

**Das Energieversorgungsnetz:
Eine kritische Bestandsaufnahme der aktuellen Rechtslage
und Ansätze zur Vereinheitlichung energierechtlicher Netzbegriffe**

von

Ass. iur. Daniela Fietze

unter Mitarbeit von Dr. *Hartmut Kahl*

im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie
im Rahmen des Vorhabens „Übergreifendes Energierecht (Strom)“
(Stand: März 2019)

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail fietze@stiftung-umweltenergierecht.de

kahl@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung.....	1
B. EnWG: Kategorien von (Nicht-)Netzen und Betreiberpflichten.....	2
I. Energieverteileranlagen im EnWG: Begrifflichkeiten und Hintergründe.....	2
II. Regulierung der Betreiber	6
III. Zwischenstand: Komplexe Rechtslage	7
C. EnWG: Analyse offener Fragen	8
I. „Einfaches“ vs. „Qualifiziertes“ Energieversorgungsnetz	8
1. „Allgemeine Versorgung“ i.S.v. § 3 Nr. 17 EnWG.....	8
2. „Versorgung“ i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG	9
II. Aktuelle Diskussion: Abgrenzung „Netz“ von „Nicht-Netz“	10
1. „Sonstige Innenanlagen“? Der „Campingplatz-Beschluss“ des BGH	10
2. Aktuelle Entscheidungen von BNetzA und Oberlandesgerichten: Netzeigenschaft bei dezentralen Direktversorgungskonzepten	11
3. Zwischenfazit	12
III. Ausgewählte weiterführende Diskussionsansätze.....	13
D. Netzbegriff(e): Übergreifende Vereinheitlichungsansätze	14
I. Einführung: Netzbegriffe und Betreiberpflichten im übergreifenden Energierecht ...	14
II. Das Netz der „allgemeinen Versorgung“	15
III. Zusammenfassung: Kategorien von Netzen und Umfang der Regulierung	16
IV. Mögliche Ansätze zur Vereinheitlichung.....	17
1. Gesetzesintern: EnWG.....	17
2. Gesetzesintern: KWKG.....	17
3. Gesetzesübergreifende Vereinheitlichung.....	18
E. Ausblick: Weiterführende Fragen und gesetzgeberische Gestaltungsoptionen.....	19

A. Einleitung¹

Der Begriff des Energieversorgungsnetzes ist – als Anknüpfungspunkt für zahlreiche (Netz-) Betreiberpflichten – einer der zentralen Begriffe des EnWG. Die Frage, wann eine Anlage, die dem Transport und der Verteilung von Energie dient, ein „Netz“ ist, hat damit große Bedeutung.

Netzbetreiberpflichten im EnWG:

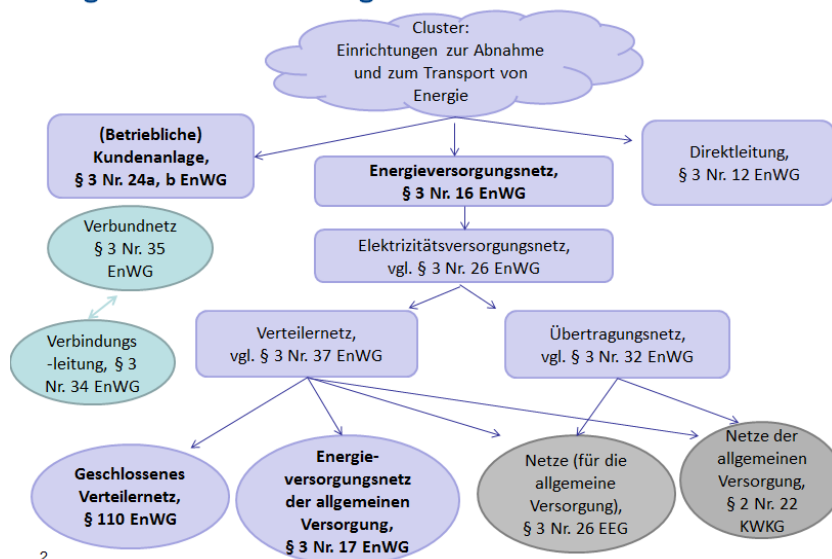
- Netzausbau, §§ 11 ff. EnWG
- (Gewährung von) Netzanschluss, §§ 17 f. EnWG
- (Gewährung von) Netzzugang, §§ 20 f. EnWG

Sonstige Regulierung im EnWG:

- Entflechtung, §§ 6 ff. EnWG (sofern mit vertikal integriertem Energieversorgungsunternehmen verbunden)
- Gewährleistung der Netzsicherheit, §§ 13 ff., 14 EnWG
- Anreizregulierung der Erlöse, § 21a EnWG, ARegV
- Beschaffung von Ausgleichsenergie, § 23 EnWG

Der Gesetzgeber des EnWG ist wiederholt tätig geworden, um den Netzbegriff bzw. den Kreis derer, die als Netzbetreiber den Regulierungsanforderungen des EnWG unterliegen, näher zu konkretisieren.² Hintergedanke war stets, dass Betreiber „privater“ Netze – die der Eigenversorgung, der Versorgung verbundener Unternehmen oder der Versorgung auf einem Werksge- lände zusammengeschlossener Unternehmen – nicht mit den Netzbetreiberpflichten des EnWG belastet werden sollten.³ Dabei wurden immer wieder neue Begrifflichkeiten geschaffen, die denselben Problemkreis behandeln und nun teilweise unsystematisch nebeneinander stehen:

Begriffsvielfalt: Netzbegriffe im EnWG



¹ Wir danken Herrn Dr. Wieland Lehnert und Herrn Dr. Florian Wagner von der Kanzlei Becker Büttner Held (BBH) für wertvolle Hinweise bei der Erstellung dieses Papiers.

² Einführung „Netz der allgemeinen Versorgung“ und „Objektnetz“ (2005), Ersetzung des „Objektnetzes“ durch das „geschlossene Verteilernetz“ und Einführung der „(betrieblichen) Kundenanlage“ (2011).

³ Vgl. Wolf, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Halbband 2), 4. Aufl. 2019, § 110 EnWG Rn. 10 ff.

Ausgehend von der Zielsetzung des Projekts „Übergreifendes Energierecht (Strom)“, etwaigen gesetzgeberischen Handlungsbedarf mit Blick auf die Verwendung grundlegender Begriffe des Energierechts aufzuzeigen, wird in diesem Papier zunächst eine kritische Bestandsaufnahme der aktuellen Rechtslage vorgenommen (siehe dazu B.). In einem zweiten Teil werden offene Fragen mit Blick auf den energierechtlichen Netzbegriff aufgezeigt (C.1. sowie C.2.). In einem letzten Teil wird geprüft, inwieweit gesetzessübergreifend Vereinheitlichungsbedarf und -möglichkeiten bestehen (D.).

