundenanlage von der Regulierung und damit den gesetzlichen Ansprüchen nach §§ 17, 20 EnWG ausgenommen ist, können insoweit keine weitergehenden Ansprüche bestehen, auch nicht gegen den vorgelagerten Netzbetreiber.

2.2.3.1. Der Netzanschluss des IKW an das Hochspannungsnetz der Antragsgegnerin zu 2. wird durch den Netzanschlussvertrag vom 14.11.2003 zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin zu 1. weder zu einem eigenen unmittelbaren Anschluss der Antragstellerin an das Netz der Antragsgegnerin zu 2. noch vermittelt er ihr eine Rechtsposition, die zu berücksichtigen wäre.

Die Antragsgegnerin zu 1. hat der Antragstellerin kein unmittelbares Nutzungsrecht eingeräumt. Bei dem „Netzanschlussvertrag“ vom 14.11.2003 handelt es sich um eine rein schuldrechtliche Vereinbarung, die in Bezug auf den Strombezugsvertrag mit der E. zu sehen ist. Schon nach dem Wortlaut der Verpflichtung in Ziffer 1 betrifft sie allein die Durchleitung der in der Abfallverwertungsanlage erzeugten Strommengen durch die Netzanbindungsvorrichtungen des IKW, das im Eigentum der Antragsgegnerin zu 1. steht. Der von der Antragstellerin erzeugte Strom selbst ist aufgrund des mit der E. geschlossenen Strombezugsvertrags jedoch – derzeit - an die E. verkauft, so dass – je nach Umfang der Bezugsverpflichtung, die zwischen den Vertragsparteien streitig ist - schon fraglich ist, wer letztlich den Strom am Netzanschlusspunkt der IKW einleitet und einleiten darf.

Durch die Einräumung des Rechts, die Netzanbindungsvorrichtungen des IKW zur Durchleitung der in der Abfallverwertungsanlage erzeugten Strommengen zu nutzen, sollte der Antragstellerin nach der Präambel des Vertrages die Errichtung eines eigenen, teureren Netzanschlusses an das Netz der Antragsgegnerin zu 2. erspart wer-

den. Hinzu kommt, dass die Vertragspartnerin der Antragstellerin – die Antragsgegnerin zu 1. – seinerzeit auch gar nicht berechtigt gewesen wäre, ein Nutzungsrecht hinsichtlich des Netzanschlusses an das vorgelagerte Hochspannungsnetz einzuräumen. Nach der Präambel sowie Ziffer 2, Abs. 2 des „Netzanschlussvertrags“ war der Netzanschlussvertrag betreffend den Anschluss des IKW an das Hochspannungsnetz seinerzeit mit der E. und nicht mit der Antragsgegnerin zu 1. geschlossen. Der Umstand, dass die E. indessen mit der Antragstellerin nur einen Strombezugsvertrag und nicht auch einen „Netzanschlussvertrag“ geschlossen hat oder in diesen jedenfalls miteinbezogen worden ist, spricht auch im Übrigen dagegen, dass der Antragstellerin Rechte bezogen auf den Anschluss an das Hochspannungsnetz eingeräumt werden sollten.

Ungeachtet dessen kann der Netznutzungsvertrag vom 14.11.2003 auch deswegen nicht als Netzanschluss gelten, weil der Begriff des Netzanschlusses i.S.v. § 17 EnWG umfassender ist als der vertraglich vereinbarte schuldrechtliche „Netzanschluss“ der Antragstellerin. Wie bereits ausgeführt, ermöglicht der gesetzliche Netzanschluss nicht nur die Einleitung von Strom, sondern auch dessen Bezug, was für die Antragstellerin insbesondere für den Bezug von Reservestrom relevant ist, den sie in der Vergangenheit über die E. bezogen hat. Dass die Antragstellerin den Netzanschluss des IKW an das Hochspannungsnetz in diesem Sinne umfassend nutzen können sollte, ergibt sich aus dem Netzanschlussvertrag vom 14.11.2003 ebenfalls nicht.

