

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 08.03.2018 - 11 W 40/16 (Kart)

Leitsatz des Gerichts:

Zu den Voraussetzungen der Kriterien einer Kundenanlage nach § 3 Nr. 24a lit. a und c EnWG

I. Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerinnen begehren im Wege des besonderen Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG, das Verhalten der Beteiligten zu 1 (i.F: A) auf seine Übereinstimmung mit den Vorgaben der Abschnitt 2 und 3 des Dritten Teils des EnWG zu überprüfen.

Die Beschwerdeführerin zu 1 ist der städtische Energie-, Wasser- und Fernwärmeversorger in Stadt1; größter Anteilseigner ist die Stadt1. Die Beschwerdeführerin zu 1 ist Eigentümerin der Energieversorgungsnetze (Strom und Gas) der allgemeinen Versorgung in Stadt1, die sie an ihr Tochterunternehmen, die Beschwerdeführerin zu 2, verpachtet hat. Die Beschwerdeführerin zu 2 betreibt das Stromverteilernetz in Stadt1; sie gehört zu 100 % der Beschwerdeführerin zu 1.

Die A ist ein Energieversorgungsunternehmen und eine 100%ige Tochter der B GmbH & Co. KG. Auf dem Gelände der sog. "C" befindet sich eine Umspanneinrichtung, welche an das Mittelspannungsnetz der Beschwerdeführerin zu 2 angeschlossen ist. Die A betreibt die Umspanneinrichtung und beliefert gegenwärtig 397 Wohneinheiten in der Liegenschaft "C" nach erfolgter Umwandlung in Niederspannung mit Strom.

Die C befinden sich im D-Viertel und wurden im Jahr 2012/2013 erbaut. Ursprünglich setzten sie sich aus 48 Eigentumswohnungen und 397 öffentlich geförderten Wohnungen im Sozialmietwohnungsbau zusammen (Bl. 316). Die im Straße1 18-26 gelegenen Eigentumswohnungen werden gegenwärtig nicht mehr von der A versorgt. Die A versorgt gegenwärtig die Gebäude im Straße1 3-21, 28-32, 36-44 sowie in der Straße2 42-66 (Bl. 155). Im Rahmen der Jahresabrechnungen wird den Verbrauchern neben dem Grundpreis ein auf den konkreten Verbrauch bezogener Arbeitspreis in Rechnung gestellt. Dieser beträgt 0,18 € pro Kilowattstunde. Der jährliche Gesamtverbrauch in der Liegenschaft lag in den Vorjahren bei knapp 1,2 Millionen kWh und beläuft sich derzeit auf knapp 1 Mio. kWh.

Die Beschwerdeführerin zu 2 stellt der A seit Aufnahme der Lieferbeziehung jedenfalls seit 2014 für die Netznutzung unter anderem eine Konzessionsabgabe in Rechnung. Zwischen der Beschwerdeführerin zu 2 und der A ist derzeit ein Rechtsstreit über die Verpflichtung zur Zahlung einer Konzessionsabgabe vor dem Landgericht Stadt1 (Az.: .../16) anhängig.

Die Beschwerdegegnerin hat den Antrag mit Beschluss vom 29.08.2016 als unbegründet zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen wie folgt ausgeführt: Die A betriebe die elektrische Anlage im Einklang mit den gesetzlichen Voraussetzungen als Kundenanlage im Sinne von § 3 Nr. 24 a EnWG. Für die Frage, ob eine Energieanlage als Kundenanlage betrieben werde, komme es allein auf die tatsächlichen Eigenschaften der Anlage im Sinne des § 3 Nr. 24 a EnWG an. Alle dort genannten Voraussetzungen seien vorliegend erfüllt:

Die Anlage befinde sich auf einem räumlich zusammengehörenden Gebiet. Dabei komme es nicht auf die Parzellierung des Grundstücks an, sondern allein auf die Einheitlichkeit des Gebietes. Maßgeblich sei, ob aus Sicht eines objektiven Betrachters das Grundstück als einheitlich wahrgenommen werde. Dies sei vorliegend der Fall ausweislich des vorgelegten Kartenmaterials und der Luftbilder.

Die Energieanlage sei auch mit einem Energieversorgungsnetz verbunden; dies erfolge hier über einen einzigen Anschlusspunkt auf der Mittelspannungsebene.

Die Anlage sei schließlich für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität unbedeutend. Maßgeblich sei insoweit das Verhältnis der in der Gesetzesbegründung beispielhaft aufgeführten Parameter zum Stadt1 Stadtgebiet. An das Netz der Beschwerdeführerin zu 2 seien über 400.000 Entnahmestellen angeschlossen, die hier zu beurteilenden knapp 400 angeschlossenen Haushalte stellten damit weniger als ein Promille dar. Die Entnahme aus dem Netz der Beschwerdeführerin zu 2) belaufe sich im Jahr auf insgesamt 4,2 Milliarden kWh; für die hier streitgegenständliche Liegenschaft liege die Menge bei 1,2 Millionen kWh, d.h. nur rund 0,3 ‰ dieser Gesamtlieferung. Im Übrigen sei nicht ersichtlich, dass etwa die Mieter durch überhöhte Mietpreise verdeckt und in spürbarem Umfang Netzkosten finanzierten, die sonst typischerweise über Netzentgelte gedeckt würden. Die zu beurteilende Anlage lasse sich vielmehr als einfache Variante des so genannten Mieterstrommodells verstehen.

Schließlich werde die Anlage auch jedermann zum Zwecke der Belieferung der an sie angeschlossenen Letztverbraucher im Wege der Durchleitung unabhängig von der Wahl des Energielieferanten diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt. Es lägen keine Anhaltspunkte vor, dass die A Durchleitungsbegehren nicht stattgeben würde.

Festzustellen sei allein, dass die Beschwerdeführerin zu 2 aufgrund § 20 Abs. 1 d EnWG verpflichtet sei, jedenfalls auf Wunsch von Mietern, die ihren Stromlieferanten wechseln möchten, Zählpunkte in der Kundenanlage einzurichten.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen. Sie vertiefen ihre Ansicht, dass es sich nicht um eine Kundenanlage im Sinne von § 3 Nr. 24 a EnWG handele, sondern um ein Energieversorgungsnetz im Sinne von § 3 Nr. 16 EnWG.

Zu Unrecht habe die Beschwerdegegnerin den Umstand, dass die A mit der Beschwerdeführerin zu 2 einen Netzanschlussrahmenvertrag sowie einen Netznutzungsrahmenvertrag unterhalte, für zwischenzeitlich korrigiert angesehen. Die A agiere vielmehr als Netzbetreiberin; sie habe mit der Beschwerdeführerin zu 1 einen Netznutzungs-Rahmenvertrag abgeschlossen, für die Netznutzung auf Mittelspannungsebene würden ihr Rechnungen gestellt. Soweit sie der Ansicht sei, ihre diesbezüglichen Erklärungen inzwischen korrigiert zu haben, sei dem nicht zu folgen. Die Kabelendverschlüsse der speisenden Mittelspannungskabel in der Umspannanlage der A bildeten die Eigentumsgrenze zwischen den von der Beschwerdeführerin zu 2 betriebenen Einrichtungen und den elektrischen Anlagen der A. Der zu Grunde liegende Netzanschlussrahmenvertrag sei bis heute nicht gekündigt.

Erst auf Bitten der Beschwerdeführerin zu 2 im Jahre 2014, verschiedene Unterlagen vorzulegen, habe die A im Juli 2014 ohne nähere Erläuterung erklärt, dass sie die elektrischen Anlagen nicht als Energieversorgungsnetz, sondern als Kundenanlage betreibe. Die von den Beschwerdeführerinnen

daraufrin eingeschaltete Bundesnetzagentur habe jedoch gemäß Schreiben vom 17.11.2014 die elektrischen Anlagen als Energieversorgungsnetz, nicht jedoch als Kundenanlagen eingestuft.

