

Verbundvorhaben EnEFF:Stadt:InEs – Planung eines innovativen, erneuerbaren Energieversorgungssystems mit Sektorkopplung und Speicherung für ein Gewerbeareal im Bestand

Teilvorhaben: Umfassende Analyse der rechtlichen Rahmenbedingungen und juristische Ausgestaltung des Quartierskonzeptes

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski/Thomas Noack*

Dieser Aufsatz bildet den ersten Teil einer Reihe zu dem Verbundvorhaben EnEFF:Stadt:InEs, an dem das EWeRK maßgeblich beteiligt ist, und wird in der zweiten Ausgabe dieser Zeitschrift fortgeführt.

I. Das Projekt: Verbundvorhaben EnEFF:Stadt:InEs

Im sog. „InEs“ – Projekt soll ein innovatives Energieversorgungssystem für ein gewerbliches Quartier im nordbayerischen Oberfranken geplant werden.

1. Projektbeschreibung¹

Am Standort einer früheren Porzellanfabrik² wird hierfür in Zusammenarbeit mit den angrenzenden Firmen³ ein vernetztes Konzept durch gemeinsame Wärme- und Speichernutzung erstellt.

Für das Winterling-Areal gibt es bereits eine städtebauliche Master- und Entwicklungsplanung, Wunsch der Gemeinde ist es, die Weiternutzung des Altindustriearials zu ermöglichen und so einen großen Flächenverbrauch durch einen Neubau „auf der grünen Wiese“ zu vermeiden. Aktuell sind rund 90 % der Geschossflächen an Gewerbebetrieben wie z. B. einen Hersteller von LED-Straßenbeleuchtung, eine Schreinerei, einen Spieleversand sowie einen Hersteller von Fingerboards vermietet. Den größten Flächenanteil nutzen Logistikfirmen mit einem hohen Flächenverbrauch bei niedriger Arbeitskräftezahl. Nach der erfolgreichen Sanierung der Industriebrache sollen vermehrt Produktionsfirmen die Flächen nutzen und Arbeitsplätze schaffen.

Ziel des Vorhabens ist es auch, hohe Anteile erneuerbarer Energien durch Sektorkopplung und Integration von thermischen und elektrischen Speichertechnologien in diesem Gewerbegebiet zu erreichen und dabei die Energiewende im Wärmebereich in den Fokus zu nehmen.

Zwei BHKWs und eine ORC-Anlage befinden sich bereits ebenfalls innerhalb des Niederspannungsnetzes des Areals, sie werden mit Biogas betrieben, welches in einem innovativen Prozess bei der Abwasseraufbereitung der nahe gelegenen Hefefabrik entsteht.

Eine Biogasleitung verbindet die genannte Biogasanlage mit der Energiezentrale des Winterling-Areals.

Ergänzend zu den genannten Komponenten soll Photovoltaik- und Windstrom im Quartier integriert werden. Zusätzlich sollen weitere Aspekte wie moderne Mobilität (E-Autos, E-Bikes und Scooter) für die Region und rechtliche Rahmenbedingungen für die Vernetzung unterschiedlicher Partner bearbeitet werden.

2. Fördermittelgeber

Das zweijährige Forschungsprojekt wird im Rahmen des 7. Energieforschungsprogramms vom Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz im Förderbereich „Wärmeeffizienz für Quartiere“ gefördert. Es handelt sich um ein Verbundprojekt mit mehreren Verbundpartnern, assoziierten Partnern und Unterauftragnehmern und trägt das Förderkennzeichen 03EN3037A-D. Die Projektschuld summe liegt bei knapp 2 Millionen €. Das Verbundvorhaben wird vom Projektträger Jülich betreut.

II. Rechtliche Analyse

Die rechtliche Analyse wird sich in mehrere Veröffentlichungen aufteilen, einen Anfang bildet die folgende Untersuchung des Winterling-Areals in Bezug auf die Möglichkeit, dieses als Kundenanlage nach § 3 Nr. 24a) EnWG zu betreiben.

