



Oberlandesgericht Dresden

Kartellsenat

Aktenzeichen: **Kart 9/19**  
LRB-4153/78/9

Verkündet am: 16.09.2020

H., JOSin  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

## BESCHLUSS

In Sachen

**X. GmbH, ...**  
vertreten durch den Geschäftsführer ...

- Antragstellerin und Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte ...

gegen

**Landesregulierungsbehörde beim Sächsisches Staatsministerium für Wirtschaft,  
Arbeit und Verkehr, ...**

- Beschwerdegegnerin -

**Y. GmbH, ...**  
vertr. durch die Geschäftsführung ... und ...

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte ...

Weitere Beteiligte:

**Bundesnetzagentur, ...**

- weitere Beteiligte -

wegen Energierecht, hier: Beschwerde gegen Entscheidungen der  
Landesregulierungsbehörde §§ 68 Abs. 2 Satz 2, 75 Abs. 4 EnWG  
hier: Beschwerde

hat der Kartellsenat des Oberlandesgerichts Dresden durch

Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht PD Dr. Dr. K.,  
Richter am Oberlandesgericht D. und  
Richterin am Oberlandesgericht K.

**beschlossen:**

- I. Die Beschwerde gegen den Bescheid der Landesregulierungsbehörde vom 19.07.2019, Az. LRB-4153/78/9, wird zurückgewiesen.
- II. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen außergerichtlichen Aufwendungen der Beschwerdegegnerin, der Antragsgegnerin und der weiteren Beteiligten werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
- III. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

**Gründe:**

**A.**

Die Beschwerdeführerin begehrt die Aufhebung eines Bescheids der Landesregulierungsbehörde vom 19.07.2019, mit dem ihr vorangegangener Antrag, der Antragsgegnerin aufzugeben, zwei neu angemeldete Energieanlagen als Kundenanlagen an das Netz der Antragsgegnerin anzuschließen und Zählpunkte bereitzustellen, abgewiesen worden ist. Zugleich begehrt sie, der Antragsgegnerin aufzugeben, zwei Energieanlagen an den Standorten ...straße x1 und ...straße x2 in Y. als jeweils eine Kundenanlage i.S.d. § 3 Nr. 24a EnWG zu behandeln, an ihr Netz anzuschließen und für alle Letztverbraucher eine Abrechnung gemäß § 20 Abs. 1d EnWG zu ermöglichen sowie die dafür erforderlichen Zählpunkte bereitzustellen.

Bei der Antragstellerin und Beschwerdeführerin handelt es sich um ein Energieversorgungsunternehmen, welches laut ihres eigenen Internetauftrittes mehr als 4.000 Mitarbeiter und über 50 Niederlassungen in Deutschland hat und 2019 einen Umsatz von mehr als 1 Mrd. € erzielt hat. Sie betreibt an mehreren Standorten u. a. Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen, die wiederum an Energieanlagen angeschlossen sind, aus denen Wohnhäuser mit Strom und Wärme versorgt werden. Die Beschwerdeführerin bietet den an diese Energieanlagen angeschlossenen Letztverbrauchern die Stromversorgung an. Die Beschwerdeführerin versorgt bereits seit 2006 über eine Energiezentrale im Gebäude ...straße x1 vier Wohnblöcke mit 96 Wohneinheiten und - getrennt durch eine Querstraße - über eine Energiezentrale im Gebäude ...straße x2 sechs weitere Wohnblöcke mit 160 Wohneinheiten mit Warmwasser und Heizung. Sämtliche Wohnblöcke stehen im Eigentum der Y. Z. eG.

Die Antragsgegnerin betreibt ein Elektrizitätsverteilungsnetz in Y..

Die Beschwerdeführerin nahm mit Schreiben vom 10.07.2018 bei der Antragsgegnerin zwei Anmeldungen für Netzanschlüsse für Kundenanlagen vor. Die eine Kundenanlage, bei der der Elektrohauptanschluss mittlerweile in der ...straße x1 errichtet worden ist, soll vier Wohnblöcke mit 96 Wohneinheiten und einer Gesamtfläche von 9.000 m<sup>2</sup> umfassen; es soll Strom in einem Blockheizkraftwerk mit 20 kW elektrischer Leistung erzeugt werden. Die andere Kundenanlage, bei der der Elektrohauptanschluss mittlerweile in der ...straße x2 errichtet worden ist, soll 6 Wohnblöcke mit 160 Wohneinheiten auf einer Gesamtfläche von ca. 20.500 m<sup>2</sup> versorgen; es soll Strom in einem Blockheizkraftwerk mit 40 kW elektrischer Leistung erzeugt werden. Mit Schreiben vom 17.08.2018 lehnte die Antragsgegnerin die Anträge ab, da ihrer Ansicht nach die Voraussetzungen des § 3 Nr. 24a EnWG nicht vorliegen würden. Mit Schreiben vom 19.12.2018 hat die Beschwerdeführerin bei der Beschwerdegegnerin einen Antrag nach § 31 EnWG auf Überprüfung des Verhaltens der Antragsgegnerin gestellt und die eingangs geschilderte Verpflichtung begehrt. Die Antragsgegnerin ist dem entgegengetreten.

Mit Bescheid vom 19.07.2019 hat die Beschwerdegegnerin das Begehren der Beschwerdeführerin abgelehnt. Das Verhalten der Antragsgegnerin sei nicht missbräuchlich, da es sich bei einer Gesamtbetrachtung der streitgegenständlichen Anlagen nicht um Kundenanlagen i.S.d. § 3 Nr. 24a EnWG handele. Dies gelte unabhängig davon, ob man die beiden im Antrag geschilderten Bereiche als getrennte Anlagen oder als eine einheitliche Energieanlage ansehe. Es sei insbesondere zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin durch eine getrennte Anmeldung der Netzanschlüsse künstlich mehrere Kundenanlagen schaffe, um im Wege eines Splittings des Quartiers in Teilbereiche in den Genuss der regulatorischen Privilegierung als Kundenanlage zu kommen. Die Luftbildaufnahmen zeigten, dass sich die streitgegenständlichen Anlagen entlang der ...straße verteilten und sich im Kreuzungsbereich zur ;;;-Straße sogar berührten. Mit ca. 250 angeschlossenen Wohneinheiten, einer zu versorgenden Gesamtfläche von knapp 30.000 m<sup>2</sup> und einer Energiemenge von - lege man einen hohen Durchschnittswert von 4 MWh/a pro Haushalt zugrunde - bis zu 1.024 MWh sei eine Größenordnung erreicht, welche die Anlage als regulierungsbedürftig darstelle. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Verfahrens und der angefochtenen Entscheidung wird auf die beigezogene Verfahrensakte der Beschwerdegegnerin Bezug genommen.

Gegen diesen ihr am 31.07.2019 zugestellten Beschluss richtet sich die am 02.09.2019 (Montag) eingegangene Beschwerde. Es handele sich um zwei Energieanlagen, die jeweils auf einem räumlich zusammengehörenden Gebiet lägen. Beide Quartiere seien getrennt als jeweils eigenes Versorgungsgebiet von der Beschwerdeführerin konzeptioniert und verfügt

jeweils über eigene Energiezentralen. Eine gemeinsame Stromversorgung sei nicht beabsichtigt. Es bestehe kein unmittelbarer räumlicher Zusammenhang, da die beiden Gebiete durch eine zwischen ihnen verlaufende öffentliche Straße getrennt seien. Die beiden Energieanlagen seien für den wirksamen und unverfälschten Wettbewerb der Versorgung mit Elektrizität unbedeutend i.S.d. § 3 Nr. 24a lit. c) EnWG. Abzustellen sei darauf, ob die Wettbewerbssituation zu Lasten der Letztverbraucher verschlechtert werde. Dies sei nicht der Fall.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

unter Aufhebung des Beschlusses der Beschwerdegegnerin vom 19.07.2019 zum Aktenzeichen LRB-4153/78/9 der Antragsgegnerin aufzugeben, die von der Beschwerdeführerin geplanten zwei Energieanlagen, die hinter den Netzanschlüssen an das Verteilernetz der Antragsgegnerin jeweils an den Standorten ...straße x1 und ...straße x2 in Y. errichtet und betrieben werden, als jeweils eine Kundenanlage im Sinne des § 3 Nr. 24a EnWG zu behandeln und jeweils an den genannten Standorten mit dortigen Netzverknüpfungspunkten an ihr Netz als Kundenanlagen anzuschließen sowie insbesondere zukünftig für alle Letztverbraucher, deren Verbrauchsanlagen an den beiden Energieanlagen der Beschwerdeführerin an den genannten Standorten angeschlossen sind und die Stromlieferungsverträge mit Elektrizitätsversorgungsunternehmen abschließen, die diese Kunden über das Verteilernetz der Antragsgegnerin beliefern, eine Abrechnung ihrer Verbräuche über Unterzähler nach dem Summenzählermodell gemäß § 20 Abs. 1d EnWG zu ermöglichen und die dafür erforderlichen Zählpunkte bereitzustellen.