2.2.3.2 Nichts anderes kann aus den Regelungen der §§ 3 Nr. 24a, Nr. 24b, 20 Abs. 1 d EnWG zur Kundenanlage folgen.

Im Rahmen der EnWG-Novelle 2011 hat der Gesetzgeber in § 3 Nr. 24a EnWG die Kundenanlage und in § 3 Nr. 24b EnWG die Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung neu geregelt. Die mit Wirkung zum 4. August 2011 neu eingefügten Begriffe sollen – wie der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausgeführt hat - der Klarstellung dienen und die Bestimmung ermöglichen, „an welchem Punkt das regulierte Netz beginnt und die unregulierte Kundenanlage endet“ (BR-Drs. 17/6072, S. 51). Eine solche Kundenanlage liegt nach der gesetzlichen Definition nur dann vor, wenn sie u.a. jedermann zum Zwecke der Belieferung der angeschlossenen Letzt-

verbraucher im Wege der Durchleitung unabhängig von der Wahl des Energielieferanten diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt wird. Auf diese Weise soll gewährleistet werden, dass auch der an die Kundenanlage angeschlossene Letztverbraucher seinen Energielieferanten frei wählen kann. Diesem hat der Betreiber der Kundenanlage die Anlage – diskriminierungsfrei und unentgeltlich - zur Durchleitung zur Verfügung zu stellen. Der Betreiber der Kundenanlage ist folglich für die Gewährung des Zugangs zwecks Belieferung des Letztverbrauchers verantwortlich, er hat den unentgeltlichen Zugang zum Letztverbraucher sicherzustellen. Die dabei notwendigen nachgelagerten Zählpunkte und der Zugang zu diesen zwecks Belieferung des Letztverbrauchers sind ebenfalls vom Betreiber der Kundenanlage bereitzustellen, er hat sie zu betreiben und zu verwalten (vgl. auch Stellungnahme des J. vom 22.06.2011 zum Entwurf des EnWG-Änderungsgesetzes vom 6. Juni 2011, S. 25, 26). § 20 Abs. 1d EnWG sieht daher ergänzend dazu allein vor, dass der Betreiber des Energieversorgungsnetzes, an das die Kundenanlage oder Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung angeschlossen ist, die erforderlichen Zählpunkte zu stellen hat und bei der Belieferung der Letztverbraucher durch Dritte erforderlichenfalls eine Verrechnung der Zählwerte über Unterzähler stattfindet. Die Aufnahme dieser Verpflichtung, die das Netznutzungsverhältnis zwischen dem Netzbetreiber und dem angeschlossenen Betreiber der Kundenanlage ausgestaltet, sollte nach der Gesetzesbegründung allein die bestehende Praxis kodifizieren, wonach der Netzbetreiber die erforderlichen Zählpunkte zu stellen hat und die Möglichkeit eröffnen, Summenzähler und Unterzähler zur Abrechnung der Verbrauchswerte anstelle einzelner Zähler zu verwenden (BR-Drs. 17/6072, S. 75). Eine weitergehende Verpflichtung lässt sich der Regelung entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur nicht entnehmen, sie ist vielmehr – wie ausgeführt – im Lichte des § 3 Nr. 24a und Nr. 24 b EnWG zu verstehen.

Vor diesem Hintergrund kann der Letztverbraucher nur von dem Betreiber der Kundenanlage, an die er unmittelbar angeschlossen ist, die Einrichtung der Zählpunkte verlangen. Der Netzbetreiber, an dessen Netz die Kundenanlage angeschlossen ist, verhält sich daher nicht missbräuchlich, wenn er nicht schon auf das Verlangen des Letztverbrauchers, sondern nur auf das des Betreibers der Kundenanlage erforderliche Zählpunkte einrichtet.