Die Energieanlage sei ein Energieversorgungsnetz im Sinne von § 3 Nr. 16 EnWG. Die versorgte Bebauung grenze sich in keiner Weise von der umliegenden Bebauung ab; es sei nicht erkennbar, aus welchen Gründen es sich um ein räumlich zusammenhängendes Gebiet handle. Berücksichtige man das Vorliegen von 397 Wohnungen und eine durchschnittliche Haushaltsbesetzung von 2,02 Personen, seien ca. 800 Letztverbraucher an das Netz angeschlossen und damit deutlich mehr als 100, die nach der Beschlusspraxis der Bundesnetzagentur die Grenze einer zulässigen Kundenanlage bildeten.

Zu Unrecht stelle die Beschwerdegegnerin auf das Verhältnis der angeschlossenen Haushalte zu den an das Netz der Beschwerdeführerin zu 2 angeschlossenen Entnahmestellen ab, statt auf die tatsächliche Anzahl der angeschlossenen Letztverbraucher der A.

Die Beschwerdegegnerin vergleiche zudem den Strompreis der A mit einem ungeeigneten Tarif der Beschwerdeführerin zu 1. Tatsächlich sei davon auszugehen, dass die A überhöhte Preise ansetze. Unberücksichtigt geblieben sei dabei auch, dass die A ihren Kunden keine gesetzeskonformen Abrechnungen erstelle. Welche Preisbestandteile den Kunden tatsächlich in Rechnung gestellt würden, ergebe sich nicht aus den vorgelegten Stromrechnungen. Die Abrechnungen genügten nicht den Anforderungen § 40 Abs. 2 EnWG. Es sei jedenfalls unwahrscheinlich, dass die Bereitstellung der elektrischen Infrastruktur unentgeltlich erfolge.

Schließlich ignoriere die Beschwerdegegnerin, dass die A bislang jeglichen angestrebten Lieferantenwechsel hindere sowie ihre Mitwirkungspflichten im Rahmen eines Lieferantenwechsels nicht erfülle.

Unberücksichtigt geblieben sei zudem, dass die A zwar die ihr in Rechnung gestellten Netznutzungsentgelte begliche, diese jedoch um die Zahlung der dort aufgeführten Konzessionsabgabe kürze. Insgesamt sei durch das Verhalten der A zu befürchten, dass es zu einer Entsolidarisierung der Elektrizitätsversorgung komme.

Sie beantragen,

den Beschluss der Beschwerdegegnerin vom 29.08.2016 aufzuheben und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, über den Antrag der Beschwerdeführerin zu 1 und 2 im Wege des besonderen Missbrauchsverfahren gemäß § 31 EnWG das Verhalten der Beteiligten zu 1 auf dessen Übereinstimmung mit den Vorgaben in den Bestimmungen der Abschnitte 2 und 3 des Dritten Teils des EnWG und der auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen zu überprüfen sowie die erforderlichen Anordnungen zu treffen, damit die Beteiligte zu 1 ihren gesetzlichen Verpflichtungen als Betreiberin eines Energieversorgungsnetzes nachkommt, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt den angefochtenen Beschluss. Sie ist der Ansicht, dass der Antrag bereits mangels Berührung eigener wirtschaftlicher Interessen i.S.d. § 31 Abs. 2 EnWG unzulässig sei. Wechselwillige Kunden hätten zwischenzeitlich ihren Lieferanten gewechselt. Nachteile der Beschwerdeführerinnen seien nicht vorgetragen worden und auch nicht ersichtlich.

Darüber hinaus sei der Antrag unbegründet. Es lägen alle Voraussetzungen einer Kundenanlage im Sinne von § 3 Nr. 24 a EnWG vor: Die Wohnanlage bilde ein räumlich zusammenhängendes und nach außen klar abgrenzbares Gebiet. Es fehlten markante Hindernisse wie etwa mehrspurige Straßenquerungen. Das Gebiet sei auch sichtbar abgegrenzt, umliegende Bebauung gebe es allein hinsichtlich der nunmehr ausgeschiedenen Wohnanlage Straße 18-26. Architektonisch seien die Gebäude als Einheit konzipiert.

Die Anlage sei auch für den Wettbewerb unbedeutend. Maßstab sei, ob die Herausnahme der Energieanlage aus der Netzregulierung den Wettbewerb auf den vor- und nachgelagerten Marktstufen gefährde. Dies könne nur in Abhängigkeit zum Marktpotenzial der Anlage und dem Verhältnis zum Gesamtmarkt beurteilt werden. Die Prüfung sei der kartellrechtlichen Spürbarkeitsprüfung vergleichbar. Vorliegend stelle sich die Zahl von knapp 400 Letztverbrauchern im Verhältnis zu 400.000 Letztverbrauchern der Beschwerdeführerin zu 2 als geringfügig dar. Die Menge der durchgeleiteten Energie mit 1,2 Millionen kWh sei ebenfalls zu gering für eine Wettbewerbsrelevanz. Die Beschwerdeführerin zu 2 liefere 1,5 Milliarden kWh. Die in der Anlage angeschlossenen Letztverbraucher könnten die Stromanbieter auch frei wählen. Verhaltensweisen der A aus dem Jahre 2014 könnten dem nicht mehr entgegengehalten werden. Gegenwärtig bestünden keine Anhaltspunkte für einen Pflichtverstoß. Die A sei auch nicht verpflichtet, Zählpunkte selbst einzurichten. Diese Pflicht treffe vielmehr die Beschwerdeführerin zu 2.

Ein Preisvergleich belege darüber hinaus, dass in den Stromtarifen auch keine versteckten Netzkosten enthalten seien. Zur Herstellung der Vergleichbarkeit sei in diesem Zusammenhang ein Durchschnittspreis aus Grund- und Arbeitspreis zu bilden; vergleichbar seien allein die von der Beschwerdeführerin zu 2 angebotenen Tarife "F-Strom-Tarif1" und "F-Strom-Tarif2". Unter Berücksichtigung der nach realistischeren Annahmen deutlich höheren Mittelspannungsentgelte als von den Beschwerdeführerinnen angesetzt, ergebe sich daraus, dass diese Tarife mit denen der A auf einem einheitlichen Niveau liegen würden (Bl. 178). Selbst wenn man auf Basis der Berechnungen der Beschwerdeführerinnen vorgehe, lägen die tatsächlich vergleichbaren Tarife der F lediglich geringfügig unter dem Tarif der A (Bl. 178). Weitere Positionen als die Differenz zwischen Niederspannungsnetzentgelt und Mittelspannungsnetzentgelt seien nicht abzuziehen. Dies beziehe sich insbesondere auf die Streitigkeit um die Berücksichtigung der Konzessionsabgabe. Nach kaufmännischen Regeln sei unter Berücksichtigung des Vorsorgeprinzips die Bildung entsprechender Rückstellungen anzunehmen, die wiederum in die Strompreiskalkulation eingeflossen seien (Bl. 178).

Die A beantragt ebenfalls, die Beschwerde zurückzuweisen und verteidigt den angefochtenen Beschluss. Die von ihr betriebene Anlage erfülle alle Voraussetzungen einer Kundenanlage. Insbesondere enthalte ihr Strompreis keine versteckten Bestandteile für den Betrieb der Anlage. Der von ihr angebotene und seit 2014 unverändert bestehende Tarif sei extrem günstig. Dem Jahresabschluss zum 31.12.2016 sei zu entnehmen, dass sie hinsichtlich des Rechtsstreits über die Verpflichtung zur Zahlung einer Konzessionsabgabe eine Rückstellung i.H.v. 50.000 € gebildet habe (Bl. 280). Dieser Aufwand sei ebenfalls im Rahmen der Preiskalkulation berücksichtigt worden. Die "verbrauchsunabhängigen Kosten für die elektrischen Anlagen" seien in der Kaltmiete, welche ihre Muttergesellschaft einziehe, enthalten (Bl. 287).