Die Beschwerdegegnerin und die Antragsgegnerin beantragen,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, dass beide Anlagen zusammen zu betrachten seien, da es sich um eine Anlage handle und die Beschwerdeführerin versuche, durch „Herauslösen von Filetstücken“ bewusst regulatorische Privilegien herbeizuführen. Eine Luftaufnahme (GA 73) belege, dass die beiden Areale mit vier bzw. sechs Wohnblöcken ein zusammengehörendes Quartier darstellen, welches unmittelbar aneinander angrenze. Die Maßgaben der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 12.11.2019 (EnVR 65/18) zugrunde gelegt, seien sämtliche entscheidungserheblichen Kriterien für die Annahme, dass keine Kundenanlage vorläge, weil sie nicht mehr unbedeutend sei, erfüllt, da mit 10 Wohnblöcken mit einer Fläche von 30.000 m<sup>2</sup> mehrere Gebäude angeschlossen seien, die die vom Bundesgerichtshof genannte Fläche von deutlich über 10.000 m<sup>2</sup> übersteige. Zudem seien mit 250 Haushalten mehrere Hundert Letztverbraucher angeschlossen seien und die

jährliche Menge an durchgeleiteter Energie werde voraussichtlich 1.000 MWh deutlich übersteigen. Die Beschwerdeführerin versuche, die Regulierung zu umgehen, indem sie ihr Netz künstlich in Teilbereiche aufsplitte, die bei Einzelbetrachtung noch als unbedeutend für den Wettbewerb anzusehen seien. Als weiteres Kriterium spreche außerdem für den Umstand, dass die Kundenanlage nicht nur unbedeutend sei, dass es in Y. bereits eine nennenswerte Anzahl weiterer Kundenanlagen gebe, was eine wettbewerbsschädliche Sogwirkung zur Folge habe. Aber auch bei einer Einzelbetrachtung sei insbesondere die Anlage, welche den Hauptzähler in der ...straße x2 erhalten solle, nach den Kriterien des Bundesgerichtshofes nicht unbedeutend bei einer versorgten Fläche von 20.500 m<sup>2</sup>, einer Letztverbraucheranzahl von 160 Haushalten und einer Bebauung mit sechs Wohnblöcken.

Die Antragsgegnerin wendet ein, dass das Beschwerdegericht im Falle des Erfolges des Rechtsmittels allenfalls gemäß § 83 Abs. 4 EnWG die Verpflichtung der Beschwerdegegnerin ausspreche, die beantragte Entscheidung vorzunehmen. Es sei aber nicht Sache des Beschwerdegerichts, eine eigene Entscheidung vorzunehmen. In der Sache sei zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin ohne weiteres ein einziges Blockheizkraftwerk mit einer Leistung von 60 kW errichten könne. Deshalb sei eine Gesamtbetrachtung des gesamten Gebiets vorzunehmen. Dabei liege eindeutig keine Kundenanlage vor. Die Antragsgegnerin beanstandet zudem, dass die Beschwerdeführerin nicht dargelegt habe, wie sie die Kosten für die von ihr beabsichtigte(n) Blockheizkraftwerk(e) refinanzieren wolle; es werde deshalb mit Nichtwissen bestritten, dass der Strom bei freier Wahl eines Drittlieferanten unentgeltlich durch ihre Anlage geleitet werden könne.

Die weitere Beteiligte (Bundesnetzagentur) ist der Auffassung, aneinandergrenzende Anlagen seien jedenfalls dann einheitlich zu betrachten, wenn sich die Aufteilung in zwei oder mehrere Anlagen als Umgehung der Größenvorgaben für Kundenanlagen darstelle, wobei Anhaltspunkte hierfür die geografische Lage, die Identität des Betreibers sowie die Versorgung mehrerer Teilbereiche bei einer Erzeugungsanlage oder technische Verbindung der Anlagen untereinander seien. Hinsichtlich der neuen Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 12.11.2019 sei der Beschwerdegegnerin insbesondere dahin beizupflichten, dass bei einer Anzahl von mehr als 200 Letztverbrauchern das Kriterium von „mehreren Hundert angeschlossener Letztverbraucher“ erfüllt sei; gegen eine anders lautende Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26.02.2020 (VI-3 Kart 729/19) habe sie Rechtsbeschwerde eingelegt.

Der Senat hat mit einem Beschluss vom 26.05.2020, auf den Bezug genommen wird, seine vorläufige Rechtsauffassung dargestellt und der Beschwerdeführerin u.a. auch eine Frist gesetzt, vorzutragen, auf welche Weise sie beabsichtige, die Kosten der Errichtung und Unterhaltung der Anlage zu refinanzieren, da in Literatur und Rechtsprechung vertreten werde, dass es ihre Sache sei nachzuweisen, dass die Energieanlage jedermann zum Zweck

der Belieferung angeschlossenen Letztverbraucher im Wege der Durchleitung diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt werde. Hierauf hat die Beschwerdeführerin - zugleich als Erwiderung auf die Schriftsätze der Beschwerdegegnerin und der Antragsgegnerin - ausgeführt, dass kein Fall einer künstlichen Aufspaltung eines einheitlichen Sacherhalts auf zwei separate Quartiere vorliege. Es habe schon immer getrennte Energieerzeugungs- und -versorgungsanlagen gegeben und niemals ein gemeinsames Fernwärmenetz. Der Grundstückseigentümer habe im Jahr 1995 eine getrennte Versorgungsstruktur für beide Quartiere gewünscht und entsprechend ausgeschrieben; seither würden die Areale getrennt versorgt. Die Anlagen bildeten weder strom- noch wärmetechnisch eine Einheit. Die geplanten Blockheizkraftwerke seien weder thermisch noch elektrisch in der Lage, das jeweils andere Areal mitzuversorgen, und es sei der Beschwerdeführerin auch nicht zumutbar, stattdessen nur ein einziges größeres Blockheizkraftwerk zu bauen und eine neue gemeinsame Netzinfrastruktur für Wärme und Strom für beide Areale aufzubauen. Es sei energetisch nur effizient, getrennte Blockheizkraftwerke zu errichten; würde die Beschwerde ohne Erfolg bleiben, bliebe es bei der konventionellen Wärmeversorgung des Areals, was energiewirtschaftlich auf eine Klimaschädigung hinauslaufe. Der Antragsgegnerin komme kein rechtlich durchsetzbares Argument zu, die Anschaffung von zwei nebeneinander liegenden Netzanschlüssen zu verhindern. Ebenso habe sie kein Recht, den Status quo zu erhalten. Wenn aber beide Anlagen deshalb getrennt voneinander zu betrachten seien, seien bei der ...straße x1 nur ein und bei der ...straße x2 nur zwei der vom Bundesgerichtshof genannten Schwellenwerte überschritten, so dass als Regelfall von der Unbedeutendheit der Anlagen für den Wettbewerb i.S.d. § 3 Nr. 24a EnWG auszugehen sei. Es sei auch nicht richtig, dass die Beschwerdeführerin ihr Geschäftsmodell ohne Anerkennung der Anlagen als Kundenanlagen umsetzen könne. Das durch das KWKG geförderte Geschäftsmodell bestehe gerade darin, in den Wärmeerzeugungsanlagen nicht nur dezentral Nahwärme ins Quartier zu liefern, sondern an die in den Quartieren lebenden Letztverbraucher auch umwelt- und klimafreundlich vor Ort produzierten Nahstrom. Das KWKG fördere entsprechende Modelle, wobei diese Förderung nur gewährt werde, wenn der entsprechend dezentral verkaufte KWK-Strom gemäß § 7 Abs. 3 nicht in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist werde. Aus diesem Grund sei die Kundenanlage für das vorliegende Geschäftsmodell essentiell, denn nur dann könne der dezentrale Stromverkauf nach dem KWKG gefördert werden. Aus diesen Gründen habe die Beschwerdeführerin bei der Antragsgegnerin auch nur eine Überschusseinspeisung und keine Volleinspeisung aus ihrem Blockheizkraftwerk in das Netz der Antragsgegnerin als Geschäftsmodell gewählt. Das Vorgehen der Beschwerdeführerin entspreche den Klimaschutz- und Energiewendezielen der Bundesregierung. Soweit der Senat im Hinweisbeschluss vom 26.05.2020 auch im Fall der getrennten Betrachtung der beiden Areale in der Gesamtwürdigung diese Anlagen nicht mehr als wettbewerblich unbedeutend ansehe, beinhalte dies letztlich den Versuch, etwas, was nicht zusammengehöre und energieinfrastrukturell getrennt zu betrachten sei, künstlich

