



– Beschlusskammer 6 –

**Beschluss**

Az. BK6-18-040

In dem Besonderen Missbrauchsverfahren der

Kraftwärmeanlagen GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung,  
Flößerstr. 60/3, 74321 Bietigheim-Bissingen,

– Antragstellerin –

Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Joachim Held,  
Rödl & Partner GbR, Äußere Sulzbacher Str. 100, 90491 Nürnberg

zur Überprüfung des Verhaltens der

Netze BW GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung,  
Schelmenwasenstr. 15, 70567 Stuttgart,

– Antragsgegnerin –

Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Achim Rottbauer,  
Anwaltskanzlei Dr. Rottbauer, Kleiner Schlossplatz 13-15, 70173 Stuttgart

hat die Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation,  
Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn, gesetzlich vertreten durch ihren Präsidenten  
Jochen Homann,

durch den Vorsitzenden Christian Mielke,  
den Beisitzer Andreas Faxel  
und den Beisitzer Jens Lück

am 07.02.2019 beschlossen:

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Eine Entscheidung über die Kosten bleibt vorbehalten.

## Gründe

### I.

Die Parteien streiten darüber, ob es sich bei einer von der Antragstellerin geplanten Versorgungsinfrastruktur hinter einem Netzanschlusspunkt am Netz der Antragsgegnerin um eine Kundenanlage im Sinne des §3 Nr. 24a EnWG handelt.

1. Die Antragstellerin ist Projektentwicklerin und Eigentümerin der Erzeugungsanlagen der in Rede stehenden Versorgungsinfrastruktur. Sie ist Komplementärin der [REDACTED], die nach Abschluss der Bauarbeiten in die Rechtsstellung der Antragstellerin eintreten wird.

Die Antragsgegnerin ist Betreiberin eines Elektrizitätsverteilernetzes in Baden-Württemberg mit mehr als 2 Millionen angeschlossenen Kunden.

Auf dem Gemeindegebiet der [REDACTED] soll am östlichen Siedlungsrand ein Neubaugebiet [REDACTED] mit insgesamt elf Gebäuden, davon acht Mehrfamilienhäuser (Miet- und Eigentumswohnungen für Familien), ein Seniorenpflegeheim sowie zwei Gebäude einer Seniorenwohnanlage, entstehen. Die Mehrfamilienhäuser enthalten insgesamt 143 Wohneinheiten mit Eigentums- und Mietwohnungen. Das Seniorenpflegeheim umfasst 50 Pflegezimmer.



Abbildung 1: Ausführungsplan der [REDACTED] mit Anmerkung

Zur dezentralen Eigenversorgung plant die Antragstellerin die Errichtung von zwei Blockheizkraftwerken (BHKW) mit einer Leistung von jeweils 50 kWel mit gedämmtem Pufferspeicher und einer Gaskesselanlage als Spitzenlastwärmeerzeuger. Auf den Gebäuden sollen zudem PV-Anlagen mit einer Leistung von 250 kWp installiert werden. Mit den geplanten Anlagen soll etwa die Hälfte (ca. 250.000 kWh/Jahr) des im gesamten Quartier benötigten Stroms (geschätzter Gesamtbedarf: ca. 450.000 kWh/Jahr) erzeugt werden. Der darüber hinaus benötigte Strom soll über den Niederspannungsanschluss der Antragsgegnerin bezogen werden. Die Antragstellerin legt bei den 143 Letztverbrauchern innerhalb der Mehrfamilienhäuser den Durchschnittsverbrauch eines Zwei-Personenhaushalts mit 2100 kWh/Jahr zugrunde. Für die 50 Bewohner des Pflegeheims wird ein Stromverbrauch von 2650 kWh/Jahr pro Bewohner angenommen. Allen an die Versorgungsinfrastruktur angeschlossenen Letztverbrauchern soll über die [REDACTED] ein Stromliefervertrag mit einer vorrangigen Versorgung aus den örtlichen Stromerzeugungsanlagen angeboten werden.

Die für die Stromversorgung notwendigen Leitungen wurden bereits von der Antragsgegnerin in den öffentlichen Verkehrsflächen verlegt und der Antragstellerin zum Kauf angeboten. Bisher konnte jedoch hinsichtlich der Vertragsbedingungen keine Einigung erzielt werden. Unter anderem besteht Uneinigkeit über den Verbleib von bereits bestehenden Anschlussverhältnissen zwischen Kunden innerhalb der Anlage und der Antragsgegnerin.

Das Baugebiet [REDACTED] umfasst eine Größe von 15.277 m<sup>2</sup> (ca. 1,5 Fußballfelder) und erstreckt sich über insgesamt neun Flurstücke. Es grenzt nördlich an einen Fahrrad- und landwirtschaftlich genutzten Weg und die dahinter liegende Eisenbahntrasse [REDACTED] [REDACTED] sowie östlich und südlich an zwei mit Lärmschutzwänden versehene überregionale Straßen, die [REDACTED] (südlich) und die [REDACTED] (östlich). Westlich wird das Gebiet durch den Lauf des [REDACTED] sowie einen Fuß- und Fahrradweg begrenzt. Dahinter befindet sich parallel zum Bachlauf das Gebäude eines großen Lebensmitteldiscounters. Zwischen dem Fahrradweg und dem Gebäude des Lebensmitteldiscounters wurde ein mit Bäumen bepflanzter Grünstreifen angelegt.

