

# Legal Update

## Energiewirtschaftsrecht

### Die Kundenanlage im EnWG 2011 Erste Positionierung der Bundesnetzagentur zur neuen Kategorie der Kundenanlage

Dr. Liane Thau, Dr. Julian Asmus Nebel  
Berlin, 8. Dezember 2011

Der Gesetzgeber hat mit der EnWG-Novelle im Juni 2011 die Kategorien der Kundenanlage in § 3 Nr. 24 EnWG eingeführt. Kundenanlagen sind von der Regulierung ausgenommen. Kundenanlagen sind von Energieversorgungsnetzen zu unterscheiden, wobei Abgrenzungsprobleme bei Leitungen in größeren Miethäusern, Gewerbegebieten und insbesondere in Einkaufszentren auftreten können. Mit Beschluss vom 7. November 2011 hat sich die für die Netzregulierung zuständige Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur erstmals zur Kategorie der Kundenanlage positioniert. Das Legal-Update greift die Entscheidung auf und zeigt, nach welchen Kriterien sich der unbestimmte Rechtsbegriff der Kundenanlage konkretisieren lässt, um zu prüfen, welche Netze unter die Kategorie der Kundenanlage fallen und von der Regulierung befreit sind.

#### 1. Regulierungsrechtlicher Hintergrund

Das anzuwendende regulierungsrechtliche Regime bestimmt sich nach der Art des Energienetzes. Das neue EnWG unterscheidet hierbei vier Kategorien: Transport-

netze, Verteilnetze, geschlossene Verteilnetze und sogenannte Kundenanlagen. Während mit den Regelungen zu Transportnetzen, Verteilnetzen und geschlossenen Verteilnetzen Vorgaben der EU-Richtlinie umgesetzt worden sind, ist die Kategorie der Kundenanlagen eine Schöpfung des deutschen Gesetzgebers. Transportnetze (§§ 8 bis 10e EnWG) und Verteilnetze (§§ 7 bis 7b EnWG) unterscheiden sich hinsichtlich der Entflechtungsvorgaben.

Geschlossene Verteilnetze nach § 110 EnWG unterliegen (weiterhin) nur teilweise einer Regulierung. Sie brauchen nicht über ihren Netzzustand zu berichten (§ 14 Abs. 1b EnWG), die allgemeine Anschlusspflicht (§ 18 EnWG) und die damit zusammenhängenden technischen Vorschriften (§ 19 EnWG), die Anreizregulierung (§ 21a EnWG) und die Genehmigung der Entgelte für den Netzzugang (§ 23a EnWG) bestehen nicht. Der Gesetzgeber wollte unnötige bürokratische Hürden für die Betreiber vermeiden.

Kundenanlagen im Sinne von § 3 Nr. 24a und 24b EnWG sind von der Regulierung gänzlich ausgenommen. Die Kategorie der Kundenanlage ist insofern der Grenzstein,

an dem das regulierte Netz anfängt. Zentrale Voraussetzung der Kundenanlagen ist, dass dieses „Netz“ unbedeutend für den wirksamen und unverfälschten Wettbewerb bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas ist.

## 2. Entwicklung

Im EnWG 2011 sind die Kategorien der Energienetze neu geordnet worden: Ein Teil der ehemaligen Objektnetze im Sinne des EnWG 2005 (EnWG aF.) sind jetzt als Kundenanlagen zu qualifizieren, ein weiterer Teil fällt nunmehr unter die Kategorie der geschlossenen Verteilnetze oder der sonstigen Verteilnetze.

Entstehungsgeschichte und Abgrenzung zu den geschlossenen Verteilnetzen sind insofern wichtig, um die Kategorie der Kundenanlage einfangen zu können.

In § 110 EnWG aF. waren die Objektnetze nur teilweise reguliert. Objektnetze waren von dem Erfordernis der Genehmigung des Netzbetriebs (§ 4 EnWG aF.), den Vorschriften über die Entflechtung zwischen Energieversorgungsunternehmen und Elektrizitätsversorgungsnetzbetreibern (§§ 6-10 EnWG aF.), von den Vorschriften über die Regulierung des Netzbetriebs (§§ 11-35 EnWG aF.) sowie von den Meldepflichten bei Versorgungsstörungen (§ 52 EnWG aF.) und dem Beitrag zur Deckung der Kosten der Bundesnetzagentur für Maßnahmen zur Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs (§ 92 EnWG aF.) befreit.