durch den Vorwurf angeblicher Umgehung wieder zusammenzuführen. Da der räumliche Zusammenhang aber schon Gegenstand der Tatbestandsprüfung des § 3 Nr. 24a EnWG sei, sei es nicht zulässig, diesen Gesichtspunkt indirekt als Argument an anderer Stelle wieder heranzuziehen, wenn kein Fall der Umgehung oder künstlichen Trennung vorliege.

Ergänzend trägt die Beschwerdeführerin vor: Soweit im gerichtlichen Verfahren erstmals die Unentgeltlichkeit i.S.d. § 3 Nr. 24a lit. d) EnWG in Abrede gestellt werde, beabsichtige sie, beide Quartiere separat mit Strom und Wärme versorgen zu wollen. Dazu habe sie sich von der Grundstückseigentümerin jeweils das dingliche Recht zur Errichtung und dem Betrieb einer Energieerzeugungszentrale bewilligen und eintragen lassen, so dass sie auf Dauer das Eigentum an den Anlagen inklusive der Versorgungsanlagen behalten werde. Im Gegenzug zahle das Wohnungsunternehmen für die Herstellung, Instandhaltung und Wartung dieser Energieinfrastrukturen und Anlagen ein verbrauchsunabhängiges Entgelt als Grundpreis des Wärmelieferentgelts. Mithin müsse das Wohnungsunternehmen völlig unabhängig vom Strombezug fixe monatliche Entgelte für die Zurverfügungstellung der Versorgungsinfrastruktur zahlen, ohne dass es darauf ankomme, ob sie oder die Mieter Strom von der Beschwerdeführerin bezögen. Wenn nach dem Ende der Wärmelieferungserstvertragslaufzeit die Kosten für die Elektro-Infrastruktur abgeschrieben bzw. abbezahlt seien, reduziere sich der Grundpreis um diesen Investitionsanteil und erhöhe sich indes sodann auf der anderen Seite um den Wartungs- und Instandhaltungsteil. Diese Form der entgeltlichen Zurverfügungstellung über verbrauchsunabhängige Kostenbestandteile stelle keine Entgeltlichkeit i.S.d. § 3 Nr. 24a lit. d) EnWG dar, da von dieser Norm nur verbrauchsabhängige Entgelte betroffen seien. Auch die Letztverbraucher zahlten für den Zugang und die Nutzung der Energieanlage keine nutzungsabhängigen Entgelte, sondern es seien alle Aufwendungen für die Installation der Versorgungsleitungen Teil des Wärmegrundpreises bzw. der Heizkostenabrechnung im Rahmen des Mietvertrages ebenso wie bei den sonstigen Versorgungsleitungen für Wärme. Hierfür werde von den durch den Fremdstromlieferanten versorgten Letztverbrauchern kein gesondertes Entgelt verlangt. Die Refinanzierung erfolge letztendlich über den Grundpreis bzw. die Warmmiete. Die Beschwerdeführerin belegt ihren Vortrag durch Vorlage von Mustern eines Stromlieferungsvertrages (Bf3), des Mietvertrages über die Energiezentralen (Bf2) und die Vorlage des - teilweise geschwärzten - Wärmelieferungsvertrages (Bf1).

Die Antragsgegnerin ist diesem Sachvortrag dahingehend entgegengetreten, dass die Vergütungsregelung in § 2 der Anlage Bf1 auf eine Anlage 7 zu diesem Vertrag ("Mieterstrom") Bezug nehme, der nicht beigelegt war. Der Senat hat den Beteiligten mitgeteilt, dass auch die dem Senat zur Verfügung gestellte Unterlage insoweit unvollständig ist. Die Anlage Mieterstrom wurde mit dem Schriftsatz vom 13.08.2020 nachgereicht.

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze

nebst Anlagen, die beigezogene Verfahrensakte der Beschwerdegegnerin sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 02.09.2020 Bezug genommen. Nach Schluss der mündlichen Verhandlung ist am 09.09.2020 ein weiterer Schriftsatz der Beschwerdeführerin eingegangen.

## **B.**

Die Beschwerde hat keinen Erfolg.

### **I.**

Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde ist gemäß § 57 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, § 78 Abs. 1, Abs. 3, § 83 Abs. 4 EnWG statthaft und auch im Übrigen zulässig.

### **II.**

Die Beschwerde ist jedoch zurückzuweisen, da die Landesregulierungsbehörde den - auf Grundlage des von der Beschwerdeführerin bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung gehaltenen Vortrags gleichfalls zulässigen - Antrag der Beschwerdeführerin auf Einleitung eines Verfahrens nach § 31 EnWG im Ergebnis zu Recht abgelehnt hat:

1. Gemäß § 31 Abs. 1 Satz 1 EnWG können Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch das Verhalten eines Betreibers von Energieversorgungsnetzen erheblich berührt werden, bei der Regulierungsbehörde einen Antrag auf Überprüfung dieses Verhaltens stellen. Für das Kriterium der Interessenberührung wird als ausreichend erachtet, dass durch das Verhalten des Netzbetreibers wirtschaftliche Interessen berührt sind, eine Berührung rechtlicher Interessen ist nicht erforderlich. Wann die Schwelle zur Erheblichkeit überschritten ist, ist im Einzelfall zu beurteilen, wobei eine zu enge und einschränkende Auslegung des Merkmals der Erheblichkeit im Lichte der europarechtlichen Vorgaben nicht geboten ist. Die Interessenberührung muss gegenwärtig sein, mithin andauern oder unmittelbar bevorstehen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2018, 3 Kart 48/17, Rn. 49 bei juris).

Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Die Antragsgegnerin lehnt es ab, die streitgegenständlichen Anlagen als Kundenanlagen i.S.d. § 3 Nr. 24a EnWG zu behandeln und zukünftig allen Letztverbrauchern, deren Verbrauchsanlagen an diese Energieanlagen angeschlossen sind und die Stromlieferungsverträge mit Elektrizitätsversorgungsunternehmen abschließen, die sie über das Verteilernetz der



Antragsgegnerin beliefern, eine Abrechnung ihrer Verbräuche über Unterzähler zu ermöglichen. Dadurch sind die Interessen der Beschwerdeführerin rechtlich und wirtschaftlich aktuell betroffen. Die Beschwerdeführerin hat sich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung als Betreiberin der Anlage(n) dargestellt; sie sei Anschlussnehmerin der Antragsgegnerin und Netzanschlusspetentin (vgl. beispielsweise Schriftsatz vom 04.08.2020, Seite 8).