B. EnWG: Kategorien von (Nicht-)Netzen und Betreiberpflichten

I. Energieverteileranlagen im EnWG: Begrifflichkeiten und Hintergründe

- Das („einfache“) **Energieversorgungsnetz** ist in § 3 Nr. 16 EnWG legaldefiniert als „Elektrizitätsversorgungs- [und Gasversorgungs]netz[e] über eine oder mehrere Spannungsebenen [oder Druckstufen] mit Ausnahme von Kundenanlagen im Sinne der Nummern 24a und 24b“. Was ein „Versorgungsnetz“ ausmacht, wird dabei nicht definiert, vielmehr setzt das Gesetz den Begriff voraus.⁴
 - Rechtsfolge: Betreiber eines Energieversorgungsnetzes i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG unterliegen einer umfassenden Regulierung. Sie müssen u.a. Netzausbau, Netzanschluss und Netzzugang gewährleisten und unterliegen der Netzentgeltregulierung.
- „**Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung**“ sind in § 3 Nr. 17 EnWG definiert als „Energieversorgungsnetze, die der Verteilung von Energie an Dritte dienen und von ihrer Dimensionierung nicht von vornherein nur auf die Versorgung bestimmter, schon bei der Netzerrichtung feststehender oder bestimmbarer Letztverbraucher ausgelegt sind, sondern grundsätzlich für die Versorgung jedes Letztverbrauchers offen stehen“.
 - Rechtsfolgen: Betreiber von Netzen der allgemeinen Versorgung müssen – neben dem „allgemeinen“ Netzbetreiberpflichtenkatalog – gem. § 18 Abs. 1 EnWG allgemeine Anschlussbedingungen veröffentlichen und zu diesen Bedingungen jedermann an ihr Netz anschließen sowie gem. § 36 Abs. 2 Satz 2 EnWG den Grundversorger im Gemeindegebiet feststellen.

Auch im Konzessionsvertragsrecht ist der Begriff von Bedeutung: So ist ein qualifizierter Wegenutzungsvertrag (herkömmlicherweise bezeichnet als Konzessionsvertrag, vgl. auch § 48 EnWG: Konzessionsabgaben) gem. § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG ein Vertrag „über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versor-

⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 18.10.2011, Az. EnVR 68/10, Rn. 8 nach juris; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 48/18, Rn. 54 nach juris.

„... im Gemeindegebiet gehören“. Die Regelungen der §§ 46 Abs. 2 bis 4 EnWG sind daher nur auf den Betrieb eines Netzes der allgemeinen Versorgung anzuwenden. Darüber hinaus beziehen sich die Pflichten der Netzbetreiber nach dem EEG nur auf die Betreiber von Netzen der allgemeinen Versorgung.

Hinweis: Die Einführung des Begriffs war ursprünglich offenbar von dem Bestreben geprägt, die Betreiber so genannter Arealnetze⁵, die *nicht* der allgemeinen Versorgung dienen, von der Regulierung auszunehmen.⁶ Dieses Ziel ist durch die Einführung der Definition in § 3 Nr. 17 EnWG jedoch nicht erreicht worden: Die überwiegende Mehrzahl der EnWG-Netzbetreiberpflichten knüpfen an den Begriff des („einfachen“) Energieversorgungsnetzes i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG an, vgl. §§ 11, 17, 20 ff. EnWG. Nur für ganz bestimmte Energieversorgungsnetze, die nicht der allgemeinen Versorgung dienen (geschlossene Verteilernetze, § 110 EnWG, dazu siehe sogleich), gelten auf Antrag Ausnahmen vom allgemeinen (Netz-)Regulierungsrahmen. Spätestens seit Ablösung der Objektnetzausnahme aus § 110 EnWG 2005 durch die gesetzliche Definition der Begriffe „geschlossenes Verteilernetz“ gemäß § 110 EnWG 2011 sowie „Kundenanlage“ in § 3 Nr. 24a/b EnWG 2011 dürfte der (untechnische) Begriff des Arealnetzes in rechtlicher Hinsicht überholt sein.

- Ein **„geschlossenes Verteilernetz“** gem. § 110 EnWG ist „ein Energieversorgungsnetz, mit dem Energie zum Zwecke der Ermöglichung der Versorgung von Kunden in einem geografisch begrenzten Industrie- oder Gewerbegebiet oder einem Gebiet verteilt wird, in dem Leistungen gemeinsam genutzt werden, wenn die Tätigkeiten oder Produktionsverfahren der Anschlussnutzer dieses Netzes aus konkreten technischen oder sicherheitstechnischen Gründen verknüpft sind oder mit dem Netz in erster Linie Energie an den Netzeigentümer oder -betreiber oder an mit diesen verbundene Unternehmen verteilt wird.“
 - **Rechtsfolgen:** Betreiber geschlossener Verteilernetze unterliegen als Betreiber von Energieversorgungsnetzen grundsätzlich dem allgemeinen Netzbetreiber-Pflichtenkatalog. Lediglich von den in § 110 Abs. 1 EnWG aufgezählten Pflichten sind sie befreit.⁷

Hinweis: Das „geschlossene Verteilernetz“ steht am Ende einer Reihe von Begriffen, mit denen versucht wurde, Betreiber „privater“ Netze – die der Eigenversorgung, der Versorgung verbundener Unternehmen oder der Versorgung auf einem Werksgelände zusammengeschlossener Unternehmen – von den Netzbetreiberpflichten des EnWG freizustellen (Werksnetze, Objektnetze). Die Freistellung für „Objektnetze“ im EnWG 2005 wurde jedoch vom EuGH 2008 als europarechtswidrig beurteilt (Verstoß gegen Art. 20 der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie von 2003, gleichlautend zu Art. 32 EltRL 2009). Daraufhin übernahm der Gesetzgeber 2011 mit der Regelung zu den „geschlossenen Verteilernetzen“ nahezu wortgenau die Regelung aus Art. 28 RL 2009/72/EU (EltRL).

- Die (betriebliche) **Kundenanlage** gem. § 3 Nr. 24a, b EnWG ist eine „Energieanlage[n] zur Abgabe von Energie, die sich auf einem räumlich zusammengehörenden Gebiet befinde[t],

⁵ „Arealnetze“ sind nach der Rechtsprechung des BGH „(...) private Liegenschaft(en), die zur Versorgung der im Areal ansässigen Letztverbraucher über ein eigenes Niederspannungs-Verteilernetz verfüg(en) (...); BGH, Beschl. v. 28.06.2005, Az. KVR 27/04, Rn. 2 nach juris.

⁶ Die Definition wurde eingeführt, um Energieversorgungsnetze (insbesondere) von Arealnetzen „abzugrenzen“, BT-Drs. 15/5268, Seite 117.

⁷ §§ 14 Abs. 1b, 14a, 18, 19, 21a, 22, 23a, 32 Abs. 2, 33, 35, 52 EnWG, darunter v.a. die Anschlusspflicht gem. § 18 Abs. 1 EnWG und die Regelungen die Anreizregulierung, § 21a EnWG.

mit einem Energieversorgungsnetz oder mit einer Erzeugungsanlage verbunden [ist], für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas unbedeutend [ist] und jedermann zum Zwecke der Belieferung der angeschlossenen Letztverbraucher im Wege der Durchleitung unabhängig von der Wahl des Energielieferanten diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt [wird].“

- Rechtsfolge: Eine Kundenanlage ist gem. § 3 Nr. 16 EnWG ausdrücklich kein Netz bzw. nicht mehr Teil des regulierten Netzes: „Elektrizitätsversorgungsnetze und Gasversorgungsnetze über eine oder mehrere Spannungsebenen oder Druckstufen *mit Ausnahme von Kundenanlagen im Sinne der Nummern 24a und 24b* [Hervorhebung durch Verf.]“. ⁸

Hinweis: Ob die „Arealnetzbetreiber“, die der Gesetzgeber des EnWG 2005 privilegieren wollte, als „Nicht-Netz“-Betreiber aus der Netzregulierung entlassen sind, dürfte nach geltender Rechtslage v.a. von der Frage abhängen, ob die von ihnen betriebene Anlage eine Kundenanlage ist⁹, siehe dazu auch unten C.2.b. Anknüpfungspunkt für die Freistellung von der Regulierung ist für diese Energieanlagen dann allerdings die Qualifikation als Kundenanlage und nicht die Erfüllung (rechtlich nicht definierter) Voraussetzungen eines Arealnetzes.