II. Entscheidungsgründe:

Die zulässige (unter 1.) Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg (unter 2.).

1. Die Beschwerde ist gemäß § 75 Abs. 1 EnWG statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht nach § 78 Abs. 1 EnWG eingelegt und nach § 78 Abs. 3 S. 2 EnWG begründet worden.

Ohne Erfolg stellt die Beschwerdegegnerin die Antragsbefugnis der Beschwerdeführerinnen in Frage. Gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG kann von demjenigen die Einleitung eines besonderen Missbrauchsverfahrens beantragt werden, dessen Interessen durch das Verhalten eines Betreibers von Energieversorgungsnetzen erheblich berührt wird. Die erhebliche Berührung von Interessen wird dabei in gleicher Weise verstanden wie im Rahmen der Beiladungsvorschriften nach § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG. An die Interessenberührung sind damit keine hohen Anforderungen zu stellen (Wende in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, § 66 Rn. 15). Der Begriff des Interesses ist weit zu verstehen, es genügt die Berührung wirtschaftlicher Interessen; auch lediglich mittelbare Folgen können ausreichen (ebenda Rn. 16). Bei der Ermittlung der aner kennenswerten Interessen ist dabei auf die Zielsetzungen des EnWG abzustellen. Die Berührung der Interessen ist bereits erheblich, wenn sie nicht nur entfernt oder geringfügig betroffen sind.

Das Vorliegen eines berechtigten Interesses verdeutlicht der eigene Vortrag der A. Sie verweist selbst darauf, dass bei Verneinung des Kundenanlagenstatus die in den C angeschlossenen Letztverbraucher voraussichtlich Niederspannungskunden der Beschwerdeführerin zu 2 werden würden und damit Vertriebskunden der Beschwerdeführerin zu 1 (Bl. 281, 282). Dies belegt die Interessenberührung der Beschwerdeführerinnen bereits hinreichend. Die Möglichkeit, dass auch die A - im Falle der Zuordnung der Anlage zum Bereich des regulierten Netzes - den Betrieb als Netzbetreiberin übernehmen könnte, ändert an dem im Rahmen der Antragsbefugnis allein maßgeblichen Interesse an der Klärung der Regulierungspflichtigkeit - in Bezug auf einen dann potentiellen Betrieb - nichts. Die Klärung bezieht sich nicht darauf, wer eine ggf. zu regulierende Anlage betreiben würde, sondern ob es sich um eine zu regulierende Anlage handelt.

Im Übrigen kommt es hier im Rahmen der Prüfung der Antragsbefugnis nicht darauf an, ob gegenwärtig wechselwillige Letztverbraucher in den C wohnen. Maßstab für das die Antragsbefugnis begründende besondere Interesse ist vielmehr, ob durch die gegenwärtigen Zustände die Wechselwilligkeit und damit die Herstellung regulierter, dem Markt angenäherter Zustände verhindert oder erschwert wird. Insoweit verweisen die Beschwerdeführerinnen zu Recht darauf, dass ihre Interessen bereits aus denkbaren Wechselprozessen und den damit verbundenen Möglichkeiten einer abweichenden Strompreisgestaltung folgen. Entsprechend hatte die Beschwerdegegnerin selbst im Rahmen des angefochtenen Beschlusses ausgeführt, dass die Beschwerdeführerinnen das Verhalten der A auf Übereinstimmung mit den energierechtlichen Vorschriften überprüfen lassen können.

2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Nach Berücksichtigung aller vorgetragenen Umstände und unter Auswertung der zur Akte gelangten Unterlagen bleiben Zweifel, ob die zu beurteilende Anlage einer der Ausnahmenvorschrift des § 3 Nr. 24 a, Nr. 16 S. 2 EnWG unterfallende Kundenanlage darstellt. Die fortbestehenden Zweifel führen dazu, dass unter Beachtung des zwischen reguliertem Netz und Kundenanlage bestehenden Regel-

Ausnahme-Verhältnisses die streitgegenständliche Anlage dem regulierten Netz zuzurechnen ist. Auf Basis der Zweckrichtung des EnWG ist grundsätzlich von einem weiten Netzbegriff auszugehen (BGH, Beschluss vom 18.10.2011 - EnVR 68/10; OLG Stuttgart, Beschluss vom 27.05.2010 - 202 EnWG 1/10; BNetzA, Beschluss vom 7.4.2016 - BK 6-15-166). Der Regulierung nicht unterfallende Kundenanlagen stellen eine Ausnahme dar (vgl. BNetzA ebenda).

Die Begriffsbestimmung der Kundenanlage in § 3 Nr. 24 a EnWG soll die Abgrenzung ermöglichen, an welchem Punkt das regulierte Netz beginnt und die unregulierte Kundenanlage endet (vgl. BT-Drucks. 17/6072, S. 51; BGH, Beschluss vom 18.10.2011 Rn. 11; Theobald in: Danner/Theobald, Energierecht, 2017, § 3 Rn. 205 a). § 3 Nr. 24 a EnWG enthält über lit. a bis d Kriterien zur Definition einer Kundenanlage. Grundsätzlich kennzeichnet Kundenanlagen, dass es sich um Energieanlagen zur Abgabe von Energie im Sinne von § 3 Nr. 15 EnWG handelt, welche die Voraussetzungen des § 24 a bis d EnWG kumulativ erfüllen (Theobald, ebenda, § 3 Rn. 205b). Zentrales Kriterium ist dabei nach höchstrichterlicher Rechtsprechung die in § 3 Nr. 24 a lit. d EnWG geregelte Voraussetzung, wonach die Anlage jedermann zum Zwecke der Belieferung der angeschlossenen Letztverbraucher unabhängig von der Wahl des Energielieferanten diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt wird (BGH, Beschluss vom 18.10.2011 - EnVR 68/10 Rn. 12; Beschluss vom 12.11.2013 - EnVR 11/13). Die Auslegung aller einzelnen Unterkriterien hat sich zudem grundsätzlich an der Zwecksetzung des EnWG zu orientieren. Gemäß § 1 Abs. 1 EnWG bezweckt das EnWG insgesamt eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit. Die Regulierung der Netze dient insoweit gem. § 1 Abs. 2 EnWG den Zielen der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas und der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen.

Vorliegend kann der Senat nicht zweifelsfrei feststellen, dass die Anlage dem Kernkriterium entsprechend unentgeltlich nach § 3 Nr. 24 a lit. d. EnWG jedermann zur Verfügung gestellt wird und aus diesem Grund nicht der Regulierung unterfällt (unter a.). Ergänzend bestehen zudem Bedenken hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen nach § 3 Nr. 24 a lit. a und c EnWG (unter b. und c.).

a. Gemäß dem zentralen Kriterium in § 3 Nr. 24 a lit. d EnWG liegt eine Kundenanlage nur dann vor, wenn die Energieanlagen 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. Dieses Kriterium soll sicherstellen, dass keine Notwendigkeit für eine Zugangs- und Anschlussregulierung besteht, weil hinsichtlich der Anlagen keine relevanten wirtschaftlichen Eigeninteressen verfolgt werden (vergleiche Wolf in: Säcker, Energierecht, § 110 Rn. 52). Das Kriterium trägt u.a. den Einwänden des EuGH gegen die vormalige Privilegierung von Objektnetzen nach § 110 EnWG 2005 Rechnung (EuGH, Urteil vom 2. 20.05.2008 -- C-439/06 citiworks AG; Voß, Weise, Heßler, EnWZ 2015, 12, 14). Lässt der Anlagenbetreiber den angeschlossenen Nutzern nicht die Wahl des Stromlieferanten, sondern tritt als Stromversorger auf, besteht jedenfalls kein Raum für die Annahme einer Kundenanlage (BGH ebenda). Jeder Letztverbraucher muss deshalb gemäß § 3 Nr. 24 a lit. d EnWG die Möglichkeit haben, seinen Energielieferanten frei zu wählen (Theobald, ebenda § 3 Rn. 205 f; Boesche in: Säcker, Berliner Kommentar, § 3 Rn. 113). Die Betreiber einer Kundenanlage haben umgekehrt jedem Lieferanten zu gestatten, die an die Kundenanlage angeschlossenen Letztverbraucher im Wege der Durchleitung mit Energie zu versorgen. Schließlich dürfen sie keine verbrauchsabhängigen Entgelte

für den Betrieb der Anlage erheben, die ein wirtschaftliches Eigeninteresse begründen würden, welches für eine Regulierungsbedürftigkeit spricht.