Die Beschwerdeführerin hat erstmals in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 09.09.2020 nach Schluss der mündlichen Verhandlung vorgetragen, dass tatsächlich nicht sie, sondern die Grundstückseigentümerin Y. Z.eG Anschlussnehmerin und Kundenanlagenbetreiberin sei und die Beschwerdeführerin lediglich von dieser mit der „Durchführung aller Anmeldeprocedere zum Netzanschluss und zum Anschlussnehmerverhältnis beauftragt“ worden sei. Es kann dahinstehen, inwieweit dieser Vortrag - wäre er noch berücksichtigungsfähig - in Widerspruch zu dem bisherigen Sachvortrag der Beschwerdeführerin und insbesondere zu Ziffer 1 2. Absatz der Anlage 7 „Mieterstrom“ steht und ob dieser Vortrag - träfe er zu - die Antragsberechtigung der Beschwerdeführerin entfallen ließe, da dann fraglich wäre, ob sie noch hinreichend selbst durch die Anmeldung ablehnende Haltung der Antragsgegnerin betroffen wäre. Der Senat darf gemäß § 81 Abs. 1 Halbs. 1, § 83 Abs. 1 Satz 1 EnWG nämlich nur solche Umstände zur Grundlage seiner Entscheidung machen, die - zumindest konkludent - Gegenstand der mündlichen Verhandlung oder einer Beweisaufnahme waren (vgl. BGH, Urteil vom 14. März 2006 - VI ZR 335/04, NJW 2006, 2482 Rn. 23 mwN zu § 128 Abs. 1, § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichte Schriftsätze oder nachträglich zu den Akten gelangte Urkunden werden grundsätzlich - auch im gerichtlichen Verfahren nach den §§ 75 ff EnWG - nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung (vgl. BGH, Beschluss vom 12.11.2013, EnVR 33/12, Rn. 12). Ist die mündliche Verhandlung geschlossen, so sind weitere Ermittlungen des Gerichts und weiteres Vorbringen der Beteiligten, sofern diesen nicht eine Schriftsatzfrist eingeräumt war, nur zulässig und für das Gericht nur dann beachtlich, wenn vorher die mündliche Verhandlung durch das Gericht wiedereröffnet wird. Gründe für eine Wiederöffnung der mündlichen Verhandlung liegen indes trotz des geltenden Untersuchungsgrundsatzes nicht vor: sie ergeben sich insbesondere nicht aus der Verpflichtung des Gerichts, den Sachverhalt umfassend aufzuklären (§ 82 Abs. 1 EnWG). Zwar ist zwingend wiederzueröffnen, wenn nachgereichte Schriftsätze und Unterlagen aufdecken, dass das Gericht den Sachverhalt bisher nicht ausreichend aufgeklärt hatte (sog. "verfrühter Verhandlungsschluss", vgl. BVerwG, Urteil vom 01.03.1995, 8 C 36/92, NJW 1995, 2308, 2308, beck-online m.w.N.). Die Pflicht des Gerichts zur Aufklärung des Sachverhalts findet ihre Grenze jedoch dort, wo das Parteivorbringen keinen tatsächlichen Anlass zu weiterer Sachaufklärung bietet (OLG

Düsseldorf, Beschluss vom 05.09.2018, VI-3 Kart 80/17, Rn. 59f.). Entsprechenden Vortrag hat die Beschwerdeführerin bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht gehalten; der Senat hatte zum Schluss der mündlichen Verhandlung daher keinen Anlass der Frage nachzugehen, ob die Beschwerdeführerin das Antragserfahren bei der Antragsgegnerin, das Missbrauchsverfahren bei der Beschwerdegegnerin und das Beschwerdeverfahren bei dem Senat „nur“ in gewillkürter (Prozess- bzw. Verfahrens-)Standschaft für einen Dritten eingeleitet hat.

2. Das Verhalten der Antragsgegnerin ist nicht missbräuchlich, so dass die Ablehnung des Antrags durch die Landesregulierungsbehörde nicht zu beanstanden ist. Bei den beiden streitgegenständlichen Anlagen handelt es sich nicht um Kundenanlagen im Sinne des § 3 Nr. 24a EnWG.

2.1. Die Ansicht der Beschwerdeführerin, § 3 Nr. 24a EnWG sei nicht hinreichend bestimmt, weil diese Vorschrift „im Vergleich zu § 12 Abs. 5 StromStV“ - die Klägerin meint wahrscheinlich § 12b Abs. 5 StromStV - weniger präzise Tatbestandsmerkmale definiere, trifft nicht zu. Das Bestimmtheitsgebot schließt die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und die Einräumung von Ermessen nicht aus; der Umstand, dass der Verordnungsgeber in einer Stromverordnung andere Kriterien aufgestellt hat als der Gesetzgeber in § 3 Nr. 24a EnWG, lässt einen Schluss auf eine nicht hinreichende Bestimmtheit nicht zu (ebenso BGH, Beschluss vom 12.11.2019, EnVR 65/18, Rn. 19, und OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2018, 3 Kart 48/17, Rn. 52 f. bei juris).

2.2. Nach § 3 Nr. 24a EnWG 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 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.

Liegen diese Voraussetzungen vor, ist eine Kundenanlage gegeben, die nicht als Energieversorgungsnetz gemäß § 3 Nr. 16 EnWG gilt und deshalb nicht der Regulierung unterliegt. Unter Zugrundelegung des gebotenen weiten Netzbegriffes bilden die in § 3 Nr. 24a EnWG genannten Kundenanlagen die rechtlichen und die tatsächlichen Ausnahmen. Dies ist bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 3 Nr.

24a EnWG zu berücksichtigen und bei der Frage heranzuziehen, ob ein Bedürfnis für die Regulierung der zu betrachtenden Anlage besteht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.02.2020, 3 Kart 729/19, Rn. 119 bei juris). Dabei ist zu bedenken, dass die EU-Richtlinien zur Verwirklichung des Energiebinnenmarktes abschließend zu verstehen sind und das mitgliedstaatliche Recht nicht dahinter zurückbleiben darf, so dass es dem deutschen Gesetzgeber ohnehin nicht eröffnet ist, Ausnahmetatbestände vom Geltungsbereich der Richtlinien zu kreieren. Bei der Bestimmung in § 3 Nr. 24a EnWG handelt es sich daher lediglich um eine - eng und nach Maßgabe des EU-Rechts zu handhabende - generalklauselartige Beschreibung des Anwendungsbereichs der Richtlinien zur Ermittlung der Sachverhalte, in denen es offensichtlich an einem Regulierungsbedürfnis fehlt (BGH, Beschluss vom 12.11.2019, EnVR 65/18, Rn. 26; Wolf, EnWZ 2018, 387 [389]). Vor diesem europarechtlichen Hintergrund sind die Ausführungen der Beschwerdeführerin dazu, das KWKG fördere es, in Wärmeerzeugungsanlagen nicht nur dezentral Nahwärme, sondern an die in den Quartieren lebenden Letztverbraucher auch umwelt- und klimafreundlich vor Ort produzierten Nahstrom zu liefern, zur Auslegung des § 3 Nr. 24a EnWG unerheblich.