Die notwendige Anerkennung eines Objektnetzes nach § 110 EnWG aF. durch die Bundesnetzagentur setzte voraus, – dass sich die Netze auf einem räumlich zusammengehörenden Betriebsgebiet befanden sowie überwiegend dem Transport von Energie innerhalb des eigenen Unternehmens dienten (§ 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG aF.) oder

- in einem räumlich zusammengehörenden privaten Gebiet befanden und dem Netzbetreiber für einen übergeordneten Geschäftszweck dienten (§ 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG aF.) oder
- sich in einem räumlich eng zusammengehörenden Gebiet befanden und überwiegend der Eigenversorgung dienten (§ 110 Abs. 1 Nr. 3 EnWG aF.).

Mit Urteil vom 22. Mai 2008 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) entschieden, dass § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG aF. nicht mit der RL 2003/54/EG vereinbar sei (NJW 2008, 3345). Die Entscheidung betraf unmittelbar nur Objektnetze nach § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG aF., die Begründung traf aber ebenso auf Objektnetze nach § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG aF. und § 110 Abs. 1 Nr. 3 EnWG aF. zu. (Zur Anwendung des § 110 EnWG aF. bei richtlinienkonformer Korrektur BGH, Beschluss vom 24. August 2010 – EnVR 17/09, NVwZ-RR 2011, 55.).

Die Novelle des EnWG im Jahr 2011 geht zurück auf die RL 2009/72/EG des dritten EU-Energiebinnenmarktpaketes. Die RL 2009/72/EG war bis zum 3. März 2011 umzusetzen. Art. 28 RL 2009/72/EG eröffnet eine Freistellungsmöglichkeit für geschlossene Verteilnetze. In § 110 EnWG wurde Art. 28 RL 2009/72/EG nahezu wörtlich übernommen. Geschlossene Verteilnetze nach § 110 EnWG unterliegen nun weiterhin nur teilweise einer Regulierung. Die Anforderungen an ein solches geschlossenes Verteilnetz sind aber gegenüber den Anforderungen an ein Objektnetz im Sinne von § 110 EnWG aF. verschärft worden.

Daneben wurde die Netzkategorie der Kundenanlage in § 3 Nr. 24a und Nr. 24b EnWG geschaffen. Kundenanlagen sind – wie bereits gesagt – vollständig von der Regulierung nach dem EnWG ausgenommen. Die RL 2008/72/EG kennt den Begriff der Kundenanlage nicht, sie lässt aber – wie auch das Urteil des EuGH vom 22. Mai 2008 – Raum für nationale Vorschriften, in denen Ausnahmen von der Regulierung von Energieanlagen zugelassen werden.

## 3. Kundenanlage nach § 3 Nr. 24A EnWG

Eine Kundenanlage nach § 3 Nr. 24a EnWG liegt vor, wenn es sich um eine Energieanlage – gleich welcher Spannungs- oder Druckstufe – zur Abgabe von Energie handelt, welche sich auf einem räumlich zusammengehörenden Gebiet befindet und mit einem Energieversorgungsnetz oder mit einer Erzeugungsanlage verbunden ist und die Anlage jedermann zum Zwecke der Belieferung der angeschlossenen Letztverbraucher im Wege der Durchleitung unabhängig von der Wahl des Energielieferanten diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt wird. Energieanlagen sind gemäß § 3 Nr. 15 Var. 4 EnWG Anlagen zur Abgabe von Energie, die nicht lediglich der Übertragung von Signalen dienen. Eingeschlossen sind Verteileranlagen der Letztverbraucher.

Voraussetzung für Kundenanlagen nach § 3 Nr. 24a EnWG ist, dass diese für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas unbedeutend ist.

### A) Räumlich zusammengehörendes Gebiet

Gemäß § 3 Nr. 24a lit. a) EnWG muss sich die Energieanlage auf einem räumlich zusammengehörenden (nicht: zusammenhängenden) Gebiet befinden. Dieses kann – so die Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur – nicht nur dann angenommen werden, wenn die betreffende Infrastruktur sich hinsichtlich ihrer räumlichen Ausdehnung auf ein Gebäude beschränkt, sondern auch dann, wenn sie sich außerhalb von Gebäuden über ein größeres Grundstück erstreckt. Die Anlage muss sich aber nicht auf einem einzelnen Grundstück befinden. Wenn sich die Anlage über mehrere Grundstücke erstreckt, müssen sich diese nicht im Eigentum derselben Person befinden. Denn – so die Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur – es sei nicht vom Begriff „Grundstück“, sondern von dem inhaltlich weiter reichenden Begriff „Gebiet“ die Rede.