Vorliegend lässt sich das Fehlen eines wirtschaftlichen Eigeninteresses der A infolge unentgeltlicher Zurverfügungstellung der Anlage im Sinne von § 3 Nr. 24 a lit. d EnWG nicht sicher feststellen (unter aa.). Keine Bedenken bestehen allerdings hinsichtlich der ebenfalls im § 3 Nr. 24 a lit. d EnWG festgelegten Voraussetzung, dass die Anlage jedermann zur Verfügung gestellt wird (unter bb).

aa. Das Kriterium der Unentgeltlichkeit bedeutet zum einen, dass der Betreiber einer Kundenanlage kein Nutzungsentgelt von durchleitenden Energielieferanten fordern darf (BT-Drucks. 17/6072, Seite 51). Da derzeit keine Durchleitungen erfolgen, kann ein Verstoß gegen diese Voraussetzung hier nicht angenommen werden. Die A hat zudem mehrfach darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerin zu 1 ebenfalls Durchleitungen über die hier streitgegenständliche Anlage zu den Letztverbrauchern vornehmen könnte. Dies wird von den Beschwerdeführerinnen im Grundsatz auch nicht bestritten. Es liegen damit keine Anhaltspunkte vor, am Kriterium der Unentgeltlichkeit gegenüber potentiellen durchleitenden Energielieferanten zu zweifeln.

Zum anderen bedeutet das Kriterium der Unentgeltlichkeit jedoch, dass den angeschlossenen Kunden kein verbrauchsabhängiges weiteres Entgelt für den Betrieb der Anlage in Rechnung gestellt werden darf (vgl. Wolf in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, § 110 Rn. 57; Theobald ebenda § 3 Rn. 205f). Dies kann hier nicht positiv festgestellt werden.

Unentgeltlichkeit bedeutet insoweit, dass keine unmittelbar die Strompreiskalkulation betreffenden Entgelte berechnet werden dürfen (Theobald ebenda § 3 Rn. 205). Gemäß der Gesetzesbegründung ist die Voraussetzung der Unentgeltlichkeit noch erfüllt, wenn eine Kundenanlage im Rahmen eines vertraglichen Gesamtpaketes zur Verfügung gestellt wird (beispielsweise im Rahmen eines Miet- oder Pachtvertrages). Möglich bleibt auch eine verbrauchsunabhängige Umlage der mit Errichtung, Betrieb und Wartung einer Kundenanlage verbundenen Kosten. Abzugrenzen ist insoweit jedoch gegen Fälle einer prohibitiven Preisgestaltung oder eines sonstigen Umgehungstatbestands (BT-Drucks. 17/6072, Seite 51).

Die Angaben der A sowie der Beschwerdegegnerin sind vorliegend nicht geeignet, das Fehlen eines verbrauchsabhängigen Entgeltes für den Betrieb der Kundenanlage zweifelsfrei zu stützen:

Anfänglich hatten sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die A allein behauptet, dass keine verbrauchsabhängigen Entgelte berechnet würden. Nach Ansicht der Beschwerdegegnerin sei es "unerheblich", ob und wie die A die Kundenanlage refinanzieren. Die A beschränkte sich entsprechend auf die Angabe, dass den Letztverbrauchern die anfallenden Mittelspannungsnetzentgelte, nicht dagegen Entgelte für den Betrieb eines Niederspannungsnetzes in Rechnung gestellt würden (Bl. 74 Aktenordner; Bl. 108ff, 121, 175). Im Rahmen der Kalkulation des - ihrer Ansicht nach ausnehmend günstigen - Arbeitspreises seien allein die Bezugskosten für den gelieferten Strom, die eigenen Vertriebskosten und eine "Marge" eingepreist worden (Bl. 108). Ein Nutzungsentgelt würde dagegen nicht verlangt, weder innerhalb des Stromentgeltes noch separat. Nachdem die Beschwerdeführerinnen ausdrücklich auf die Zulässigkeit der verbrauchsunabhängigen Weiterleitung der Anlagekosten etwa im Rahmen der Mietnebenkosten verwiesen hatten, hat die A erstmals mit Schriftsatz vom 29.1.2018 ausgeführt, dass die Kosten "für die elektrischen Anlagen in der Kaltmiete" enthalten seien (Bl. 287).

Dieser Vortrag genügt nicht, um eine Überzeugung des Senats von der Unentgeltlichkeit, d.h. dem Fehlen verbrauchsabhängiger Entgelte, zu stützen.

Die Beschwerdeführerinnen haben vielmehr nachvollziehbar und überzeugend dargelegt, dass der von der A berechnete Strompreis im Verhältnis zu den tatsächlich einkalkulierten Kosten nicht günstig ist, sondern über ihren Tarifen liegt und damit die Vermutung versteckter verbrauchsabhängiger Kosten begründet. Auch auf Basis der Angaben der Beschwerdegegnerin und der A ergibt sich, dass angesichts der nachvollziehbar dargelegten Kosten der in Rechnung gestellte Preis auch über den aus Sicht der Beschwerdegegnerin vergleichbaren Tarifen der Beschwerdeführerinnen liegt, ohne dass diese Preiskalkulation aus anderen nachvollziehbaren Gründen gerechtfertigt erscheint. Die A hat zudem nicht konkret erläutert, in welcher Weise die mit dem Betrieb der Anlage und des angeschlossenen Netzes unstreitig verbundenen Kosten anderweitig den Nutzern berechnet werden; dass, und wenn ja, aus welchen Gründen sie diese Betriebskosten selbst trägt, behauptet sie ebenfalls nicht.

Unstreitig hat die A den Strompreis seit Beginn der Versorgung 2014 nicht verändert. Primär ist mithin auf die Kalkulationsfaktoren im Jahre 2014 einzugehen. Die Kosten des vorgelagerten Netzes, die in den Strompreis ausweislich des von der A verwendeten Stromvertrages eingerechnet werden, umfassen insbesondere das Netzentgelt für die Mittelspannung, welches die A an die Beschwerdeführerin zu 2 zu entrichten hat. Diese Position preist die A auch unstreitig in ihre Berechnung ein. Die ihr darüber hinaus von der Beschwerdeführerin zu 2 als Kostenpositionen in Rechnung gestellte Konzessionsabgabe i.H.v. 2,39 € pro Kilowattstunde kann jedoch auch auf Basis der eigenen Angaben der A nicht in die Kalkulation eingeflossen sein: Unstreitig hat die A diese Konzessionsabgabe bis Ende 2016 nicht gezahlt und entrichtet seit Dezember 2016 rückwirkend lediglich einen geringfügigen Teilbetrag i.H.v. 0,11 € pro Kilowattstunde. Es verbleibt der A damit eine gegenüber den Stromkalkulationen etwa der Beschwerdeführerin zu 2 eingesparte Kostenbelastung in Höhe von 2,28 ct/kWh. Dabei ist der A zuzugeben, dass es im Rahmen dieses Rechtsstreits nicht auf die Frage ankommt, ob eine Verpflichtung zur Zahlung der Konzessionsabgabe seitens der A besteht. Maßgeblich ist jedoch die Frage, welche tatsächliche Kostenbelastung die A trifft, die Grundlage der Strompreiskalkulation ist.