- 2.3. Nach diesen Kriterien handelt es sich bei den beiden von der Beschwerdeführerin errichteten Anlagen aus zwei, diese Entscheidung jeweils selbstständig tragenden Gründen in der ...straße x1 und in der ...straße x2 nicht um Kundenanlagen. Zum einen sind sie für die Sicherstellung eines wirksamen unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas nicht unbedeutend (nachfolgend Ziffer 2.3.3). Zum anderen hat die Beschwerdeführerin bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht den Nachweis erbracht, dass die Anlagen jedermann unabhängig von der Wahl des Energielieferanten diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden (nachfolgend Ziffer 2.3.4). Es kann mithin nicht festgestellt werden, dass es offensichtlich an einem Regulierungsbedürfnis fehlt:
- 2.3.1. Die Verbundenheit der beiden Gebiete mit einem Energieversorgungsnetz wird von den Beteiligten allerdings nicht in Frage gestellt.
- 2.3.2. Nach Maßgabe der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschluss vom 12.11.2019, EnVR 65/18, Rn. 24 f.) handelt es sich bei den beiden an die ...straße x1 und ...straße x2 angeschlossenen Energieversorgungsnetzen jeweils um eigenständige zusammengehörende Gebiete i.S.d. § 3 Nr. 24 lit. a EnWG. Maßgeblich ist nicht nur die räumliche Ausdehnung oder die Einheitlichkeit eines äußeren Eindrucks, sondern vor allem, inwieweit das jeweils räumlich zusammengehörende Gebiet einer einzelnen Energieanlage zuzuordnen ist. Entscheidend ist nach dem Verständnis des Senats, dass hier künftig durch zwei

unterschiedliche Energiezentralen zwei getrennte Gebiete mit Energie versorgt werden. Es ist insoweit auf den tatsächlichen Zustand abzustellen und nicht darauf, dass es der Beschwerdeführerin technisch möglich gewesen wäre, statt zweier Blockheizkraftwerke in den Gebäuden ...straße x1 und ...straße x2 an einem der beiden Standorte nur ein Blockheizkraftwerk zu errichten, mit dem die beiden - nebeneinander liegenden und räumlich verbundenen - Gebiete versorgt werden können.

Vor dem Hintergrund, dass die beiden Gebiete schon in der Vergangenheit über getrennte Wärmeversorgungsanlagen in der ...straße x1 und ...straße x2 verfügt haben, kann auch nicht mit der für die Feststellungen eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens erforderlichen Sicherheit die Feststellung getroffen werden, dass - wie sowohl die Antragsgegnerin als auch die Landesregulierungsbehörde und auch die Bundesnetzagentur vermuten - die Beschwerdeführerin nur mit dem Ziel der formalen Umgehung der Voraussetzungen für eine Regulierung nach dem Energiewirtschaftsgesetz zwei Anlagen statt nur einer Anlage errichtet hat.

2.3.3. Beide streitgegenständlichen Energieanlagen sind jedoch auch nach Maßgabe der in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 12.11.2019 (EnVR 65/18) entwickelten Grundsätze und präzisierten Kriterien als für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität nicht unbedeutend anzusehen, so dass bereits deshalb die Voraussetzungen für eine Einordnung als Kundenanlage nicht vorliegen:

2.3.3.1. Der Bundesgerichtshof hat in dieser Entscheidung herausgearbeitet, dass eine Energieanlage nicht mehr unbedeutend für den Wettbewerb ist, wenn sie nach Kundenanzahl, geografischer Ausdehnung, Strommenge oder sonstigen Strukturmerkmalen eine Größe erreicht hat, die mehr verlangt und ermöglicht als die bloße Gewährleistung des Zugangs der angeschlossenen Letztverbraucher zum örtlichen Verteilernetz, 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 spricht. Danach scheidet im Regelfall eine Einordnung als für den Wettbewerb unbedeutend aus, wenn

- mehrere Hundert Letztverbraucher angeschlossen sind,
- die Anlage eine Fläche von deutlich über 10.000 m<sup>2</sup> versorgt,
- die jährliche Menge an durchgeleiteter Energie voraussichtlich 1.000 MWh deutlich übersteigt und
- mehrere Gebäude angeschlossen sind.

Eine Energieanlage, die eine solche Größe erreicht, kann allenfalls unter ganz

besonderen Umständen des Einzelfalls noch als für den Wettbewerb unbedeutende Kundenanlage angesehen werden. Bleibt die Größe der Energieanlage hingegen in mehreren dieser Punkte hinter den genannten Werten zurück, handelt es sich regelmäßig um eine für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität unbedeutende Kundenanlage, wobei jedoch auch in diesem Fall im Einzelfall zu entscheiden ist, ob die Anlage gleichwohl im Rahmen einer Gesamtwürdigung - insbesondere bei Berücksichtigung weiterer Umstände - nicht mehr als wettbewerblich unbedeutend anzusehen ist. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kommt es nicht auf einen Vergleich der Kundenanlage zu den in Deutschland insgesamt gehandelten und verbrauchten Energiemengen an (BGH, aaO, Rn. 32 f.) oder darauf, ob die Energieanlage nach ihrer Größe eine Spürbarkeitsschwelle im Verhältnis zum vorgelagerten Netzbetreiber überschreitet.

2.3.3.2. Hinsichtlich des kleineren Gebiets (...straße x1) sind danach unzweifelhaft die Kriterien „mehr als 10.000 m<sup>2</sup>“ und „mehr als 1.000 MWh/a“ nicht erfüllt, da die Fläche nur 9.000 m<sup>2</sup> umfasst und - bei einem angenommenen durchschnittlichen Verbrauch - nur ca. 288 MWh/a abgenommen werden. Das Kriterium „mehrere Gebäude“ ist erfüllt, da vier Wohnblöcke angeschlossen sind. Das Kriterium „mehrere Hundert angeschlossene Letztverbraucher“ dürfte, sofern man mit der Beschwerdeführerin davon ausgeht, dass der Bundesgerichtshof diesen Begriff in seiner Grundsatzentscheidung im Sinne der Anzahl der Wohneinheiten und nicht im Sinne der hiervon im Einzelfall abweichenden Anzahl der natürlichen oder juristischen Personen, die Energie für den eigenen Verbrauch kaufen (Legaldefinition in § 2 Nr. 25 EnWG; in einer Wohnung können mehrere natürliche Personen gemeinsam Vertragspartner des Energieversorgers sein und deshalb mehrere Letztverbraucher im Sinne des § 2 Nr. 25 EnWG leben) oder der Anzahl der Bewohner der Wohnungen verwendet hat, mit 96 Wohneinheiten gleichfalls nicht erfüllt sei, so dass bei diesem Gebiet im Ausgangspunkt davon auszugehen ist, dass es nicht wettbewerblich bedeutsam ist, sofern sich nicht aus der vom Bundesgerichtshof verlangten Gesamtbetrachtung durch den Tatrichter etwas anderes ergibt (BGH, Beschluss vom 12.11.2019, EnVR 65/18, Rn. 32 letzter Satz), weil mehrere der Kriterien nicht erfüllt sind. Dabei geht der Senat davon aus, dass von dem Bundesgerichtshof mit dem Begriff „mehrere“ gemeint ist: „mindestens Zwei“ (andere Ansicht offenbar OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.02.2020, 3 Kart 129/19, Rn. 134).

2.3.3.3. Hinsichtlich des größeren Gebiets (...straße x2) sind unzweifelhaft die Kriterien „mehr als 10.000 m<sup>2</sup>“ und „mehrere Gebäude“ erfüllt, da die Fläche 20.500 m<sup>2</sup>

umfasst und sechs Wohnblöcke versorgt werden. Das Kriterium „mehr als 1.000 MWh/a“ ist nicht erfüllt bei einem angenommenen durchschnittlichen Verbrauch von ca. 480 MWh/a. Das Kriterium „mehrere Hundert angeschlossene Letztverbraucher“ ist dann mit 160 Wohneinheiten nicht erfüllt, wenn man mit der Beschwerdeführerin davon ausgeht, dass der Bundesgerichtshof diesen Begriff in seiner Grundsatzentscheidung im Sinne der Anzahl der Wohneinheiten gleichsetzen sollte (zweifelhaft, s.o.; für dieses Verständnis: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2018, VI-3 Kart 48/17, Rn. 94, und OLG Frankfurt, Beschluss vom 08.03.2018, 11 W 40/16 (Kart), Rn. 70), so dass auch bei diesem Gebiet im Ausgangspunkt davon auszugehen ist, dass es nicht wettbewerblich bedeutsam ist, sofern sich nicht aus der vom Bundesgerichtshof verlangten Gesamtbetrachtung durch den Tatrichter etwas anderes ergibt (BGH, Beschluss vom 12.11.2019, EnVR 65/18, Rn. 32 letzter Satz), weil mehrere der Kriterien nicht erfüllt sind.