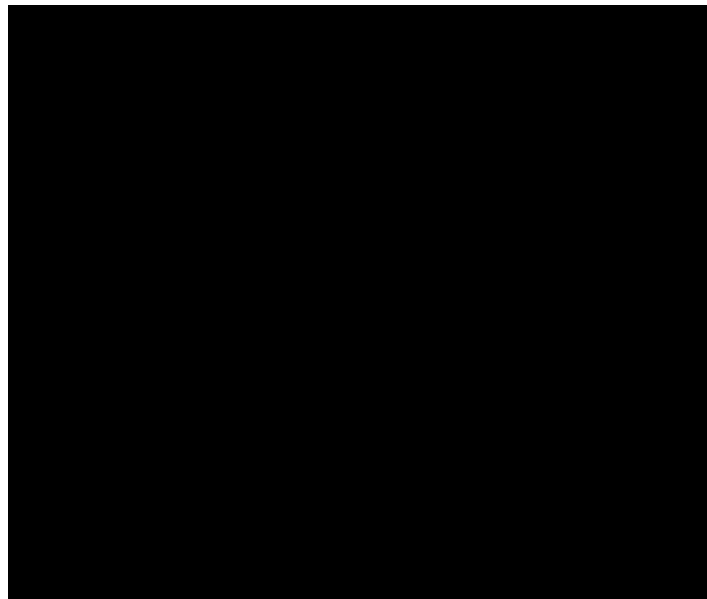


Abbildung 2: Satellitenbild Google-Maps, abgerufen am 17.01.2019

Das Gebiet wird durch eine Stichstraße zur [REDACTED] erschlossen. Die Stichstraße dient der Erschließung der Tiefgarage im nördlichen Teil des Areals und der Parkplätze im südlichen Teil des Areals. Zur Versorgung aller Gebäude ist die Querung öffentlicher Verkehrswege an zwei Stellen notwendig. Die im Baugebiet befindlichen Grundstücke unterschiedlicher Eigentümer grenzen unmittelbar aneinander an.

2. Am 13.02.2017 wandte sich die Antragstellerin mit einer Anfrage zur Klassifizierung der elektrischen Anlagen auf dem Areal [REDACTED] an die Antragsgegnerin.

Die Antragsgegnerin nahm hierzu mit Schreiben vom 07.03.2017 Stellung und erklärte, dass das Baugebiet [REDACTED] aus ihrer Sicht nicht als Kundenanlage im Sinne des § 3 Nr. 24a EnWG, sondern als Energieversorgungsnetz nach § 3 Nr. 16 EnWG einzustufen sei. Bei dieser Einstufung werde sie bis zur endgültigen rechtlichen Klärung bleiben.

Nach einer weiteren Aufforderung der Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin, die elektrischen Anlagen als Kundenanlage anzuerkennen, fand auf Vorschlag der Antragsgegnerin am 24.10.2017 ein gemeinsames Treffen bei der Landesregulierungsbehörde zur Klärung des Streitgegenstandes statt.

Des Weiteren stellte die Antragsgegnerin in Aussicht, die bereits errichteten Stromleitungsanlagen anzupassen und zum Kauf bzw. zur Pacht anzubieten. Daraufhin nahm die Antragstellerin von der geplanten Errichtung eigener Stromleitungsanlagen Abstand, da sie nach ihren eigenen Angaben das Investitionsrisiko eines parallelen Leitungsbaus nicht eingehen konnte.

3. Mit Schriftsatz vom 29.01.2018, bei der Bundesnetzagentur eingegangen am 30.01.2018, hat die Antragstellerin einen Antrag auf Durchführung eines besonderen Missbrauchsverfahrens gemäß § 31 EnWG, gerichtet gegen die Antragsgegnerin, gestellt.

4. Die Antragstellerin weist zunächst auf die Zulässigkeit ihres Missbrauchsantrages hin. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin sei es im Rahmen der Statthaftigkeit des Antrags unerheblich, ob die im Baugebiet bereits befindlichen Stromleitungen im Eigentum der Antragstellerin oder der Antragsgegnerin stehen. Die Antragstellerin beabsichtige im Übrigen, die im Areal befindlichen Stromleitungen vom Netzbetreiber durch Kauf bzw. Pacht zu übernehmen. Auch wenn sie das Kaufangebot der Antragsgegnerin zunächst abgelehnt habe, beabsichtige sie, der Antragsgegnerin nach Abschluss des Missbrauchsverfahrens ein neues Kaufangebot zu übermitteln. Darüber hinaus sei für die Statthaftigkeit des Antrags gemäß § 31 Abs. 1 EnWG ohnehin lediglich die Möglichkeit einer erheblichen Interessensberührung erforderlich. An der Statthaftigkeit des Antrags fehle es auch nicht deshalb, weil die Antragsgegnerin die physische Verbindung mit ihrem Netz zulasse.

In der Sache vertritt die Antragstellerin die Auffassung, dass bei der streitgegenständlichen Versorgungsinfrastruktur die Voraussetzungen einer Kundenanlage im Sinne des § 3 Nr. 24a EnWG gegeben seien. Insbesondere liege ein räumlich zusammengehörendes Gebiet im Sinne des § 3 Nr. 24a EnWG vor. Die Mindestvoraussetzung für eine gewisse räumliche Zusammengehörigkeit sei gegeben, da die Anlage sich zwar über mehrere Grundstücke erstrecke, diese im Baugebiet aber unmittelbar aneinander angrenzen. Dass eine Erstreckung über mehrere Grundstücke die räumliche Zusammengehörigkeit nicht hindere, ergebe sich auch aus dem neuen Mieterstromgesetz, welches ausdrücklich die Förderung der Belieferung aus PV-Anlagen über die Gebäudegrenze hinaus ausdehne. Insofern spreche die Förderabsicht für eine weite Auslegung des § 3 Nr. 24a EnWG. Des Weiteren ergebe sich der Gebietscharakter aus den das Baugebiet umgebenden Verkehrswegen, der im Norden verlaufenden Bahnlinie,