Soweit die A erstmals mit Schriftsatz vom 29.1.2018 ausgeführt hat, dass sie hinsichtlich des Prozessrisikos über die Konzessionsabgabe im Jahresabschluss zum 31.12.2016 eine Rückstellung in Höhe von € 50.000,00 gebildet habe, die gleichermaßen in die Kalkulation des Strompreises einflüsse (Bl. 285), überzeugt dieser Vortrag angesichts des von ihr unstreitig dargestellten zeitlichen Ablaufes nicht. Auffallend ist insoweit zum einen, dass bis zum Absetzen der angefochtenen Entscheidung der Beschwerdegegnerin insoweit offensichtlich keinerlei Angaben der A erfolgt waren. Die Beschwerdegegnerin stellt im Rahmen ihres Beschlusses allein auf kaufmännisch angemessene Verhaltensweisen ab, nicht jedoch auf entsprechenden tatsächlichen Vortrag der A (Bl. 20). Im Rahmen ihrer Beschwerdeerwiderung hat die A sich diese Ausführungen auch nicht zu Eigen gemacht, sondern zu diesem Gesichtspunkt keine Darlegungen gemacht. Erst nachdem auch die Beschwerdegegnerin im Rahmen ihrer Beschwerdeerwiderung darauf hingewiesen hat, dass sie unter Berücksichtigung kaufmännischer Regeln und des insoweit geltenden Vorsorgeprinzips von der Bildung entsprechender Rückstellungen und deren Berücksichtigung bei der Tarifkalkulation seitens der A ausgehe (Bl. 178), hat die A mit Schriftsatz vom 29.01.2018 ausgeführt, dass sie

bilanzrechtskonform Rückstellungen im Jahresabschluss 2016 i.H.v. 50.000 € für die streitige Verpflichtung zur Zahlung der Konzessionsabgabe gebildet habe (Bl. 285). Erläuterungen, wie diese erstmals im Jahr 2016 gebildeten Rückstellungen die Kalkulation des seit dem Jahr 2014 unverändert gelassenen Preises beeinflusst haben können, fehlen weiterhin. Selbst nach entsprechenden Hinweisen im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erfolgten insoweit keine weiteren Angaben. Damit ist nicht nachvollziehbar dargelegt, dass der Strompreis unter Einrechnung der Konzessionsabgabe bzw. insoweit gebildeter Rückstellungen berechnet wurde. Die Strompreiskalkulation der A fußt damit auf einer jedenfalls um 2,28 ct/kWh geringeren tatsächlichen Kostenbelastung als bei vergleichbaren Stromversorgern.

Da die A sich nicht verpflichtet fühlt, ihren Kunden Abrechnungen entsprechend den Vorgaben des § 40 Abs. 2 EnWG zu erstellen, kann auch aus den Abrechnungen nicht ermittelt werden, ob und in welcher Höhe den Kunden eine Konzessionsabgabe weiterbelastet wird. § 40 Abs. 2 Nr. 7 EnWG enthält die Verpflichtung für Energieversorgungsunternehmen, die Belastung aus der Konzessionsabgabe sowie aus den Netzentgelten für Letztverbraucher gesondert auszuweisen. Soweit sich die A nicht als Energieversorgungsunternehmen und damit Normadressat von § 40 EnWG ansieht, wirkt sich die damit verbundene Unsicherheit über die tatsächliche Kalkulationsbasis des Strompreises zu ihren Lasten aus.

Selbst wenn man mit der Beschwerdegegnerin davon ausginge, dass das Mittelspannungsentgelt deutlich höher als nach den Berechnungen der Beschwerdeführerinnen anzusetzen sei (Bl. 178), ergäben sich auf Basis der Berechnung der Beschwerdegegnerin unter Zugrundelegung der ihrer Ansicht nach allein vergleichbaren Tarife "F-Strom-Tarif1" und "F-Strom-Tarif2" lediglich Stromtarife "auf einem einheitlichen Niveau" mit der A (Bl. 178). Legt man eine Differenz zwischen Niederspannungs- und Mittelspannungsentgelt i.H.v. 4,11 € pro Kilowattstunde zugrunde, ergibt sich auf Basis der eigenen tabellarischen Darstellung der Beschwerdegegnerin sogar, dass der Durchschnittspreis der A um 0,30 bzw. 0,53 ct/kWh über den seitens der Beschwerdegegnerin als vergleichbar angesehenen Tarifen der Beschwerdeführerinnen liegt. Ein einheitlicher oder sogar über dem Niveau der Beschwerdeführerinnen zu 2) liegender Tarif der A lässt sich jedoch angesichts der dargelegten fehlenden Kostenbelastung mit einer Konzessionsabgabe i.H.v. 2,28 ct./kWh ohne weitere Erläuterungen zu sonstigen einzupreisenden höheren Kosten nicht erklären. Die eigenen Berechnungen der Beschwerdegegnerin sind nicht geeignet, die an diese Kostenbelastungsdifferenz anknüpfende Vermutung der versteckten Berücksichtigung von Kosten der Anlage nachvollziehbar auszuräumen.

Die nicht nachvollziehbar erläuterte Differenz im Rahmen der Strompreiskalkulation beläuft sich auf insgesamt 2,58 ct/kWh bzw. 2,81 ct/kWh und damit mehr als 10% des von der A angesetzten Durchschnittspreises.

Soweit die A die Preisunterschiede allgemein damit erklärt, dass die Unternehmen "unterschiedlich aufgestellt" seien, überzeugt dies nicht. Auch wenn es sich bei der A um die Tochtergesellschaft eines mittelständischen Wohnungsunternehmens handelt, ist nicht ersichtlich, dass - mit der A unterstellte - Synergieeffekte der Beschwerdeführerinnen zu 1 ein derartiges Preisniveau erklären könnten. Dies gilt umso mehr, als die A selbst darauf hingewiesen hat, dass sie bei den C "nicht auf maximale Gewinnerzielung ausgerichtet" sei (Bl. 109). Dies lässt die Preiskalkulation in besonderem Maße erläuterungsbedürftig erscheinen.

Schließlich haben auch weder die Beschwerdegegnerin noch die A nachvollziehbar darlegen können, wie anderweitig, d.h. außerhalb des verbrauchsabhängig berechneten Strompreises, die unstrittig mit dem Betrieb der Anlage und der Unterhaltung des Netzes verbundenen Kosten auf die Nutzer umgelegt werden. Trotz mehrfacher Nachfragen hierzu seitens der Beschwerdeführerinnen und des konkreten Hinweises, dass es wenig wahrscheinlich sei, dass die A auf diesen Kosten "sitzen bleibt" (Bl. 246), hatte die A zunächst allein darauf hingewiesen, dass ihr die Anlage von der Muttergesellschaft unentgeltlich überlassen werde. Dies beinhaltet jedoch nicht, dass ihr keine Kosten im Zusammenhang mit dem Betrieb und der Unterhaltung der Umspannanlage selbst und der Leitungen entstehen und wie mit diesen umgegangen wird. Als in der Rechtsform einer GmbH geführtes Unternehmen ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen die A die insoweit entstehenden Kosten nicht weitergeben sollte; unabhängig davon, dass jedenfalls näher darzulegen wäre, warum hier keine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt.