2.3.3.4. Die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aber auch im Fall des Nichterreichens von mehreren der genannten Kriterien verlangte Gesamtbetrachtung führt zu der Feststellung, dass es sich bei keiner der beiden Anlagen um eine für den Wettbewerb unbedeutende Kundenanlage handelt.

2.3.3.4.1. Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, dass die Einordnung an den Zielen des Regulierungsrechts zu messen ist (BGH, Beschluss vom 12.11.2019, EnVR 65/18, Rn. 29). Das Merkmal der wettbewerblichen Unbedeutsamkeit betreffe 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. Ausschlaggebend für die Sicherstellung eines wirksamen unverfälschten Wettbewerbs sei, inwieweit die Kundenanlage im Hinblick auf eine sichere Energieversorgung, die Investitionsbereitschaft in das Netz und die grundsätzlich erstrebte Trennung von Erzeugung und Versorgung unbedeutend sei; dies ergebe sich aus den Zielen des Regulierungsrechts und der Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.07.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG). § 1 Abs. 2 EnWG sei zu entnehmen, dass die Regulierung der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs dazu diene, eine preisgünstige und effiziente Stromversorgung zu erreichen, während die Elektrizitätsrichtlinie Effizienzgewinne, wettbewerbsfähige Preise und höhere Dienstleistungsstandards bewirke und zu mehr Versorgungssicherheit und Nachhaltigkeit beitragen wolle. Angestrebt

werde die wirksame Trennung des Netzbetriebs von der Erzeugung und Versorgung, wodurch dem Wettbewerb Anreize verschafft werden sollen, ausreichend in die Netze zu investieren. Wichtig sei der Grundsatz der tatsächlichen Trennung der Netzaktivitäten von den Versorgungs- und Erzeugeraktivitäten und die Sicherheit der Energieversorgung neben einem nicht diskriminierenden Zugang zum Verteilernetz (BGH aaO, Rn. 30). Zur Ausfüllung dieser Kriterien hat der BGH die genannten Kriterien herangezogen. Er hat aber auch betont, dass dann, wenn - wie hier bei einzelner Betrachtung - die Größe der Energieanlage in mehreren dieser Punkte hinter den genannten Werten zurückbleibe, zwar regelmäßig von einer unbedeutenden Kundenanlage auszugehen sei, der Tatrichter aber gleichwohl auch in diesem Fall zu entscheiden habe, ob in dem Rahmen einer Gesamtwürdigung und bei Berücksichtigung weiterer Umstände nicht dies anders zu beurteilen sei (BGH aaO, Rn. 32). Nach der Bundestagsdrucksache 17/6072, dort Seite 52 (vgl. auch BGH aaO, Rn. 28) sind für die Frage, ob im Rahmen der Gesamtwürdigung eine Energieanlage unbedeutend ist, neben den Kriterien, die der BGH bereits bei Aufstellung seiner Grundsätze berücksichtigt hat (Anzahl der angeschlossenen Letztverbraucher, geographische Ausdehnung, mehrere Gebäude, Menge der durchgeleiteten Energie), als sonstige Merkmale weitere angeschlossene Kundenanlagen und die Vertragsgestaltungen zu berücksichtigen.

- 2.3.3.4.2. Legt man dies zugrunde, ist in die Gesamtwürdigung mit einzubeziehen,
- dass hier die Beschwerdeführerin als Anmelderin der Kundenanlage (vgl. Schreiben der Beschwerdeführerin vom 10.07.2018, in der beigezogenen Behördenakte) zugleich auch als Stromanbieter auftritt und damit gerade die angestrebte Trennung von Netz und Anbieter nicht erreicht wird, was für eine Unterwerfung unter die gesetzliche Kontrolle spricht,
  - dass die beiden Anlagen nebeneinander liegen und
  - die beiden Anlagen durch die Vertragsgestaltung mit der Eigentümerin der Grundstücke (Y. Z. wG), insbesondere den Wärmelieferungsvertrag vom 21./27.04.2020 (Bf 1) derart miteinander verknüpft werden, dass sich die Beschwerdeführerin dort in § 2 des Vertrages einheitlich u.u. verpflichtet hat, zur Wärme- und Stromversorgung zwei Blockheizkraftwerke zur gekoppelten Erzeugung von Strom und Wärme zu errichten, zu warten und instandzusetzen sowie diese an die vorhandene Niederspannungshauptverteilung anzuschließen. Der Vertrag ist - wie auch der zugleich abgeschlossene Mietvertrag über Keller- und Hausanschlussräume - so gestaltet, dass er als gemeinsamer Rahmen beide Gebiete miteinander verknüpft. Unter der Bedingung eines Erfolgs der Beschwerdeführerin in dem hier vor dem

erkennenden Senat anhängigen Verfahren soll die Beschwerdeführerin den in den Anlagen erzeugten Strom an die Letztverbraucher vermarkten. Hierzu übernimmt die Beschwerdeführerin u.a. die „Errichtung/Übernahme [der] Kundenanlage ab [dem] Übergabepunkt Markt-Messlokation des öffentlichen Verteilnetzes bis zur Übergabe [der] Markt- bzw. Messlokation der Letztverbraucher“, während nur das dahinter liegende Sekundärnetz (innerhalb der Wohnungen) beim Grundstückseigentümer verbleiben soll (Ziffer 1 Abs. 2 2. Spiegelstrich der Anlage 7 „Mieterstrom“ = Anlage Bf 5).

Gerade der Umstand der weiteren angeschlossenen Kundenanlagen soll nach der Gesetzesbegründung ein Kriterium sein, dass in einer Gesamtwürdigung heranzuziehen ist, so dass hier zu berücksichtigen ist, dass die Beschwerdeführerin die beiden hier streitgegenständlichen Anlagen wirtschaftlich gemeinsam vermarktet. Die Absicht der Beschwerdeführerin zielt zudem darauf ab, gerade das Netz und die Lieferung nicht zu trennen, sondern einheitlich beides anzubieten, was nach den Zielen des Energiebinnenmarktes gegen das offensichtliche Fehlen eines Regulierungsbedürfnisses spricht (ebenso OLG Frankfurt, Beschluss vom 08.03.2018, 11 W 40/16, Rn. 81: *„Tritt der Anlagenbetreiber gegenüber den Letztverbrauchern objektiv wie ein Netzbetreiber auf, indem er beispielsweise Anschlussverträge mit ihnen schließt, die typische Elemente eines Netzanschlussvertrages enthalten, so ist in der Regel das Vorliegen einer Kundenanlage zu verneinen“*). Die Verträge der Beschwerdeführerin mit der Grundstückseigentümerin verknüpfen die beiden Anlagen zudem zu einem gemeinsamen Gebilde mit 10 Wohnblöcken mit fast 30.000 m<sup>2</sup> Fläche und mehr als 300 angeschlossenen Wohneinheiten, für das in einem einheitlichen Vertrag (Anlage Bf1, GA 146) für beide Anlagen ein einheitlicher Wärmelieferungsvertrag mit einer gemeinsamen Vereinbarung zum „Mieterstrom“ (Anlage Bf 5) abgeschlossen wird. Auf vertraglicher (nicht elektrotechnischer) Ebene werden die beiden Anlagen zu einem einheitlichen Netz zusammengezogen, was es auf Grundlage der oben zitierten Gesetzesbegründung und den Zielen des Regulierungsrechts gebietet, sie als wirtschaftlich bedeutend einzustufen und der Beschwerde den Erfolg zu versagen.

