

Rechtsanwalt *Joachim Held* und *Adrian Manssdörfer*, Nürnberg*

Der weite Begriff der Kundenanlage in § 3 Nr. 24 a EnWG: Garant oder Hemmnis eines wirksamen Wettbewerbs?

I. Einleitung

Der Streit um – unjuristisch gesprochen – „kleine Netze“ ist so alt wie das Energieregulierungsrecht: Der Begriff der Kundenanlage als Gegenbegriff zum Netz für die allgemeine Versorgung ist eine seit Anbeginn der Stromversorgung vor allem aus technischen Gründen erforderliche Begrifflichkeit, die mit § 12 AVBEltV bereits eine frühe gesetzliche Regelung erfahren hat. Auch die sog. „Industrie- oder Betriebsnetze“¹ bestehen als Ausnahme der industriellen Kraftwirtschaft im Monopolmarkt seit Anbeginn der Versorgung. Mit der Liberalisierung der Energiemärkte entbrannte der Streit um sog. „Arealnetze“² als neue Marktnische, mit der Newcomer den historischen Monopolnetzbetreibern besonders attraktive Versorgungsinfrastrukturen zu entziehen versuchten.³ Dabei waren bereits abgabenrechtliche Auswirkungen, vor allem Entlastungen bei der EEG-Umlage,⁴ ein wesentliches Motiv und Treiber zur Gestaltung von Arealnetzen. Um hier mehr Rechtssicherheit für das EEG-Eigenstromprivileg zu schaffen, wurde – das Pferd von hinten aufzäumend – der Begriff des Objektnetzes mit einer weiten, die Belieferung Dritter im Objektnetz umfassenden Eigenstromdefinition des § 110 Abs. 3 EnWG a. F.⁵ eingeführt. Der darauf einsetzenden „Flucht in die Objektnetze“ setzte die europarechtliche Rechtsprechung⁶ und die dem nachfolgende EU-rechtliche Neuausrichtung des EnWG durch die Definition des geschlossenen Verteilernetzes in § 110 EnWG ein Ende. Vor allem die europarechtlichen Vorgaben führten zu einer Kehrtwende des nationalen Regelungsrahmens;⁷ aber auch die Trennung des Eigenstrombegriffs von netzbezogenen Tatbestandsmerkmalen versetzten der wirtschaftlichen Attraktivität der nicht mehr regulierungsbefreiten, aber immerhin noch privilegierten geschlossenen Verteilernetze einen erheblichen Dämpfer. Dabei entstand „quasi als Abfallprodukt“ die gesetzliche Definition der Kundenanlage und betrieblichen Kundenanlage in § 3 Nr. 24 a und Nr. 24 b EnWG⁸, die nun, vor allem wieder aus energieabgabenrechtlichen Gründen, ein Brennpunkt energierechtlicher Wettbewerbsstreitigkeiten ist. Dabei hat es der Gesetzgeber versäumt, die mit der früheren Kundenanlagendefinition des § 12 AVBEltV wortlautidentischen Definition der „elektrischen Anlage“ in § 13 NAV in ein Verhältnis zum Kundenanlagenbegriff des § 3 Nr. 24 a EnWG zu setzen. Danach wird § 13 Abs. 1 NAV weiterhin als Definition der „Kundenanlage im engeren Sinn“ eingestuft.⁹ Zum Teil wurde der Begriff der Kundenanlage aber – z. B. in § 7 StromGVV – bis heute nicht angepasst. Danach sind die Kundenanlagen jeden-

falls der letzte regulierungsfreie Bereich der Stromverteilungsanlagen.

Letztendlich geht es um das Geld: Wer eine Kundenanlage betreibt, zahlt für den in der Kundenanlage erzeugten und verbrauchten Strom keine Netzentgelte und die hieran geknüpften Abgaben (KWKG-Umlage, etc.).¹⁰ Auch die Konzessionsabgabe entfällt für den innerhalb einer Kundenanlage erzeugten und gelieferten Strom.¹¹ Schließlich knüpft sowohl die KWKG- als auch die EEG-Förderung an eine Lieferung ohne Durchleitung

* Joachim Held, Mag. rer. publ., ist Rechtsanwalt bei Rödl & Partner in Nürnberg mit Tätigkeitsschwerpunkt Erneuerbare Energien, Wärmeversorgung und Energieeffizienz, Adrian Manssdörfer ist Student im Studiengang Wirtschaftsrecht an der Hochschule Pforzheim und Praktikant bei Rödl & Partner. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung der Autoren wieder.

- Hennig/von Bredow/Valentin in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus, Kommentar zum EEG, 5. Aufl. (2018), § 3 EEG, Rdnr. 243; Müggenborg, NVwZ 2010, 940 [941].
- Buntscheck, WuW 2006, 30; Jansen, ZWeR 2006, 412-428; Buntscheck, CuR 2005, 3; Lippert, CuR 2005, 79; Meinhold, ZNER 2005, 196; Boesche/Wolf, ZNER 2005, 285; Hartmann/Hackert, RdE 2005, 160; Schebstadt, RdE 2005, 226; Strohe, ET 2005, 747; Held, CuR 2005, 10.
- BGH, Beschl. v. 28. 6. 2005 – KVR 27/04, CuR 2005, 89.
- BGH, Urte. v. 21. 12. 2005 – VIII ZR 108/04, CuR 2006, 12 [17].
- § 110 Abs. 3 EnWG in der Fassung vom 7. 7. 2005, BGBl. 2005 I, 1970, 3621.
- EuGH, Urte. v. 22. 5. 2008 – C-439/06, CuR 2008, 68; EU-Richtlinie 2009/72/EG vom 13. 7. 2009 über gemeinsame Vorschriften über den Elektrizitätsbinnenmarkt (ABl. EU Nr. L 211 v. 14. 8. 2009, S. 55) und EU-Richtlinie 2009/73/EG vom 13. 7. 2009 über gemeinsame Vorschriften über den Erdgasbinnenmarkt (ABl. EU Nr. L 211 v. 14. 8. 2009, S. 94).
- Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften vom 26. 7. 2011, BGBl. 2011 I, 1554.
- Ausführlich zur Gesetzgebungshistorie: Jacobshagen/Kachel, in: Danner/Theobald, Kommentar zum Energierecht, 96. EL (Stand: 01/2018), § 110 EnWG, Rdnr. 16 ff.
- Hartmann/Blumenthal-Barby, in: Danner/Theobald (o. Fußn. 8), § 13 NAV, Rdnr. 11.
- Bülhoff/Klapdor, EnWZ 2013, 297.
- Booz, N&R 2018, 130 [135]; Kirch, jurisPR-UmwR 7/2017, Anm. 1; Leidinger, in: Möhle/Lambertz/Altenschmidt/Ingenhoven, Praxishandbuch Green Building, 1. Aufl. (2018), Rdnr. 1779.

durch das Netz für die allgemeine Versorgung an. Nach § 6 Abs. 4 Nr. 2 und 4 KWKG 2017 wird die KWKG-Förderung für den in der Kundenanlage gelieferten Strom an weitere Voraussetzungen geknüpft und dieser nach § 7 Abs. 3 KWKG 2017 nur in geringerem Umfang gefördert.¹² Anders als im EEG ist innerhalb von Kundenanlagen (und innerhalb von geschlossenen Verteilernetzen) – entweder nur aus Anlagen bis 100 kW (§ 6 Abs. 4 Nr. 1 KWKG 2017) oder nur für stromkostenintensive Unternehmen (§ 6 Abs. 4 Nr. 3 und 4 KWKG 2017) – der von der EEG-Umlage entlastete Selbstverbrauch mit einer verringerten KWKG-Förderung möglich.¹³ Allerdings hat auch hier der Gesetzgeber der steuer- und abgabenrechtlichen Privilegierung der Areal- und Eigenstromversorgung durch abgesenkte Fördersätze (§ 7 Abs. 3 Nr. 1 u. 3 und Abs. 4 KWKG 2017) Rechnung getragen.

Auch der sog. „Mieterstromzuschlag“ nach § 19 Abs. 1 Nr. 3, § 21 Abs. 3 EEG 2017¹⁴ knüpft an eine Belieferung aus PV-Anlagen ohne Nutzung des Netzes für die allgemeine Versorgung an (§ 21 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2017).

Daneben bietet die regulatorische Freiheit und der hieraus resultierende geringere Aufwand eine wirtschaftliche Motivation für den Streit um den Kundenanlagenbegriff. Dabei ist manchmal auch die Kundenbindung durch lange Vertragslaufzeiten,¹⁵ Kopplung mit Miet- oder Immobilienkaufverträgen,¹⁶ dingliche Absicherung von Strombezugspflichten¹⁷ oder die faktische Bindung über eine mietvertragliche oder gesonderte Refinanzierung der Kundenanlagenkosten¹⁸ eine Motivation für Kundenanlagen-Konzepte.

Aus der Systematik der Netzentgeltregulierung sollte an sich kein Nachteil aus der regulierungsrechtlichen Einstufung von Stromverteilungsanlagen als Kundenanlage, geschlossenes Verteilernetz oder Netz der allgemeinen Versorgung entstehen: Werden Stromverteilungsanlagen als Kundenanlage errichtet, sinkt zwar die Zahl der Anschlussnehmer, so dass ein ungünstigerer Kostenverteilungsschlüssel nach § 12 Abs. 1 StromNEV entsteht. Da aber gleichzeitig die zu verteilenden Kosten nach § 4 StromNEV sinken, bleibt die Veränderung grundsätzlich netznutzungsentgeltneutral.