1. Einordnung des Winterling-Areals als Kundenanlage nach § 3 Nr. 24a EnWG

Die Frage lautet daher zunächst, ob es rechtlich möglich und zulässig ist, das Winterling-Areal als Kundenanlage i. S. d. § 3 Nr. 24a EnWG einzuordnen und zu betreiben.

Der Vorteil solcher Kundenanlage ist es, dass auf diese große Teile des EnWG keine Anwendung finden.⁴

Da eine Kundenanlage gerade kein Netz ist, ist auch der Betreiber der Kundenanlage nicht als Netzbetreiber zu quali-

* Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski ist geschäftsführender Direktor des EWeRK. Thomas Noack ist Wissenschaftlicher Leiter am EWeRK.

1 Eine detaillierte Projektbeschreibung findet sich auf der Projekthomepage: <https://ines-winterlingareal.de/projektbeschreibung/>.

2 Standort Winterling-Areal, Schwarzenbach a. d. Saale, vgl.: <https://ines-winterlingareal.de/lage/>.

3 FA. Stella Keramik (<https://www.stella-gruppe.com/>); FA Hagold.

4 Vgl. dazu Peiffer, in Assmann/Peiffer: BeckOK EnWG (4. Edition, Stand 1.6.2022), § 3 Nr. 4 EnWG, Rn. 2 ff.

fizieren, er unterliegt daher insbesondere nicht den Netzanschluss- und Netzzugangspflichten aus § 17 EnWG und § 20 EnWG und benötigt auch keine Genehmigung nach § 4 EnWG.

Ferner finden innerhalb der Kundenanlage die Entflechtungsvorgaben der §§ 6 ff. EnWG keine Anwendung, der Kundenanlagenbetreiber kann daher selbst Energie erzeugen und damit Letztverbraucher über seine eigenen Energieleitungen beliefern. Insoweit würde der Kundenanlagenbetreiber zwar zum Energieversorgungsunternehmen werden und daher den für diese geltenden Vorschriften unterliegen, netzbezogene Pflichten hat er allerdings nicht zu erfüllen.

Ob das Areal als Kundenanlage betrieben werden kann, richtet sich nach § 3 Nr. 24a EnWG, wonach Kundenanlagen definiert sind als

Energieanlagen zur Abgabe von Energie,

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

Zu untersuchen ist demnach, ob das Areal – genauer gesagt, dessen Hauptgebäude – diese vier Voraussetzungen einer Kundenanlage erfüllt.

a. Räumlich zusammenhängendes Gebiet

Erste Voraussetzung für die Einordnung als Kundenanlage ist das Vorliegen eines räumlich zusammenhängenden Gebiets – erfasst sein sollen nach der Gesetzesbegründung⁵ i. d. R. eng begrenzte Hausanlagen innerhalb von Gebäuden oder Gebäudekomplexen.⁶

Diese Voraussetzungen erfüllt das Hauptgebäude, das 40.000m² Bruttogeschossfläche umfasst, zunächst. Allerdings handelt es sich um eine relativ große Bruttogeschossfläche, die zum Beispiel auch in Wohnhochhäusern erreicht werden kann, und – wegen der Gewerbemieter – um eine Anlage, über die relativ viel Strom verbraucht werden kann. Die rechtliche Kernfrage lautet deshalb, ob und unter welchen Voraussetzungen Gewerbeflächen diesen Umfangs von der Netzregulierung des EnWG ausgenommen sein dürfen.

Der Europäische Gerichtshof hat im Verfahren CitiWorks darauf hingewiesen, dass das europäische Recht den Mitgliedstaaten lediglich gestatte, für kleine, isolierte Netze Ausnahmen von der Regulierung zu machen.⁷ Seit dieser Entscheidung des EuGH wird in Deutschland zwischen den Netzen der öffentlichen Versorgung auf der einen und Kundenanlagen auf der anderen Seite unterschieden. Daneben stehen geschlossene Verteilernetze (§ 110 EnWG), die der Netzregu-

lierung zwar unterworfen, aber mit gewissen Privilegien ausgerüstet sind.