### B) Verbunden mit einem Energieversorgungsnetz oder mit einer Erzeugungsanlage

Die Kundenanlage muss nach § 3 Nr. 24a lit. b) EnWG mit einem Energieversorgungsnetz oder einer Erzeugungsanlage verbunden sein. Der Begriff des Energieversorgungsnetzes ist in § 3 Nr. 16 EnWG definiert. Hinsichtlich des Anschlusses an eine Erzeugungsanlage wird eine sogenannte „Insellösung“, das heißt der Anschluss an eine Erzeugungsanlage ohne eigenen Versorgungsnetzanschluss, bereits für ausreichend erachtet.

### C) Diskriminierungsfreie und unentgeltliche Nutzung

Voraussetzung ist nach § 3 Nr. 24a lit. d) EnWG, dass die Anlage jedermann zum Zwecke der Belieferung der angeschlossenen Letztverbraucher im Wege der Durchleitung unabhängig von der Wahl des Energielieferanten diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt wird.

Dies bedeutet insbesondere, dass der Betreiber einer Kundenanlage von Energielieferanten kein Nutzungsentgelt fordern darf. Ansonsten liegt ein Energieversorgungsnetz vor. 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. Das Tatbestandsmerkmal der Unentgeltlichkeit liegt aber nicht vor im Falle einer prohibitiven Preisgestaltung oder eines sonstigen Umgehungstatbestandes (BT Drs. 17/6072, S. 51).

Dies bedeutet, dass jeder angeschlossene Letztverbraucher die Möglichkeit haben muss, seinen Energielieferanten frei zu wählen – und umgekehrt. Exklusivitätsvereinbarungen durch den Betreiber der Anlage, also eine Bindung an einen Energielieferanten, sind unzulässig. Die Betreiber einer Kundenanlage haben ebenso jedem Energieanbieter zu gestatten, die an die Kundenanlage angeschlossenen Letztverbraucher im Wege der Durchleitung mit

Energie zu versorgen. Eine Verweisung auf sogenannte Beistellungsvereinbarungen ist ebenfalls unzulässig (BT Drs. 17/6072, S. 51).

Hingegen könne – so die Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur – vom Anlagenbetreiber nicht gefordert werden, dass die Gewährleistung der diskriminierungsfreien Durchleitung dadurch zu bewirken sei, dass der Betreiber alle Energiemengen selbst den jeweiligen Bilanzkreisen zuordnet. Denn dies würde eine Ausbilanzierung der Anlage erfordern, wie dies gerade nur von Netzbetreibern im Sinne des EnWG verlangt wird. Die Neuregelung des § 20 Abs. 1d EnWG besage, dass derjenige Netzbetreiber, der einer Kundenanlage vorgelagert ist, die erforderlichen Zählpunkte bereitzustellen hat. Die Verpflichtung des Betreibers einer Kundenanlage könne sich im Rahmen der Ermöglichung der diskriminierungsfreien Durchleitung also nur darauf erstrecken, alle erforderlichen Unterstützungsleistungen zu erbringen, damit der vorgelagerte örtliche Netzbetreiber einen abrechnungs- und bilanzierungsrelevanten Zählpunkt für den betreffenden Nutzer der Kundenanlage technisch einrichten und betreiben kann (Beschluss vom 7. November 2011 – Az BK6 – 10/208).

#### **D) Unbedeutend für den unverfälschten Wettbewerb**

Eine Kundenanlage im Sinne von § 3 Nr. 24a lit. c) EnWG muss für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas unbedeutend sein. Die Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur hat – entsprechend den Vorgaben der Gesetzesbegründung (BT Drs. 17/6072, S. 51) – zur Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs eine Gesamtbetrachtung von verschiedenen Indikatoren wie der Anzahl der angeschlossenen Letztverbraucher, der geografischen Ausdehnung und der Menge der durchgeleiteten Energie vorgenommen. In die Gesamtbetrachtung seien auch sonstige Wertungen des Gesetzgebers einzubeziehen, etwa ob sich einzelne Teile der Anlage isoliert betrachtet als eine von Elektrizitätsversorgungsnetzen abzugren-

zende Direktleitung darstellen würden. Zentrale Frage der Gesamtbetrachtung ist, ob die durch die Kundenanlage durchgeleitete Energie in netzähnlicher Weise verteilt wird (Beschluss vom 7. November 2011 – Az BK6 – 10/208).