Hinzu kommt, dass die Kundenanlage mit einer entsprechend höheren Anschlussleistung Anschlussnehmer bleibt, so dass das Baukostenzuschuss- und Anschlussherstellungserstattungsaufkommen (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 und 4 StromNEV) weitgehend unverändert bleibt.

Insofern verschärft allerdings die Einordnung als Kundenanlage die Verschlechterung der Refinanzierung von Netzkosten über verbrauchsabhängige Netzentgelte, da Kundenanlagen mit einer hohen kundenanlageninternen Stromerzeugung zwar eine hohe Anschlussleistung zur Nutzung des Netzbezugs als Spitzen- und Reserverlast benötigen, aber dennoch nur in geringem Umfang Strommengen aus dem Netz beziehen. Dies ist jedoch kein spezifisches Problem der Kundenanlage, sondern ein grundsätzliches Problem der Netzentgeltssystematik der StromNEV.¹⁹

Nur bei extremen Strukturunterschieden und Querfinanzierungseffekten zwischen den als Kundenanlage qualifizierten Stromverteilungsanlagen und anderen Netzbereichen würde die Herauslösung ertragsstarker Netzbereiche und der Verbleib ertragsschwacher Netzbereiche zu Netzentgelterhöhungseffekten für die verbleibenden Anschlussnehmer führen (Vorwurf sog. „Entsolidarisierung“ oder „Rosinenpickens“). Unabhängig davon, dass die Rechtsprechung entsprechende Netzentgelterhöhungseffekte als wettbewerbsrechtlich irrelevant eingestuft hat,²⁰ dürften sich diese angesichts der qua gesetzlicher Definition geringen Größe von Kundenanlagen und den typischen Größenverhältnissen zum betroffenen Verteilernetzgebiet in der Regel auch nicht nachweisen lassen.²¹

Sowohl die europäische Rechtsprechung²² als auch die jüngere nationale Rechtsprechung²³ stuft die Kundenanlagen insbesondere auch in Bezug auf ihre wettbewerbliche Wirkung ein. Dabei geht es bei den Streitigkeiten über den Betrieb von Stromleitungsanlagen nicht alleine um den Wettbewerb auf dem Markt des Leitungs- oder Netzbetriebs. Aufgrund der oben dargestellten förder-, steuer- und abgabenrechtlichen Effekte auf den Strompreis beeinflusst die Kundenanlageneigenschaft auch den Stromvertriebsmarkt. Insbesondere haben sowohl Arealversorger häufig eine Mehrfachfunktion als Stromerzeuger, Leitungsbetreiber und Stromlieferant wie auch Arealverbraucher eine Doppelfunktion als Stromletztverbraucher und Kundenanlagen-Anschlussnehmer. Deshalb ist zwischen den wettbewerblichen Auswirkungen auf dem Netz- und Leitungsmarkt, dem

12 Küper/Goldberg, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl. (2018), § 6 KWKG, Rdnr. 123; Peiffer, in: Assmann/Peiffer, Kommentar zum KWKG, 1. Aufl. (2018), § 7 KWKG, Rdnr. 28.

13 Küper/Goldberg, in: Säcker (o. Fußn. 12), § 6 KWKG, Rdnr. 113; Peiffer, in: Assmann/Peiffer (o. Fußn. 12), § 6 KWKG, Rdnr. 48.

14 Kirch, jurisPR-UmwR 7/2017, Anm. 1.

15 Leidinger in: Möhle/Lambertz/Altens Schmidt/Ingenhoven (o. Fußn. 11), Rdnr. 1843; LG Berlin, Urt. v. 22.11.2005 – 14 O 114/05, CuR 2006, 24 [15 Jahre]; LG Berlin, Urt. v. 11.5.2004 – 16 O 703/03 Kart, CuR 2004, 96 [20 Jahre]; BGH, Urt. v. 6.12.2002 – V ZR 220/02, NJW 2003, 1313 [1314 f.].

16 Umkehrschluss aus § 42a EnWG 2017; kritisch Bub, NZM 2001, 458 [463]; Hack, Energie-Contracting, 3. Aufl. (2015), Rdnr. 581.

17 Kruse, RNotZ 2011, 65 [84].

18 OLG Frankfurt, Urt. v. 8.3.2018 – 11 W 40/16, CuR 2018, 17 [20]; ablehnend: Köster, IR 2018, 161 [162].

19 Zur entsprechenden Wirkung bei Großspeichern: Sauer, EWeRK 2015, 176 [177].

20 BGH, Beschl. v. 28.6.2005 – KVR 27/04, CuR 2005, 89, zustimmend Meinhold, ZNER 2005, 196.

21 Vgl. z.B. die Verhältnisse in der Sahle-Wohnen-Entscheidung des OLG Frankfurt, Beschl. v. 8.3.2018 – 11 W 40/16 (Kart), CuR 2018, 17 [17 f.].

22 EuGH, Urt. v. 22.5.2008 – C-439/06, CuR 2008, 68.

23 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.6.2018 – VI-3 Kart 48/17 (V), CuR 2018, 55 [58], OLG Frankfurt, Urt. v. 8.3.2018 – 11 W 40/16, CuR 2018, 17 [23]; Brahm, CuR 2018, 49.

Stromvertriebsmarkt und dem Stromerzeugungs- und Strombeschaffungsmarkt zu unterscheiden.

Der Netz- und Leitungsmarkt ist zunächst durch die in der Regel bestehende Marktbeherrschung des Verteilnetzbetreibers geprägt. Die Betreiber von Stromleitungsanlagen in Immobilien oder auf Betriebsarealen verfügen zwar häufig aufgrund des Immobilieneigentums über eine wirtschaftlich starke Position. Arealversorger sind aber regelmäßig weder im Markt des Arealnetzbetriebs, der hiermit verbundenen Energiedienstleistungen noch im Immobilienmarkt marktbeherrschend im Sinne des Kartellrechts.²⁴ Insofern liegen die Gründe für die Marktmacht von Immobilienanbietern nicht in einem Versagen des Wettbewerbs oder im fehlenden Wettbewerb zwischen Arealversorgungsanbietern, sondern in den bauwirtschaftlichen Hindernissen für ein ausreichendes Angebot auf dem Immobilienmarkt.²⁵ Danach ist eine immobilienwirtschaftlich starke Stellung eines Arealversorgers in der Regel kartellrechtlich irrelevant.

Wettbewerbslich ist unter Vornahme einer vertikalen Markt- abgrenzung zwischen dem Verhältnis von Arealversorgern zu Kundenanlagen-Anschlussnehmern und dem Verhältnis von Arealversorgern zu vorgelagerten Verteilnetzbetreibern zu unterscheiden.²⁶ Dabei besteht auf dem Markt für Kunden- anschlussnehmer schon deshalb kein kartellrechtlicher Kontroll- bedarf, da die Anschlussnehmer aufgrund der energierechtlich garantierten Netzanschlussansprüche immer zwischen einem Anschluss an das Netz der allgemeinen Versorgung (notfalls mit einem Parallelanschlussleitungsbau) und dem Anschluss an die Kundenanlage wählen können. Im Verhältnis Arealversorger zu marktbeherrschenden Verteilnetzbetreibern sind Arealversorger regelmäßig wettbewerbsrechtlich schutzbedürftig und beleben durch ein eigenes Produkt, neue Akteure und Beschränkung des Bereichs des natürlichen Verteilnetzmonopols den Wett- bewerb. Insofern würde ein weiter Kundenanlagenbegriff den Wettbewerb um den Stromleitungsbetrieb beleben.

Dagegen bestehen auf dem in der Arealversorgung häufig mit dem Netzbetriebsmarkt verbundenen Markt der Strombeliefe- rung wettbewerbsliche Missbrauchsrisiken. Die grundsätzliche Problematik einer Verbindung von Netz- und Vertriebsinteressen stellt sich im Arealversorgungsbetrieb verschärft, da hier Erzeu- gungs-, Speicher- und Leitungsanlagen häufig eine technische und wirtschaftliche Einheit bilden. Das wirtschaftlich-technische Bedürfnis der Integration von Strom- und Wärmever- sorgung sowie von Erzeugungs- und Verbrauchsanlagen (z. B. unter dem Schlagwort „smart grids“²⁷ oder „Prosumer“²⁸) wird diese Besonderheit zukünftig noch verstärken. Diesbezüglich ermöglichen Kundenanlagen häufig erst den Wettbewerb um Letztverbrauch im Stromvertriebsmarkt, da die Kundenanlage rechtliche Voraussetzung für die Wirtschaftlichkeit integrierter Versorgungskonzepte ist (siehe oben). Danach könnte auf dem Markt der Letztverbraucherbelieferung auch durch einen weiten Kundenanlagenbegriff Wettbewerb entstehen. Denn hier konkurrieren Arealversorger regelmäßig mit Stromanbietern und insbesondere mit dem Grundversorger. Die starke Marktposition der Arealversorger überwindet hier nämlich die Wettbewerbs-

trächtigkeit von Stromletztverbrauchern, ohne die wettbewerblich aktiven Letztverbraucher in ihrem wettbewerblich erwünschten Wechselverhalten zu beschränken. Dabei führen die lokalen Verhältnisse und Beziehungen von Arealversorgungslösungen (z. B. durch Organisationsformen wie Bürgerenergiegesell- schaften) häufig erst zu einer wettbewerblichen Orientierung der betroffenen Letztverbraucher. Insofern erklärt sich die Gegnerschaft und Heftigkeit der energierechtlichen Ausein- dersetzen um den Kundenanlagenbegriff häufig auch aus den (an sich entflochtenen) strategischen Interessen von Verteil- netzbetreibern, sei es innerhalb eines integrierten Energiever- sorgungskonzerns oder in den nur eingeschränkt entflochtenen „de-minimis“-Unternehmen.