dem Bachlauf des [REDACTED] im Westen, der Bepflanzung entlang des Bachlaufs sowie der dahinterliegenden langgestreckten Halle eines Lebensmittel-Einzelhandelsgeschäfts. Auch die frühere Nutzung des jetzigen Baugebiets als einheitliches landwirtschaftliches Feld und später als Parkplatz deute auf die Zusammengehörigkeit des Gebiets hin. Heute ergebe sich die Zusammengehörigkeit des Baugebiets aus dem einheitlichen Plankonzept, einer Bebauung mit vergleichbarem Baustil sowie der einheitlichen landschaftsplanerischen Gestaltung (Bäume, Böschungen, Pflaster etc.). Auch die Art der Bebauung diene trotz der unterschiedlichen baurechtlichen Einordnung vorwiegend dem Wohnen, auch wenn die Seniorenwohnanlagen durch Serviceeinheiten wie eine Tagesbetreuung oder ein Ärztehaus ergänzt würden. Darüber hinaus sei die Ausweisung unterschiedlicher Arten der baulichen Nutzung gerade Ausdruck eines einheitlichen Planungsziels für das gesamte Areal und betone damit auch in bauplanungsrechtlicher Hinsicht die Zusammengehörigkeit der Gebäudekomplexe. Die funktionale Verknüpfung der beiden Teilgebiete bestehe gerade in der sozialen Durchmischung. Zudem trage das einheitliche Maß der Bebauung (ähnliche Gebäudehöhen, einheitlich ausgerichtete Baufenster) zur Zusammengehörigkeit bei. Zuletzt ergebe sich die räumliche Zusammengehörigkeit aus der netztechnischen Zusammengehörigkeit der Leitungsanlagen innerhalb des Gebiets sowie der einheitlichen Nahwärmeversorgung und Stromversorgung aus lokalen Erzeugungsanlagen.

Die geplante Stichstraße stehe der räumlichen Zusammengehörigkeit ebenfalls nicht entgegen, da es sich um eine kleinere, einspurige Stichstraße handle, die ausschließlich der Erschließung des Areals für den motorisierten Anliegerverkehr diene. Auch der die Stichstraße verlängernde Fußgänger- und Fahrradweg diene lediglich der Erschließung des Gebiets.

Des Weiteren sei die Anlage für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs im Sinne des § 3 Nr. 24a EnWG unbedeutend. Da der Gesetzgeber den Grundfall einer Hausanlage innerhalb eines Gebäudes vor Augen gehabt habe und damit auch größere Hochhäuser mit bis zu 400 angeschlossenen Letztverbrauchern unter den Begriff der Kundenanlage zu subsumieren seien, sei die nun streitige Anlage von vergleichsweise geringer wettbewerblicher Relevanz. Auch die geographische Ausdehnung der Anlage von 15.277 m<sup>2</sup> spreche gegen ihre wettbewerbliche Bedeutung. Der voraussichtliche jährliche Gesamtstromverbrauch innerhalb der Anlage, der sich auf 450.000 kWh/Jahr belaufe und sich am durchschnittlichen Haushaltskunden orientiere, sei noch als unbedeutend anzusehen. Darüber hinaus sei nicht der Gesamtstromverbrauch, sondern die Menge des Fremdstrombezugs aus dem Netz für die Beurteilung maßgeblich, welcher sich auf lediglich 129.800 kWh/Jahr belaufe.

Insgesamt seien die Voraussetzungen des § 3 Nr. 24a EnWG zugunsten der Antragstellerin weit auszulegen, da § 3 Nr. 24a EnWG gerade dazu diene, Unternehmen von der Kostenlast der Regulierung freizustellen, die weder über Marktmacht noch über ein Monopol verfügten.

Zuletzt sei für die Letztverbraucher auch eine diskriminierungsfreie und unentgeltliche Durchleitung der Energie innerhalb der Anlage gewährleistet. Den Letztverbrauchern stehe es frei, einen dritten Lieferanten mit der Strombelieferung zu beauftragen. Diese Wahlfreiheit solle auch weder durch eine vorvertragliche Bindung mit dem Grundstückserwerb, noch über dingliche Absicherungen oder langfristige Vertragsbindungen eingeschränkt werden. Die Versorgungsleitungen der Rechtsnachfolgerin der Antragstellerin sollen dritten Stromlieferanten unentgeltlich zur Verfügung stehen. Die geplante Refinanzierung der Kosten der Anlage über verbrauchsunabhängige Entgelte, z.B. durch Weitergabe an die Stromletztverbraucher über die Miete bzw. den Kaufpreis, stünden einer Unentgeltlichkeit im Sinne von § 3 Nr. 24a EnWG nicht entgegen.

Die Antragstellerin beantragt wörtlich:

„Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, die Energieanlagen zur Abgabe von Energie, die auf den Grundstücken des Baugebiets [REDACTED] in [REDACTED] errichtet und betrieben werden, als Kundenanlage im Sinne von § 3 Nr. 24a EnWG zu behandeln und hierzu insbesondere

- a) den einheitlichen Netzverknüpfungspunkt niederspannungsseitig vor dem Transformator als maßgebliche Schnittstelle zum Netz für die allgemeine Versorgung anzuerkennen und
- b) für alle Letztverbraucher, deren Verbrauchsanlagen an die Energieanlagen zur Abgabe von Energie angeschlossen werden, jeweils Zählpunkte nach § 20 Abs. 1d EnWG zu stellen.“

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin vom 29.01.2018 auf Erlass einer Missbrauchsverfügung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Sie hält den Antrag bereits für nicht statthaft, da die Antragsgegnerin den Netzanschluss nicht verweigere. Des Weiteren sei nicht die Bundesnetzagentur, sondern die jeweilige Landesregulierungsbehörde zuständig für die Statusfeststellung, ob die Antragstellerin als

Kundenanlage oder als Elektrizitätsversorgungsnetz einzustufen sei. Weiterhin sei der Antrag auch deshalb nicht statthaft, da die Antragstellerin bisher keinerlei Rechte an den vorhandenen Versorgungsleitungen in Gestalt eines Kauf- oder Pachtvertrags besitze und die Verhandlungen hierüber gescheitert seien. Die Antragstellerin selbst habe die Vertragsverhandlungen beendet. Der Antrag sei rein fiktiver Natur und diene der Klärung eines Sachverhalts, von dem nicht klar sei, ob er jemals eintreten werde.