2.2.3.4. Sollte es sich bei den Elektrizitätsverteilanlagen des IKW – wie von der Bundesnetzagentur angenommen – um eine Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung handeln, müsste die Antragstellerin daher zunächst ein entsprechendes Netzanschlussbegehren an die Antragsgegnerin zu 2. zu richten. Da die Antragstellerin solches bislang nicht gegenüber der Antragsgegnerin zu 2. geltend gemacht hat, ist ihr Netzzugangsbegehren derzeit unbegründet. Die Weigerung der Antragsgegnerin zu 2., dem Netzzugangsbegehren der Antragstellerin nachzukommen sowie dieser einen abrechnungs- und bilanzierungsrelevanten Zählpunkt zuzuweisen, ist daher nicht rechtsmissbräuchlich, mit der Folge, dass der Beschwerde der Antragsgegnerin zu 2. stattzugeben und der Missbrauchsantrag der Antragstellerin abzuweisen ist.

## C.

### I.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG. Da die Beschwerde teilweisen Erfolg hat, entspricht es der Billigkeit, dass die Antragsgegnerin zu 2. und die Bundesnetzagentur die Gerichtskosten jeweils zur Hälfte und ihre außergerichtlichen Kosten jeweils selbst zu tragen haben. Es entspricht ferner der Billigkeit, der Antragsgegnerin zu 2. die notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin zu 1 aufzuerlegen. Die gegen die Zurückweisung der gegen die Antragsgegnerin zu 1. gerichteten Missbrauchsanträge erhobene Beschwerde hat keinen Erfolg. Hinzu kommt, dass die Antragsgegnerin zu 1. aufgrund des Umstands, dass die Antragsgegnerin zu 2. sich mit ihrer Beschwerde auch gegen die Zurückweisung der gegen sie gerichteten Missbrauchsanträge gewendet hat, ein besonderes Interesse an dem Ausgang des Verfahrens hat. An diesem hat sie sich zudem aktiv beteiligt, indem sie dieses durch ihren schriftsätzlichen Vortrag wesentlich gefördert hat. Eine Erstattung der notwendigen Auslagen der Antragstellerin war hingegen nicht anzuordnen, nachdem die Beschwerde gegen die Verpflichtung der Antragsgegnerin zu 2. zum Netzzugang Erfolg und die Antragstellerin das Beschwerdeverfahren nicht aktiv gefördert hat.

## II.

Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Maßgebend ist das wirtschaftliche Interesse der Antragsgegnerin zu 2. als Beschwerdeführerin an einer Aufhebung des angegriffenen Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 07.11.2012. Der von der Antragsgegnerin zu 2. – im Einverständnis der Bundesnetzagentur - angeregte Beschwerdewert von € 5.000 bis € 10.000 erscheint dem Senat der Bedeutung des Rechtsstreits für die Antragsgegnerin zu 2. allerdings nicht angemessen, zumal sie mit ihrer Beschwerde die umfassende Aufhebung des Beschlusses verfolgt. Der Senat geht daher, entsprechend seiner üblichen Vorgehensweise in anderen Verfahren, bei denen es an Anhaltspunkten für eine Bewertung des wirtschaftlichen Interesses der Beschwerdeführer fehlt, von einem pauschalen Gegenstandswert von insgesamt € 50.000,-- aus.

## D.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 86 Abs. 2 EnWG liegen nicht vor. Die Beteiligten haben ihre Zulassung schon nicht angeregt, insbesondere auch nicht nach Erörterung der Sache im Senatstermin. Auch aus der Sicht des Senats wirft das Beschwerdeverfahren Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung nicht auf. Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde ist die Nichtzulassungsbeschwerde gegeben. Diese ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist durch einen beim Oberlandesgericht Düsseldorf oder beim Bundesgerichtshof einzureichenden Schriftsatz binnen einem Monat zu

begründen. Diese Frist beginnt mit der Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde und kann auf Antrag von dem Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts (Bundesgerichtshof) verlängert werden. Die Begründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Nichtzulassungsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

**vR.**

**F.**

**A.**