#### **AA) Anzahl der angeschlossenen Letztverbraucher**

Ausschließlich der Eigenversorgung der Betreiber dienende Energieanlagen sind grundsätzlich als Kundenanlagen anzusehen. Je größer die Anzahl der an eine Energieanlage unmittelbar oder mittelbar angeschlossenen Letztverbraucher ist, desto mehr deutet dieses Merkmal auf das Vorliegen eines Energieversorgungsnetzes hin (BT Drs. 17/6072, S. 51).

Bei der Anzahl der angeschlossenen Letztverbraucher würde man wohl bei einem typischen Verteilnetz im Sinne des EnWG von mehreren tausend Haushalts- oder Gewerbekunden ausgehen. Weil Voraussetzung für die Kundenanlage ein zusammengehörendes Gebiet ist, ist die Anzahl der angeschlossenen Letztverbraucher zwangsläufig begrenzt.

#### **BB) Geografische Ausdehnung**

Geografisch eng begrenzte „Hausanlagen“ innerhalb von Gebäuden oder Gebäudekomplexen stellen in der Regel Kundenanlagen dar. Möglich ist im Einzelfall auch, dass sich eine Kundenanlage außerhalb von Gebäuden über ein größeres Grundstück erstreckt (BT Drs. 17/6072, S. 51). Laut Beschluss der Bundesnetzagentur kann sich die Anlage auch über mehrere Grundstücke erstrecken, entscheidend und eine Mindestvoraussetzung sei eine gewisse räumliche Zusammengehörigkeit (Beschluss vom 7. November 2011 – Az BK6 – 10/208).

#### **CC) Menge der durchgeleiteten Energie**

Ein weiterer Indikator für die wettbewerbliche Bedeutung einer Energieanlage kann die Menge der über die Anlage an die angeschlossenen Letztverbraucher gelieferten

Energie sein. Je kleiner die Energiemenge ist, desto eher kann angenommen werden, dass die Anlage unbedeutend für die Sicherstellung des Wettbewerbs ist. „Sehr hohe Energiemengen“ dürfen in der Kundenanlage nach § 3 Nr. 24 EnWG nicht transportiert werden. Es gelten aber keine festen Schwellenwerte (BT Drs. 17/6072, S. 51).

Weil weder das EnWG noch die Gesetzesbegründung bestimmte Werte nennen, zu denen die durch eine Energieanlage gelieferte Strommenge in Relation gesetzt werden könnten, kann die Bewertung, ob es sich um eine große oder kleine Energiemenge handelt, nur nach rechtlichen Kriterien erfolgen. Hierbei kann etwa eine große Menge durchgeleiteter Energie durch eine sehr geringe Anzahl angeschlossener Nutzer aufgewogen werden, so dass letztlich kein Regulierungsbedürfnis für das Netz besteht.

#### **4. Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung nach § 3 Nr. 24B EnWG**

Zentrale Voraussetzung für Kundenanlagen nach § 3 Nr. 24b lit. c) EnWG ist, dass diese fast ausschließlich dem betriebsnotwendigen Transport von Energie innerhalb des eigenen Unternehmens dienen. Zudem spricht § 3 Nr. 24b lit. a) EnWG von einem Betriebsgebiet. Die weiteren Voraussetzungen sind identisch mit denen der Kundenanlage nach § 3 Nr. 24a EnWG.

Kundenanlagen zur betrieblichen Eigenversorgung nach § 3 Nr. 24b EnWG dienen im Regelfall fast ausschließlich der Versorgung des Unternehmens des Betreibers oder mit diesem verbundenen Unternehmen mit Energie. Die Anlagen können sich als Bestandteil der Produktionsanlagen eines Unternehmens des produzierenden Gewerbes, aber auch anderer Gewerbe-, Dienstleistungs- und Industriezweige darstellen (BT Drs. 17/6072, S. 51).

Die Menge der durchgeleiteten Energie ist im Unterschied zur Definition der Kundenanlage in Nummer 24a nicht von Relevanz. Maßgeblich ist vielmehr, dass Energie fast ausschließlich zur betrieblichen Eigenversorgung durchgeleitet wird und damit dem Betriebszweck dient. Dabei ist unter anderem zu betrachten, in welchem Ausmaß Abnahmestellen Dritter versorgt werden.

Das räumlich zusammengehörende Betriebsgebiet kann sich über weite Flächen erstrecken und soll nicht nur kleine Betriebsgelände erfassen (BT Drs. 17/6072, S. 51).