Der Antrag sei des Weiteren unbegründet. Die Antragsgegnerin führt dazu aus, dass Leitungsnetze grundsätzlich der Regulierung unterliegen würden. Grundsätzlich liege im Zweifel immer ein Energieversorgungsnetz nach § 3 Nr. 16 EnWG vor, es sei denn, es handle sich ausnahmsweise um eine Kundenanlage i.S.d. § 3 Nr. 24a bzw. Nr. 24b EnWG. Die räumliche Zusammengehörigkeit sei nur dann gegeben, wenn für Außenstehende ein übergreifender gemeinsamer Zweck innerhalb der Anlage erkennbar sei. Das Gebiet müsse aus Sicht eines objektiven Betrachters als einheitlich wahrgenommen werden. Eine enge Auslegung sei geboten, da der Gesetzgeber im Grundfall von einem Gebäude bzw. Gebäudekomplex auf einem Grundstück ausgehe. Auch sei das Areal bauplanerisch in zwei verschiedene Teilbereiche aufgeteilt. Der nördliche Teil sei als allgemeines Wohngebiet ausgewiesen, auf dem die Antragstellerin Mehrfamilienhäuser plane, während der südliche Teil als Mischgebiet festgelegt worden sei, wo ein Altenpflegeheim sowie die Gebäude einer Seniorenwohnanlage entstehen sollten. Zwischen den beiden Gebietsteilen herrsche keinerlei funktionale Verknüpfung. Auch ein vergleichbarer Baustil oder eine einheitliche landschaftsplanerische Gestaltung seien für die Bewertung der räumlichen Zusammengehörigkeit unerheblich. Es handle sich vielmehr um zwei bauplanerisch verschiedene Bereiche, die äußerlich durch öffentliche Verkehrswege voneinander separiert seien. Der Fuß- und Fahrradweg, der durch das Gebiet führe, diene überdies auch der Querung des Gebiets [REDACTED], sodass Durchgangsverkehr zu erwarten sei. Insbesondere die Stichstraße, die von der [REDACTED] abzweigt, teile das Gebiet. Diese diene nicht lediglich der Erschließung. Vielmehr sei dort hinsichtlich des Altenpflegeheims sowie der Seniorenwohnanlage mit Transportverkehr zu rechnen. Die Umfriedung des gesamten Gebiets durch den [REDACTED] sowie diverse öffentliche Straßen und Fahrradwege sei nicht geeignet, die Trennung der beiden Gebiete aufzuheben. Des Weiteren gehe die Ansicht der Antragstellerin fehl, die netztechnische Verbundenheit der Leitungsanlagen vermittele für einen Dritten die räumliche Zusammengehörigkeit.

Zweifelhaft sei des Weiteren, ob die streitrelevante Anlage für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas unbedeutend sei. Die Annahme einer relativen Unbedeutendheit der Anlage lasse sich auch



nicht durch einen Vergleich mit Hochhäusern in deutschen Großstädten herleiten.

Zuletzt sei auch fraglich, ob eine unentgeltliche und diskriminierungsfreie Durchleitung der Energie innerhalb der Anlage gewährleistet sei, da die Antragstellerin ausdrücklich erwähnt habe, dass ihr Versorgungskonzept nur dann wirtschaftlich sei, wenn die Antragstellerin von den administrativen Pflichten einer Netzbetreiberin entlastet würde und für die Direktbelieferung in der Kundenanlage keine Netzentgelte anfallen würden. Angesichts dessen sei die Erhebung eines verbrauchsabhängigen Entgelts zu befürchten.

5. Die Bundesnetzagentur hat den Beschlussentwurf gemäß §§ 55 Abs. 1, 58 Abs. 1 Satz 2 EnWG dem Bundeskartellamt und der zuständigen Landesregulierungsbehörde am 22.01.2019 mit der Gelegenheit zur Stellungnahme übersandt. Die Landesregulierungsbehörde gibt in ihrer Stellungnahme an, sie teile das Ergebnis, dass es sich bei der streitgegenständlichen Anlage nicht um eine Kundenanlage handle, da das Kriterium der Wettbewerbsbedeutung nach § 3 Nr. 24a lit c) EnWG nicht erfüllt sei. Nach ihrer Auffassung fehle es jedoch zudem bereits am räumlichen Zusammenhang, weil die das Gebiet durchlaufende Straße als trennendes Element den räumlichen Zusammenhang unterbreche. Der Charakter der Straße sei dabei unerheblich, da sich dieser ändern könne. Er könne daher kein geeignetes Kriterium für eine dauerhafte und rechtssichere Bewertung der Anlage sein.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte Bezug genommen.

## II.

Der Antrag dürfte zwar im Ergebnis zulässig sein, ist aber jedenfalls unbegründet.