Schließlich werden Energieversorgungskonzerne und integrierte Stadtwerke nicht nur auf dem Letztverbrauchermarkt, sondern auch auf dem Beschaffungs- und Erzeugungsmarkt getroffen, da die Arealversorger regelmäßig hocheffiziente oder regenerative Erzeugungskapazitäten aufbauen und mit der Überschusserzeu- gung im Rahmen der zunehmenden Marktorientierung der fördergesetzlichen Rahmenbedingungen durch Direktvermark- tungspflichten oder -anreize den Überschussstrom außerhalb des Areals vermarkten.

Soweit Kundenanlagen dazu beitragen, weitgehend energie- autarke Versorgungssysteme zu entwickeln, die mittel- bis langfristig zu einer hohen Energiepreisstabilität, Unabhängigkeit von fossilen Primärenergieträgern und einer regenerativen oder hocheffizienten Energieversorgung beitragen, besteht in Bezug auf die Preise und Versorgungsqualität die Gefahr der Entste- hung einer Zwei-Klassen-Gesellschaft: Die Verbrauchergruppe der Prosumer mit modernen, dezentralen Energieversorgungs- systemen auf der Gewinnerseite und die Verbrauchergruppe der klassischen Letztverbraucher, die über das Netz der allgemeinen Versorgung aus – zukünftig evtl. sogar ausländischen – zentra- len, großen Erzeugungsanlagen (Offshore-Wind, Atomkraft, Wasserkraft) versorgt werden, auf der Verliererseite. Dabei gibt es einen Zusammenhang zwischen Immobilieneigentum und modernen Energieversorgungssystemen. Danach erhöhen sich die sozialen Unterschiede durch die Anpassung wohlhabender, immobilienbesitzender Verbraucher an die energietechnischen und nationalen umweltpolitischen Anforderungen unter Inan- spruchnahme staatlicher Förderinstrumente einerseits und die fehlende Teilhabe sozial benachteiligter Bevölkerungsgruppen

24 Paschke, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 89. EL [Stand: 08/2017], § 18 GWB, Rdnr. 27.

25 Sotelo, Ökonomische Grundlagen der Wohnungspolitik, Dissertation, 2001, S. 178 ff.

26 Vgl. zur Markt- abgrenzung im Stromsektor: Gussone/Theobald, in: Schneider/ Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. (2013), Rdnr. 190 ff.

27 Theobald/Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Aufl. (2013), S. 473 f.

28 Schneidewindt, ER 2013, 226.

an den Fördermitteln und wirtschaftlichen Chancen moderner Energiesysteme andererseits. Dies ist aber eine Folge der missglückten Energiepolitik, die z. B. mit den Anforderungen an die Umstellung auf gewerbliche Wärmelieferung (§ 556 c BGB, §§ 1 ff. WärmeLV), der Kodifizierung des Eigenstromprivilegs im EEG und im Steuerrecht sowie dem Mieterstromzuschlag die Teilhabe von Mietern eher verschlechtert und die Entwicklung entsprechender Angebote eher erschwert als erleichtert hat. Danach ist die Abnahme der Verteilungsgerechtigkeit keine Folge der Entwicklungen zum Kundenanlagenbegriff, sondern des politischen Versagens im allgemeinen Energiewirtschaftsrecht und im Mietrecht.

II. Neuere Behördenpraxis und Rechtsprechung zum Begriff der Kundenanlage

Der Begriff der Kundenanlage ist in § 3 Nr. 24 a EnWG legaldefiniert. Danach sind Kundenanlagen „Energieanlagen zur Abgabe von Energie,

- die sich auf einem räumlich zusammengehörenden Gebiet befinden (lit. a);
- mit einem Energieversorgungsnetz oder einer Energieerzeugungsanlage verbunden sind (lit. b);
- für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas unbedeutend sind (lit. c);
- jedermann zum Zwecke der Belieferung der angeschlossenen Letztverbraucher im Wege der Durchleitung unabhängig von der Wahl des Energielieferanten diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden (lit. d).“

1. Energieanlagen zur Abgabe von Energie

Nach der Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 15 EnWG sind Energieanlagen „Anlagen zur Erzeugung, Speicherung, Fortleitung oder Abgabe von Energie, soweit sie nicht lediglich der Übertragung von Signalen dienen, dies schließt die Verteileranlagen der Letztverbraucher [...] ein“. Der Energieanlagenbegriff ist grundsätzlich weit zu fassen.²⁹ Danach gehören nach ganz herrschender Meinung alle Stromleitungsanlagen – unabhängig davon, ob es sich noch um Bestandteile des Netzes für die allgemeine Versorgung, einen Netzanschluss im Sinne von § 5 NAV, eine Transformatorenanlage im Sinne von § 10 NAV oder eine elektrische Anlage im Sinne von § 13 NAV handelt – zu den Energieanlagen im Sinne des Gesetzes.³⁰

Ausdrücklich mitumfasst sind Verteileranlagen der Letztverbraucher im Sinne von § 3 Nr. 25 EnWG. Unter den Begriff der Energieanlage fallen nach ganz herrschender Meinung auch Kundenanlagen im Sinne von § 3 Nr. 24 a, 24 b EnWG; der Begriff der Energieanlage ist insoweit ein zusammenfassender Oberbegriff.³¹ Die Anlagen zur Abgabe von Elektrizität und Gas umfassen neben den notwendigen Messeinrichtungen (z. B.

Elektrizitäts- und Gaszähler) auch den Hausanschluss sowie die Installationsanlagen der Strom- und Gasabnehmer.³²

Insofern sind elektrische Anlagen nach § 13 NAV in jedem Fall auch Energieanlagen nach § 3 Nr. 15 EnWG.

In wessen Eigentum die Energieanlagen stehen, ist für die begriffliche Abgrenzung dagegen unerheblich. Es kommt nicht darauf an, ob die Energieanlagen im Eigentum der öffentlichen Hand, von privaten Unternehmen, von Industriebetrieben (Eigenstromanlagen) oder von Abnehmern (Hausinstallationsanlagen) stehen.³³ Insofern können Kundenanlagenkonzepte sowohl als Eigentümermodelle als auch in Form von Pacht- oder Betriebsführungsmodellen unabhängig von der sonstigen energiewirtschaftlichen Stellung des Eigentümers der Stromleitungsanlagen ohne Auswirkungen auf den Energieanlagenbegriff umgesetzt werden.

2. Räumlich zusammengehörendes Gebiet

Ein räumlich zusammengehörendes Gebiet im Sinne des § 3 Nr. 24 a lit. a EnWG 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.³⁴ Dabei ergibt sich eine Wahrnehmung der Einheitlichkeit insbesondere aus topographischen Merkmalen, die einen Gebietsbezug aufweisen.³⁵ Insofern können natürliche oder künstliche Geländemerkmale wie Gewässerläufe, Gräben oder Böschungen, Bewuchs, Nutzungsart, Verkehrswege oder Bauwerke die räumliche Zusammengehörigkeit eines Gebiets begründen.

Für das Tatbestandselement des räumlich zusammengehörenden Gebiets (§ 3 Nr. 24 a) EnWG) ist nach der neueren Rechtsprechung erforderlich, dass das Gebiet aus der Sicht eines objektiven Betrachters als einheitlich wahrgenommen wird.³⁶ Der aus der

29 Salje, Kommentar zum EnWG, 1. Aufl. (2006), § 3 EnWG, Rdnr. 79.

30 Theobald, in: Danner/Theobald (o. Fußn. 8), § 3 EnWG, Rdnr. 106, 115; Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes, Kommentar zum EnWG, 3. Aufl. (2015), § 3 EnWG, Rdnr. 30 a.

31 Jacobshagen/Kachel/Baxmann, IR 2012, 2; Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes (o. Fußn. 30), § 3 EnWG, Rdnr. 30.

32 Theobald, in: Danner/Theobald (o. Fußn. 8), § 3 EnWG, Rdnr. 104, 115; Schex, in: Kment, Kommentar zum EnWG, 1. Aufl. (2015), § 3 EnWG, Rdnr. 29; Boesche, in: Säcker (o. Fußn. 12), § 3 EnWG, Rdnr. 31.

33 Theobald, in: Danner/Theobald (o. Fußn. 8), § 3 EnWG, Rdnr. 111.

34 Zu § 110 EnWG: OLG Stuttgart, Urt. v. 27.5.2010 – 202 EnWG 1/10, NJOZ 2010, 1971.

35 Zu der grundsätzlich ähnlich gelagerten Problematik räumlicher Abgrenzung im EEG 2017, vgl. Salje, Kommentar zum EEG, 8. Aufl. (2018), § 3 EEG, Rdnr. 90.

36 Vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 8.3.2018 – 11 W 40/16 (Kart), CuR 2018, 17 [23]; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.6.2018 – VI-3 Kart 48/17 (V), CuR 2018, 55 [60].

Sicht eines objektiven Betrachters zu bestimmende Eindruck eines zusammengehörenden Gebiets aufgrund gebietsabgrenzender, umschließender geographischer Elemente wie Straßen und Wege, Bachlauf, Eisenbahnlinie, Lärmschutzmauer und benachbarte Gebäuderiegel ist – soweit vorhanden – regelmäßig einfach zu bestimmen.