Ausgehend von der Grundentscheidung des nationalen Gesetzgebers, Kundenanlagen nach § 3 Nr. 24a EnWG zuzulassen, hat der BGH am 12.11.2019⁸ den Begriff „Kundenanlage“ weiter präzisiert. Der zentrale Gesichtspunkt für die Frage, ob ein Elektrizitätsversorgungsnetz vorliegt, ist nach der Rechtsprechung des BGH das Kriterium der Versorgung Dritter.⁹ Weder das EnWG noch die unionsrechtlichen Richtlinien, zu deren Umsetzung das EnWG ergangen sei, würden eine Definition des Begriffes „Netz“ enthalten. Die Auslegung des Begriffes müsse aus einer Zusammenschau der energiewirtschaftsrechtlichen Begriffsbestimmungen unter Berücksichtigung der Zielsetzungen des Gesetzes entwickelt werden.¹⁰ Im Ergebnis kommt der BGH dabei zu einem weiten Verständnis des Netzbegriffes.¹¹ Hingegen stelle § 3 Nr. 24a EnWG darauf ab, ob das erfasste Gebiet in dem Sinne räumlich abgegrenzt sei, dass sich innerhalb des Gebietes keine Letztverbraucher befänden zu deren Versorgung weitere Energieanlagen zur Abgabe von Energie einrichtet oder notwendig seien.¹² Geradezu sei dies bei Hausanlagen idealtypisch verwirklicht, zusätzliche Stromleitungen seien nämlich weder erforderlich, noch sinnvoll, noch möglich.¹³

Überträgt man diese Grundsätze auf das Hauptgebäude des Areals, so zeigt sich, dass dieses eine **idealtypische Kundenanlage** darstellt. Innerhalb der Niederspannungsanlage dieses Areals werden für die Versorgung sämtlicher Letztverbraucher keine weiteren Energieanlagen zur Abgabe von Energie, also keine weiteren Hausanschlüsse an das angrenzende Energieversorgungsnetz und keine weiteren Installationsanlagen für diese Strom- und Gasabnehmer, eingerichtet oder notwendig. So wie das Gebäude früher einmal eine neben dem Netz der allgemeinen Versorgung entwickelte Hausanlage war, soll dies auch künftig der Fall sein. Letztlich bedeutet dies, dass das Winterling-Areal geradezu idealtypisch die Anforderungen an ein **räumlich zusammengehörendes Gebiet** im Sinne des § 3 Nr. 24a EnWG erfüllt.

b. Verbindung mit einem Energieversorgungsnetz oder mit einer Erzeugungsanlage

Die zweite Voraussetzung für die Einordnung als Kundenanlage – das Vorliegen einer Verbindung mit einem Energieversorgungsnetz oder mit einer Erzeugungsanlage – erfüllt das mit einem Niederspannungsnetz ausgestattete Hauptgebäude

5 BT-Drs. 17/1672, S. 51.

6 Ähnlich bereits OLG Stuttgart v. 27.5.2010 – Az. 202 EnWG 1/10 = RdE 2011, 62.

7 EuGH vom 22.5.2008 – C-439-06, juris; Vorlagefrage vom OLG Dresden vom 17.10.2006 – W 1109/06, juris; zu beiden Entscheidungen vertiefend *Staebe* in :Ortlieb/Staebe, Praxishandbuch Geschlossene Verteilernetze und Kundenanlagen, 2014, ab S. 22.

8 BGH 12.11.2019 – EnVR 65/18 Rn. 20ff.

9 BGH a.a.O. Rn. 20 unter Hinweis auf BGH vom 18.10.2011 – EnVR 68/10, GuT 2012, 144 Rn. 9.

10 BGH a.a.O. Rn. 20 zuvor bereits BGH vom 18.10.2011 – EnVR 68/10, GuT 2012, 144 Rn. 8.

11 BGH a.a.O. Rn. 21.

12 BGH a.a. O. Rn 24.

13 BGH a.a.O. Rn 24.

des Winterling-Areals ohne Weiteres, denn es ist über Transformatoren an die Mittelspannungsebene der Stadtwerke Schwarzenbach angeschlossen. Da sich dies auch nach der Sanierung nicht ändern wird, besteht auch weiter eine Verbindung mit einem Energieversorgungsnetz.

c. Unbedeutend für den Wettbewerb

Nach § 3 Nr. 24a lit c) EnWG liegt eine Kundenanlage schließlich nur dann vor, wenn sie für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas unbedeutend ist.