### 1. Zulässigkeit

1.1. Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde für die vorliegende Entscheidung folgt aus § 54 Abs. 1 Satz 1 EnWG, da es sich bei der Antragsgegnerin um einen Netzbetreiber mit über 100.000 angeschlossenen Kunden handelt. Die Beschlusskammer ist zur Entscheidung gemäß § 59 Abs. 1 Satz 1 EnWG berufen.

1.2. Der Antrag dürfte auch statthaft sein. Durch die Weigerung, die Energieanlage der Antragstellerin als Kundenanlage nach § 3 Nr. 24a EnWG an ihr Netz anzuschließen und im Zuge dessen auch virtuelle Zählpunkte zur diskriminierungsfreien Drittstrombelieferung nach § 20 Abs. 1d EnWG einzurichten, sind Bestimmungen des Teil 3, Abschnitte 2 und 3 des Energiewirtschaftsgesetzes berührt.

Die Weigerung der Antragsgegnerin ist auch geeignet, die Antragstellerin in erheblichem Maße sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich in ihren Interessen zu berühren.

Fraglich könnte nach dem Dafürhalten der Kammer indes sein, ob mit Blick auf die bislang ungeklärte Berechtigungslage der Antragstellerin in Bezug auf die für den Betrieb der Anlage erforderlichen Stromleitungen überhaupt bereits von einer hinreichend gegenwärtigen Interessensberührung gesprochen werden kann.

Zwar ist die Frage, in wessen Eigentum sich die bereits auf dem Areal verlegten Leitungsanlagen befinden, für die Statthaftigkeit des Antrags unerheblich. Denn der Tatbestand des § 3 Nr. 24a EnWG setzt für das Vorliegen einer Kundenanlage nicht voraus, dass sich die dazugehörigen Leitungsanlagen im Eigentum des Anlagenbetreibers befinden (Danner/Theobald, Energierecht, 98. Auflage, Juni 2018, § 3 Nr. 15, Rn. 111). Insofern genügt auch eine rein schuldrechtliche Befugnis, die erforderlichen Leitungsanlagen zum Betrieb zu nutzen. Eine Einigung über den Kauf bzw. die Pacht der Leitungen der Antragsgegnerin kam allerdings bisher trotz über Monate andauernder Vertragsverhandlungen nicht zustande. Die Antragstellerin lehnte die bisherigen Verkaufsangebote der Antragsgegnerin ab. Darüber hinaus bestehen bereits Anschlussverträge von Kunden innerhalb der Kundenanlage mit der Antragsgegnerin, deren Verbleib nicht geklärt ist.

Vor diesem Hintergrund könnte fraglich sein, ob das von der Antragstellerin betriebene Gesamtprojekt zum jetzigen Zeitpunkt bereits einen Reifegrad erreicht hat, der die Annahme der

erforderlichen Gegenwärtigkeit rechtfertigt und die zur Entscheidung gestellten energiewirtschaftsrechtlichen Fragestellungen nicht als bloße Klärung rein abstrakter Rechtsfragen erscheinen lässt.

2. Diese Frage kann im Ergebnis jedoch dahinstehen, denn jedenfalls ist der Missbrauchsantrag in der Sache unbegründet.

Das Verhalten der Antragsgegnerin verstößt im Sinne des § 31 Abs. 1 EnWG weder gegen Vorgaben in den Bestimmungen der Abschnitte 2 und 3 des EnWG noch gegen auf dieser Grundlage erlassene Rechtsverordnungen oder nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegte bzw. genehmigte Bedingungen. Insbesondere liegt kein Verstoß gegen § 20 Abs. 1d EnWG vor. Denn bei der streitgegenständlichen Versorgungsinfrastruktur handelt es sich nicht um eine Kundenanlage im Sinne des § 3 Nr. 24a EnWG.

Danach sind Kundenanlagen Energieanlagen zur Abgabe von Energie,

- a) die sich auf einem räumlich zusammengehörenden Gebiet befinden,
- b) mit einem Energieversorgungsnetz oder einer Energieerzeugungsanlage verbunden sind,
- c) für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas unbedeutend sind,
- d) 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.

Zunächst ist bei der Auslegung der Definition der Kundenanlage im Sinne von § 3 Nr. 24a EnWG in Abgrenzung zum Netzbegriff entgegen der Ansicht der Antragstellerin grundsätzlich von einem weiten Netzbegriff auszugehen (vgl. BGH, Beschluss vom 18.10.2011, EnVR 68/10, Juris Rn. 9). Das regulierte Netz stellt den Regelfall dar, während die von der Regulierung befreite Kundenanlage die Ausnahme bildet.

Dies ergibt sich zum einen aus der Zweckrichtung und Zielsetzung des EnWG, dem Verbraucher Auswahlmöglichkeiten hinsichtlich des Stromversorgers einzuräumen. Auch § 3 Nr. 16 und Nr. 17 EnWG, in denen der Begriff des Netzes vorausgesetzt wird, stellen den Versorgungsgedanken in den Vordergrund (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 48/17 [V], Juris Rn. 54).

Gleiches ergibt sich aus den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Nach dem Verständnis der Stromrichtlinie 2009/72/EG unterliegen sämtliche Verteilernetze grundsätzlich der Regulierung.

Teilausnahmen hat der europäische Gesetzgeber nur für geschlossene Verteilernetze eingeführt. Von der Regulierung gänzlich ausgenommene Kundenanlagen, wie sie § 3 Nr. 24a EnWG regelt, kennt das europäische Recht nicht. Diese wurden im deutschen Recht zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit eingeführt, um eine Übererfüllung der vom Richtliniengeber verfolgten Ziele in Fällen zu vermeiden, in denen es aus wettbewerblichen Gründen keiner Regulierung bedarf. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebietet jedoch keine weitgehende Ausnahmen von der Regulierung oder eine besonders großzügige Auslegung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 3 Nr. 24a EnWG (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 48/17 [V], Juris Rn. 60 ff.).