Dabei ist jedoch regelmäßig umstritten, ob neben den nach außen ersichtlichen, durch einen objektiven Betrachter bestimm- baren Kriterien weitere Kriterien der Gebietseigenschaft entgegenstehen oder ob diese bei fehlenden physisch-geographischen Elementen ersetzt oder zumindest bestärkt werden können.

a) Einheitliche bauplanerische Struktur

So wird teilweise die Gemeinsamkeit einer einheitlichen bauplanerischen Struktur des Areals, insbesondere in Bezug auf die Nutzungsarten nach der BauNVO³⁷, z. B. als allgemeines Wohngebiet (§ 4 BauNVO) oder Mischgebiet (§ 6 BauNVO), verlangt.

In der Regel führt jedenfalls eine einheitliche baugesetzliche Planung durch die Erstellung eines einheitlichen Bebauungsplans – selbst bei Festlegung unterschiedlicher Nutzungsarten – zu einem einheitlichen Gebietscharakter. Denn dann führt die einheitliche Ausrichtung der Baufenster, Geschosshöhen, Abstandsflächen sowie die einheitliche Parkraum-, Gemein- und Ausgleichsflächenbewirtschaftung zu einem einheitlichen Charakter, der durch diese Festlegungen auch äußerlich erkennbar ist. Insofern kann eine einheitliche Bauplanung auch schon vor Realisierung ein Indiz für die Zusammengehörigkeit im Sinne von § 3 Nr. 24a EnWG schaffen. Dabei ist auch die Festlegung unterschiedlicher Nutzungsarten, insbesondere da diese häufig nicht auf den ersten Blick äußerlich erkennbar oder umgekehrt äußerliche Unterschiede bauplanungsrechtlich irrelevant sind, in der Regel Ausdruck eines übergeordneten, einheitlichen Ziels des Planungsträgers. So ist z. B. die Nutzung als Pflegeheim bauplanungsrechtlich als Wohnnutzung anerkannt,³⁸ während die kleingewerbliche Nutzung in Mischgebieten häufig äußerlich nicht erkennbar ist. Schließlich will der kommunale Planungsträger häufig eine ausgewogene soziale Durchmischung und sachgerechte Trennung unterschiedlicher Nutzungsarten und damit einen einheitlichen Zweck erreichen.

Das OLG Düsseldorf hat das Kriterium einer nach außen erkennbaren, übergreifenden gemeinsamen wirtschaftlichen oder sozialen Funktion ausdrücklich abgelehnt.³⁹ Der Tatbestand der Kundenanlage mache im Unterschied zur betrieblichen Kundenanlage gerade keine Vorgaben für die Art der Nutzung des Gebiets oder einen konkreten Zweck der Anlage.

b) Straßen und Wege als trennende Elemente

Nach der „Baustolz“-Entscheidung des OLG Düsseldorf ist eine Straße zwar regelmäßig als Hindernis einer räumlichen Zusam-

mengehörigkeit zu bewerten.⁴⁰ Denn die nach außen objektiv wahrnehmbare Einheitlichkeit eines Gebiets werde durch trennende Elemente wie Straßen, Gleise, oder Brücken regelmäßig gestört. Handelt es sich dabei aber um eine sog. „Erschließungsstraße“, so habe diese ausnahmsweise keinen trennenden, sondern sogar einen verbindenden Charakter. Dabei sei die Einstufung als Erschließungsstraße nach einer im Einzelfall vorzunehmenden Gesamtschau der Umstände, wie z. B. der Ausgestaltung der Verkehrsquerung, der Breite und Widmung der Straße sowie der Art und dem Ausmaß der Nutzung vorzunehmen. Maßgeblich sei insbesondere, ob die Straßen hauptsächlich der Erschließung des Gebietes diene.⁴¹

Die Richtlinien für die Anlage von Stadtstraßen (kurz „RASt 06“)⁴² sind das in Deutschland gültige technische Regelwerk der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen, die den aktuellen Stand der Wissenschaft und Technik für die Kategorisierung von Straßen darstellen.⁴³

Danach werden Erschließungsstraßen in der Kategoriengruppe ES der RAST 06 definiert als

„angebaute Straßen innerhalb bebauter Gebiete, die im Wesentlichen der unmittelbaren Erschließung der angrenzenden bebauten Grundstücke oder dem Aufenthalt dienen. Darüber hinaus übernehmen die Straßen die flächenhafte Erschließung der durch Wohnen, Arbeiten und Versorgung geprägten Ortsteile. Die Straßen sind grundsätzlich einbahnig und werden untereinander mit plangleichen Knotenpunkten ohne Lichtsignalanlage verknüpft.“

Darüber hinaus wird die Kategorisierung von Straßen über die Bereitstellung zahlreicher quantitativer und qualitativer Kriterien ermöglicht.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf zeigt sich der verbindende Charakter einer Straße auch durch die Anordnung der zu

37 Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Kommentar zum BauGB, 124. EL (Stand: 2/2017), § 3 BauNVO, Rdnr. 3 ff.

38 Stock in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (o. Fußn. 37), § 3 BauNVO, Rdnr. 49 u. 60.

39 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.6.2018 – VI-3 Kart 77/17 (V), CuR 2018, 64 [67].

40 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.6.2018 – VI-3 Kart 77/17 (V), CuR 2018, 64.

41 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.6.2018 – VI-3 Kart 77/17 (V), CuR 2018, 64 [68]; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.6.2018 – VI-3 Kart 48/17 (V), CuR 2018, 55 [61]. Landesregulierungsbehörde Baden-Württemberg, Beschl. v. 16.12.2016 – 4-4455.40/157.

42 Richtlinien für die Anlage von Stadtstraßen, FGSV Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen, Köln, Ausgabe 2006.

43 Krumb, in: Rixner/Biedermann/Charlier, Systematischer Praxiskommentar BauGB/BauNVO, 3. Aufl. (2018), § 1 BauGB, Rdnr. 91; BVerwG, Beschl. v. 16.4.2012 – 3 B 62/11, juris Rdnr. 20 m. w. N.; VG Braunschweig, Urt. v. 16.4.2013 – 6 A 64/11, juris Rdnr. 57.

den Anwohnerhäusern gehörenden privaten Parkplätze. Sind diese auf der gegenüberliegenden Straßenseite errichtet und müssen die Anwohner daher regelmäßig über die Erschließungsstraße gehen, um zu ihren privaten Stellplätzen zu gelangen, so begründe auch dies einen einheitlichen Gebietscharakter.⁴⁴ Danach können auch Tiefgaragen, Spielplätze, Grünflächen oder sonstige Gemeinschaftsanlagen, die Teil der Erschließungsstraße sind, den Gebietscharakter begründen oder verstärken. Hier können auch Car-Sharing-Konzepte und für alle Arealnutzer zugängliche E-Mobilitäts-Ladesäulen zum Gebietscharakter beitragen.

c) Sonstige Aspekte

Das OLG Düsseldorf hat weiterhin festgestellt, dass auch eine architektonisch einheitliche Gestaltung von mehreren Miet-Wohnblöcken oder Reihenhäusern den Gebietscharakter begründen oder bestärken könne.⁴⁵ Danach sprechen insbesondere gleiche Stockwerkshöhe, einheitliche Flachdachgestaltung und gleicher Anstrich von Fenstern und Fassaden für ein räumlich zusammengehörendes Gebiet im Sinne des Energierechts.

Des Weiteren kann sich eine Wahrnehmung als zusammengehöriges Gebiet auch aus der aktuellen und historischen Nutzung eines Gebiets ergeben. So führen Areale entsprechend ihrer einheitlichen landwirtschaftlichen oder industriellen Nutzung häufig noch lange ihre historische Bezeichnung fort (z.B. „Alte Baumschule“, „Güterbahnhofareal“, etc.).

Schließlich kann sich eine Zusammengehörigkeit auch aus der netztechnischen Zusammengehörigkeit der Leitungsanlagen als Niederspannungsanlagen mit einem eigenen Transformator als Netzverknüpfungspunkt zum Mittelspannungsnetz ergeben. Ebenso ist eine einheitliche Nahwärme- und Stromversorgung aus lokalen Erzeugungsanlagen mit einer integrierten, sektorübergreifenden Steuerung von Erzeugungs-, Speicher- und Verbrauchsanlagen ein die räumliche Zusammengehörigkeit prägendes Merkmal. Gemeinsam genutzte Versorgungsleitungen helfen zwar nicht über einen (aus anderen Gründen) fehlenden räumlichen Zusammenhang hinweg,⁴⁶ können aber in der Gesamtabwägung den Gebietscharakter stärken. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich nicht um räumlich beliebig verfügbare und transportfähige Versorgungsmedien handelt, sondern diese aus technischen (z. B. bei Nahwärme) oder wirtschaftlichen Gründen (lokaler KWK- oder EE-Strom) gerade eine räumliche Abgrenzung begründen.

3. Unbedeutsamkeit für den Wettbewerb

Bei dem unbestimmten Rechtsbegriff der Unbedeutsamkeit für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas ist entscheidend, ob die Anlagen von ihrem wirtschaftlichen Gewicht und ihrer Größe geeignet sind, einen solchen Einfluss auf den Wettbewerb zu haben, dass sie als Teil des natürlichen Monopols

der Regulierung unterstellt werden müssen. Diese Prüfung ist anhand einer Gesamtschau von Kriterien im jeweiligen Einzelfall vorzunehmen, insbesondere:⁴⁷

- Anzahl der angeschlossenen Letztverbraucher,
- geographische Ausdehnung der Anlage,
- Menge der über die Anlage an die angeschlossenen Letztverbraucher gelieferten Energie,
- Vertragsgestaltungen zwischen dem Betreiber der Anlage und den angeschlossenen Letztverbrauchern,
- Anzahl weiterer angeschlossener Kundenanlagen.