Soweit die Beschwerdeführerin erstmals in einem nicht nachgelassenen, erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz geltend macht, eigentlich sei nicht sie, sondern die Grundstückseigentümerin Kundenanlagenbetreiberin, ist dieser Vortrag bereits aus den oben unter Ziffer II.1 angeführten Gründen nicht berücksichtigungsfähig. Dieser Vortrag gebietet es auch nicht, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen. Im Übrigen



bemüht sich die Beschwerdeführerin insoweit allein darum, durch Begrifflichkeiten eine Trennung ihrer Stellung vom Netz zu konstruieren; wirtschaftlich verbleibt es dabei, dass sie zum einen gegen Vergütung das Netz errichtet und wartet und zum anderen gegenüber den Letztverbrauchern als Stromanbieter auftritt. Darauf, ob sie - wie nach Schluss der mündlichen Verhandlung in nicht berücksichtigungsfähiger Weise neu vorgetragen - ihre Wäremeistungen gegenüber der Grundstückseigentümerin getrennt abrechnet, kommt es in diesem Zusammenhang ohnehin nicht an.

2.3.4. Lediglich ergänzend stellt der Senat fest, dass die Beschwerdeführerin zudem nicht den ihr obliegenden Nachweis erbracht hat, dass die Energieanlagen jedermann zum Zwecke der Belieferung der angeschlossenen Letztverbraucher im Wege der Durchleitung unabhängig von der Wahl des Energielieferanten diskriminierungsfrei und vor allem unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden.

2.3.4.1. Die Unentgeltlichkeit der Durchleitung schließt aus, dass der Betreiber der Kundenanlage ein Nutzungsentgelt vom Energielieferanten erhebt oder durch eine prohibitive Preisgestaltung (z.B. höhere Miet- oder Pachtzinsen bei Drittbelieferung) oder sonstige Umgehungstatbestände die freie Wahl eines Lieferanten einschränkt (Kment, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG § 3 Rn. 61), also denjenigen Bewohnern (oder deren Dritt-Lieferanten) direkt oder indirekt Kosten auferlegt, die den in der Anlage selbst erzeugten Strom nicht beziehen. Der Anlagenbetreiber muss jedem Energielieferanten gestatten, die angeschlossenen Letztverbraucher über die Energieanlage zu versorgen; die Letztverbraucher dürfen damit nicht an einen Energielieferanten, unabhängig ob dies der Anlagenbetreiber oder ein anderer Energielieferant ist, in irgendeiner Weise über normale Vertragslaufzeiten hinaus gebunden werden. Zudem dürfen Energielieferanten bei der Belieferung von Letztverbrauchern ohne sachlichen Grund nicht anderweitig behindert bzw. benachteiligt oder bevorzugt werden (Thomale/Berger, EnWZ 2018, 147, 153).

Entgegen der Annahme der Antragsgegnerin bedeutet dies allerdings nicht, dass die Nutzung der Energieanlage für diejenigen Anschlussnehmer innerhalb der Kundenanlage, die von dem Betreiber mit Strom versorgt werden, kostenlos sein müsse (Danner/Theobald/Theobald, 103. EL Oktober 2019 Rn. 205f, EnWG § 3 Rn. 205a-205f). Aber eine unentgeltliche Durchleitung bedeutet durchaus, dass der Anlagenbetreiber für die Nutzung der Energieanlage von Letztverbrauchern kein verbrauchsabhängiges Entgelt erhalten darf (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2018, VI-3 Kart 77/17 (V), Rn. 71 bei juris). Mit einer Einstufung als Kundenanlage wäre es nicht zu vereinbaren, wenn von Anlagenbetreibern auf

den Strompreis (bestehend aus reinem Energiepreis, Mittelspannungsentgelten, Steuern und Abgaben) ein Aufschlag in ct/kWh erhoben und gegenüber den Letztverbrauchern für die Bereitstellung der elektrischen Infrastruktur abgerechnet werde, da dann ein verbrauchsabhängiges Entgelt vorliegen würde. Es würde keinen Sinn ergeben, nur von Energielieferanten kein verbrauchsabhängiges Entgelt verlangen zu dürfen, aber von den an die elektrischen Anlagen angeschlossenen Letztverbrauchern (Thomale/Berger, EnWZ 2018, 147, 153; a.A. Hack, Energie-Contracting, C. Dezentrale Elektrizitätsversorgung Rn. 427, beck-online; s.a. Köster, IR 2018, 161). Die Kosten einer Energieanlage können jedoch im Rahmen des Mietverhältnisses an die Mieter weitergereicht werden. Dabei können die Kosten für die Errichtung bzw. den Betrieb und die Instandhaltung der elektrischen Anlagen als Fixkosten gegenüber dem Mieter verbrauchsunabhängig z. B. als Bestandteil des fixen Mietentgeltes bzw. anteilig über die Betriebsnebenkosten über einen Verteilungsschlüssel (z. B. entsprechend des Anteils der Miet- bzw. Nutzfläche an der Gesamtfläche) abgerechnet werden. Ein solches Abrechnungsverfahren wird im Hinblick auf die Einstufung von Energieanlagen als Kundenanlage unschädlich angesehen (OLG Düsseldorf, aaO; Thomale/Berger, aaO; s. a. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.02.2020, 3 Kart 729/19, Rn. 141 bei juris).

Infrage steht die Unentgeltlichkeit jedoch regelmäßig dann, wenn der Anlagenbetreiber die angeschlossenen Endverbraucher zugleich mit Energie versorgt. Zweifel an der regulierungsspezifischen Neutralität der Anlage kommen dann auf, wenn der infrastrukturelle Anlagenbetrieb Basis einer spezifisch energiewirtschaftlichen Tätigkeit ist; hierbei besteht die Besorgnis, dass durch die enge Verknüpfung netznutzungsabhängige Entgelte in die Energiepreise einfließen (Burbach, RdE 2019, 56 [60]). In diesen Fällen muss sich aus der internen Preiskalkulation eindeutig ergeben, dass keine über allgemeine Unterhaltungs- und Amortisationskosten hinausgehenden Netzentgelte in die Preise einfließen (Wolf, EnWZ 2018, 387 [391]).

Die Beschwerdeführerin trifft als Antragstellerin die materielle Feststellungslast für den Umstand der unentgeltlichen Zurverfügungstellung (OLG Frankfurt, Beschluss vom 08.03.2018, 11 W 40/16 (Kart), Rn. 37 und 57; vgl. hierzu auch BGH, Beschluss vom 12.11.2019, EnVR, 65/18 Rn. 31).

2.3.4.2. Hieran gemessen hat die Beschwerdeführerin nicht den Nachweis geführt, dass die Kosten für die Errichtung, den Betrieb und die Wartung der Anlage verbrauchsunabhängig erfolgen. Nach Berücksichtigung aller bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Umstände und unter Auswertung