- Die „**Direktleitung**“, gem. § 3 Nr. 12 EnWG „eine Leitung, die einen einzelnen Produktionsstandort mit einem einzelnen Kunden verbindet, oder eine Leitung, die einen Elektrizitäts-erzeuger und ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen zum Zwecke der direkten Versorgung mit ihrer eigenen Betriebsstätte, Tochterunternehmen oder Kunden verbindet (...)“, ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kein Netz und auch nicht Bestandteil eines Netzes.¹⁰ Zur Begründung wird darauf verwiesen, der Direktleitung fehle es an der „Eingliederung“ in ein Netz¹¹ bzw. sie erreiche nicht die „Qualität“, die der Gesetzgeber für ein Versorgungsnetz voraussetze.¹²
 - Rechtsfolge: Der Betreiber einer Direktleitung ist kein Netzbetreiber und unterliegt nicht der EnWG-Netzregulierung.

Hinweis: In einem Beschluss aus dem Jahr 2017 („Baltic Cable“) hat der BGH den Betreiber einer Verbindungsleitung¹³ zwischen zwei Übertragungsnetzen als Betreiber eines Übertragungsnetzes qualifiziert – obwohl dieser nur für den Betrieb der Leitung, nicht aber weiterer Teile der verbundenen Netze verantwortlich ist.¹⁴ Dies ist unter Berücksichtigung des europäischen Rechtsrahmens folgerichtig: Der europäische Gesetzgeber betrachtet Verbindungsleitungen als Übertragungsnetz

⁸ „(Die Definitionen der Kundenanlage und der Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung) ermöglichen die Bestimmung, an welchem Punkt das regulierte Netz beginnt“, BT-Drs. 17/6072, Seite 51.

⁹ So auch Salje, RdE 2011, 325, 330.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 18.10.2011, Az. EnVR 68/10, Rn. 18 nach juris.

¹¹ Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes: EnWG, 3. Aufl. 2015, § 3 EnWG Rn. 32.

¹² Boesche in Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Halbband 2), 3. Aufl. 2019, § 3 EnWG Rn. 58 unter Verweis auf OLG Dresden, Urt. v. 14.3.2002, RdE 2002, 310.

¹³ § 3 Nr. 34 EnWG, Verbindungsleitungen: Anlagen, die zur Verbundschaltung von Elektrizitätsnetzen dienen (...).

¹⁴ BGH, Beschl. v. 7.3.2017, Az. EnVR 21/16, Rn. 73 ff. nach juris.

(bzw. als Teil des Übertragungsnetzes) mit der Konsequenz, dass sich Verbindungsleitungsbetreiber als Übertragungsnetzbetreiber behandeln lassen müssen.¹⁵ Dies gilt auch in der eher unüblichen Konstellation, dass eine Verbindungsleitung – wie im Fall Baltic Cable – von einer Person betrieben wird, die nicht zugleich ein (nationales) Übertragungsnetz betreibt. Auch diese Verbindungsleitung ist Teil eines Übertragungsnetzes – nämlich des Verbundnetzes, Art. 2 Nr. 14 EltRL – und für dessen Funktionieren unerlässlich.¹⁶

¹⁵ Vgl. Art. 2 Nr. 4 EltRL: Übertragungsnetzbetreiber ist „eine natürliche oder juristische Person, die verantwortlich ist für den Betrieb, die Wartung sowie erforderlichenfalls den Ausbau des Übertragungsnetzes in einem bestimmten Gebiet *und gegebenenfalls der Verbindungsleitungen zu anderen Netzen* (Hervorh. durch Verf.) (...)“.

¹⁶ BGH, Beschl.v. 7.3.2017, Az. EnVR 21/16, Rn. 64 nach juris.

II. Regulierung der Betreiber

Die Regulierung der Betreiber der aufgezählten Anlagen zum Transport und zur Verteilung von Energie stellt sich danach wie folgt dar:

EnWG: Regulierung von Energietransport- und -verteileranlagenbetreibern

Direktleitung § 3 Nr. 12 EnWG	(betriebliche) Kundenanlage § 3 Nr. 24 a), b) EnWG	Geschlossenes Verteilernetz, § 110 EnWG	(„einfaches“) Energie- versorgungsnetz, § 3 Nr. 16 EnWG	Energie- versorgungs- netz der allgemeinen Versorgung, § 3 Nr. 17 EnWG
Nach BGH- Rspr. kein Netz	Per gesetzlicher Anordnung kein Netz	Netz, aber per gesetzlicher Anordnung privilegiert	Gesetzlicher Grundfall	Grundfall „plus X“
Keine Regulierung	Keine Regulierung	Ausnahme von Regulierung (nur) für Anreizregulierung und Beschaffung von Verlustenergie	Umfassende Regulierung: Netzausbau, Netzanschluss, Netzzugang, Anreizregulierung, Netzsicherheit, Ausgleichsenergie	Umfassende Regulierung + Veröffentlichung allgemeiner Anschlussbedin- gungen (§ 18 EnWG) + Feststellung Grundversorger (§ 36 II EnWG)

III. Zwischenstand: Komplexe Rechtslage

Es zeigt sich also, dass das System an Netzbegriffen bzw. -kategorien und der Betreiberregulierung mittlerweile sehr komplex ist.

Es bleiben v.a. zwei Fragenkomplexe offen:

- Was macht ein „einfaches“ Energieversorgungsnetz i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG im Gegensatz zu einem „Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung“ i.S.v. § 3 Nr. 17 EnWG aus?
- Woran orientiert sich die Abgrenzung „Netz – Nicht-Netz“? Gibt es neben der Kundenanlage gem. § 3 Nr. 24a, 24b EnWG noch weitere nicht-regulierte Energieverteileranlagen?

Hinweis: Auch im EEG spielt die Abgrenzung Netz von „Nicht-Netz“ eine wichtige Rolle und war immer wieder Gegenstand der Rechtsprechung.¹⁷ Dabei geht es stets um die Frage, wer die Kosten des Netzan schlusses zu tragen hat; wobei grundsätzlich gilt, dass Anschlusskosten vom Anlagenbetreiber und Netzausbaukosten vom Netzbetreiber zu tragen sind.¹⁸ Der Netzausbau erstreckt sich dabei gem. § 12 Abs. 2 EEG 2017 auf sämtliche für den Betrieb des Netzes notwendigen technischen Einrichtungen sowie die im Eigentum des Netzbetreibers stehenden oder in sein Eigentum übergehenden Anschlussanlagen. Die Diskussion im EEG dreht sich also um die Abgrenzung zwischen Anschlussanlage und Netz. Für die Abgrenzung „Netz – Nicht-Netz“ im EnWG lassen sich wegen der hier deutlich anders gelagerten Fragestellung und Interessenlage jedoch keine Schlüsse ziehen.

¹⁷ Siehe etwa BGH, Urt. v. 28.03.2007, Az. VIII ZR 42/06, Rn. 16 ff. nach juris; LG Kassel, Urt. v. 12.05.2005, Az. 11 O 4178/04 (nicht veröffentlicht); LG Darmstadt, Urt. v. 11.09.2006, Az. 22 O 109/06, Rn. 31 ff nach juris; OLG Koblenz, Urt. v. 20.11.2006, Az. 12 U 87/06 Rn. 23 ff. nach juris; LG Dortmund, Urt. v. 21.06.2007, Az. 2 O 240/02 Rn. 37 f. nach juris; LG Schweinfurt, Urt. v. 20.03.2018, Az. 13 O 493/17 (bislang nicht veröffentlicht).