Die bisherige Rechtsprechung bezieht sich überwiegend auf Kriterien, die die Relevanz im Markt der Letztverbraucher-versorgung untersucht. Dies erstaunt, da der § 3 Nr. 24a EnWG eine netzregulierungsrechtliche Vorschrift ist, bei der netzwirtschaftliche Kriterien (z.B. Leitungslänge, Nutzung öffentlicher Verkehrswege, Auswirkungen auf das vorgelagerte Netz, Netzentgelte, Intensität des Wettbewerbs bei der Konzessionsvergabe, etc.) im Vordergrund stehen müssten. Immerhin umfasst der Begriff der „Versorgung“ nach § 3 Nr. 36 EnWG alle Marktstufen,⁴⁸ so dass nach dem Wortlaut weitere Kriterien heranzuziehen sind. Stellt man aber auf den Gesamtversorgungsmarkt ab, ist damit zu rechnen, dass typische Arealversorgungsgebiete hier regelmäßig eher wettbewerblich unbedeutend sind.

Nach den bisher anerkannten Kriterien gilt jedenfalls, dass die wettbewerbliche Relevanz einer Energieanlage zur Versorgung von Letztverbrauchern mit der Anzahl der angeschlossenen Letztverbraucher, der geographischen Ausdehnung und der Menge der durchgeleiteten Energie steigt. Je weiter die tatsächlichen Gegebenheiten vom erklärten Willen des Gesetzgebers abweichen, desto eher sprechen sie für eine wettbewerbliche Bedeutung und damit gegen das Vorliegen einer Kundenanlage.

Der Regelfall der Kundenanlagen ist eine geographisch eng begrenzte Hausanlage innerhalb von Gebäuden oder Gebäudekomplexen, wobei sich die Anlage im Einzelfall auch außerhalb von Gebäuden über ein großes Grundstück erstrecken kann. Zudem sind ausschließlich der Eigenversorgung der Betreiber dienende Anlagen grundsätzlich als Kundenanlagen einzustufen. Energieanlagen, die ausschließlich der Eigenversorgung dienen, haben bereits keine Versorgungsfunktion im Sinne

44 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.6.2018 – VI-3 Kart 77/17 (V), CuR 2018, 64 [68].

45 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.6.2018 – VI-3 Kart 48/17 (V), CuR 2018, 55 [61].

46 BNetzA, Beschl. v. 27.7.2017 – BK6-16-279, S. 12, unter Verweis auf Landesregulierungsbehörde Baden-Württemberg, Beschl. v. 16. 12. 2016 – 4-4455.40/157, S. 5 u. 6.

47 BT-Drs. 17/6072, S. 51.

48 Theobald, in: Danner/Theobald (o. Fußn. 8), § 3 EnWG, Rdnr. 270 ff. mit Hinweis auf den evtl. auch hier relevanten engeren europarechtlichen Versorgungsbegriff.

des § 3 Nr. 36 EnWG inne und stellen daher von vornherein kein Energieversorgungsnetz dar.⁴⁹ Sie sind wettbewerblich unbedeutend und demnach gänzlich von der Regulierung ausgenommen.

a) Anzahl der Letztverbraucher

Während die Regulierungskammer Hessen die wettbewerbliche Bedeutung noch bei knapp 400 angeschlossenen Letztverbrauchern verneint hat, hat die Bundesnetzagentur – bestätigt durch das OLG Düsseldorf – diese bisher lediglich bei 20 Reihenhäusern verneint.⁵⁰ Dagegen ist das OLG Düsseldorf bei 457 bzw. 515 Letztverbrauchern von einer wettbewerblichen Bedeutung ausgegangen.⁵¹

In einem inzwischen bereits veralteten Positionspapier der Bundesnetzagentur und der Landesregulierungsbehörden⁵² gingen diese noch von einer absoluten Grenze von mehr als 20 angeschlossenen Kunden aus. Inzwischen wurde diese Zahl auf 100 Wohneinheiten erhöht.⁵³

Dabei geht der Gesetzgeber vom Regelfall der Hausanlagen innerhalb von Gebäuden und Gebäudekomplexen aus.⁵⁴ In deutschen Großstädten sind Wohnhochhäuser mit deutlich über 400 Wohneinheiten weitverbreitet, so dass in der historisch entstandenen Praxis Kundenanlagen mit bis zu 1.000 Wohneinheiten anzutreffen sind. Auch in der Literatur geht man davon aus, dass schon immer die Elektrizitätsversorgungsanlage eines Hochhauses nicht als Netz angesehen wurde. Deshalb könnten Gebäudegruppen mehrerer Mehrfamilienhäuser eines Wohnungsunternehmens, die sich als Einheit darstellen, aus einer Kundenanlage versorgt werden. Das gleiche gilt für mehrere Gebäude eines sich als zusammengehörende Einheit darstellenden landwirtschaftlichen Anwesens oder einer sozialen Einrichtung, welche Wohnungen, Werkstätten, Pflegeeinrichtungen und Infrastruktureinrichtungen an einem Ort gebündelt hat.⁵⁵ Insofern wäre eine der bestehenden Praxis der Netzbetreiber widersprechende niedrige Festlegung durch die Regulierungsbehörden auch mit erheblichen Schwierigkeiten für die Netzbetreiber verbunden, die aufgrund des kartellrechtlichen Gleichbehandlungsgebots zu umfangreichen Netzentgeltnachforderungen verpflichtet würden und neben Stromvertrieben, Immobilienbetreibern und Letztverbrauchern in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten würden. Zu der marktüblichen Größe von Kundenanlagen bedarf es – z. B. im Rahmen der regulierungsrechtlichen Untersuchungsbefugnis der Bundesnetzagentur oder wissenschaftlicher Studien – sicherlich noch erheblicher sachlicher Aufklärung.⁵⁶

b) Geographische Ausdehnung

Auch das Merkmal der geographischen Ausdehnung ist als eigenständiges Merkmal im Rahmen der Gesamtabwägung zu berücksichtigen.⁵⁷ Der Regelfall ist demnach die Begrenzung auf ein Grundstück.

Werden dagegen Grundstücksgrenzen überschritten, bedarf es einer mengen- und flächenmäßigen Begrenzung. Die Bundesnetzagentur hat hier – jeweils bestätigt durch das OLG Düsseldorf – Areale mit einer Gesamtfläche von 44.631 qm (entspricht der Fläche von ca. 6 Fußballfeldern), 13 Grundstücken mit einer Verteilung auf 22 Wohngebäude beziehungsweise mit mehr als 53.000 qm (entspricht der Fläche von ca. sieben Fußballfeldern), 17 Grundstücken mit einer Verteilung auf 25 Wohngebäude als wettbewerblich relevant eingestuft.⁵⁸

Dagegen sprach eine geographische Ausdehnung von 7.500 qm (entspricht einer Fläche von ca. einem Fußballfeld) mit 20 Gebäuden gegen eine wettbewerbliche Bedeutung.⁵⁹ Auch hier besteht noch eine hohe, schließungsbedürftige Spanne, die unter Berücksichtigung der in der Praxis verbreiteten Kundenanlagenflächen wohl eher im oberen Drittel des verbliebenen Spielraums liegen dürfte.

c) Absatzmenge

Bei der Energiemengenbetrachtung handelt es sich um einen weiteren Indikator für die wettbewerbliche Bedeutung der Energieanlage.⁶⁰ Die Bundesnetzagentur hat bei einem unterstellten durchschnittlichen Stromverbrauch von 2.200 kWh pro Letztverbraucher einen jährlichen Gesamtverbrauch in Höhe von ca. 1.005 MWh bzw. von ca. 1.133 MWh als wettbewerblich relevant beurteilt.⁶¹

Nach aktuellen statistischen Stromverbrauchsdaten kann bei einem durchschnittlichen Stromverbrauch eines Zweipersonen-

49 Vgl. BGH, Beschl. v. 18. 10. 2011 – EnVR 68/10, GuT 2012, 144; Kussel, N&R 2007, 21 [22].

50 BNetzA, Beschl. v. 27. 7. 2017 – BK6-16-279, S. 13; Beschl. v. 3. 4. 2017 – BK6-15-166, S. 13; Beschl. v. 7. 11. 2011 – BK6-10-208, S. 11; Landesregulierungsbehörde Hessen, Beschl. v. 29. 8. 2016 – III 3 – 75 s40#011 – RKH 170/2016, S. 8.

51 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13. 6. 2018 – VI-3 48/17 (Kart), CuR 2018, 55 [62].

52 Gemeinsames Positionspapier der Bundesnetzagentur und der Landesregulierungsbehörden zu geschlossenen Verteilernetzen im Sinne von § 110 EnWG vom 23. 2. 2012, S. 4 u. 14.

53 Vgl. den Hinweis auf die Stellungnahme der BNetzA in OLG Frankfurt, Beschl. v. 8. 3. 2018 – 11 W 40/16 (Kart), CuR 2018, 17 [24].

54 BT-Drs. 17/6072.

55 Hack, in: Danner/Theobald (o. Fußn. 8), Contracting, Rdnr. 235.

56 Vgl. z. B. Peters, Vortrag im Rahmen des Fachgesprächs zum Begriff der Kundenanlage des Forum Contracting e.V. am 27. 9. 2018 in Frankfurt/Main.