Die Tatbestandsmerkmale des § 3 Nr. 24a EnWG sind daher im Lichte des vorgenannten Grundsatzes auszulegen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 77/17 [V], Juris Rn. 54). Denn die Definition der Kundenanlage grenzt das regulierte Energienetz von der unregulierten Kundenanlage ab (BT-Drs. 17/6072, S. 51).

Soweit sich die Antragstellerin zur Begründung einer weiten Auslegung des Kundenanlagenbegriffs auf die Regelungen zur Mieterstromförderung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz beruft, ist dies für die Auslegung des § 3 Nr. 24a EnWG unerheblich. § 21 Abs. 3 EEG 2017 kann als später beschlossenes Recht bereits methodisch nicht zur Auslegung des § 3 Nr. 24a EnWG herangezogen werden. Ziel des § 3 Nr. 24a EnWG ist entgegen der Auffassung der Antragstellerin auch nicht, etwaige Förderabsichten des Gesetzgebers umzusetzen. Dies ist auch nicht erforderlich, da die Zahlung des Mieterstromzuschlags nach § 21 Abs. 3 EEG 2017 nicht davon abhängt, dass die Lieferung innerhalb einer Kundenanlage i. S. d. § 3 Nr. 24a EnWG erfolgt (a.A. Reich, in ER 05/2018, S. 184 ff.).

Unter Anwendung der vorgenannten Grundsätze handelt es sich bei der von der Antragstellerin geplanten Anlage zwar um eine Energieanlage zur Abgabe von Energie im Sinne des § 3 Nr. 24a EnWG, die mit einem Energieversorgungsnetz verbunden ist und sich auf einem räumlich zusammengehörenden Gebiet befindet. Jedoch ist die streitgegenständliche Versorgungsinfrastruktur nicht als unbedeutend für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas zu bewerten.

2.1. Zunächst befindet sich die Energieanlage auf einem räumlich zusammengehörenden Gebiet.

Aus der Gesetzesbegründung zu § 3 Nr. 24a EnWG lässt sich entnehmen, dass eine räumliche Zusammengehörigkeit im Regelfall anzunehmen ist, wenn die Anlage sich auf „eng begrenzte

Hausanlagen innerhalb von Gebäuden oder Gebäudekomplexen“, oder im Einzelfall auch „außerhalb von Gebäuden über ein größeres Grundstück“ erstreckt (BT-Drs. 17/6072, S. 51).

Zwar beziehen sich diese Aussagen des Gesetzgebers auf § 3 Nr. 24a lit. c) EnWG, sie haben jedoch auch Ausstrahlungswirkung auf das Merkmal der räumlichen Zusammengehörigkeit, ohne dieses damit vollständig auszufüllen. Die räumliche Zusammengehörigkeit ist folglich im Regelfall anzunehmen, wenn sich die Anlage lediglich über ein Grundstück erstreckt. Dies schließt jedoch die räumliche Zusammengehörigkeit bei einer Ausbreitung über mehrere Grundstücke nicht grundsätzlich aus. Erforderlich ist aber, dass das Gebiet aus der Sicht eines objektiven Betrachters noch als einheitlich wahrgenommen wird (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 48/17 [V], juris Rn. 78; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 77/17 [V]; OLG Frankfurt, Beschluss vom 18.03.2018, Az. 11 W 40/16, Juris, Rn. 65). Die Eigentumsverhältnisse der einzelnen Grundstücke sind dabei nach Auffassung der Beschlusskammer unerheblich.

Die nach außen wahrnehmbare Einheitlichkeit eines Gebiets wird regelmäßig durch trennende Elemente wie z.B. Straßen gestört. Im Einzelfall kann jedoch trotz des Vorhandenseins eines trennenden Elements ein räumlich zusammengehörendes Gebiet bestehen. Maßgeblich für diese Beurteilung sind die Ausgestaltung der Verkehrsquerung, die Breite und Widmung der Straße, Art und Ausmaß sowie Zweck der Nutzung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 48/17 [V], Juris, Rn. 81).

Die streitgegenständliche Anlage erstreckt sich zwar über neun Flurstücke und insgesamt 15.277 m<sup>2</sup>. Es handelt sich dabei jedoch um ein kompaktes, nahezu quadratisches Gebiet, welches durch seine Geschlossenheit von einem objektiven Betrachter noch als einheitlich wahrgenommen werden kann. Dazu trägt zum einen die nach außen hin deutlich erkennbare Umgrenzung des Gebiets bei, die im Norden durch einen Fahrrad- und landwirtschaftlich genutzten Weg und die dahinter liegende Eisenbahntrasse, im Westen durch einen Fahrrad- und Fußweg, Grünanlagen und einen Bachlauf sowie östlich und südlich durch zwei mit Lärmschutzwänden versehene überregionale Straßen erfolgt.