¹⁸ Siehe § 16 Abs. 1 und § 17 EEG; vgl. dazu auch u.a. BGH, Urt. v. 28.03.2007, Az. VIII ZR 42/06, Rn. 16 ff. nach juris.

C. EnWG: Analyse offener Fragen

I. „Einfaches“ vs. „Qualifiziertes“ Energieversorgungsnetz

Die Existenz der zwei Netzbegriffe in § 3 Nr. 16 und § 3 Nr. 17 EnWG legt den Schluss nahe, ein „einfaches“ Energieversorgungsnetz i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG müsse nicht der „allgemeinen“ Versorgung dienen. Dennoch ist der Betreiber eines „einfachen“ Energieversorgungsnetzes umfassend reguliert, siehe oben. Das wiederum wirft die Frage nach der Reichweite des Begriffs der „einfachen“ Versorgung – v.a. im Gegensatz zur „allgemeinen“ Versorgung – auf.

1. „Allgemeine Versorgung“ i.S.v. § 3 Nr. 17 EnWG

Der Wortlaut „allgemeine“ Versorgung legt zunächst nahe, dass das Netz kein privates, geschlossenes ist, also nicht nur den Betreibern (und womöglich zusätzlichen, vom Betreiber ausgewählten Personen) offensteht.

Betrachtet man die Definition in § 3 Nr. 17 EnWG¹⁹, so lassen sich drei Tatbestandsmerkmale erkennen, bei deren Vorliegen ein Energieversorgungsnetz ein „qualifiziertes“ Netz der allgemeinen Versorgung ist: Die Verteilung an Dritte, die Dimensionierung sowie das Offenstehen für die Versorgung jedes Letztverbrauchers.

Als entscheidendes Merkmal erweist sich dabei das „Offenstehen für die Versorgung *jedes* Letztverbrauchers“: Eine Drittversorgung ist auch für Energieversorgungsnetze i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG charakteristisch.²⁰ Zum andern liegt jeder Netzerrichtung eine bestimmte Dimensionierung mit Blick auf die Versorgung bestimmter oder bestimmbarer Verbrauchsstellen zugrunde.²¹ Ein Energieversorgungsnetz steht dann für die Versorgung jedes Letztverbrauchers offen, wenn der Netzbetreiber subjektiv bereit (und objektiv in der Lage) ist, jeden Letztverbraucher, der dies wünscht, an sein Netz anzuschließen.²²

Diese subjektive Bereitschaft (und objektive Fähigkeit) des Netzbetreibers ist also das wesentliche Abgrenzungskriterium zum „einfachen“ Energieversorgungsnetz i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG.

¹⁹ § 3 Nr. 17 EnWG: „Energieversorgungsnetze, die der **Verteilung von Energie an Dritte** dienen und von ihrer **Dimensionierung** nicht von vornherein nur auf die Versorgung bestimmter, schon bei der Netzerrichtung feststehender oder bestimmbarer Letztverbraucher ausgelegt sind, sondern grundsätzlich **für die Versorgung jedes Letztverbrauchers offen** stehen“.

²⁰ Vgl. dazu – den für die Thematik insgesamt sehr instruktiven Beitrag – Schroeder-Czaja/Jacobshagen, IR 2006, 50, 52 f.

²¹ Schroeder-Czaja/Jacobshagen, IR 2006, 50, 52.

²² Schroeder-Czaja/Jacobshagen, IR 2006, 50, 53.

2. „Versorgung“ i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG

Zwar ließe sich argumentieren, von Interesse für die Regulierung seien nur Netze, die der Versorgung der Allgemeinheit dienen, vgl. § 1 Abs. 1 EnWG. Netze, die der Eigenversorgung dienen, sowie Netze, die nur ausgewählten und von vorherein bestimmten Verbrauchern zur Versorgung offenstehen, wären danach nicht regulierungsbedürftig. Diese Auslegung wirft jedoch die Frage auf, in welchem Punkt sich ein „einfaches“ Energieversorgungsnetz i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG noch von einem „qualifizierten“ Energieversorgungsnetz i.S.v. § 3 Nr. 17 EnWG unterscheidet. Darüber hinaus können die Betreiber von geschlossenen Verteilernetzen – also Netzen, die nicht der „allgemeinen Versorgung“ dienen, da sie nicht jedem beliebigen Dritten offenstehen – auf Antrag von einigen Teilen der Netzregulierung befreien zu lassen. Dies wiederum bedeutet, dass diese Netze der Regulierung unterliegen – sonst liefere die Befreiung(smöglichkeit) ins Leere. Somit gilt, dass auch Netze, die nicht der allgemeinen Versorgung i.S.v. § 3 Nr. 17 EnWG dienen, regulierungsbedürftige Netze i.S.d. EnWG und damit „Energieversorgungsnetze“ i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG sind.

Ist ein Offenstehen für eine unbestimmte Öffentlichkeit keine Voraussetzung für ein regulierungsbedürftiges Energieversorgungsnetz i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG, so bleibt jedoch die Frage bestehen, ob auch ein Eigenversorgungsnetz – also ein Netz, über das keine anderen versorgt werden – Energieversorgungsnetz i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG ist.

Das ist umstritten: Einige Stimmen in der Literatur schließen aus der Existenz des „Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung“, dass das Energieversorgungsnetz i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG nicht zwingend der Versorgung Dritter dienen müsse.²³ In ihrem Gemeinsamen Positionspapier zu geschlossenen Verteilernetzen gem. § 110 EnWG führen die Bundesnetzagentur sowie die Landesregulierungsbehörden andererseits aus, dass Anlagen, die ausschließlich der Eigenbelieferung des Netzbetreibers dienen, keinerlei Versorgungsfunktion i.S.v. § 3 Nr. 36 EnWG hätten und daher gänzlich von der Regulierung durch das EnWG ausgenommen seien.²⁴

²³ Boesche, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Halbband 2), 3. Aufl. 2019, § 3 EnWG Rn. 58.

²⁴ Gemeinsames Positionspapier der Regulierungsbehörden der Länder und der Bundesnetzagentur zu geschlossenen Verteilernetzen gem. § 110 EnWG (23.02.2012), Seite 6 (abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/EntflechtungKonzession/GeschlosseneVerteilernetze/LeitfadenGeschlVerteilernetze/LeitfadenGeschlVerteilernetze.pdf?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt abgerufen am 15.6.2018), siehe auch Schroeder-Czaja/Jacobshagen, IR 2006, 50, 52.

Für die letztgenannte Ansicht spricht, dass die umfassende Regulierung, die an die Qualifizierung als „Versorgungsnetz“ i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG anknüpft, unter dem Blickwinkel der Verhältnismäßigkeit nicht gerechtfertigt sein dürfte, wenn ein rein der Eigenversorgung dienendes Netz vorliegt. Dafür spricht auch, dass der Gesetzgeber des EnWG in der Gesetzesbegründung zur Kundenanlage ausführt, ausschließlich der Eigenversorgung dienende Anlagen seien grundsätzlich als Kundenanlagen zu werten (und damit keine Netze).²⁵

Hinweis: Allerdings wirft dies Folgefragen auf – etwa danach, wann eine Energieverteileranlage mangels Versorgung Dritter (noch) kein Netz ist, aber womöglich ein berechtigtes Interesse eines Dritten besteht, an die Anlage angeschlossen zu werden.