57 BNetzA, Beschl. v. 3. 4. 2017 – BK6-15-166, S. 16.

58 BNetzA, Beschl. v. 3. 4. 2017 – BK6-15-166, S. 16, OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13. 6. 2018 – VI-3 Kart 48/17 (V), CuR 2018, 55 [63].

59 BNetzA, Beschl. v. 27. 7. 2017 – BK6-16-279, S. 13; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13. 6. 2018 – VI-3 Kart 48/17 (V), CuR 2018, 55 [63].

60 BNetzA, Beschl. v. 3. 4. 2017 – BK6-15-166, S. 16.

61 BNetzA, Beschl. v. 3. 4. 2017 – BK6-15-166, S. 17.

haushalts von 2.100 kWh pro Jahr ein Gesamtstrombedarf in Höhe von 4.200 kWh pro Jahr und Abnahmestelle zugrunde gelegt werden.

Die Bundesnetzagentur hat den selbst erzeugten und verbrauchten Strom als nicht wettbewerbsrelevant eingestuft.⁶² Ebenso sind die vor Ort erzeugten und an die Nutzer gelieferten Strommengen als wettbewerblich irrelevant anzuerkennen, da es letztlich nur eine Frage der Organisation ist, ob die Areal-Letzterverbraucher die Erzeugungsanlagen selber betreiben oder diese von einem Dritten betreiben lassen. Insofern ist das wettbewerbliche Potential der Kundenanlage durch das Vorhandensein örtlicher Erzeugungspotentiale geschmälert.

d) Sonstige Kriterien

Zwar lehnt die BNetzA die steuer- und abgabenrechtliche Kostenbelastung⁶³ aus einer Einstufung als Verteilernetz und die hieraus resultierende Hürde für klimafreundliche Wärme- und Stromversorgungssysteme als Kriterium für die Einstufung einer Energieanlage als Kundenanlage ab.⁶⁴

(1) Die energiekartellrechtlich und nach § 3 Nr. 24a lit. d) EnWG vorgeschriebene freie Wahl des Stromlieferanten hat zur Folge, dass Arealversorger in ihrer Eigenschaft als Stromvertrieb einem hohen Preiswettbewerb ausgesetzt sind. Im Wettbewerb zum Grundversorger haben sie regelmäßig einen wettbewerblichen Nachteil aus dem Vertrauensvorschuss etablierter Versorgungsunternehmen, der Trägheit des Verbraucherverhaltens und dem Instrument des konkludenten Vertragsschlusses durch tatsächliche Entnahme von Strom (§ 2 Abs. 2 StromGVV). Darüber hinaus besteht gegenüber den in großflächigen Massenkundenmärkten agierenden Internet-Stromvertrieben ein Wettbewerbsnachteil durch Skaleneffekte. Insofern hat § 3 Nr. 24a EnWG auch die Funktion, Marktteilnehmer, die üblicherweise nicht einer Regulierung unterliegen, da sie weder über ein natürliches Monopol noch über eine besondere Marktmacht verfügen, von den (Kosten-)Lasten der Regulierung freizustellen und durch eine steuer- und abgabenrechtliche Entlastung einen wettbewerblichen Ausgleich zu gewähren. Entgegen der Auffassung der BNetzA dienen die Kosteneffekte des § 3 Nr. 24a EnWG auch der Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs zwischen Arealversorgern und sonstigen Marktteilnehmern. Jedenfalls kann die Marktstellung und das auf ein Areal begrenzte Geschäftsmodell des Arealversorgers auch ein sonstiges Kriterium für das Vorliegen der untergeordneten wettbewerblichen Bedeutung im Sinne von § 3 Nr. 24a lit. c) EnWG sein.

(2) Die Bundesregierung hat darüber hinaus das Gesetz zur Förderung von Mieterstrom⁶⁵ erlassen. Dabei hat der Gesetzgeber durch den Zusatz „in Wohngebäuden oder Nebenanlagen im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit diesem Gebäude“ in § 21 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 ausdrücklich die Förderung der Belieferung aus PV-Anlagen über die Gebäudegrenze hinaus ausgedehnt:

„Diese Ausweitung erfolgt, da nicht jedes Gebäude gleichermaßen für ein in sich abgeschlossenes Mieterstrommodell geeignet ist und erschließt so weiteres Potential für Mieterstrommodelle.“⁶⁶

Dabei steht die Durchleitung durch das Netz für die Allgemeine Versorgung nach § 21 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2017 der Förderung durch den Mieterzuschlag jedoch entgegen. Insofern würde eine zu enge Auslegung des Kriteriums der Kundenanlage regelmäßig die vom Gesetzgeber beabsichtigte Förderung der Belieferung im Areal unmöglich machen. Daher spricht die Förderabsicht des Gesetzgebers ebenfalls für eine weite Auslegung des § 3 Nr. 24a EnWG. Der Betrieb von Mieterstromanlagen im Sinne von § 21 Abs. 3 EEG 2017 ist danach ebenfalls ein sonstiges Kriterium, das im Rahmen einer Gesamtabwägung im Rahmen des § 3 Nr. 24a lit. c) EnWG geeignet ist, Defizite bei anderen Kriterien des bisher anerkannten Kriterienkatalogs zu kompensieren.

4. Diskriminierungsfreie und unentgeltliche Bereitstellung

Das Oberlandesgericht Frankfurt a. M. hat in seiner jüngsten Entscheidung zum Begriff der Kundenanlagen seine Ablehnung des Kundenanlagenstatus überraschenderweise vor allem auf die nicht ausreichend nachgewiesene Unentgeltlichkeit der Bereitstellung der Kundenanlage gestützt.⁶⁷

Dabei erfordere das Kriterium der Unentgeltlichkeit nicht nur den Verzicht auf Durchleitungsentgelte gegenüber durchleitenden Energielieferanten, sondern auch den Verzicht auf ein verbrauchsabhängiges weiteres Entgelt für den Betrieb der Energieanlage gegenüber dem Letztverbraucher:

Unentgeltlichkeit bedeutet insoweit, dass keine unmittelbar die Strompreiskalkulation betreffenden Entgelte berechnet werden dürfen.⁶⁸ Gemäß der Gesetzesbegründung ist die Voraussetzung der Unentgeltlichkeit noch erfüllt, wenn eine Kundenanlage im Rahmen eines vertraglichen Gesamtpaketes zur Verfügung gestellt wird (beispielsweise im Rahmen eines Miet- oder Pachtvertrages). Möglich bleibt auch eine verbrauchsunabhängige Umlage der mit Errichtung, Betrieb und Wartung einer Kundenanlage verbundenen Kosten. Abzugrenzen ist insoweit

62 BNetzA, Beschl. v. 7.11.2011 – BK6-10-208, S. 12.

63 BNetzA, Beschl. v. 3.4.2017 – BK6-15-166, S. 16.

64 BNetzA, Beschl. v. 3.4.2017 – BK6-15-166, S. 17.

65 Gesetz zur Förderung von Mieterstrom und zur Änderung weiterer Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 17.7.2017, BGBl. 2017 I, S. 2532.

66 BT-Drs. 18/12988, S. 34.

67 OLG Frankfurt, Beschl. v. 8.3.2018 – 11 W 40/16 (Kart), CuR 2018, 17 [22].

68 Theobald, in: Danner/Theobald, § 3 EnWG (o. Fußn. 8), Rdnr. 205.

jedoch gegen Fälle einer prohibitiven Preisgestaltung oder eines sonstigen Umgehungstatbestandes.⁶⁹

Für das OLG Frankfurt war es dabei ausreichend, dass der beschwerdeführende Netzbetreiber dargelegt hat, dass der vom Kundenanlagenbetreiber berechnete Strompreis im Verhältnis zu den tatsächlich einkalkulierten Kosten nicht günstig sei, sondern über den Tarifen des Netzbetreibers und Grundversorgers liege und damit die Vermutung versteckter verbrauchsabhängiger Kosten begründen würde.⁷⁰

Nach ganz herrschender Meinung ist die Erhebung von Durchleitungsentgelten von Drittlieferanten aufgrund der Gefahr einer wettbewerbsbehindernden Preisschere zwischen eigenen Netznutzungskosten des Arealversorgers und Durchleitungsentgelten des Drittlieferanten durch § 3 Nr. 24 a lit. d) EnWG verboten.⁷¹

Zwar ist unumstritten, dass der Wettbewerb auch nicht durch prohibitive Preisgestaltungen und sonstige Umgehungsgestaltungen in der Kundenanlage eingeschränkt werden darf.⁷² Das OLG Frankfurt a. M. hat jedoch in seiner Entscheidung vom 8.3.2018 bei der Prüfung einer prohibitiven Preisgestaltung⁷³ grundlegende energiewirtschaftliche und energiewettbewerbliche Zusammenhänge verkannt und mit seinem Urteil die wettbewerbliche Intention des § 3 Nr. 24 a lit. d) EnWG auf den Kopf gestellt:

Gesonderte Entgelte für Leitungsnutzungen sind nur bei Durchleitungen ermittelbar und wettbewerblich relevant. Insofern können nur Leitungsentgelte für die Nutzung der Kundenanlage, die ein Arealversorger von einem Durchleitungsversorger verlangt, den Wettbewerb um den Areal-Letzterverbraucher zwischen Areal- und Durchleitungsversorger behindern oder ausschließen. Werden Leitungskosten dagegen in Stromlieferentgelte einkalkuliert, unterliegen sie dem allgemeinen Preiswettbewerb um Letzterverbraucher im Strom-Endkundenmarkt und sind deshalb ohne nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb.