Die A behauptet - nach mehrfacher Thematisierung dieses Aspekts durch die Beschwerdeführerinnen - erstmals im Rahmen ihres Schriftsatzes vom 29.01.2018, dass die "verbrauchsunabhängigen Kosten für die elektrischen Anlagen" in der Kaltmiete enthalten seien (Bl. 287). Die Beschwerdeführerinnen haben dies nachfolgend bestritten und als unsubstantiiert angesehen. Offen sei, wie neben den eigentlichen Anschaffungskosten die Kosten des Betriebs, der Wartung und Instandhaltung der elektrischen Anlagen im Rahmen des Mietverhältnisses verbrauchsunabhängig abgerechnet würden (Seite 16 Schriftsatz 02.02.2018). Hierzu hat die A nachfolgend keine Angaben gemacht. Es bleibt auch nach Einschätzung des Senats allein anhand der auf einen Satz beschränkten Behauptung einer Berücksichtigung von verbrauchsunabhängigen Kosten im Rahmen der Kaltmiete unklar, wie die bei der A als Betreiberin der Anlage anfallenden Kosten im Rahmen der von ihrer Muttergesellschaft eingezogenen Kaltmiete berücksichtigt werden können. Nachvollziehbar ist insoweit ohne weitere Erläuterung allein, dass die Kosten der Errichtung der Anlage als Pauschalbetrag in die Kaltmiete eingeflossen sein können; für die laufenden mit dem Betrieb der Anlage verbundenen Kosten ist dies indes nicht ohne weitere Angaben verständlich. Aus der gewählten Formulierung, wonach die "Kosten für die elektrischen Anlagen" in der Kaltmiete enthalten seien, ergibt sich bereits nicht ohne weiteres, dass dies auch die Betriebskosten umfasst. Jedenfalls ist nicht verständlich, wie ein in die Kaltmiete eingerechnetes Entgelt, welches an die Muttergesellschaft gezahlt wird, Kosten der A ausgleichen kann, die ihr mit dem Betrieb der Anlage sowie der Instandhaltung der Leitungen entstehen.

Ausgehend von diesen Darstellungen trifft die materielle Beweislast für den Umstand der unentgeltlichen Zurverfügungstellungen die Beschwerdegegnerin, so dass aus den genannten Gründen hier von der Entgeltlichkeit der Anlage auszugehen ist.

Dieses Ergebnis entspricht auch der Zielsetzung des EnWG. Soweit die Beschwerdegegnerin und die A darauf hinweisen, dass im Falle der Zurechnung der Anlage zum regulierten Netz die Letztverbraucher im Zweifel mit höheren Stromkosten belastet werden, als dies gegenwärtig der Fall ist, überzeugt dies anhand der dargestellten Tarife nicht. Wie ausgeführt ergibt sich auf Basis der Darlegungen der Beschwerdegegnerin und der A gerade nicht, dass den Letztverbrauchern vorliegend günstigere Tarife - als angesichts der tatsächlich vorhandenen Kostenbelastung gerechtfertigt - zugute kommen. Vielmehr bewegt sich der Tarif der A bereits nach den eigenen Berechnungen der Beschwerdegegnerin mindestens auf dem Niveau wie die ihrer Ansicht nach

vergleichbaren Tarife der F - dies, ohne dass die A eigene Kosten in Bezug auf die Zahlung einer Konzessionsabgabe bzw. dafür gebildeter Rückstellungen eingepreist haben kann.

Darüber hinaus bezweckt das EnWG ausweislich § 1 insgesamt die Sicherstellung der Versorgung der Letztverbraucher mit preisgünstiger Energie. Dabei kommt es entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin und der A auch darauf an, auf wieviele Letztverbraucher die mit dem Betrieb einer Umspanneinrichtung verbundenen Fixkosten umgelegt werden. Auch wenn das Leitungsnetz des regulierten Energieversorgungsunternehmens im Falle des Vorliegens umliegender Kundenanlagen kleiner ausfällt und insoweit geringere Kosten verursacht, bleibt doch ein von der konkreten Anzahl der Letztverbraucher relativ unabhängiger Kostenblock für die Bereitstellung der Umspannanlage des verbleibenden Niederspannungsnetzes. Diese Kosten müssen im Falle einer großzügigen Annahme von Kundenanlagen auf weniger Letztverbraucher umgelegt werden und führen somit für diese zu einer Erhöhung der Stromkosten.

Lediglich ergänzend wird hinsichtlich der weiteren Tatbestandsmerkmale des § 3 Nr. 24 a EnWG auf folgendes hingewiesen:

bb. Keine Bedenken bestehen nach Einschätzung des Senats hinsichtlich des ebenfalls nach § 3 Nr. 24 lit. d EnWG erforderlichen Merkmals, dass die Anlage jedermann diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen ist.

Soweit es unstrittig in der Vergangenheit zu Problemen im Zusammenhang mit Wechselwünschen der an die streitgegenständliche Anlage angeschlossenen Letztverbraucher gekommen war, sind die von diesen Letztverbrauchern bewohnten Gebäude nicht mehr Bestandteil des Versorgungsgebiets. Die Beschwerdegegnerin und die A behaupten, dass gegenwärtig keine wechselwilligen Letztverbraucher im versorgten Bereich vorhanden sind. Die Beschwerdeführerinnen stellen dies nicht konkret in Zweifel. Ausgehend hiervon, kann auch nicht festgestellt werden, dass den Letztverbrauchern die freie Wahl der Lieferanten nicht offensteht. Darüber hinaus hat die A bereits im Mai 2014 unstrittig eine Unterlassungserklärung abgegeben, in welcher sie sich unter anderem verpflichtete, nicht gegenüber Letztverbrauchern zu suggerieren, es bestünde nicht die Möglichkeit, einen anderen Stromversorger als sie selbst zu wählen.

Soweit die Parteien streitig die Bedeutung des Fehlens von Zählpunkten diskutieren, erlangt dieser Umstand für die Einordnung als Kundenanlage gegenwärtig keine Bedeutung. Zählpunkte sind erst erforderlich, wenn entsprechende Wechselwünsche zu realisieren sind; auch aus § 20 Abs. 1 lit. d EnWG ergibt sich nicht, dass bereits vorsorglich entsprechende Zählpunkte einzurichten sind. Auf die Frage, ob der Wortlaut des § 20 Abs. 1 lit. d EnWG, wonach der "Betreiber des Energieversorgungsnetzes, an das eine Kundenanlage (...) angeschlossen ist, (...) den Zählpunkt zur Erfassung der durch die Kundenanlage aus dem Netz der allgemeinen Versorgung entnommenen und in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten Strommenge (Summenzähler) sowie alle Zellpunkte bereitzustellen hat, die für die Gewährung des Netzzugangs für Unterzähler innerhalb der Kundenanlage im Wege der Durchleitung (bilanzierungsrelevante unter Zähler) erforderlich sind", folgt, dass es sich hier um eine Verpflichtung des Betreibers des Energieversorgungsnetzes, d.h. der Beschwerdeführerin zu 2, handelt (so BNetzA, Beschluss vom 07.11.2011 - BK 6-10-208) oder aber jedenfalls Letztverbraucher selbst sich nur an die Betreiberin der Anlage, d.h. die A, wenden können (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.1.2013 - VI3 Kart 163/11), kann hier ebenso offenbleiben, wie

die Frage, ob und in welchem Umfang Mitwirkungspflichten der A im Zusammenhang mit der Einrichtung von Zählpunkten bestehen und erfüllt wurden.

b. Soweit gemäß § 3 Nr. 24 a lit. a EnWG das Vorliegen einer Kundenanlage zudem voraussetzt, dass diese sich auf einem "räumlich zusammengehörenden Gebiet" befindet, kann diese Voraussetzung vorliegend nicht zweifelsfrei bejaht werden - ohne dass es hier jedoch darauf ankommt. Ohnehin handelt es sich hierbei um ein Kriterium von eher untergeordneter Natur (Wolf in: Säcker, Energierecht, § 110 Rn. 40). Es bezeichnet zwar ein typisches Merkmal einer Kundenanlage, ist für sich genommen jedoch nicht zwingend und deshalb grundsätzlich flexibel zu handhaben.