Die [REDACTED] als grundsätzlich trennendes Element ist nicht geeignet, die räumliche Zusammengehörigkeit des nördlichen und südlichen Teils der Anlage aufzuheben. Denn im konkreten Fall dient sie der Erschließung beider Anlagenteile und hat nicht trennenden, sondern vielmehr verbindenden Charakter. Denn die [REDACTED] muss von den Bewohnern sowohl des südlichen als auch des nördlichen Teils benutzt werden, um zu ihren jeweiligen Wohnungen zu gelangen. Des Weiteren ist auf der [REDACTED] motorisierter Durchgangsverkehr nicht zu erwarten, da es sich um eine einspurige Stichstraße handelt, die im westlichen Teil des Gebiets

in einen Fuß- und Fahrradweg mündet. Der insbesondere bei den Seniorenanlagen zu erwartende Transportverkehr ist entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin gerade nicht als Durchgangsverkehr zu werten, sondern als Verkehr, der typischerweise dem Erschließungszweck dient. Allein die Tatsache, dass möglicherweise Durchgangsverkehr durch Fahrräder zu erwarten ist, ist nicht geeignet, die räumliche Zusammengehörigkeit des Gebiets für einen objektiven Betrachter aufzuheben. Ungeachtet dessen ist zur Durchquerung der Anlage kein massives Aufkommen von Fahrradverkehr zu erwarten, da sowohl nördlich als auch westlich des Gebiets ausgebaute Radwege existieren, sodass das Gebiet umfahren werden kann.

Entgegen der Ansicht der Landesregulierungsbehörde ist der Charakter einer Straße als Erschließungsstraße auch ein geeignetes Kriterium für die Beurteilung der räumlichen Zusammengehörigkeit (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 77/17 [V], Juris, Rn. 62). Denn die Frage, ob die Straße hauptsächlich der Erschließung dient, hängt unter anderem vom Verlauf der Straße sowie ihrer Bauart ab. Diese Kriterien sind nicht ohne Weiteres veränderlich und können daher für eine dauerhafte rechtliche Bewertung der Anlage herangezogen werden. Da die Straße vorliegend noch innerhalb der Anlage endet und in einen Fußgänger- und Fahrradweg übergeht, ist davon auszugehen, dass diese dauerhaft lediglich der Erschließung dient. Um den Charakter der Straße zu ändern, wären bauliche Änderungen notwendig.

Der räumlichen Zusammengehörigkeit steht es auch nicht entgegen, dass auf dem Gebiet der Anlage jeweils zwei unterschiedliche baurechtliche Nutzungsarten festgelegt wurden. Denn § 3 Nr. 24a EnWG fordert gerade keine funktionelle Verklammerung innerhalb des Gebiets. Auch lassen sich daraus keine Vorgaben für die gemeinsame Art der Nutzung oder einen konkreten Zweck der Anlage herleiten (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 77/17 [V], juris, Rn. 63). Unabhängig davon dienen die Gebäude im südlichen Teil des Areals trotz des dort baurechtlich festgelegten Mischgebiets überwiegend dem Wohnen und gleichen damit dem Wohngebietscharakter im nördlichen Teil. Auch die bauliche Beschaffenheit und Anordnung der Gebäude unterstützt den Eindruck der räumlichen Zusammengehörigkeit (Abbildung 2). Von den insgesamt elf Gebäuden haben neun eine ähnliche Größe sowie eine quadratische Form. Sieben dieser Häuser befinden sich im nördlichen und zwei davon im südlichen Teil der Anlage, was zum Eindruck der Zusammengehörigkeit beider Teile beiträgt. Dass sich im südlichen Teil zwei weitere, etwas größere Gebäude in anderer Form befinden, stört den Gesamteindruck der Zusammengehörigkeit nicht.

2.2. Die streitgegenständliche Versorgungsinfrastruktur ist jedoch nicht unbedeutend für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas.

Die oben dargestellten Grundsätze zur Anwendung eines weiten Netzbegriffes gelten auch für das Tatbestandsmerkmal der Unbedeutsamkeit für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas gemäß § 3 Nr. 24a lit. c) EnWG. Hierbei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der einer Auslegung unter Berücksichtigung der Ziel- und Zwecksetzung des EnWG offensteht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 48/17 [V], Juris Rn. 90).

Nach § 1 Abs. 2 EnWG dient die Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 48/17 [V], Juris Rn. 89). Die Kundenanlage bildet von diesem Regulierungsbedürfnis eine Ausnahme, sofern sie unbedeutend für die Sicherstellung eines unverfälschten Wettbewerbs ist.

Entscheidend ist demnach, ob die Anlage von ihrem wirtschaftlichen Gewicht und ihrer Größe geeignet ist, einen solchen Einfluss auf den Wettbewerb zu haben, dass sie als Teil eines natürlichen Monopols der Regulierung unterstellt werden muss. Dabei ist die abgrenzbare Personengruppe innerhalb der Anlage für sich gesehen zu beurteilen und nicht in Abhängigkeit zum Marktumfeld (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 48/17 [V], Juris Rn. 97; OLG Frankfurt, Beschluss vom 08.03.2018, Az. 11 W 40/16 (Kart), Juris Rn. 71). Des Weiteren wird die ungehinderte Entfaltung des Wettbewerbs nicht allein dadurch gewährleistet, dass der unentgeltliche und diskriminierungsfreie Zugang zu den Anlagen gewährleistet wird (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 48/17 [V], Juris Rn. 42). Anderenfalls würde das Tatbestandsmerkmal des § 3 Nr. 24 lit. c) EnWG leer laufen. Ziel des EnWG ist nicht nur der Schutz des Wettbewerbs im Netz, sondern auch um Netze und zwischen Netzen. Es kommt folglich nicht nur auf den Wettbewerb auf Handelsebene an (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 48/17 [V], Juris Rn. 88).

Die Prüfung der Wettbewerbsrelevanz ist daher anhand einer Gesamtschau von Kriterien im jeweiligen Einzelfall vorzunehmen, insbesondere anhand der folgenden Kriterien (BT-Drs. 17/6072, S. 51):

- 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
- sonstige Kriterien

Der wettbewerbliche Einfluss der Anlage hängt insbesondere von der Anzahl der an die Anlage angeschlossenen und zu versorgenden Letztverbraucher ab, wobei jedoch nicht auf eine feste Zahl zur Begrenzung abgestellt werden kann. Vielmehr ist eine Bewertung im Einzelfall aus der Gesamtschau der obigen Kriterien vorzunehmen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 48/17 [V], Juris Rn. 91; OLG Frankfurt, Beschluss vom 08.03.2018, Az. 11 W 40/16 (Kart), Juris Rn. 68 ff.).