II. Aktuelle Diskussion: Abgrenzung „Netz“ von „Nicht-Netz“

Die Frage, ob eine Infrastrukturanlage ein „Netz“ ist oder nicht, wird in der Praxis im Wege einer Negativabgrenzung zur (betrieblichen) Kundenanlage bzw. zum geschlossenen Verteilernetz gelöst.²⁶ Es wird also nicht (positiv) danach gefragt, ob eine Elektroanlage ein Netz ist, sondern (negativ) danach, ob sie einen der Ausnahmetatbestände erfüllt – und damit kein (voll) reguliertes Netz ist. Der Beschluss des BGH vom 18. Oktober 2011, in dem er die Existenz „sonstiger (nicht-regulierter) Innenanlagen“ bejahte (siehe dazu sogleich), wird dabei – soweit ersichtlich – nicht aufgegriffen.

1. „Sonstige Innenanlagen“? Der „Campingplatz-Beschluss“ des BGH²⁷

In der Literatur wird unter Berufung auf die Gesetzesbegründung²⁸ vertreten, dass es einen „Graubereich“ von Anlagen, die keine Kundenanlage, aber auch kein (Energieversorgungs-)Netz sind, nicht gebe.

In einem Beschluss aus dem Jahr 2010, in dem es um die Einordnung einer Verteileranlage auf einem Campingplatz mit Dauercampnern als Energieversorgungsnetz ging,²⁹ äußerte sich der BGH im Wege eines *obiter dictum* anderslautend:

*„Dass § 3 Nr. 16 EnWG Kundenanlagen im Sinne des § 3 Nr. 24a EnWG ausdrücklich aus dem Begriff des Energieversorgungsnetzes herausnimmt, **schließt die Annahme weiterer Ausnahmen nicht aus** [Hervorhebung durch Verf.]. Anderenfalls wären selbst die Stromleitungen in einem Hotel ein eigenständiges (der Regulierung unterliegendes) Elektrizitätsnetz, weil die Hotelgäste als Letztverbraucher regelmäßig nicht den Stromlieferanten wählen können. Um solche nach den Zielsetzungen des Energiewirtschaftsgesetzes nicht mehr gewoll-*

²⁵ BT-Drs. 17/6072, Seite 51.

²⁶ Vgl. BNetzA, Beschl.v. 03.04.2017, Az. BK6-15-166; Beschl. v. 27.07.2017, Az. BK6-16-279; OLG Frankfurt, Beschl. v. 08.03.2018, Az. 11 W 40/16; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 48/18, Az VI-3 77/17.

²⁷ BGH, Beschl. v. 18.10.2011, Az. EnVR 68/10.

²⁸ „Diese (Definitionen der Kundenanlage und der Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung) ermöglichen die Bestimmung, an welchem Punkt das regulierte Netz beginnt“, BT-Drs. 17/6072, Seite 51.

²⁹ BGH, Beschl. v. 18.10.2011, Az. EnVR 68/10, Rn. 10 nach juris.

te Ergebnisse zu vermeiden, müssen etwa solche Innenanlagen, die hinter dem Hausanschluss gelegen und dadurch gekennzeichnet sind, dass zwar an Dritte Strom geliefert, aber die zur Verfügung gestellte Strommenge nicht gesondert mit den Kunden abgerechnet wird, auch von Elektrizitätsversorgungsnetzen unter der Geltung von § 3 Nr. 16 und 24a EnWG n.F. abgegrenzt werden [Hervorhebung durch Verf.]. (...). Bei einer solchen Sachverhaltskonstellation erscheint es nicht angemessen, dem Nutzer die Wahl des Stromlieferanten zu überlassen.“³⁰

Die Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf die heutige Rechtslage scheint fraglich. Auch wenn der BGH die (damals in Entwicklung befindliche) gesetzgeberische Definition der Kundenanlage erwähnt, dürfte es sich um eine Einzelfallentscheidung handeln, die im Kern zum Ziel hatte, die Möglichkeit der freien Lieferantenwahl durch Hotelgäste zu vermeiden.

Hinweis: In der Tat scheint es in der vom BGH herangezogenen Konstellation der Stromentnahme von Hotelgästen unverhältnismäßig, den Hotelgästen die „Mitnahme“ ihrer Lieferanten zu garantieren. Nach Auffassung der Verfasser stellt sich die Frage jedoch auch dann nicht, wenn man die Entnahme durch Hotelgäste nicht als deren Letztverbrauch einordnet (sondern als Verbrauch des Hotels bzw. dessen Betreibers).³¹

2. Aktuelle Entscheidungen von BNetzA und Oberlandesgerichten: Netzeigenschaft bei dezentralen Direktversorgungskonzepten

Sowohl die BNetzA³² als auch verschiedene Oberlandesgerichte³³ haben sich in jüngerer Vergangenheit zur Frage, ob eine bestimmte Energieverteileranlage ein „Netz“ i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG sei, geäußert.³⁴ Dabei haben sie stets (nur) danach gefragt, ob die Anlage die Merkmale der Kundenanlage in § 3 Nr. 24a EnWG erfülle, also die dargestellte Negativabgrenzung vorgenommen.

Entscheidend waren das (Nicht-)Vorliegen der Tatbestandsmerkmale

- des räumlich zusammengehörenden Gebiets³⁵;
 - nach dem OLG Düsseldorf setzt dies eine von außen wahrnehmbare räumliche Gebietseinheit voraus; die Einheitlichkeit des Gebiets wird i.d.R. ³⁶ – aber nicht in jedem Fall³⁷ – durch trennende Elemente wie Straßen oder Gleise gestört;

³⁰ BGH, Beschl. v. 18.10.2011, Az. EnVR 68/10, Rn. 15 nach juris.

³¹ Vgl. Diskussionspapier „Leitbild Lieferung (Strom)“ Seite 14 ff.

³² BNetzA, Beschl.v. 03.04.2017, Az. BK6-15-166; Beschl. v. 27.07.2017, Az. BK6-16-279.

³³ OLG Frankfurt, Beschl. v. 08.03.2018, Az. 11 W 40/16; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 48/18, Az VI-3 77/17.

³⁴ In der Folge hat das Thema auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur verstärkt Aufmerksamkeit erfahren, vgl. Brahms, CuR 2018, 49, Brodt/Lietz, RdE 2018, 20, Held/Mannsdörfer, REE 2018, 129, Helmes, ER 2018, 225, Klinge, EWeRK 2018, 91, Thomale/Berger, EnWZ 2018, 147, Wolf, EnWZ 2018, 387.

³⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2018, Az. VL-3 Kart 48/18, Rn. 76 ff. nach juris, Beschl. v. 13.06.2018, Az. VI-3 Kart 48/18, Az VI-3 77/17, Rn. 57 ff. nach juris; BNetzA, Beschl. v. 27.07.2017, Az. BK6-16-279, Seite 9 ff.; BNetzA, Beschl.v. 03.04.2017, Az. BK6-15-166 Seite 11 f.

³⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2018, Az. VL-3 Kart 48/18, Rn. 76, 80 nach juris: Mehrspurige Straße mit begrüntem Mittelstreifen zerstört Eindruck der räumlichen Zusammengehörigkeit.

- der fehlenden Bedeutsamkeit für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität³⁸;
 - das Kriterium erfordert nach dem OLG Düsseldorf eine wertende Gesamtschau, u.a. nach Anzahl der angeschlossenen Letztverbraucher (jedenfalls bei ca. 450 Haushalten keine Unbedeutendheit mehr), Menge der durchgeleiteten Energie (absolute Größe; jedenfalls bei 1.500 MWh nicht unbedeutend), geografischer Ausdehnung der Anlagen,³⁹
 - das OLG Frankfurt stellt darüber hinaus darauf ab, ob ein abgrenzbarer, dem Umfeld des Betreibers zuzuordnender Personenkreis vorliege und verweist auf die Auffassung der BNetzA, wonach bei deutlich über 100 Letztverbrauchern nicht mehr ohne Weiteres von Unbedeutendheit gesprochen werden könne;⁴⁰
- bzw. die Frage der unentgeltlichen Zurverfügungstellung der Anlage.⁴¹

Die Gerichte gingen dabei stets von einem „Regel-Ausnahme-Verhältnis“⁴² zwischen Netz und Kundenanlage aus, legten also einen weiten Netzbegriff zugrunde und bejahten im Zweifelsfall die Eigenschaft als „Netz“.⁴³ Die Frage, ob es eine weitere, ungeschriebene Kategorie an „Nicht-Netzen“ gibt, die zwar keine Kundenanlage gem. § 3 Nr. 24a, 24b EnWG, aber auch kein Energieversorgungsnetz gem. § 3 Nr. 16 EnWG sind, wurde nicht thematisiert.