#### **5. FAZIT**

Trotz der Vorgaben des Gesetzgebers zur Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Kundenanlage und trotz der ersten Entscheidung der Bundesnetzagentur besteht weiterhin große Rechtsunsicherheit darüber, welche Netze unter die Kategorie der Kundenanlage fallen und von der Regulierung befreit sind. Erforderlich ist stets eine Betrachtung des Einzelfalls im Hinblick auf die Frage, ob die durch die Kundenanlage, wie es die Bundesnetzagentur ausgedrückt hat, durchgeleitete Energie in netzähnlicher Weise verteilt wird.

Für die Gesamtbetrachtung sollten zunächst die technischen Gegebenheiten gewürdigt und anschließend insbesondere die Verträge der Beteiligten einer Analyse unterzogen werden.

Es bleibt abzuwarten, wie die Regulierungsbehörden einzelne Voraussetzungen auslegen werden. Der ersten Entscheidung der Bundesnetzagentur lässt sich aber entnehmen, dass diese den Begriff der Kundenanlage weit versteht, so dass viele Netze unter die Kategorie der Kundenanlage fallen. Dieses Verständnis entspricht der Intention des Gesetzgebers, nämlich die Entlastung der Betreiber von Kundenanlagen von den Vorgaben des EnWG.

Die Regulierungsbehörden werden ihre Aufmerksamkeit zuvorderst den Netzen widmen, die unter Geltung der alten Rechtslage als Objektnetze von weiten Teilen der Regulierung befreit waren, unter dem EnWG aber nicht als geschlossene Verteilnetze, sondern als Verteilnetze zu bewerten sind.

Für die Betreiber von Kundenanlagen gilt daher zunächst der alte Spruch: Wo kein Kläger, da kein Richter. Es gilt zunächst, mögliche Konflikte mit den an die Kundenanlage angeschlossenen Letztverbrauchern und damit unnötige Missbrauchverfahren vor den Regulierungsbehörden zu vermeiden.



## Dr. Liane Thau

RECHTSANWÄLTIN, PARTNERIN, BERLIN

Klingelhöferstraße 5, 10785 Berlin

Tel + 49 030 884503-187, E-Mail: lthau@goerg.de

- Tätigkeitsschwerpunkte: Energierecht, Umweltrecht, Bau- und Anlagenrecht
- Beratung von Unternehmen und Banken bei der Errichtung und Modernisierung von Energieanlagen (privates Bau- und Anlagenrecht, öffentliches Recht) sowie anlageorientierter Veräußerung von Windenergie- und Solaranlagen
- Vertretung der Bundesnetzagentur in Rechtsbeschwerdeverfahren vor dem BGH in der Anreizregulierung)
- Langjährige Prozessenerfahrung in komplexen Verfahren
- Branchen: Wirtschaftsverwaltungsrecht
- Rechtsanwältin seit 1990, zunächst in der überörtlichen Sozietät Gaedertz Vieregge Quack Kreile, 2002 Wechsel zu GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten
- Fremdsprachen: englisch, russisch



## Dr. Julian Asmus Nebel

RECHTSANWALT, ASSOCIATE, BERLIN

Klingelhöferstraße 5, 10785 Berlin

Tel + 49 030 884503-313, jnebel@goerg.de

- Tätigkeitsschwerpunkte: Energierecht, Umweltrecht, Bauordnungs- und Bauplanungsrecht
- Rechtsanwalt seit 2010 bei GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten
- Fremdsprachen: englisch, französisch

Dieser Überblick dient ausschließlich der allgemeinen Information und kann konkreten Rechtsrat im einzelnen Fall nicht ersetzen. Sprechen Sie bei Fragen bitte Ihren gewohnten Ansprechpartner bei GÖRG bzw. die Autorin Frau Dr. Liane Thau unter + 49 030 884503-187 oder lthau@goerg.de oder den Autoren Dr. Julian Asmus Nebel unter + 49 030 884503-313 oder jnebel@goerg.de an.

## Unsere Standorte

### GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten

#### BERLIN

Klingelhöferstraße 5, 10785 Berlin

Tel +49 30 884503-0, Fax +49 30 882715-0

#### ESSEN

Alfredstraße 220, 45131 Essen

Tel +49 201 38444-0, Fax +49 201 38444-20

#### FRANKFURT AM MAIN

Neue Mainzer Straße 69 – 75, 60311 Frankfurt am Main

Tel +49 69 170000-17, Fax +49 69 170000-27

#### KÖLN

Sachsenring 81, 50677 Köln

Tel +49 221 33660-0, Fax +49 221 33660-80

#### MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, 80538 München

Tel +49 89 3090667-0, Fax +49 89 3090667-90