Entscheidend, so der BGH am 12.11.2019,¹⁴ ist, dass es in diesen Fällen offensichtlich an einem Regulierungsbedürfnis fehlt.¹⁵ Die Anlage muss, so der BGH weiter, nicht nur für den Wettbewerb bei der Belieferung mit Strom, also auf der Handelsebene, unbedeutend sein, sondern auch für die Wettbewerbssituation der Netzbetreiber untereinander.¹⁶ Dies, so der BGH, ergebe sich aus der Zielsetzung des EnWG und der gesetzlichen Definition der Versorgung, auf welche sich der Wettbewerb beziehe.

Ob eine Energieanlage für einen bestimmten Wettbewerb unbedeutend sei, müsse auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung entschieden werden. Hierzu seien, nach der Gesetzesbegründung, die Anzahl der angeschlossenen Letztverbraucher, die geographische Ausdehnung, die Menge der durchgeleiteten Energie, aber auch sonstige Merkmale, wie etwa weitere angeschlossene Kundenanlagen, oder Vertragsgestaltungen zu berücksichtigen.¹⁷

Eine für den Wettbewerb unbedeutende Kundenanlage liege vor, wenn die Ziele des EnWG nicht beeinträchtigt werden, sofern das als Kundenanlage betriebene System der Stromleitungen nicht reguliert sei. Da die Kundenanlage begrifflich stets erfordere, dass sie jedermann zum Zweck der Belieferung der angeschlossenen Netzverbraucher im Wege der Durchleitung, unabhängig von der Wahl des Energielieferanten, diskriminierungsfrei und entgeltlich zur Verfügung gestellt werde, betreffe das Merkmal der wettbewerblichen Unbedeutsamkeit die Fälle, in denen die Energieanlage, trotz diskriminierungsfreier und unentgeltlicher Belieferung der angeschlossenen Letztverbraucher, den Versorgungswettbewerb und die mit dem Regulierungsrecht verfolgten Ziele – insbesondere angesichts ihrer Größe – mehr als unbedeutend beeinflusse.¹⁸

Für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung sei neben dem diskriminierungsfreien Zugang ausschlaggebend, inwieweit die Kundenanlage im Hinblick auf eine sichere Energieversorgung, die Investitionsbereitschaft in das Netz und die grundsätzlich erstrebende Trennung von Erzeugung und Versorgung unbedeutend sei.¹⁹

Letztlich sei eine Energieanlage für den Wettbewerb immer dann unbedeutend, wenn sie weder in technischer, noch in wirtschaftlicher, noch in versorgungsrechtlicher Hinsicht ein Ausmaß erreiche, dass Einfluss auf den Versorgungswettbewerb und die durch die Regulierung bestimmte Lage des Netzbetreibers haben könne.²⁰

Nicht mehr unbedeutend für den Wettbewerb sei die Energieanlage, wenn sie nach Kundenzahl, geographischer Ausdehnung, Strommenge oder sonstigen Strukturmerkmalen eine Größe erreicht habe, die mehr verlange und ermögliche, als die bloße Gewährleistung des Zugangs der angeschlossenen Letztverbraucher:innen zum örtlichen Verteilernetz (§ 3 Nr. 29c EnWG), weil das System der elektrischen Leitungen der Anlage nach Umfang und wirtschaftlicher und technischer Bedeutung für eine Verteilung von Energie im Sinne des § 3 Nr. 37 EnWG spreche.²¹

Daher scheidet im Regelfall eine Einordnung als für den Wettbewerb unbedeutend aus, wenn:

- mehrere 100 Letztverbraucher angeschlossen sind,
- die Anlage eine Fläche von deutlich über 10.000 m² versorgt
- die jährliche Menge an durchgeleiteter Energie voraussichtlich 1.000 MWh deutlich übersteigt
- und mehrere Gebäude angeschlossen sind.²²

Betrachtet man aus dieser Perspektive das Winterling-Areal, so geht es im Kern um ein einziges Gebäude, nämlich das frühere Fabrikgebäude der Porzellanfabrik Winterling. Dieses Gebäude bildet eine Einheit. Es handelt sich um eine Hausanlage, die, so der BGH, die Kundenanlage idealtypischerweise verwirklichte.²³ Denn unzweifelhaft, so der BGH,²⁴ ist die von einem Vermieter betriebene Hausverteilungsanlage im Innenbereich eines Gebäudes unabhängig von dessen Größe kein Verteilernetz.²⁵

Die Ausrüstung von Hausanlagen mit Versorgungsleitungen für die jeweiligen Mieter oder Pächter ist nicht Aufgabe der Netzbetreiber, sondern ausschließlich Aufgabe der Eigentümer der jeweiligen Immobilie. Sie sind verantwortlich dafür, dass die Immobilie mit einem Leitungssystem (hier Niederspannung) ausgestattet ist, das den Anschluss der Immobilie an das öffentliche Netz erlaubt.

Dies ist der Grund, warum Hausanlagen idealtypische Kundenanlagen sind. Das heißt, Häuser können klein oder groß sein – in jedem Falle handelt es sich um Kundenanlagen, da es genuine Aufgabe der Gebäudeeigentümer ist, die Häuser mit angemessenen Leitungen für die Mieter/Pächter auszurüsten. Häuser gehören nicht zum öffentlichen Netz.

Darauf weist der BGH, wie eben zitiert, ausdrücklich hin, denn die Frage, ob eine Kundenanlage für den Wettbewerb bedeutend oder unbedeutend ist, stellt sich überhaupt erst dann, wenn es um mehrere Gebäude geht, die angeschlossen sein sollen.

¹⁴ EnVR 65/18 juris, Rn. 26.

¹⁵ So auch *Wolf*, EnWZ 2018, 387, 389.

¹⁶ BGH a.a.O. Rn. 27 unter Hinweis auf Hack in: Danner/Theobald, Energierecht, 2014, Contracting Rn. 235.

¹⁷ BGH a.a.O. Rn. 28 unter Hinweis auf BT-Drucks. 17/6072, S. 52.

¹⁸ BGH a.a.O. Rn. 29.

¹⁹ BGH a.a.O. Rn. 30.

²⁰ BGH a.a.O. Rn. 31.

²¹ BGH a.a.O. Rn. 32.

²² BGH a.a.O. Rn. 32.

²³ BGH a.a.O. Rn. 24.

²⁴ BGH, Beschl. v. 13.12.2022 – EnVR 83/20 = NJOZ, 2023, 154.

²⁵ So schon u. a. *Schwintowski*, EWeRK 2020, 160, 161.

Alles andere wäre überraschend und widersinnig. Würde man nämlich tatsächlich das Hauptgebäude als dem öffentlichen Netz zugehörend einordnen, so würde dies bedeuten, dass der örtliche Netzbetreiber (SW Schwarzenbach) verpflichtet wäre, dass Niederspannungsnetz innerhalb des Fabrikgebäudes als Teil des öffentlichen Netzes zu installieren, zu betreiben und den einzelnen Mietern dafür Netzzugang zu gewähren sowie entsprechende Netzentgelte zu verlangen.

Damit aber würden einzelne (wenn auch größere) Hausanlagen Teil des öffentlichen Netzes werden. Dies ist weder nach den europäischen Richtlinien noch dem nationalen Energierecht Sinn und Zweck des Regulierungsrechtes. Das Bauen von Häusern/Fabriken und das Ausstatten dieser Immobilien mit geeigneten Niederspannungsanlagen ist nicht Aufgabe der öffentlichen Netzbetreiber, sondern allein Aufgabe der Immobilieneigentümer.

Erst dann, wenn es darum geht, dass mehrere Gebäude, die durch Straßen und Grünanlagen getrennt sein können, in einer Energieanlage gebündelt werden sollen, stellt sich überhaupt die Frage, um die es dem BGH geht. Bei mehreren Gebäuden kommt es darauf an, wie viele Gebäude es sind, wie viele Letztverbraucher angeschlossen werden sollen, wie groß die Fläche ist, auf der die Gebäude stehen und wieviel Energie voraussichtlich jährlich durchgeleitet wird. Demgegenüber kann eine einzelne Hausanlage eine große Zahl an Geschossflächen umfassen, etwa wenn es sich um Hochhäuser, Hotels oder Fabrikgebäude handelt.