der bis zu diesem Zeitpunkt zur Akte gelangten Unterlagen bleiben Zweifel, ob die zu beurteilende Anlage jedermann unentgeltlich nach § 3 Nr. 24a lit d. EnWG zur Verfügung gestellt wird. Die fortbestehenden Zweifel an der Unentgeltlichkeit führen dazu, dass die streitgegenständliche Anlage dem regulierten Netz zuzurechnen ist. Unentgeltlichkeit bedeutet insoweit, dass keine unmittelbar die Strompreiskalkulation betreffenden Entgelte berechnet werden dürfen (OLG Frankfurt, a.a.O., Rn. 44 bei juris). Die Beschwerdeführerin behauptet zwar, dass sie diese Kosten allein über den Grundpreis zum Wärmelieferungsvertrag ausgleiche (§ 5 des Wärmelieferungsvertrages mit Anlage 3, Anlage Gf1). Diesen Betrag zahlt das Wohnungsunternehmen (und legt ihn sicherlich über die Nebenkosten auf alle Mieter um) jedoch laut Vertragstext allein für die Wärmelieferung, ohne dass dem Vertragstext zu entnehmen wäre, dass die konkreten Kosten für die Errichtung, Vorhaltung und Instandsetzung des Energieversorgungsnetzes durch diesen Betrag und nicht durch die Beträge, die als „Mieterstrom“ (§ 2 Ziffer 1 des Wärmelieferungsvertrages) von den späteren Stromkunden der Beschwerdeführerin vereinnahmt werden. Auch die Anlage 7 „Mieterstrom“ zu diesem Vertrag (vorgelegt als Anlage zum Schriftsatz vom 13.08.2020) lässt dies offen. Obwohl der Senat bereits im Hinweisbeschluss vom 26.05.2020, dort Seiten 2 und 14 ff.) diese Problematik und die dies behandelnde Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 08.03.2018, 11 W 40/16, sowie die Feststellungslast der Beschwerdeführerin angesprochen und der Beschwerdeführerin eine Frist zur Darlegung, auf welche Weise sie beabsichtige, die Kosten der Errichtung und der Unterhaltung der Anlagen zu (re-)finanzieren, gesetzt hat, lässt sich den von dieser darauf bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorgelegten Unterlagen nicht mit der notwendigen Sicherheit entnehmen, dass in den Strompreis der späteren Stromkunden der Beschwerdeführerin allein die Bezugskosten für den gelieferten Strom, die eigenen Vertriebskosten und eine "Marge" eingepreist werden und nicht auch ein Nutzungsentgelt für die Anlage. Den Preisbestimmungen für die von der Grundstückseigentümerin zu entrichtenden Preise in der Anlage 3 zum Wärmelieferungsvertrag, den die Beschwerdeführerin nur teilweise geschwärzt vorgelegt hat, ist nicht zu entnehmen, wie sich der dort genannte Basiswert zum Grundpreis zusammensetzt und ob in diesem tatsächlich - wie von der Beschwerdeführerin behauptet - und auch dauerhaft alle Kostenkomponenten enthalten sind, die allein durch Errichtung und Wartung der Stromversorgung anfallen werden. Ihre Kalkulation hat die Beschwerdeführerin nicht offen gelegt, obwohl dies erforderlich gewesen wäre (Wolf, aaO). Offen bleiben kann, ob - wie von der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung angezweifelt - es rechtlich überhaupt zulässig wäre, in den als Grundpreis für die Wärmeversorgung ausgewiesenen Preis auch Kosten einzustellen, die allein der

Errichtung und dem Betrieb einer Stromversorgungsanlage innerhalb bzw. zwischen den Gebäuden dienen.

Der Senat ist auch trotz des gemäß § 82 EnWG geltenden Untersuchungsgrundsatzes nicht gehalten, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen, um die nach Schluss der mündlichen Verhandlung von der Beschwerdeführerin vorgelegten weiteren Unterlagen darauf zu prüfen, ob diese für einen Nachweis ausreichen, dass die unentgeltliche Zurverfügungstellung sicher gestellt ist. Zum einen wird die Zurückweisung der Beschwerde bereits von den oben unter Ziffer 3.3.3 angeführten Gründen getragen. Zum anderen hat die Antragsgegnerin bereits in ihrer Beschwerdeerwidlungsschrift vom 19.05.2020 die Befürchtung geäußert, dass über den Strompreis versteckte Netzentgelte an die Stromkunden weitergegeben werden könnten und dass es an einer einlassungsfähigen Darlegung zu ihrer Strompreiskalkulation fehle. Der Senat hat sodann die Beschwerdeführerin bereits mit Beschluss vom 26.05.2020, der ihr ca. 3 Monate vor der mündlichen Verhandlung zugestellt worden ist, auf die Problematik erneut hingewiesen und unter Fristsetzung von drei Wochen - die auf Antrag der Beschwerdeführerin verlängert worden ist - zu weiteren Vortrag aufgefordert (§ 83 Abs. 3 Satz 1 EnWG). Der Senat hat damit seinen Untersuchungspflichten umfassend Genüge getan, so dass es auch zur Wahrung des Rechts der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör nicht erforderlich ist, erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten. Die Beschwerdeführerin hatte angesichts des Inhalts der Beschwerdeerwidlung der Antragsgegnerin und des Hinweisbeschlusses des Senats auch keinen begründeten Anlass annehmen zu können, die von ihr eingeführten Unterlagen könnten zur Nachweisführung der Unentgeltlichkeit ausreichen. Auch ist es entgegen ihrer Ansicht nicht möglich, den neuen nach Schluss der mündlichen Verhandlung gehaltenen Sachvortrag und die neuen Unterlagen ohne erneute mündliche Verhandlung zu berücksichtigen (BGH, Beschluss vom 12.11.2013, EnVR 33/12, Rn. 12).

### C.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG. Angesichts der Erfolglosigkeit der Beschwerde, der aktiven Beteiligung der Antragsgegnerin, der Beschwerdegegnerin und der Bundesnetzagentur am Beschwerdeverfahren sowie ihrem erheblichen Interesse am Verfahrensausgang entspricht es insbesondere vor dem Hintergrund der kontradiktorischen Ausgestaltung des Missbrauchsverfahrens der Billigkeit, der unterliegenden Beschwerdeführerin die Gerichtskosten sowie die außergerichtlichen Aufwendungen der anderen Beteiligten aufzuerlegen.

Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, da die Entscheidung auf einer Beurteilung der Einzelfallumstände beruht und keine Zulassungsgründe i.S.d. § 86 Abs. 2 EnWG vorliegen. Im Hinblick auf die Einordnung der beiden Anlagen als nicht mehr wirtschaftlich unbedeutend hat der Senat die von dem Bundesgerichtshof aufgestellten Kriterien beachtet und die von dem Bundesgerichtshof geforderte Gesamtbetrachtung im Einzelfall vorgenommen; Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte, die nach den Grundsatzentscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 12.11.2019 (EnVR 65/18 und 66/18) ergangen wären und von denen der Senat abweichen würde, sind nicht ersichtlich. Soweit die Beschwerdeführerin in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 09.09.2020 behauptet, der Senat weiche mit seiner Einordnung der unzureichenden Darlegung der Unentgeltlichkeit von dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 12.11.2019 (EnVR 66/18, dort Rn. 19) ab, weil dem Bundesgerichtshof dort eine entsprechende Art der Darlegung der Beschwerdeführerin ausgereicht habe, ist dies so nicht zutreffend dargestellt. Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, dass diese Voraussetzung nach den rechtsfehlerfreien und unangegriffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts erfüllt seien. Wenn aber diese Feststellung des Beschwerdegerichts im Rechtsbeschwerdeverfahren demnach nicht angegriffen worden ist, war der Bundesgerichtshof an diese Feststellung gemäß § 88 Abs. 4 EnWG gebunden. Dem von der Beschwerdeführerin weiter angeführten Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf ist im Übrigen ohnehin nicht zu entnehmen, in welcher Tiefe dort der Sachvortrag erfolgt ist und welche Nachweise erbracht worden sind (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2018, VI-3 Kart 77/17 (V), Rn. 72, juris).

#### Rechtsmittelbelehrung:

Die Beteiligten des Beschwerdeverfahrens haben die Möglichkeit, gegen die vorliegende Entscheidung des Senats die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof zu erheben, wenn eine der Voraussetzungen des § 86 Abs. 4 EnWG vorliegt. Darüber hinaus kann die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde selbständig angefochten werden (§ 87 EnWG).

Die Rechtsbeschwerde und die Nichtzulassungsbeschwerde sind jeweils schriftlich innerhalb eines Monats beim

Oberlandesgericht Dresden  
Schloßplatz 1  
01067 Dresden

einzulegen. Sie können auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten

elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, Seite 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder ([www.justiz.de](http://www.justiz.de)) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs aufgerufen werden.

Die Rechtsbeschwerde und die Nichtzulassungsbeschwerde sind durch einen Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist zur Begründung beginnt mit der Einlegung der Rechtsbeschwerde bzw. der Nichtzulassungsbeschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird.

Die Rechtsbeschwerdeschrift, die Nichtzulassungsbeschwerdeschrift und die Begründungsschrift müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörden besteht kein Anwaltszwang; sie können sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen.

PD Dr. Dr. K.

D.

K.