Soweit ein Grundstück betroffen ist, liegt in der Regel auch eine räumliche Zusammengehörigkeit im Sinne dieser Vorschrift vor (vgl. Beschluss der BNetzA vom 07.04.2016, BK 6-15-16 6,124,134). Das Betriebsgebiet ist allerdings weiter zu verstehen als lediglich ein Gebäude oder ein Grundstück (Theobald ebenda § 3 Rn. 205c; Boesche in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, § 3 Rn. 109). Neben Hausanlagen innerhalb von Gebäuden oder Gebäudekomplexen ist es in Ausnahmefällen auch möglich, dass sich eine Kundenanlage außerhalb von Gebäuden über ein größeres Grundstück erstreckt (Boesche ebenda § 3 Rn. 110). In diesen Fällen ist es allerdings erforderlich, dass das Gebiet aus Sicht eines objektiven Betrachters als einheitlich wahrgenommen wird (BNetzA, Beschluss vom 07.04.2016 - BK 6-15-166). Querende Durchgangsstraßen können insoweit die räumliche Zusammengehörigkeit stören (BNetzA ebenda).

Den zur Akte gereichten Lichtbildern kann nicht zweifelsfrei entnommen werden, dass ein außenstehender Dritter die hier versorgten Gebäude als räumlich zusammengehörend empfindet. Ob allein die Fassadengestaltung in Klinkerbauweise gegenüber Wärmedämmfassaden in der Umgebung insoweit ausreichend ist, erscheint insbesondere im Hinblick auf die unstrittig aus dem versorgten Gebiet ausgeschiedenen Häuser im Straße1 18-26, zu deren äußerer Gestaltung im Rahmen der mündlichen Verhandlung keine Angaben gemacht werden konnten, zweifelhaft. Die zwischen den Beteiligten streitig diskutierte konkrete räumliche Ausdehnung spricht aus Sicht des Senates weder zwingend gegen noch für eine räumliche Zusammengehörigkeit. Gleiches gilt für die querende "Straße1", die ausweislich der vorgelegten Pläne der Versorgung der anliegenden Gebäude dient.

c. Zweifel - auf die es angesichts der Ausführungen unter a. indes nicht ankommt - bestehen auch, ob die Energieanlage in den C im Sinne von § 3 Nr. 24 a lit. c EnWG für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas unbedeutend ist.

Der unbestimmte Rechtsbegriff "unbedeutend" ist auszulegen (Theobald ebenda § 3 Rn. 205 e). Bei der Anwendung dieses Begriffs ist im Einzelfall zu prüfen, ob kein Regulierungsbedürfnis besteht. Ausweislich der Gesetzesbegründung ist der Begriff "unbedeutend" durch verschiedene Unterkriterien zu konkretisieren (BT-Druck 17/6072, S. 51; Theobald ebenda § 3 Rn. 205e). Es ist insbesondere auf die "Anzahl der angeschlossenen Letztverbraucher" im Sinne von § 3 Nr. 25 EnWG (unter aa.), die "geographische Ausdehnung" (unter bb.) und die "Menge der durchgeleiteten Energie" (unter cc.) abzustellen sowie auf "sonstige Merkmale" (unter dd.; vgl. insgesamt BT-Druck 17/6072, S. 51). Maßgeblich ist, ob die Anlage von ihrem wirtschaftlichen Gewicht und ihrer Größe geeignet ist, einen solchen Einfluss auf den Wettbewerb zu haben, dass sie als Teil des natürlichen

Monopols der Regulierung unterstellt werden muss (vergleiche BNetzA, Beschluss vom 7.4.2016 - BK6-15-166).

aa. Hinsichtlich der zunächst zu betrachtenden "Anzahl der Letztverbraucher" neigt der Senat dazu, diese Zahl unter Berücksichtigung des Wortlauts des § 3 Nr. 24 a EnWG, der Entstehungsgeschichte und des Sinn und Zwecks der Regelung nicht in einem relativen Verhältnis zum Marktumfeld zu verstehen, sondern absolut. Diese absolute Zahl stünde der Annahme einer Kundenanlage ebenfalls entgegen.

In der Gesetzesbegründung findet sich zum Unterkriterium der Letztverbraucher folgende Feststellung: "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-Drucks. 17/6072, Seite 51). Letztverbraucher ist dabei gemäß § 3 Nr. 25 EnWG jede natürliche oder juristische Person, die Energie für den eigenen Verbrauch kauft. Es kommt damit nicht auf die Anzahl der versorgten Personen, sondern die Anzahl der Haushalte/Anschlüsse an. Unstreitig ist zwischen den Parteien nunmehr, dass insoweit eine Kennzahl von 397 Letztverbrauchern zu beurteilen ist.

Der vom Gesetzgeber gewählte Begriff der Kundenanlage legt nahe, dass ein abgrenzbarer, dem Umfeld des Betreibers der Anlage zuzurechnender Personenkreis zu beurteilen ist. Die Personengruppe kann insoweit nicht in Abhängigkeit zum Marktumfeld beliebig groß gezogen werden, sondern bedingt eine für den Anlagenbetreiber übersichtliche Anzahl versorgter Verbraucher. Die Gesetzesbegründung bietet insoweit ebenfalls keinen Anknüpfungspunkt für ein relatives Verständnis des Begriffs der Anzahl der Letztverbraucher. Richtig ist allein, dass der Gesetzesbegründung keine absolute Obergrenze entnommen werden kann. Die gewählte Formulierung, dass "je größer" die Anzahl der Letztverbraucher ist, "desto mehr" auf das Vorliegen eines Energieversorgungsnetzes hindeute, enthält jedoch keinerlei Ansatz für ein relatives Verständnis zum Marktumfeld. Die Gesetzesbegründung drückt allein aus, dass die absolute Zahl der Letztverbraucher ab einer gewissen Größenordnung ("je mehr") gegen das Vorliegen einer Kundenanlage spricht.

Diese Auslegung wird auch gestützt durch die weiteren vom Gesetzgeber zur Konkretisierung herangezogenen Kriterien. Insbesondere die Forderung nach einem räumlich zusammengehörenden Gebiet gem. § 24 a lit. a EnWG verdeutlicht, dass die maßgebliche Anzahl der Letztverbraucher nicht allein in Abhängigkeit zum Marktumfeld beliebig groß gewählt werden kann. Gefordert wird vielmehr auch durch dieses Kriterium eine gewisse Übersichtlichkeit/deutliche Abgrenzbarkeit der versorgten Personenzahl. Für dieses Verständnis spricht auch der systematische Zusammenhang zu den in § 3 Nr. 24 lit. b EnWG geregelten so genannten Kundenanlagen zur betrieblichen Eigenversorgung. Diese liegen ebenfalls nur vor, wenn es sich um ein räumlich zusammen gehörendes Betriebsgebiet handelt und die Anlage der Energieversorgung des eigenen Unternehmens oder verbundener Unternehmen dient. Auch hier lassen sich keinerlei Anknüpfungspunkte für ein lediglich relatives Verständnis der Anlage zum Marktumfeld finden.

Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift ist für die Auslegung wenig ergiebig. § 3 Nr. 24 a EnWG wurde mit der EnWG-Novelle im Juni 2011 eingeführt, die im Wesentlichen der Umsetzung der Richtlinie 2008/72/EG diente. Diese kennt indes den Begriff der Kundenanlage nicht.

Der Sinn und Zweck des EnWG sprechen ebenfalls nicht dafür, dass das Vorliegen einer Kundenanlage unter Berücksichtigung des jeweiligen Marktumfeldes zu prüfen ist. Das EnWG bezweckt, eine sichere, verbraucherfreundliche und effiziente Versorgung der Allgemeinheit mit leitungsgebundener Energie zu gewährleisten. Ausgehend hiervon ist der Netzbegriff grundsätzlich weit zu fassen (vergleiche auch BGH, Beschluss vom 18.10.2011 - EnVR 68/10 Rn. 8; EuGH, Urteil vom 22.5.2008 - C-439/06 citiworks AG Rn. 49); das Vorliegen einer Kundenanlage ist die Ausnahme und unterliegt damit engen Anforderungen.