Je größer jedoch die Anzahl der an eine Energieanlage angeschlossenen Letztverbraucher ist, desto mehr deutet dieses Merkmal auf das Vorliegen eines Energieversorgungsnetzes hin (BT-Drs. 17/6072, S. 51).

Bei der streitgegenständlichen Versorgungsinfrastruktur handelt es sich nach Angaben der Antragstellerin um Mehrfamilienhäuser mit 143 Wohneinheiten, ein Seniorenwohnheim sowie ein Seniorenpflegeheim mit insgesamt 50 Pflegezimmern. Dabei wurde zugunsten der Antragstellerin unterstellt, dass die Wohneinheiten des Seniorenwohnheims in den angegebenen 143 Wohneinheiten bereits mit enthalten sind.

Unter Anwendung der vorgenannten Grundsätze deutet schon die große Zahl von Letztverbrauchern darauf hin, dass hierbei nicht mehr ohne Weiteres von einer Unbedeutsamkeit für den Wettbewerb ausgegangen werden kann. Dabei kann dahinstehen, ob die 50 Pflegezimmer des Seniorenpflegeheims als Wohneinheiten im Sinne von 50 angeschlossenen Letztverbrauchern zu bewerten sind. Denn jedenfalls werden allein durch das Pflegeheim 50 Kunden mit Strom versorgt.

Daher spricht in der Gesamtschau neben der Zahl der angeschlossenen Letztverbraucher gerade auch der erhebliche Stromverbrauch innerhalb der Anlage von insgesamt ca. 450.000 kWh/Jahr dafür, dass nicht mehr von einer wirtschaftlichen Unbedeutendheit auszugehen ist.

Nach der Gesetzesbegründung gilt, dass „je kleiner die Energiemenge ist, desto eher kann angenommen werden, dass die Anlage unbedeutend für die Sicherstellung des Wettbewerbs ist“ (BT-Drs. 17/6072, Seite 51).



Innerhalb der Anlage entfallen 143 Wohneinheiten auf Haushaltskunden, bei denen die Antragstellerin im durchschnittlichen Zwei-Personenhaushalt einen Verbrauch von 2100 kWh/Jahr (insgesamt 300.300 kWh/Jahr) zugrunde gelegt hat.

Hinzu kommt ein erheblicher Stromverbrauch im Seniorenpflegeheim, welches 50 Bewohner beherbergt. Nach Angaben der Antragstellerin ist in dem Seniorenpflegeheim ein im Vergleich zum durchschnittlichen Haushaltskunden erhöhter Verbrauch von 2650 kWh/Jahr und Bewohner zu erwarten. In Summe fällt daher allein für das Seniorenpflegeheim ein jährlicher Stromverbrauch von 132.500 kWh an.

Unter Zugrundelegung dieser erheblichen Strommengen kann daher nicht mehr von einer Unbedeutendheit der Anlage für den Wettbewerb ausgegangen werden.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist für die Bewertung der wirtschaftlichen Bedeutung der Anlage auch nicht lediglich die aus dem Netz bezogene Strommenge zu betrachten. Denn die Bewertung der Wettbewerbsrelevanz ergibt sich aus der Gesamtmenge des in der Anlage verbrauchten Stroms. Ob dieser aus dem Netz oder aus den Erzeugungsanlagen der Anlage stammt, ist hierfür unerheblich.

Nicht zuletzt spricht auch die geographische Ausdehnung der Anlage von insgesamt 15.277 m<sup>2</sup> über neun Flurstücke gegen ihre wirtschaftliche Unbedeutendheit.

Damit ist die Anlage in der Gesamtschau der dargestellten Umstände durchaus vergleichbar mit einem durch ein Energieversorgungsnetz versorgten Siedlungsgebiet, was das Vorliegen eines Netzes nahelegt. Hierfür spricht auch, dass ein Stromverbrauch von insgesamt 450.000 kWh/Jahr für zahlreiche Energieversorgungsunternehmen eine relevante Größe darstellt. Insgesamt kann daher von einer wirtschaftlichen Unbedeutendheit nicht mehr ausgegangen werden.

Das Argument der Antragstellerin, der Gesetzgeber habe den Grundfall einer Hausanlage innerhalb eines Gebäudes vor Augen gehabt und damit seien auch größere Hochhäuser mit bis zu 400 angeschlossenen Letztverbrauchern unter den Begriff der Kundenanlage zu subsumieren, geht fehl. Denn die Bewertung der wirtschaftlichen Bedeutung einer Anlage ist gerade anhand einer umfassenden Gesamtschau aller oben genannten Kriterien im konkreten Einzelfall vorzunehmen. Die Bewertung kann daher weder auf einzelne Kriterien beschränkt, noch auf allgemeine Aussagen gestützt werden, die pauschal auf alle Anlagen übertragen werden.

2.3. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung der Anlage kann dahinstehen, ob die

Antragstellerin die Anlage zum Zwecke der Belieferung von Letztverbrauchern im Wege der Durchleitung unabhängig von der Wahl des Lieferanten diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung stellt.

Die Erhebung von Kosten nach § 91 EnWG bleibt einem gesonderten Verfahren vorbehalten.

#### Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf) eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten. Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (§ 76 Abs. 1 EnWG).

Christian Mielke

Andreas Foxel

Jens Lück

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer