

Der Rechtsrahmen der „Kundenanlage“ nach aktuellen Gerichts- entscheidungen

24. Januar 2019

Workshop Kundenanlage im
Spiegel der aktuellen
Entscheidungspraxis des

Instituts für Energie-
wirtschaftsrecht der
Universität zu Köln - EWiR

Agenda

I. Allgemeines zur Kundenanlage

II. Die aktuellen Entscheidungen:

- OLG Frankfurt, Beschl. v. 08.03.2018, Az. 11 W 40/16 (Kart)
- OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 48/17 (V)
- OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 77/17 (V)

III. Kritik

IV. Konsequenzen

Allgemeines zur Kundenanlage

Nicht regulierte
Kundenanlagen
§ 3 Nr. 24 a) und b)

Geschlossene
Verteilernetze
§ 110

Regulierte Netze
§ 3 Nr. 16 und 17

- Kundenanlage weitestgehend unreguliert; dient zur Abgrenzung zum regulierten Netz
- Netz: Regulierungsregime für Netzbetreiber und ggf. für vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen, insb.:
 - Netzzugang
 - ARegV
 - Ggf. Einhaltung der Entflechtungsvorgaben

Allgemeines zur Kundenanlage

Kundenanlage, § 3 Nr. 24a EnWG

auf einem räumlich
zusammengehörenden Gebiet

Kundenanlage zur betrieblichen
Eigenversorgung, § 3 Nr. 24b EnWG

auf einem räumlich zusammen-
gehörenden **Betriebsgebiet**

Energieanlage zur Abgabe von Energie

mit Verbindung zum Energieversorgungsnetz oder zu Erzeugungsanlage

unbedeutend für einen wirksamen
und unverfälschten Wettbewerb

fast ausschließlich betriebs-notweniger
Transport innerhalb des eigenen bzw. zu
verbundenen Unternehmen oder
ausschließlich Abtransport

Möglichkeit der diskriminierungsfreien und
unentgeltlichen Durchleitung für Dritte

OLG Frankfurt, Beschl. v. 08.03.2018, Az. 11 W 40/16 (Kart)

Sachverhalt:

- 397 Wohneinheiten (Letztverbraucher) in 7 Gebäuden mit 31 Hauseingängen,
- über mehrere Grundstücke verteilt,
- Strommenge im Verhältnis zur Strommenge des vorgelagerten NB: weniger als 1 Promille

Entscheidung:

- keine Kundenanlage
- Zweifel bei den einzelnen Tatbestandsmerkmalen führten aufgrund des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zur Ablehnung des Vorliegens einer Kundenanlage

OLG Frankfurt, Beschl. v. 08.03.2018, Az. 11 W 40/16 (Kart)

„Unentgeltlichkeit“ i. S. d. § 3 Nr. 24a lit. d EnWG: (-)

- sei zentrales Kriterium der Kundenlage!
 - nicht nur kein Durchleitungsentgelt gegenüber Lieferanten, sondern auch nicht gegenüber Verbrauchern
 - daher: verbrauchsabhängiges Entgelt sei unzulässig, aber verbrauchsunabhängige Umlage für Kosten der Kundenanlage möglich
 - hoher Strompreis spreche für ein verstecktes Netznutzungsentgelt
 - Beweislast liege beim Betreiber der Anlage
- ➔ „Unentgeltlichkeit“ sei in dem Fall nicht nachgewiesen und daher nicht gegeben

***OLG Frankfurt, Beschl. v. 08.03.2018,
Az. 11 W 40/16 (Kart)***

Ob „räumlich zusammengehörendes Gebiet“ i. S. d. § 3 Nr. 24a lit. a) EnWG sei zweifelhaft:

- Problemlos sei die Belegenheit auf einem Grundstück
- Frage des Einzelfalls: mehrere Grundstücke, dann noch „Wahrnehmung als einheitlich“?
- Querende Straßen könnten die räumliche Zusammengehörigkeit stören

***OLG Frankfurt, Beschl. v. 08.03.2018,
Az. 11 W 40/16 (Kart)***

**Ob „unbedeutend für den Wettbewerb“ i. S. d. § 3 Nr. 24a lit.
c) EnWG sei zweifelhaft:**

- laut Gesetzesbegründung aufgefächert in
 - Anzahl Letztverbraucher,
 - geographische Ausdehnung,
 - durchgeleitete Energie,
 - sonstige Merkmale

***OLG Frankfurt, Beschl. v. 08.03.2018,
Az. 11 W 40/16 (Kart)***

**„unbedeutend für den Wettbewerb“ i. S. d. § 3 Nr. 24a lit. c)
EnWG: zweifelhaft**

- „Anzahl der Letztverbraucher“
 - Letztverbraucher nach § 3 Nr. 25 : eher Anzahl der Haushalte und Anschlüsse als Anzahl der versorgten Personen
 - kein relative sondern absolute Bewertung
 - nicht Anteil der Entnahmestellen und der Entnahmen in kWh im Verhältnis zum Anschlussversorgungsnetz
 - keine kartellrechtliche Bagatell- oder Spürbarkeitsgrenze
 - aber keine absolute Obergrenze (Gesetzesbegründung „je größer“ / „desto mehr“)
 - mehr als 100 angeschlossene Letztverbraucher seien zuviel

OLG Frankfurt, Beschl. v. 08.03.2018, Az. 11 W 40/16 (Kart)

- „geographische Ausdehnung“:
 - Ausmaße dürften überschritten sein
- „durchgeleitete Energie“:
 - fraglich, ob neben angeschlossener Letztverbraucheranzahl eigenständige Bedeutung
 - jedenfalls keine ausdrückliche Schwellenwerte vorgegeben
 - weniger als 1 Promille der Energiemenge im vorgelagerten Netz ohne Gewicht

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 77/17 (V)

Sachverhalt:

- 20 Einfamilienhäuser als eine WEG (jeder Reihenhauseinhaber 1/20 Miteigentumsanteil)
- Grundstück (zwei Flurstücke),
- 1 gemeinsames BHKW,
- Wohngebiet getrennt durch Erschließungsstraße, Tempo 30

Entscheidung:

- Kundenanlage gemäß § 3 Nr. 24a EnWG liegt vor

***OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2018,
Az. VI-3 Kart 77/17 (V)***

**„räumlich zusammenhängendes Gebiet“ i. S. d. § 3 Nr. 24a
lit. a) EnWG: (+)**

- nach außen abgegrenzt und nach innen Verbundenheit
- optische Beschaffenheit einer Reihenhaussiedlung (2 Stockwerke, Flachdach, teilweise bunter Anstrich) als Hinweis auf ein räumlich zusammenhängendes Gebiet
- Straße ist grundsätzlich trennend, aber Erschließungsstraße (Tempo 30) kann im Einzelfall verbinden

andere Tatbestandsmerkmale (lit. b) bis lit. d))

- nicht problematisch

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 48/17 (V)

Sachverhalt

- Standort A:
 - 457 Wohnungen in 22 Gebäuden, auf 13 Grundstücken, 45.000 qm, Querung durch vierspurige Straße mit Mittelstreifen
- Standort B:
 - 25 Mehrfamilienhäuser plus 5 Neubauten (unterschiedliche Optik), insgesamt 515 Wohnungen in 30 Gebäuden auf 17 Grundstücken, 53.000 qm, durchquert von mehreren Straßen und Wegen

Entscheidung: keine Kundenanlagen; bei Standort A fehle bereits Merkmal des räumlichen Zusammenhanges; Standort B nicht unbedeutend für Wettbewerb

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 48/17 (V)

Zunächst

- Kein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot durch die Definition der Kundenanlage, Verwendung unbestimmter Rechtsbegriff möglich
- Kein Vergleich mit § 12b Abs. 5 StromStV und dem dortigen Radius von 4,5 km um die jeweilige Stromerzeugungseinheit, da unterschiedliche Bewertung im Steuerrecht und Energierecht:

„im Unterschied zum Regelungsgegenstand der Stromsteuer-Durchführungsverordnung ist die Abgrenzung von reguliertem Netz und der Regulierung nicht unterworfenen Kundenanlagen in heterogenen Sachverhaltsgestaltungen vorzunehmen, in denen die spezifischen tatsächlichen Umstände des Einzelfalles konkret zu würdigen sind.“ [Herv.d.d.V.]

***OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2018,
Az. VI-3 Kart 48/17 (V)***

**„räumlich zusammenhängendes Gebiet“ i. S. d. § 3 Nr. 24a
lit. a) EnWG:**

- nach außen
 - typischerweise einzelne Gebäude oder Gebäudekomplexe
 - Erstreckung auf mehrere Grundstücke im Einzelfall möglich
- nach innen:
 - wird durch „trennende Elemente“ aufgehoben
Bspw. : Straßen, Brücken, Gleise
 - gemeinsames Wärmeversorgungsnetz irrelevant
 - Standort B: ob räumlich zusammenhängend sei fraglich
 - Standort A: nicht gegeben

***OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2018,
Az. VI-3 Kart 48/17 (V)***

**„für den Wettbewerb unbedeutend“ i. S. d. § 3 Nr. 24a lit. c
EnWG: (-)**

- Tatbestandsmerkmal mit eigener Bedeutung neben lit. d)
- Regulierungsbedürftigkeit nach wertender Gesamtbetrachtung
*„Nicht das regulierte Netz, sondern Ausnahmen von der
Regulierung sind demnach geeignet, den Wettbewerb zu
stören und zu verfälschen.“*
- Regulierte Kundenanlagen sind keine Erweiterung des Wettbewerbs
- „unbedeutend“ nicht gleich „schädlich“ für den Wettbewerb

***OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2018,
Az. VI-3 Kart 48/17 (V)***

**„für den Wettbewerb unbedeutend“ i. S. d. § 3 Nr. 24a lit c
EnWG: (-)**

- Wesentliches Kriterium: Anzahl der an das Netz angeschlossenen Letztverbraucher
- keine kartellrechtliche Spürbarkeitsgrenze erforderlich
- keine Pflicht der BNetzA, genauen Grenzwert festzulegen, da wertende Gesamtbetrachtung des Einzelfalls erforderlich ist.
- Die Bedeutung für den Wettbewerb ist absolut zu bewerten
- Es kommt nicht auf das mengenmäßige Verhältnis zu vorgelagerten Märkten an
- 457 bzw. 515 zu versorgende Letztverbraucher sind zu viel

Kritik (1)

Urteile sind grundsätzlich nachvollziehbar und im Ergebnis wohl überwiegend zutreffend.

Zu Recht wird die Sichtweise einzelner Akteure abgelehnt, die Tatbestandsmerkmale des § 3 Nr. 24 lit. a EnWG hätten nur Indizfunktion.

Die weite Auslegung des Netzbegriffs erscheint jedenfalls als prozessuale Regel zutreffend: wer behauptet, eine Kundenanlage zu betreiben, muss dies im Zweifel darlegen und beweisen.

Die Bedeutung der Unentgeltlichkeit wird zutreffend erfasst. Ob ein höherer Preis grundsätzlich darauf hindeutet, dass ein verstecktes Netzentgelt gefordert wird, kann aber bezweifelt werden. Stellt gewissermaßen eine neue „Vermutungsregel“ auf. Erinnert an die Regelung in § 110 EnWG für geschlossene Verteilernetze.

Kritik (2)

Insbesondere die Aussagen zur räumlichen Geschlossenheit sind nachvollziehbar. Es handelt sich um ein normatives Kriterium.

- Anders als teilweise vertreten wird, auch nicht „bloßer Grobfilter“.
- Dass eine begründete 4-spurige Hauptstraße hier einen einschneidenden Charakter hat, ist nicht von er Hand zu weisen.
- Problem ist, dass aufgrund normativer Betrachtung hier stets Einzelfallentscheidung vorgegeben ist; naturgemäß führt dies zu Unsicherheiten, die für Investoren gelöst werden müssen.
- Entstehung der Regelung zur Kundenanlage spricht dafür, an die Zusammenfassung von Wohnhäusern zu einer Kundenanlage in Abgrenzung zur Umgebung nachvollziehbare (optische) Abgrenzungsmerkmale zu knüpfen.

Hohes Risikopotential bei fehlerhafter Einschätzung !

Kritik (3)

Nicht zugestimmt werden kann den Ausführungen zur Wettbewerbsrelevanz (insbesondere beim OLG Düsseldorf mit Auswirkung in einem Fall für Standort B.)

- Nicht der Regulierung unterworfenene Versorgungskonstellationen „in Netzen“ ?
 - Das Mietshaus als klassische Kundenanlage unterfällt unstreitig keinerlei Regulierung, ohne dass hierfür ausdrückliche Freistellung gemäß StromRL oder GasRL vorläge.
- Auch erscheint die insbesondere vom OLG Düsseldorf bezogene Betrachtung des Netz-Wettbewerbs so weder in der Vorschrift noch in der Gesetzesbegründung angelehnt. Vorprägung des Senats durch Netzregulierung?

Kritik (4)

- Wettbewerbsgedanke der Kundenanlage kann auch auf den Lieferwettbewerb bezogen werden. Dafür spricht durchaus auch der Wortlaut.
 - Einerseits Abgrenzung vom regulierten Netz, andererseits aber Herstellung von (Liefer-)Wettbewerb! Mischcharakter!
 - Die Regelung dient nicht der Förderung des „Wettbewerbs um Netze“, sondern stellt auf den Wettbewerb in der Elektrizitätsbelieferung ab!
- Die Folge, dass dann das Tatbestandsmerkmal bei (inzwischen) funktionierendem Wettbewerb praktisch keinen Anwendungsbereich hätte, schadet nicht. Der Gesetzgeber dürfte dies so nicht vorhergesehen haben. Es bleibt Anwendungsbereich für Einzelfälle eines Sinne eines Korrektivs. Die Regelung wäre also im Sinne eines „es sei denn...“ zu verstehen.

Konsequenzen

Im Ergebnis: weitere Verengung des Kundenanlagenbegriffs durch Betonung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses und Nachweisanforderungen.

- **Weitgehend geklärt:**
 - bei räumlicher Zusammengehörigkeit: Bewertung mehrerer Grundstücke und Auswirkung von Straßen etc.?
- **Noch unklar:**
 - Unbedeutendheit für den Wettbewerb: Anzahl der Letztverbraucher als absolute Zahl entscheidend (wenn ja, Problem bei Anschlussnehmerzahlen zwischen 100 und 500) oder Vorliegen eines Regulierungsbedürfnisses?
 - bei Unentgeltlichkeit: Wie kann die Vermutung versteckter verbrauchsabhängiger Kosten widerlegt werden?

Konsequenzen

In Bezug auf Quartierskonzepte ergibt sich aufgrund der Rechtsprechung ein gemischtes Bild

- **Für kleinere Quartiere** (< 100 angeschlossene Letztverbraucher) zeichnet sich ab, dass die Stromnetze im Quartier häufig als Kundenanlage einzustufen sein dürften.
- Insoweit gibt insbesondere die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 13. Juni 2018 (Az. VI-3 Kart 77/17 (V)) Rückenwind.

Konsequenzen

- **(Neue) größere Quartiere**
 - Einstufung als Kundenanlage nach der bisherigen Rechtsprechung – im Fall einer Bestätigung durch den Bundesgerichtshof – dagegen zweifelhaft.
 - Gestaltungsmöglichkeiten durch „Netzsplitting“?
- **Probleme für bestehende größere Quartiere:**
 - kein Bestandsschutz!
 - Neuqualifizierung als Netz durch strengere Rechtsprechung?
- Stromsteuerrechtlicher Status hängt teilweise von Einordnung als Kundenanlage ab, vgl. 1a StromStV n.F.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit



Dr. Boris Scholtka
Rechtsanwalt, Partner
PwC Legal

Tel. +49 30 2636-4797
Mobil +49 151 16006595
boris.scholtka@de.pwc.com



Dr. Melanie Meyer
Rechtsanwältin, Manager
PwC Legal

Tel. +49 30 2636-2094
Mobil +49 151 54317812
melanie.meyer@de.pwc.com

Back-up

Kundenanlagen und Energiesammelgesetz

Das Energiesammelgesetz aus Dezember 2018 ändert nichts an der Definition der Kundenanlage.

Es verändert jedoch die Behandlung von Bagatellverbräuchen sowie die Regelung von Messung und Schätzung bei geringen Mengen auch im Rahmen einer Kundenanlage

Bisherige Behandlung von Energielieferungen und –messungen in Kundenanlagen (§ 3 Nr. 24a)



Grundsätze der Kundenanlage

1

- Alleine der Betrieb einer Kundenanlage macht den Betreiber gemäß § 3 Nr. 18 EnWG nicht zum EVU
- Gibt ein Letztverbraucher selbst bezogene Strommengen an einen anderen Letztverbraucher weiter, so beliefert er diesen (unabhängig von einer Gegenleistung) aber als EltVU im Sinne von § 3 Nr. 20 EEG und ist insofern unter anderem zur Zahlung der EEG-Umlage auf die Liefermengen verpflichtet (§ 60 Abs. 1 EEG). Ob die Weiterverteilung an den dritten Letztverbraucher über ein Netz der allgemeinen Versorgung oder beispielsweise unmittelbar innerhalb einer Kundenanlage oder innerhalb eines Arealnetzes erfolgt, ist für die Frage der EEG-Umlagepflicht des Stromlieferanten (Weiterverteilers) irrelevant