Die Konsequenz hieraus ist, dass es der Gesamtwürdigung, von der der BGH aus seiner Sicht (mehrere Gebäude) zurecht spricht, bei Hausanlagen nicht nur nicht bedarf, sondern dort auch keinen Sinn gibt. Hausanlagen sind vielmehr idealtypisch der Netzregulierung entzogen, sie verkörpern sozusagen das nicht-Netz par excellence. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Hausanlage klein oder groß ist. Es spielt auch keine Rolle, wie viel Strom in dieser Hausanlagen zu den Letztverbrauchern befördert wird. Entscheidend ist und bleibt, dass es sich um eine Hausanlage handelt, die eben deshalb der Netzregulierung entzogen ist.

Aus diesen Gründen erfüllt das Winterling-Areal auch das Merkmal unbedeutend für den Wettbewerb, weil eine Hausanlage definitionsgemäß für den Netzwettbewerb unbedeutend ist.

d. Diskriminierungsfreie, unentgeltliche Zurverfügungstellung zum Zwecke der Belieferung der angeschlossenen Letztverbraucher

Der in § 3 Nr. 24a EnWG definierte Begriff Kundenanlage setzt ferner voraus, dass diese „jedermann zum Zwecke der Belieferung der angeschlossenen Verbraucher im Wege der Durchleitung unabhängig von der Wahl des Energielieferanten diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt“ wird. Dies bedeutet, dass die an eine Kundenanlage angeschlossenen Mieter/Pächter einen Anspruch darauf haben, dass die Hausanlage (hier: das Niederspannungsnetz im Fabrikgebäude Winterling)

- Unabhängig von der Wahl des Energielieferanten,
- diskriminierungsfrei und
- unentgeltlich
- zur Verfügung gestellt wird.

Die Verbraucher, die an eine Kundenanlage angeschlossen sind, haben somit freie Wahl des Energielieferanten.²⁶ Gemeint ist im vorliegenden Zusammenhang die Belieferung mit Strom. Darüber hinaus wird das Niederspannungsnetz diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt.

aa. Freie Wahl des Stromlieferanten

Die Mieter/Pächter von Gewerbeflächen in einer Kundenanlage wie dem Winterling haben folglich die freie Wahl des Stromlieferanten. Diese Voraussetzung liegt nicht vor, wenn der Betreiber der Kundenanlage den angeschlossenen Letztverbrauchern die Wahl des Stromlieferanten nicht überlässt, sondern vielmehr selbst als Energieversorgerin auftritt und den in Anspruch genommenen Strom direkt und gesondert mit den Letztverbrauchern abrechnet.²⁷

Die Mieter/Pächter haben somit das Recht ihren Stromlieferanten frei zu wählen. Diese Wahlfreiheit schließt die Freiheit des Letztverbrauchers ein, sich im Wettbewerb von Stromanbietern jeder Art versorgen zu lassen. Sollte beispielsweise der Betreiber der Kundenanlage selbst Strom erzeugen und am Markt anbieten, so können die Mieter/Pächter innerhalb der Kundenanlage jederzeit und ohne Beschränkung auch von diesem Unternehmen Strom frei beziehen. Entscheidend ist nur, dass es keine Exklusivitätsvereinbarung durch den Betreiber der Kundenanlage, also eine Bindung an einen ganz bestimmten Stromlieferanten geben darf.

Insoweit sind, wie die Gesetzesbegründung ausweist, auch Beistellvereinbarungen unzulässig.²⁸

Bei einer Beistellvereinbarung würden die Mieter den Stromliefervertrag frei mit einem Anbieter im Wettbewerb schließen. Dieser Anbieter dürfte den Strom allerdings nur bis zum Zählpunkt der Kundenanlage liefern. Dort würde er von dem Betreiber der Kundenanlage übernommen und physisch den Mietern zur Verfügung gestellt werden. Eine solche Beistellvereinbarung würde dazu führen, dass der Stromlieferant keine echte Kundenbeziehung zum Mieter hätte, sondern immer den Umweg über den Kundenanlagenbetreiber gehen müsste. Das wäre unzulässig.