Hinweis: Allerdings waren die streitgegenständlichen Energieverteileranlagen auch keine „Innenanlagen“, wie sie dem BGH in seinem *obiter dictum* von 2011 wohl vorschwebten. Vielmehr ging es um die Versorgung von Mehrfamilienhäusern durch ein zentrales BHKW mittels eigens zu errichtender Leitungen.

3. Zwischenfazit

Die aktuelle Diskussion thematisiert in erster Linie die Abgrenzung zwischen den Kategorien „Netz“ und „Kundenanlage“. Hintergrund ist typischerweise die Umsetzung dezentraler Energieversorgungskonzepte, bei der sich eine Mehrheit von Letztverbrauchern über eine Objektversorgung jenseits hergebrachter Konzepte nicht mehr „aus dem Netz“ versorgen lassen möchte. Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Abgrenzung des regulierten Netzes zur nicht-regulierten Kundenanlage sollte weiter verfolgt und insbesondere eine voraussichtlich für 2019 zu erwartende Entscheidung des BGH analysiert werden. Auf dieser Basis könnte entschieden werden, ob gesetzgeberischer Handlungsbedarf mit Blick auf die Abgrenzung zwischen Netz und Kundenanlage besteht (siehe dazu unten).

³⁷ OLG Düsseldorf, Az. VI-3 Kart 77/17, Rn. 61 ff., insbes. 64 ff. nach juris: Trennung durch Anliegerstraße kein Hindernis für Eindruck räumlicher Zusammengehörigkeit.

³⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2018, Az. VL-3 Kart 48/18, Rn. 86 ff. nach juris; BNetzA, Beschl.v. 03.04.2017, Az. BK6-15-166, Seite 13 ff.

³⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2018, Az. VL-3 Kart 48/18, Rn. 93 ff. nach juris.

⁴⁰ OLG Frankfurt, Beschl. v. 08.03.2018, Az. 11 W 40/16, Rn. 71, 76 nach juris, Ausführungen allerdings wegen fehlender Unentgeltlichkeit der Zurverfügungstellung der Anlage nicht streitentscheidend.

⁴¹ OLG Frankfurt, Beschl. v. 08.03.2018, Az. 11 W 40/16, Rn. 43 ff. nach juris.

⁴² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2018, Az. VL-3 Kart 48/18, Rn. 55 nach juris; OLG Frankfurt, Beschl. v. 08.03.2018, Az. 11 W 40/16 Rn. 37 nach juris.

⁴³ OLG Frankfurt, Beschl. v. 08.03.2018, Az. 11 W 40/16 Rn. 37, 57 ff. nach juris.

Unabhängig von diesen aktuellen Diskussionen bei Regulierungsbehörden und Gerichten zur Abgrenzung von Kundenanlage und Netz im Zusammenhang mit der Umsetzung dezentraler Versorgungskonzepte ist dogmatisch noch nicht geklärt, ob es jenseits der Kategorien des (regulierten) „Netzes“ und der (unregulierten) „Kundenanlage“ noch eine dritte Kategorie gibt und wie die entsprechenden Energieanlagen regulierungsrechtlich behandelt werden könnten (vgl. hierzu die nachfolgend unter **3.** aufgeführten Diskussionsansätze).

III. Ausgewählte weiterführende Diskussionsansätze

Anhand der folgenden Fragen könnte diskutiert werden, wie die soeben skizzierten Regelungslücken ausgefüllt werden könnten:

- Sollte eine Positivdefinition des Energieversorgungsnetzes i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG ins EnWG aufgenommen werden? Woran sollte sich eine derartige Definition orientieren?
- Sollte der Gesetzgeber klarstellend tätig werden, ob es eine weitere, ungeschriebene Kategorie an „Nicht-Netzen“ gibt – oder gerade nicht gibt?
- Sind die Kriterien aus § 3 Nr. 24a, 24b EnWG zweckmäßig für die Handhabung etwaiger Zweifelsfälle im Bereich „Netz – Nicht-Netz“⁴⁴? Oder sind sie zu weit – so dass zu viele Infrastrukturen aus der Netzregulierung herausfallen und es zu Entsolidarisierungseffekten kommt – oder zu eng – so dass Anlagen erfasst werden, deren Regulierungsbedürftigkeit zweifelhaft erscheint⁴⁵?
- Gibt es weitere Kriterien, welche sich für die Handhabung von Zweifelsfällen im Bereich „Netz – Nicht-Netz“ anbieten⁴⁶?
- Gibt es Fälle, in denen eine Energieverteileranlage mangels Versorgung Dritter (noch) kein Netz ist, aber womöglich ein berechtigtes Interesse eines Dritten besteht, an die Anlage angeschlossen zu werden? Wie geht man damit um?

⁴⁴ Kritisch Helmes, ER 2018, 225, 227 ff.

⁴⁵ Zu denken wäre etwa an die Verteileranlagen innerhalb eines Hochhauses.

⁴⁶ Vgl. dazu Wolf, EnWZ 2018, 387, 389 ff.

D. Netzbegriff(e): Übergreifende Vereinheitlichungsansätze

I. Einführung: Netzbegriffe und Betreiberpflichten im übergreifenden Energierecht

Schon im **EnWG** gibt es mit dem Energieversorgungsnetz, § 3 Nr. 16 EnWG, dem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung, § 3 Nr. 17 EnWG, und dem geschlossenen Verteilernetz, § 110 EnWG, drei verschiedene Netzbegriffe.

In § 3 Nr. 35 **EEG** 2017 ist das „Netz“ definiert als „die Gesamtheit der miteinander verbundenen technischen Einrichtungen zur Abnahme, Übertragung und Verteilung von Elektrizität *für die allgemeine Versorgung* (Hervorh. durch Verf.)“. Eine Energieverteileranlage, die nicht der „allgemeinen Versorgung“ dient, wäre nach der Konzeption des EEG daher kein „Netz“. „Netzbetreiber“ – und damit zur Abnahme von EE-Strom, zur Erweiterung der Netzkapazität, v.a. aber zur Zahlung von Marktprämie, Einspeisevergütung oder Mieterstromzuschlag verpflichtet – ist gem. § 3 Nr. 36 EEG 2017 „jeder Betreiber eines Netzes für die allgemeine Versorgung mit Elektrizität, unabhängig von der Spannungsebene“.

In § 2 Nr. 22 **KWKG** sind „Netze der allgemeinen Versorgung“ definiert als „Stromnetze im Sinne des § 3 Nummer 17 des Energiewirtschaftsgesetzes (...) über eine oder mehrere Spannungsebenen“; „Netzbetreiber“ – und damit zu Netzanschluss, Abnahme des KWK-Stroms und zur Zuschlagszahlung verpflichtet – hingegen sind „die Betreiber von Stromnetzen aller Spannungsebenen für die allgemeine Versorgung mit Elektrizität *sowie Betreiber von geschlossenen Verteilernetzen nach § 110 des Energiewirtschaftsgesetzes (...)* (Hervorh. durch Verf.)“.