Die Beschlusspraxis der Bundesnetzagentur untermauert dieses rein absolute Verständnis. Im Rahmen des Beschlusses vom 07.04.2016 (Aktenzeichen BK 6-15-166) etwa hat die Bundesnetzagentur ausgeführt, dass die Versorgung von 457 Wohnungen in 22 Gebäuden auf einer Gesamtfläche von über 44.000 m² (Straße4) und von 515 Wohnungen auf einer Fläche von gut 53.000 m² (Straße5) in beiden Fällen nicht mehr als unbedeutend für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs angesehen werden könne, da die Anzahl der jeweils an die Energieanlagen angeschlossenen Letztverbraucher eine Grenze überschreite, ab der nicht mehr von einer Bedeutungslosigkeit ausgegangen werden könne, sofern im jeweiligen Einzelfall nicht sonstige Tatsachen hinzutreten, die eine andere Einschätzung nahelegen. Ausdrücklich wird dort ausgeführt, dass allein die Größe der Kundenanlage selbst maßgeblich sei, nicht jedoch die Relation zur Ausdehnung des vorgelagerten Netzes. Weiter wird festgestellt, dass allein die Anzahl der versorgten Letztverbraucher gegen das Vorliegen einer Kundenanlage spricht, wenn es sich um eine "Vielzahl von Dritten" handelt.

Im Rahmen der seitens der Beschwerdeführerinnen erbetenen Stellungnahme der Bundesnetzagentur zur hier konkret vorliegenden Situation vom 17.11.2014 (Bl. 342 Aktenordner) verweist diese - in Übereinstimmung mit der bisherigen Beschlusspraxis - darauf, dass bei einer Anzahl von deutlich über 100 angeschlossenen Letztverbrauchern nicht mehr ohne weiteres davon ausgegangen werden könne, dass dies unbedeutend für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs sei.

Der Bundesgerichtshof hat sich zur Frage, ob die Anzahl der Letztverbraucher absolut oder relativ zu verstehen ist, bislang nicht geäußert (Beschluss vom 18.10.2011 - EnVR 68/10). Das Kammergericht Berlin hat in einer Entscheidung angedeutet, dass bereits die Anzahl von 90 Nutzern der Annahme einer Kundenanlage entgegen stehen könnte, ohne dies indes in der zu beurteilenden Situation entscheiden zu müssen (vergleiche Beschluss vom 20.03.2014 - 2 W 16/16 Rn. 48).

Ausgehend von diesem Verständnis dürfte entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin und der A kein Raum dafür bestehen, aus dem Wettbewerbsrecht entlehnte Begriffe der Spürbarkeit zu übernehmen, so dass es auf den Umstand, dass der hier versorgte Anteil der Letztverbraucher ein Promille der von der Beschwerdeführerin zu 2 versorgten Verbraucher beträgt, nicht ankäme.

bb. Das Kriterium der geographischen Ausdehnung ist - ebenso wie das zumindest eng damit zusammenhängende Kriterium des räumlich zusammengehörenden Gebiets - eher unbedeutend und hier weder als eindeutiges Zeichen für oder gegen eine Kundenanlage zu werten. Die hiesige Wohnanlage erstreckt sich unstreitig über mehrere Grundstücke und umfasst 7 optisch abtrennbare Wohngebäude mit zahlreichen Einzelwohnungen und unstreitig jedenfalls 31 Hauseingängen. Die Bundesnetzagentur hatte im Rahmen der bereits zitierten Entscheidung (Aktenzeichen BK 6-15-166) ausgeführt, dass die Versorgung von 457 Wohnungen auf einer Gesamtfläche von über 44.000 m²

(Straße4) und von 515 Wohnungen auf einer Fläche von gut 53.000 m² (Straße5) in beiden Fällen nicht mehr als unbedeutend für den Wettbewerb sei. Auch innerhalb der für die hier streitgegenständliche Anlage eingeholten Stellungnahme verweist die Bundesnetzagentur darauf, dass die geographische Ausdehnung hier die Ausmaße überschreiten dürfte, die der Gesetzgeber bei Schaffung der Regelungen über Kundenanlagen im Auge hatte.

cc. Indizielle Bedeutung erlangt schließlich auch die Menge der durchgeleiteten Energie. Ausweislich der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 17/6072 Seite 51) gilt hier: Je kleiner die Energiemenge ist, desto eher kann angenommen werden, dass die Anlage unbedeutend für die Sicherstellung des Wettbewerbs ist. Festgestellt wird jedoch ausdrücklich auch, dass keine festen Schwellenwerte existieren. Ob dem Kriterium bereits deshalb kaum Bedeutung zukommt (so Voß, Weise, Heßler, EnWZ 2015, 16), kann dabei dahinstehen. Jedenfalls steht sie im Fall der Beurteilung einer Kundenanlage in Abhängigkeit zur Anzahl der Letztverbraucher, so dass nach Auffassung des Senats auch insoweit allein eine absolute, nicht jedoch eine relative Betrachtung angezeigt ist. Dem Umstand, dass die A damit lediglich unter ein Promille der Energiemenge der Beschwerdeführerin zu 2 durchleitet, kommt damit für die Beurteilung, ob es sich um eine Kundenanlage oder aber zu regulierendes Netz handelt, kein maßgebliches Gewicht zu.

dd. Ausweislich der Gesetzesbegründung zählen zu den im Rahmen der durchzuführenden Gesamtschau zu berücksichtigen "anderen Merkmalen" beispielsweise die zwischen dem Betreiber und den angeschlossenen Letztverbrauchern geschlossenen Verträge oder das Vorhandensein einer größeren Anzahl weiterer angeschlossener Kundenanlagen (BT-Drucks 17/6072, Seite 51). 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 (vergleiche Theobald in: Danner/Theobald, Energierecht, § 3 Rn. 205 e).

Sowohl die zunächst mit der Beschwerdeführerin zu 2 abgeschlossenen Verträge in Form eines Netzanschlussrahmenvertrages als auch eines Netznutzungsvertrages als auch die gegenüber den Letztverbrauchern verwendeten Stromlieferverträge deuten zwar darauf hin, dass auch die A anfänglich nicht vom Vorliegen einer Kundenanlage ausging. Die zunächst verwendeten Stromlieferverträge nahmen ausdrücklich auf die StromGKV Bezug (§ 8.1). Die StromGKV gilt gem. § 1 Abs. 1 StromGKV indes nur für Elektrizitätsversorgungsunternehmen, nicht jedoch für Betreiber von Kundenanlagen. Nach Kündigung bzw. Aufhebung der Verträge mit der Beschwerdeführerin zu 2 und Abänderung des Formulars der Stromlieferverträge lassen diese Umstände keine eindeutigen Rückschlüsse auf das Vorliegen einer Kundenanlage oder aber eines Niederspannungsnetzes zu.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG. Die Beschwerdegegnerin hat als unterlegende Partei die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Beschwerdeführerinnen zu tragen. Der A, die im Beschwerdeverfahren weder Beschwerdeführerin noch Beschwerdegegnerin war, ist nicht mit den übrigen Verfahrenskosten zu belasten (vergleiche Theobald/Werk ebenda, § 90 Rn. 13; Bechtold, GWB, 7. Aufl., § 78 Rn. 9). Ihre außergerichtlichen Kosten hat sie selbst zu tragen.

Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, dass die Entscheidung auf einer Beurteilung der Einzelfallumstände beruht und keine Zulassungsgründe im Sinne des § 86 Abs. 2 EnWG vorliegen.