Zulässig dagegen wäre es, wenn ein oder mehrere Mietern einen Dienstleister mit dem Stromeinkauf betrauen würden. Es würde eine Einkaufskooperation zugunsten bestimmter Mieter entstehen. Auf diese Weise könnten Kostenvorteile ausgenutzt werden. Als Dienstleister für eine solche Einkaufskooperation einiger oder auch aller Mieter könnte auch der Kundenanlagenbetreiber (gegen Entgelt) tätig werden. Wichtig ist nur, dass die Mieter die freie Wahl behalten, ob sie sich in dieser Weise zu einer Einkaufskooperation zusammen-

²⁶ BT-Drucks 17/6072, S. 51.

²⁷ BGH vom 12.11.2013-EnVZ 11/13 BeckRS 2013, 21745.

²⁸ BT-Drucks 17/6072, S. 51; allg. M. Voß/Weise/Heßler, EnWZ 2015, 14; Schreiner in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG Kommentar § 3 Rn.: 130.

schließen wollen. Wenn sie dies nicht wollen, dann sind sie völlig frei und können sich mit Strom von einem Lieferanten nach freier Wahl beliefern lassen.

bb. Unentgeltlichkeit

Die Kundenanlage muss (das ist ein zwingendes Merkmal) den Nutzern unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden. Es darf, mit anderen Worten, kein gesondertes Netznutzungsentgelt verlangt werden. Das gilt sowohl für die Lieferanten von Strom als auch für die Mieter/ Pächter innerhalb der Kundenanlage.

Unentgeltlichkeit ist, so die Gesetzesbegründung, auch dann gegeben, wenn die Kundenanlage im Rahmen des vertraglichen Gesamtpaketes, zum Beispiel im Rahmen eines Miet- oder Pachtvertrages, zur Verfügung gestellt wird. Dies bedeutet, die Kundenanlage als Teil der Gesamtimmobilie geht in die Gesamtkalkulation der Miete und der Pacht ein, und zwar als ein (unselbstständiger) Rechnungsposten. Die Kundenanlage (das Niederspannungsnetz) wird somit nicht gesondert in Rechnung gestellt, sondern teilt das Schicksal der Gesamtkalkulation für eine Gewerbefläche in der Fabrikanlage Winterling. Daraus folgt auch, dass etwaige Kosten für die Instandhaltung, Wartung oder den Ausbau des Niederspannungsnetzes innerhalb des Fabrikgebäudes Winterling nicht in Rechnung gestellt werden dürfen, sondern pauschaler Bestandteil der Miete/Pacht sind. Es spielt auch keine Rolle, wie viel Energie jeweils durch die Kundenanlage geleitet wird.²⁹

cc. Diskriminierung/Umgehung

Das Tatbestandsmerkmal der Unentgeltlichkeit liegt, so heißt es in der Gesetzesbegründung, nicht vor im Falle einer prohibitiven Preisgestaltung oder eines sonstigen Umgehungstatbestandes.³⁰ Damit konkretisiert der Gesetzgeber den Missbrauchstatbestand des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB. Diese Norm ist auf Kundenanlagen neben § 3 Nr. 24a EnWG anwendbar, wie § 111 EnWG klarstellt. Das liegt daran, dass es sich bei einer Kundenanlage um ein natürliches Monopol handelt, denn Nutzer (Mieter/Pächter) der Kundenanlage können auf kein anderes Versorgungssystem als das, das sie in der Kundenanlage vorfinden, ausweichen. Sie sind also an die Kundenanlage gebunden, captured. Folglich müssen die Zugangs- und Entgeltbedingungen angemessen und diskriminierungsfrei gestaltet sein. Genau das ist das Ziel, das auch der Wortlaut von § 3 Nr. 24a EnWG verfolgt. Insoweit sind die Schutzrichtungen des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB und § 3 Nr. 24a EnWG inhaltsgleich.