Ob Letzterverbrauchertarife auch zur Refinanzierung von Leitungskosten verwendet werden, lässt sich bei einem Unternehmen, welches gleichzeitig Immobilien- und Energieanlagenbetreiber ist, nie differenzieren, da es innerhalb eines Unternehmens keine Zweckbindung für die Mittelverwendung gibt.

Allerdings würde ein Arealversorger einen Wettbewerbsvorteil ungenutzt lassen, wenn er die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen an sich den Immobilienkosten zuzurechnenden Kosten der Haus-Stromleitungsanlagen nicht über die Miete, sondern über Stromversorgungsentgelte refinanzieren würde. Insofern spricht regelmäßig ein Beweis ersten Anscheins dafür, dass Stromleitungsanlagen der Immobilie über die Grundmiete refinanziert werden. Alleine die Tatsache, dass Arealversorger gegenüber einem Vorbezugspreis höhere Letzterverbraucherpreise vertrieblich durchsetzen können, spricht nicht für eine Wettbewerbsbehinderung, sondern belegt nur, dass im Stromvertrieb nicht allein der Preiswettbewerb, sondern auch der Leistungswettbewerb über die Lokalität und die regenerative

oder hocheffiziente Erzeugung als besondere Stromeigenschaft entscheidend sein kann. Insofern wäre neben einem Vergleich der Preise im Fall des OLG Frankfurt auch ein Vergleich der Qualität der Stromprodukte erforderlich gewesen.

Jedenfalls besteht sowohl im Immobilienmarkt als auch im Stromvertriebsmarkt Wettbewerb. Insofern entscheidet alleine der Preis- und Leistungswettbewerb über die Wahl des Stromversorgers oder die Wahl der Art des mit der Immobilie verbundenen Versorgungskonzepts.

Damit ist es in Bezug auf das Kriterium der Unentgeltlichkeit irrelevant, ob die Kosten der Kundenanlage über die Miete, den Immobilienkaufpreis, über gesonderte verbrauchsunabhängige Vergütungen (z. B. als werkvertragliche Vergütung für die Herstellung der Leitungsanlagen oder als gesondertes, laufendes Nutzungsentgelt) oder über verbrauchsunabhängige Bestandteile eines Stromlieferverhältnisses refinanziert werden. Selbst eine Refinanzierung über stromverbrauchsabhängige Bestandteile eines Lieferverhältnisses beeinflusst danach nicht den Wettbewerb und ist deshalb weder prohibitiv noch eine Umgehungsgestaltung.

Die Versorgung durch Immobilienbetreiber und Energiedienstleister im Rahmen von Mieterstrommodellen belebt vielmehr als Alternative zur Grundversorgung den Wettbewerb durch neue Marktakteure und die Kopplung des Energieversorgungsmarkts mit dem Markt der Immobilienentwicklung.

In der Literatur ist das Kriterium des Verbots einer Refinanzierung der Kundenanlagenkosten durch verbrauchsabhängige oder gesondert vereinbarte Entgelte von Letzterverbrauchern umstritten:

Ein Teil der Literatur vertritt die Auffassung, dass die Unentgeltlichkeit nur gewahrt ist, wenn eine Kundenanlage im Rahmen eines vertraglichen Gesamtpaketes (z. B. im Rahmen eines Miet- oder Pachtvertrages) Letzterverbrauchern zur Verfügung gestellt wird, sofern das Entgelt unabhängig von der Nutzung der Kundenanlage ist und sich insbesondere die Höhe des Entgelts nicht nach der durchgeleiteten Energie richtet.⁷⁴

69 BT-Drs. 17/6072, S. 51.

70 OLG Frankfurt, Beschl. v. 8.3.2018 – 11 W 40/16 (Kart), CuR 2018, 17 [21 f.].

71 BNetzA, Beschl. v. 7.1.2013 – BK6-12-152, S. 11; Hack (o. Fußn. 16), Rdnr. 427.

72 Theobald in: Danner/Theobald (o. Fußn. 8), § 3 EnWG, Rdnr. 205 f.

73 OLG Frankfurt, Beschl. v. 8.3.2018 – 11 W 40/16 (Kart), CuR 2018, 17 [20].

74 Theobald, in: Danner/Theobald (o. Fußn. 8), § 3 EnWG, Rdnr. 205a; Schex, in: Kment (o. Fußn. 32), § 3 EnWG, Rdnr. 61; Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes (o. Fußn. 30), § 3 EnWG, Rdnr. 42; BNetzA, Beschl. v. 25.10.2012 – BK6-11-145, S. 9; Voß/Weise/Heßler, EnWZ 2015, 12 [15]; befürwortend zur Entscheidung des OLG Frankfurt bisher nur die obsiegenden Verfahrensvertreter Thomale/Berger, EnWZ 2018, 147 [153 f.].

Diese Auffassung verkennt aber, dass sich die Höhe des Entgelts immer auch mehr oder weniger mittelbar nach der durchgeleiteten Energie richtet, da die Leitungsanlagen entsprechend technisch ausgelegt werden müssen. Deshalb erfordert eine verursachungsgerechte Kostenzuordnung eine leistungs- und nutzungszeitabhängige Entgeltermittlung. Damit ist selbst eine einmalige pauschale Erstattung der Errichtungskosten im Endeffekt ein nach der Höhe der durchzuleitenden Energie ermitteltes Entgelt, da sie in ein Verhältnis zu Leistung (z. B. kW) und Nutzungsdauer (z. B. Stunden) und damit zu einer Stromverbrauchsmenge (z. B. kWh) gesetzt werden kann.

Ein Teil der Literatur vertritt deshalb die Auffassung, dass die Investitionen in die Kundenanlage ohne Auswirkung auf die Kundenanlageneigenschaft auf die angeschlossenen Nutzer umgelegt werden können, insbesondere solange noch ein Bezug zur Amortisation der Installations- und Wartungskosten besteht.⁷⁵ Die Vereinbarung eines „Netznutzungsvereinbarung“ bezeichneten Vertrags zur Nutzung und Refinanzierung der Kundenanlage mit den über diese versorgten Letztverbrauchern steht deshalb dem Kriterium der Unentgeltlichkeit nicht entgegen.⁷⁶ Danach ist sowohl das Fehlen wie auch das Bestehen einer Gewinnerzielungsabsicht für die Beurteilung der Unentgeltlichkeit im Sinne von § 3 Nr. 24 a lit. d) EnWG unbeachtlich.⁷⁷

Das Abstellen auf mietrechtliche „Gesamtpakete“ verkürzt die Problematik unzulässig auf Vermietungssachverhalte, da dann nur Vermieter die Kosten der Kundenanlage weitergeben könnten.

Auch der Gesetzgeber wollte die Unentgeltlichkeit nicht auf mietvertragliche Refinanzierungskonzepte beschränken: „Die Voraussetzung der Unentgeltlichkeit ist *im Regelfall* erfüllt, wenn eine Kundenanlage im Rahmen eines vertraglichen Gesamtpaketes zur Verfügung gestellt wird (*beispielsweise* im Rahmen eines Miet- oder Pachtvertrages).“⁷⁸

Danach hat der Gesetzgeber nur einen beispielhaften, in der Regel einen für die Einordnung einer Kundenanlagen begriffsunschädlichen Fall der Refinanzierung der Kundenanlage beschrieben, hat aber umgekehrt entgegen der Auslegung eines Teils der Literatur keinen abschließenden Katalog von Freistellungstatbeständen definiert.

Eine derartig enge Auslegung wäre auch deshalb sachlich ungerechtfertigt, weil es sich bei den Kosten der Kundenanlage um Kosten handelt, die auch dem Vermieter nicht originär entstanden sind, sondern bereits vorher im Rahmen eines Generalunternehmervertrags mit dem Bauunternehmer und diesem wiederum auf der Grundlage eines Werkvertrags mit einem elektrotechnischen Subunternehmer entstanden sind. Schließlich werden auch diese Kosten in der Regel durch langfristige Darlehen refinanziert. Deshalb werden diese Kosten in der Praxis auch von Eigentümern oder wie im streitgegenständlichen Fall von einer Bürgerenergiegesellschaft getragen und zeitlich langfristig refinanziert, ohne dass es einen sachlichen Unterschied zur Refinanzierung über die Miete gibt.

Letztlich lassen beide Literaturauffassungen außer Acht, dass § 3 Nr. 24 a lit. d) EnWG und die dahinterstehenden Vorgaben des europäischen Wettbewerbsrechts nur den Wettbewerb zwischen Stromlieferanten sicherstellen sollen. Insofern dürften Kundenanlagenbetreiber als Letztverbraucherlieferanten und Infrastrukturbetreiber anderen Letztverbraucherlieferanten keine höheren Nutzungsentgelte in Rechnung stellen, als sie selber für die Nutzung einkalkulieren. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Anforderung mit § 3 Nr. 24 a lit. d) EnWG dahingehend verschärft, dass Kundenanlagenbetreiber nach dem insofern eindeutigen Wortlaut überhaupt kein Nutzungsentgelt in Rechnung stellen dürfen und damit bei einer Refinanzierung über das Stromlieferentgelt immer einen Kostenbelastungsnachteil haben, da sie unabhängig vom Nutzungsanteil anderer Durchleitungslieferanten immer die Kosten der gesamten Kundenanlage über ihre Letztverbraucherhältnisse refinanzieren müssen.