Lieferung und Messung in Kundenanlagen

2

- Sofern der Letztverbraucher (Kundenanlagenbetreiber) Strom von einem Vorlieferanten bezieht und an einen dritten Letztverbraucher weiterverteilt, ist der Vorlieferant als EltVU allerdings nur zur Zahlung der EEG-Umlage für den Strom verpflichtet, den der von ihm belieferte Letztverbraucher verbraucht. Für die an dritte Letztverbraucher weiterverteilten Strommengen besteht keine EEG-Umlagepflicht des Vorlieferanten, sondern des Weiterverteilers.
- Gemäß § 61h EEG a.F. musste Strom, für den die Übertragungsnetzbetreiber die Zahlung der EEG-Umlage verlangen können, bisher von dem Letztverbraucher durch geeichte Messeinrichtungen erfasst werden.

Das Energiesammelgesetz ist am 21. Dezember 2018 in Kraft getreten (BGBl. I 2018 Nr. 47)

Durch das Energiesammelgesetz (EnSaG) werden wichtige Änderungen an bestehenden Gesetzen vorgenommen. Im EEG betrifft dies insbesondere:

EEG

- **Neuregelung für geringfügige Stromverbräuche in § 62a EEG n.F.**
 - Zurechnung von Bagatellverbräuchen einer anderen Person, z.B. Reinigungspersonal am Standort, zu Stromverbräuchen des Letztverbrauchers
 - Voraussetzung: Unentgeltliche nicht gesondert abgerechnete Verbräuche von untergeordneter Bedeutung (keine klare Grenze, sondern Einzelfallentscheidung. Auf das Jahr bezogen, soll der Jahresverbrauch eines gewöhnlichen Haushaltskunden „im Regelfall“ aber keinen Bagatellverbrauch mehr darstellen)
- **Neuregelung zur Messung und Schätzung in § 62b EEG n.F.**
 - Grundsatz der mess- und eichrechtskonformen Messung gilt fort
 - Aber ausnahmsweise Schätzung möglich, wenn Abgrenzung technisch unmöglich oder mit unvertretbarem Aufwand verbunden und zugleich Zahlung des höchsten EEG-Umlageumsatzes wirtschaftlich unzumutbar
 - Schätzung auch bei Eigenversorgung möglich
 - Übergangsvorschrift bis zum 31. Dezember 2019: Schätzung ohne geeichte Messgeräte, ohne dass es auf die weiteren Voraussetzungen ankommt

Die neuen §§ 62a und 62b EEG n. F. im Überblick

§ 62a	Geringfügige Stromverbräuche Dritter	geringfügig (Gesetzesbegründung: und von kurzer Dauer)	Weder Messung noch Schätzung der weitergeleiteten Mengen erforderlich	Betrachtung als Selbstverbrauch
		üblicherweise nicht gesondert abgerechnet		
		Verbrauch in Räumlichkeiten, auf Grundstück oder Betriebsgelände des Weiterleitenden		
		Verbrauch im Falle einer gewerblichen Nutzung (Leistung zw. Dritten und Weiterleitendem)		
§ 62b Abs. 1	Grundsatz bei umlagepflichtigen Strommengen	Erfassung und Abgrenzung durch mess- und eichrechtskonforme Messeinrichtungen	Bei Weiterleitung von Strom an Dritte gesonderte Messung	Keine Betrachtung als Selbstverbrauch
§ 62b Abs. 2-4	messtechnische Abgrenzung unmöglich	Abgrenzung an einem dem gemischten Stromverbrauch vorgelagerten Zählpunkt aufgrund der Menge des Stromverbrauchs nicht zumutbar	Abgrenzung von den selbst verbrauchten Strommengen durch Schätzung	sachgerecht, objektiv nachvollziehbar und nachprüfbar
	messtechnische Abgrenzung mit unververtretbarem Aufwand verbunden			Sicherstellung, dass nicht „mehr“ Strommengen berücksichtigt werden ↓ Orientierung an der max. Leistungsaufnahme der von dem Dritten betriebenen Verbrauchsgeräten
§ 62b Abs. 5	Einhaltung der Zeitgleichheit		anderweitige Sicherstellung	z.B. durch Messaufbau (keine Neuregelung)
§ 104 Abs. 10	„Altfälle“ bis 31.12.2019		Schätzung s.o.	wenn ab 1. Januar 2020 die „neuen“ Regelungen eingehalten werden

Diese Regelungen gelten über Verweise auch im KWKG und weiteren Gesetzen