(1) Prohibitive Preisgestaltung

Der Gesetzgeber weist ausdrücklich darauf hin, dass von einer Unentgeltlichkeit immer dann keine Rede sein kann, wenn der Miet- oder Pachtzins womöglich prohibitiv, also viel zu hoch, gestaltet sein sollte. Eine solche prohibitive Preisgestaltung könnte etwa dann anzunehmen sein, wenn der Betreiber einer Kundenanlage eine Kaltmiete erhebt und daneben Strom oder Gas zu einem Preis liefert, der 20% oder 30% oberhalb des durchschnittlichen Marktpreises ver-

gleichbare Energiemengen liegt. In diesem Falle könnten sich zwar der Mieter/ Pächter von einem unabhängigen Dritten mit Energie beliefern lassen, tut dies aber möglicherweise nicht, weil ihm entweder die rechtlichen Zusammenhänge nicht klar sind, oder aber er seinen Standort nicht gefährden möchte. Darüber hinaus ist es denkbar, dass Abhängigkeitslagen anderer Art zwischen den Mietern/ Pächtern und dem Betreiber der Kundenanlage bestehen, die es dem Mieter/ Pächter erschweren, einen preiswerteren Energielieferanten seiner Wahl zu nehmen.

In einem solchen Fall wäre die Unentgeltlichkeit, die § 3 Nr. 24a EnWG fordert, wegen prohibitiver Preisgestaltung gefährdet. Die Energiepreisgestaltung wäre missbräuchlich. Dies würde gegen § 3 Nr. 24a EnWG und zugleich gegen § 134 BGB (Verstoß gegen ein Verbotsgesetz) verstoßen. Infolgedessen wäre die überhöhte Preisgestaltung zulasten der Mieter/ Pächter nichtig, überzahlte Energiekosten müssten wegen der darin liegenden Bereicherung des Betreibers der Kundenanlage herausgegeben werden (§§ 812, 818 BGB).

(2) Sonstige Umgehungstatbestände

Aus der Praxis der Gerichte sind Umgehungstatbestände nicht bekannt. Denkbar wäre, dass der Betreiber der Kundenanlage neben der Kaltmiete eine Umspanngebühr oder eine Trafoumlage erheben würde. Das wären verkappte Netznutzungsentgelte.

Andererseits kann der Inhaber der Kundenanlage jederzeit über die Frage nachdenken, ob er seine Kaltmiete eigentlich richtig berechnet hat. Die Kaltmiete amortisiert typischerweise sämtliche Aufwendungen in einem mit dem Grundstück verbundenen Gebäude, und damit auch die energieleitenden Gebäudebestandteile (hier: das Niederspannungsnetz in der Fabrikhalle Winterling).

e. Wesentliche Ergebnisse zu 1.

Bei dem Hauptgebäude des Areals handelt es sich um eine von der Netzregulierung befreite Kundenanlage (§ 3 Nr. 24a EnWG). Entscheidend ist, dass es sich um eine typische Hausanlage, nämlich um ein gesamtheitliches Fabrikgebäude handelt. Typische Hausanlagen sind, so der BGH und die Gesetzesbegründung der Netzregulierung entzogen, weil andernfalls der Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes verpflichtet wäre, das Netz innerhalb der Hausanlage als Teil des Netzes der öffentlichen Versorgung zu errichten und zu betreiben. Damit würde die Gesamtheit aller Netznutzer mit den Kosten für die Errichtung und den Betrieb von Hausanlagen belastet werden. Dies ist sowohl europa- als auch nationalrechtlich so nicht vorgesehen. Vielmehr obliegt es den Eigentümern von Hausanlagen, die Ausstattung der Immobilien nach eigener Entscheidung in dem Umfang vorzunehmen, wie dies für die zukünftigen Mieter/ Pächter sinnvoll und erforderlich ist. Die Entscheidung darüber obliegt allein den Eigentümern der Immobilie.

²⁹ Schreiner in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG Kommentar § 3 Rn.: 131.

³⁰ BT-Drucks 17/6072, S. 51.