Das Verhältnis zum Letztverbraucher ist für die Auslegung des Begriffs „unentgeltlich“ jedenfalls irrelevant, solange der Kundenanlagenbetreiber diesem gegenüber keine marktbeherrschende Stellung hat und der Wettbewerb mit anderen Stromlieferanten über unterschiedliche Leistungen und Preise ausgetragen wird. „Prohibitiv“ im Sinne einer rechtlich missbilligten Preisgestaltungsverhaltensweise sind Preisbedingungen nicht bereits, wenn sie den Letztverbraucher zum Abschluss oder zur Aufrechterhaltung eines Lieferverhältnisses motivieren, sondern nur dann, wenn die Durchsetzung entsprechender Preisregelungen Folge einer Marktbeherrschung ist.

Dass ein Kundenanlagenbetreiber aufgrund einer anderen Kostenlage andere Preise anbieten kann (oder muss), ist dagegen gerade wettbewerbsimmanent. Deshalb sind die Art und Weise der Refinanzierung der Kundenanlagenkosten, die Stromlieferpreise, mögliche Gewinnmargen und die Motive der Letztverbraucher für den Strombezug beim Kundenanlagenbetreiber für das Kriterium der Unentgeltlichkeit unbeachtlich.⁷⁹

III. Ausblick

Der Begriff der Kundenanlage ist aktuell Gegenstand zahlreicher Rechtsstreitigkeiten, da er erhebliche wirtschaftliche Auswir-

75 Wolf, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. Aufl. (2016), Kap. 68, Rdnr. 19; Küper/Goldberg in: PwC (Hrsg.), Regulierung in der deutschen Netzwirtschaft, 4. Aufl. (2015), Bd. I., Kap. 5, S. 190; Klinge, in: Ortlieb/Staabe, Praxishandbuch Geschlossene Verteilernetze und Kundenanlagen, 2014, Kapitel 3, Rdnr. 41, S. 63; Jacobshagen/Kachel/Baxmann, IR 2012, 2 [3]; Strohe, CuR 2011, 105 [108].

76 So auch BNetzA, Beschl. v. 7.11.2011 – BK6-10-208, S. 12; Wolf, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß (o. Fußn. 75), Kap. 68, Rdnr. 19.

77 Berzel/Uxa, KSzW 2012, 427; Schau, IR 2007, 122 [123].

78 Einzelbegründung zu § 3 Nr. 24 a EnWG, BT-Drs. 17/6072, S. 51.

79 Ebenso: Köster, IR 2018, 161, kritisch auch Nebel, jurisPR-UmwR 5/2018 Anm. 5.

kungen auf die Höhe der Netzentgelte, netzentgeltabhängige Umlagen und die EEG- und KWKG-Förderung von PV- und KWK-Anlagen hat.⁸⁰ Darüber hinaus ist die Auswirkung auf die Konzessionsabgabe umstritten.⁸¹ Deshalb entscheidet die Einstufung von Stromleitungsanlagen als Kundenanlage häufig über die Wirtschaftlichkeit von PV-Anlagen und BHKW, die regelmäßig Bestandteil sog. „Mieterstromkonzepte“ oder „Quartiersversorgungskonzepte“ sind. Da diese Konzepte häufig von Immobilienunternehmen und Energiedienstleistern umgesetzt werden, belebt dieser Trend die Akteursvielfalt und damit den Wettbewerb in der Energiebranche.

Dabei ist zum Teil fraglich, ob aus der geänderten Zuordnung von Netzerlösen, Anschlussnehmern und Netzkosten Netzentgelterhöhungseffekte entstehen. Insofern sehen sich Kundenanlagenkonzepte hier häufig zu Unrecht dem pauschalen Vorwurf der „Entsolidarisierung“⁸² und des „Rosinenpickens“⁸³ ausgesetzt. Soweit die Grundversorgung durch Stadtwerke aufgrund alternativer Versorgungskonzepte weiter unter Wettbewerbsdruck gerät, ist dies von einer wettbewerblichen Energiemarktordnung geradezu erwünscht. Schließlich eröffnen Arealversorgungskonzepte hergebrachten kommunalen Grundversorgern die gleichen Geschäftsfeldentwicklungspotentiale wie Newcomern und privaten Energiedienstleistern. Dabei ist die Gewährleistung der Grundversorgung nach der wettbewerblichen Ausrichtung des § 36 Abs. 2 EnWG ohnehin nicht von der öffentlich-rechtlichen Beherrschung oder Netzmonopolstellung, sondern allein von der Wettbewerbsfähigkeit und den entsprechenden Marktanteilen des gegebenenfalls auch kommunalen Energievertriebs abhängig.

Nachdem das OLG Düsseldorf in der „GeWoBa-Entscheidung“⁸⁴ und das OLG Frankfurt in der „Sahle Wohnen-Entscheidung“⁸⁵ den Kundenanlagenbegriff eng ausgelegt hatten, ist dem OLG Düsseldorf mit der „Baustolz“-Entscheidung⁸⁶ ein maßvoller Ausgleich gelungen, der den neuen Geschäftsmodellen der Mieterstrom- und Quartierskonzepte wieder etwas mehr Gestaltungsfreiraum eröffnet, ohne jedoch den Betrieb des Netzes für die allgemeine Versorgung und die allgemeine Daseinsvorsorge durch die Grundversorgung einem ruinösen Wettbewerb auszusetzen. Damit werden die Gestaltungsmöglichkeiten für Kundenanlagen wieder erweitert. Hieraus eröffnen sich neue Perspektiven für regenerative und hocheffiziente Mieterstrom- und Quartierskonzepte als neues Geschäftsmodell für Newcomer, Immobilienunternehmen, Energiedienstleister und klassische Versorgungsunternehmen.

Gleichwohl besteht noch ein großer Abstand zwischen den jetzt als Kundenanlage gerichtlich anerkannten Größenverhältnissen der Baustolz-Entscheidung (20 Anschlussnehmer) zu den vom OLG Düsseldorf abgelehnten Größenverhältnissen der GeWoBa-Entscheidung (550 Anschlussnehmer). Insofern bleibt mit Spannung abzuwarten, wo die Bundesnetzagentur und die Gerichte in den weiteren anhängigen Verfahren die Grenzen ziehen werden und ob sich die willkürlich gezogene Schwelle von 100 Anschlussnehmern durchsetzen wird. Schließlich muss noch die vom OLG Frankfurt aufgeworfene Frage der

Refinanzierung der Kosten der Kundenanlage gelöst werden. Im Sinne eines regulierungsfreien Bereichs sollte es an sich vollkommen irrelevant sein, wie Kundenanlagebetreiber ihre Investitionen mit einer angemessenen Gewinnspanne refinanzieren. Es bleibt insofern zu hoffen, dass sich die Rechtsprechung anders als in der wenig Marktüberblick offenbarenden Gesetzesbegründung nicht auf eine bestimmte Refinanzierungsart festlegt, sondern breiten Raum für innovative Refinanzierungs- und Entgeltmodelle belässt. Denn nur so kann den Anforderungen der vielfältigen technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Konstellationen in der Arealversorgung entsprochen werden und damit die Grundlage für regenerative, energieeffiziente und flexible Versorgungsstrukturen gelegt werden.

In allen Verfahren ist der Rechtsweg noch nicht ausgeschöpft oder zumindest Zulassungsbeschwerde eingelegt, so dass hier auch die weitere BGH-Rechtsprechung noch für Überraschungen sorgen kann. Vor diesem Hintergrund bleibt die Bestimmung der Kundenanlageneigenschaft ein komplexer juristischer Abwägungsvorgang, der jedem Mieterstrom- und Quartierskonzept als wirtschaftliche Grundlage in der frühen Planungsphase zugrunde gelegt und je nach Fortgang der Rechtsprechung nachjustiert werden muss.

Eine weite Auslegung der quantitativen Kriterien des Kundenanlagenbegriffs wird durch die Ermöglichung innovativer, umweltfreundlicher und preisgünstiger Geschäftsmodelle eher zu einer Belebung des Wettbewerbs führen. Insofern ist ein weiter Kundenanlagenbegriff eher ein Garant für mehr Wettbewerb und Entwicklungschancen für neue Versorgungsmodelle. Es bleibt zu hoffen, dass Bundesnetzagentur, Gerichte und der Gesetzgeber hier schnell Rechtssicherheit schaffen, damit die Energieversorgungswirtschaft die angestoßenen Entwicklungen weiter verfolgen kann. Sollte sich die in der Spruchpraxis der Bundesnetzagentur und der Oberlandesgerichte abzeichnende Tendenz eines engen Kundenanlagenbegriffs fortsetzen und höchstrichterlich bestätigt werden, ist dagegen mit einem Rückgang des Wettbewerbs zu rechnen. Den dann ehemaligen Arealversorgern wird dann nur noch die Möglichkeit bleiben, nach neuen Lösungen für den bestehenden Umstrukturierungsbedarf in der Energiewirtschaft zu suchen.

80 Bülhoff/Klapdor, EnWZ 2013, 297 [299].

81 Vgl. Booz, N&R 2018, 130 [135]; Leidinger in: Möhle/Lambertz/Altenschmidt/Ingenhoven (o. Fußn. 11), Rdnr. 1779.

82 Booz, N&R 2018, 130 [135].

83 Zur wettbewerblichen Unbeachtlichkeit des Rosinenpickens vgl. auch BGH, Beschl. v. 28. 6. 2005 – KVR 27/04, CuR 2005, 89; zustimmend Meinhold, ZNER 2005, 196.

84 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13. 6. 2018 – VI-3 Kart 48/17 (V), CuR 2018, 55.

85 OLG Frankfurt, Beschl. v. 18. 3. 2018 – 11 W 40/16 (Kart), CuR 2018, 17.

86 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13. 6. 2018 – VI-3 Kart 77/17 (V), CuR 2018, 64.