Es gibt also in allen drei hier betrachteten Gesetzen ein Netz der oder für die allgemeine Versorgung. Aus übergreifender Perspektive stellen sich dabei zwei Fragen:

- Hat (das Netz der/für die) „allgemeine Versorgung“ in allen Gesetzen die gleiche Bedeutung, kann also ein einheitlicher Begriff des „Netzes der allgemeinen Versorgung“ geschaffen werden?
- Ist ein Festhalten an drei Netzbegriffen (denn auch nach einer Vereinheitlichung mit Blick auf das Netz der allgemeinen Versorgung blieben eben dieser sowie das „einfache“ Energieversorgungsnetz, § 3 Nr. 16 EnWG, sowie das geschlossene Verteilernetz, § 110 EnWG, bestehen) gerechtfertigt?

Dazu wird im Folgenden zunächst gezeigt, was „allgemeine“ Versorgung bedeutet und dass der Begriff in allen drei Gesetzen die gleiche Bedeutung zukommt (siehe **2.**). In einem zweiten Schritt werden Vereinheitlichungsmöglichkeiten aufgezeigt (siehe **3.**).

Hinweis: Auch im Stromsteuerrecht – auftragsgemäß nicht Gegenstand dieses Papiers – gibt es einen Netzbegriff, den des „Versorgungsnetzes“, § 5 Abs. 1 Satz 1 StromStG. Legaldefiniert ist dieser nicht. Laut Beschluss des BFH

vom 24.02.2016, Az. VII R 7/15, liegt kein Versorgungsnetz vor, wenn das Netz allein der Eigenversorgung des Erzeugers dient.⁴⁷ Der BFH führt dabei aus, die Begrifflichkeiten des EnWG seien nicht auf das StromStG übertragbar, da das Energieversorgungsnetz im EnWG zwingend der Verteilung von Energie an Dritte diene (verweist dabei allerdings auf die Definition in § 3 Nr. 17 EnWG).

II. Das Netz der „allgemeinen Versorgung“

Für den Netzbegriff i.S.v. § 3 Nr. 17 EnWG – auf den § 2 Nr. 22 KWKG verweist – ist die subjektive Bereitschaft des Netzbetreibers zur Versorgung beliebiger Dritter das wesentliche Abgrenzungskriterium zum „einfachen“ Energieversorgungsnetz i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG (siehe oben C.I.a.).

Zwar ist der Netzbegriff des EEG auf den ersten Blick ein eigener, vom EnWG unabhängiger. In der Gesetzesbegründung heißt es:

„Der Begriff des Netzes in Nummer 7 knüpft an die Begriffsbestimmungen des Energiewirtschaftsgesetzes an, definiert aber einen davon unabhängigen Begriff für das EEG.“

Im Anschluss daran heißt es jedoch:

„In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) und der Regelung des Energiewirtschaftsgesetzes zählen solche Netze zu den Netzen für die allgemeine Versorgung, die unmittelbar der Verteilung von Energie an Dritte dienen und von ihrer Dimensionierung nicht von vornherein nur auf die Versorgung bestimmter, schon bei der Netzerrichtung feststehender oder bestimmbarer Letztverbraucher ausgelegt sind, sondern grundsätzlich für die Versorgung jedes Letztverbrauchers offen stehen.“⁴⁸

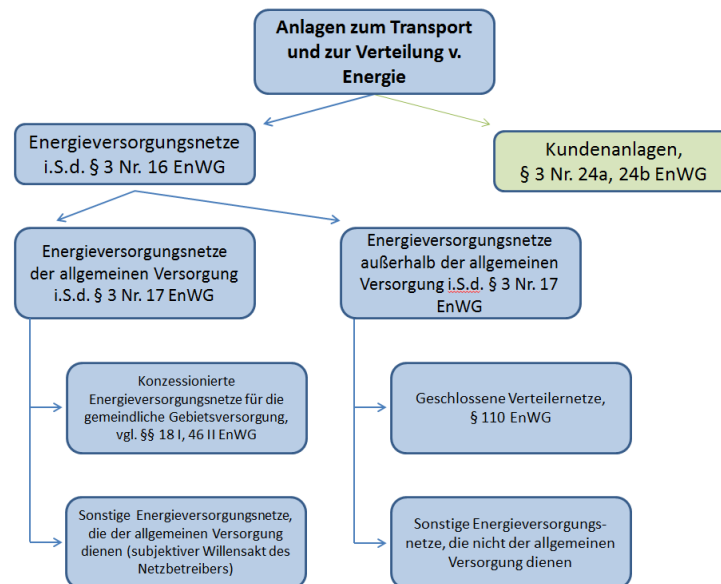
Dies ist eine wortgleiche Wiederholung der Definition des Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung in § 3 Nr. 17 EnWG. Man darf daher davon ausgehen, dass sich diese beiden Netzbegriffe decken, der Netzbegriff des EEG lediglich nicht dem des „einfachen“ Energieversorgungsnetzes in § 3 Nr. 16 EnWG entsprechen sollte.

⁴⁷ BFH ebenda, Rn. 14 nach juris.

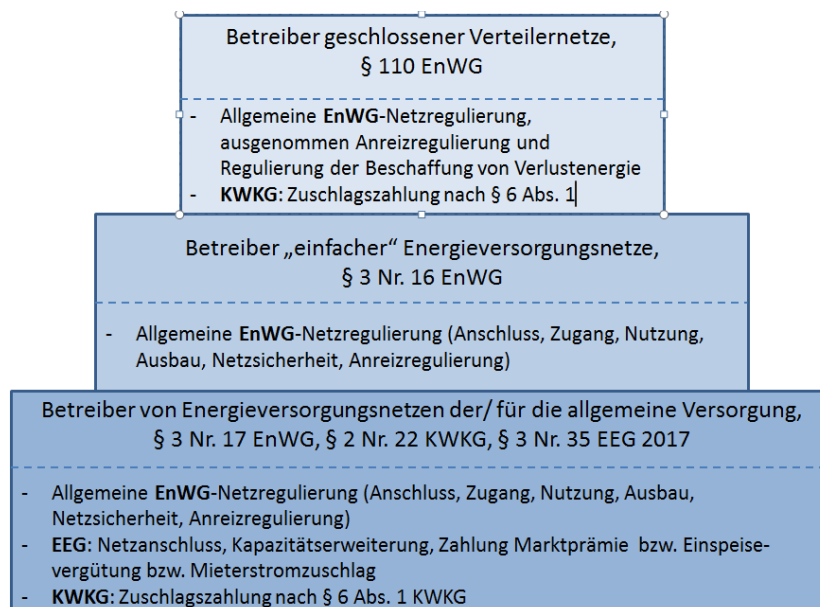
⁴⁸ BT-Drs. 16/8148, Seite 40.

III. Zusammenfassung: Kategorien von Netzen und Umfang der Regulierung

Danach gibt es die folgenden Kategorien von Netzen:⁴⁹



Die Betreiber dieser Netze sind in unterschiedlichem Maße reguliert:



⁴⁹ Diese Kategorisierung folgt der herrschenden Meinung, dass geschlossene Verteilernetze per se keine Netze der/für die allgemeine Versorgung sein können, so Boesche, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Halbband 1), § 3 EnWG Rn. 87; Jacobshagen/Kachel/Baxmann, IR 2012, 2, 7; Ortlieb, in: Ortlieb/Staebe, o. Fn. 7, Kap. 5 Rn. 68; Theobald/Zenke/Dessau, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 15 Rn. 17; Palme, o. Fn. 4, § 61k EEG Rn. 26; aA Wolf, o. Fn. 13, § 110 EnWG Rn. 127 ff., sowie Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 110 Rn. 15, danach wäre im Ergebnis eine Einzelfallprüfung erforderlich, ob dem Netz aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls der „öffentliche“ Charakter fehlt.

IV. Mögliche Ansätze zur Vereinheitlichung

1. Gesetzesintern: EnWG

Im EnWG wäre zu diskutieren, ob das Nebeneinander zweier Netzbegriffe – genauer: der separate Netzbegriff in § 3 Nr. 17 EnWG – beibehalten werden soll.

Gegen die Beibehaltung spricht, dass das gesetzgeberische Ziel des Begriffs – die Privilegierung von „Arealnetzbetreibern“ – nicht erreicht wird, siehe oben B.I.

Allerdings knüpft das EnWG einige besondere Netzbetreiberpflichten bzw. Rechtsfolgen an den Begriff an (§§ 18 Abs. 1, 36 Abs. 2 Satz 2, § 46 Abs. 2-4 EnWG). Würde man den Begriff des Netzes der allgemeinen Versorgung aufgeben, so müsste die Beschränkung des Anwendungsbereiches dieser „besonderen“ Netzbetreiberpflichten – sofern sie nicht auf alle Betreiber eines Netzes i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG, also auch Betreiber geschlossener Verteilernetze, ausgeweitet werden sollen – anderweitig gewährleistet werden. Auch die Verordnungen, die aufgrund des EnWG ergangen sind, verwenden teilweise den Begriff des Netzes der allgemeinen Versorgung (vgl. § 1 NAV).

Hinweis: In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass dem Merkmal der „allgemeinen Versorgung“ faktisch nahezu keine Unterscheidungskraft zukäme, da Netze i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG nahezu immer auch die Tatbestandsvoraussetzungen i.S.v. § 3 Nr. 17 EnWG erfüllten.⁵⁰ Auch dies wäre ein Argument dafür, den Begriff aus § 3 Nr. 17 EnWG abzuschaffen.

2. Gesetzesintern: KWKG

Im KWKG fallen Netzbegriff und Netzbetreiberbegriff teilweise auseinander: Denn wenn ein „Netz“ nur ist, was der allgemeinen Versorgung dient, ein „Netzbetreiber“ jedoch auch, wer ein geschlossenes Verteilernetz betreibt (welches nicht der „allgemeinen Versorgung“ i.S.v. § 3 Nr. 17 EnWG dient, siehe oben C.I.a.), ist der Netzbetreiberbegriff weiter als der Netzbegriff. Wollte man dies vereinheitlichen, so müsste der Netzbegriff in § 2 Nr. 22 KWKG um „geschlossene Verteilernetze“ ergänzt werden.

Eine weitergehende Überlegung wäre, ob nicht generell auf den Netzbegriff des § 3 Nr. 16 EnWG und den entsprechenden Betreiberbegriff abgestellt werden sollte. Dann wären allerdings auch die Betreiber „sonstiger Energieversorgungsnetze, die nicht der Allgemeinheit dienen“ erfasst.

⁵⁰ So Boesche, in: Säcker: Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Halbband 1) (4. Aufl. 2019), § 3 EnWG Rn87.

3. Gesetzesübergreifende Vereinheitlichung

Für eine gesetzesübergreifende Vereinheitlichung bleiben danach folgende Ansatzpunkte:

Im EEG könnte – statt dies über den „Umweg“ der Gesetzesbegründung zu tun – direkt auf die Definition aus § 3 Nr. 17 EnWG abgestellt werden (vgl. § 2 Nr. 22 KWKG), ggf. mit der Klarstellung, dass Netze aller Spannungsstufen erfasst sein sollen (vgl. § 2 Nr. 21 KWKG).⁵¹

Hinweis: Das setzt voraus, dass man den Begriff des Netzes der allgemeinen Versorgung im EnWG als separaten Netzbegriff beibehalten möchte.

Eine Angleichung von EEG und KWKG wäre nur dann möglich, wenn der Gesetzgeber des EEG sich entscheidet, dass auch Betreiber von geschlossenen Verteilernetzen nach dem EEG verpflichtet sein sollen.

Eine noch weitergehende Angleichung bestünde darin, in EnWG, EEG und KWKG auf das „einfache“ Energieversorgungsnetz i.S.v. § 3 Nr. 16 EnWG abzustellen und dessen Betreiber mit den Netzbetreiberpflichten nach EnWG, EEG und KWKG zu belasten (ggf. mit einer Ausnahme von bestimmten Pflichten für die Betreiber geschlossener Verteilernetze analog § 110 EnWG).

⁵¹ Nach der Rechtsprechung des BGH soll das EEG-Netz auch Übertragungsnetze erfassen, obwohl in der Gesetzesbegründung das Wort „Verteilung“ verwendet wird: BGH, Urt. v. 8.10.2003, Az.: VIII ZR 165/01, Rn. 19 nach juris. Beim Netz nach § 3 Nr. 17 EnWG ist diese Frage – wegen der Verwendung des Worts „Verteilung“ – umstritten: Bejahend Schroeder-Czaja/Jacobshagen, IR 2006, 50, 52, ablehnend Boesche, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Halbband 2), 3. Aufl. 2019, § 3 EnWG Rn. 89.

E. Ausblick: Weiterführende Fragen und gesetzgeberische Gestaltungsoptionen

Die Rechtslage mit Blick auf den Netzbegriff ist komplex und in vielen Fällen nur verständlich, wenn man die Gesetzeshistorie kennt (vgl. insbesondere B.I.). Welche Betreiberpflichten für den Betreiber einer Energieverteileranlage gelten, ist zudem je nach Gesetz unterschiedlich.

- Mit Blick auf den **allgemeinen Netzbegriff** sollte die Rechtsprechung zur Abgrenzung „Netz – Kundenanlage“ weiter beobachtet werden. Anschließend sollte erwogen werden, ob gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Dabei sollten die folgenden Fragen leitend sein:
 - Wäre die Erarbeitung einer Positivdefinition des Energieversorgungsnetzes gem. § 3 Nr. 16 EnWG sinnvoll, etwa, um für mehr Rechtsklarheit mit Blick auf etwaige Zweifelsfälle zu sorgen? Woran sollte sich eine derartige Definition orientieren?
 - Hilfsweise: Gibt es Kriterien, welche sich für die Handhabung etwaiger Zweifelsfälle (Netz oder „Nicht-Netz“) anbieten? Sind die Kriterien aus § 3 Nr. 24a, 24b EnWG zweckmäßig und ausreichend für die Handhabung etwaiger Zweifelsfälle im Bereich „Netz – Nicht-Netz“?
 - Gibt es Fälle, in denen eine Elektroanlage mangels Versorgung Dritter (noch) kein Netz ist, aber womöglich ein berechtigtes Interesse eines Dritten besteht, an die Anlage angeschlossen zu werden? Wie geht man damit um?
- Inwiefern neben den oben unter D.4. aufgezeigten gesetzesinternen Vereinheitlichungsoptionen zusätzlich **gesetzesübergreifende Vereinheitlichungen** möglich sind, hängt von der (Vor-)Frage ab, welche Netzbetreiber in welchem Ausmaß privilegiert werden sollen.
- Dabei ist eine Erwägung, die Systematik der Netzbegriffe und der korrespondierenden Betreiberpflichten umzustellen: Man würde einen weiten Netzbegriff als Anknüpfungspunkt für alle bestehenden Netzbetreiberpflichten wählen, um dann Ausnahmen von ausgewählten Pflichten für ausgewählte Netzbetreiber zu statuieren (Vorbild: § 110 EnWG).