



– Beschlusskammer 8 –

BK 8-06/029

## Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren  
auf Grund des Antrags

der Zwickauer Kammgarn GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer, Schneeberger Straße  
135, 08112 Wilkau-Haßlau,

Antragstellerin und Beteiligte zu 1),

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Ritter Gross Kollegen, Luerstraße 3, 30175 Hanno-  
ver,

und

der envia Verteilnetz GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer, Magdeburger Straße 51,  
06112 Halle (Saale),

Beteiligte zu 2),

wegen besonderer Missbrauchsaufsicht nach § 31 Abs. 1 EnWG,

hat die Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation,  
Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

...

durch  
den Vorsitzenden Dr. Alfred Feuerborn,  
die Beisitzerin Christiane Seifert und  
den Beisitzer Daniel Matz

am 15.01.2008

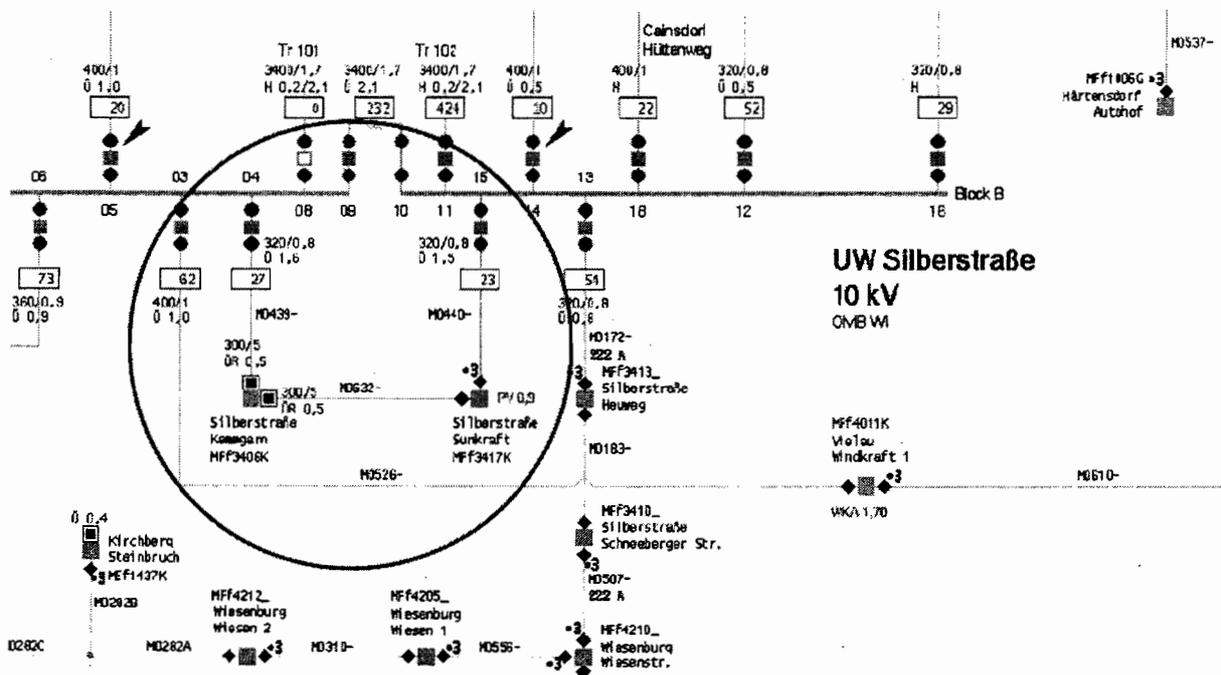
beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

### Gründe

#### I.

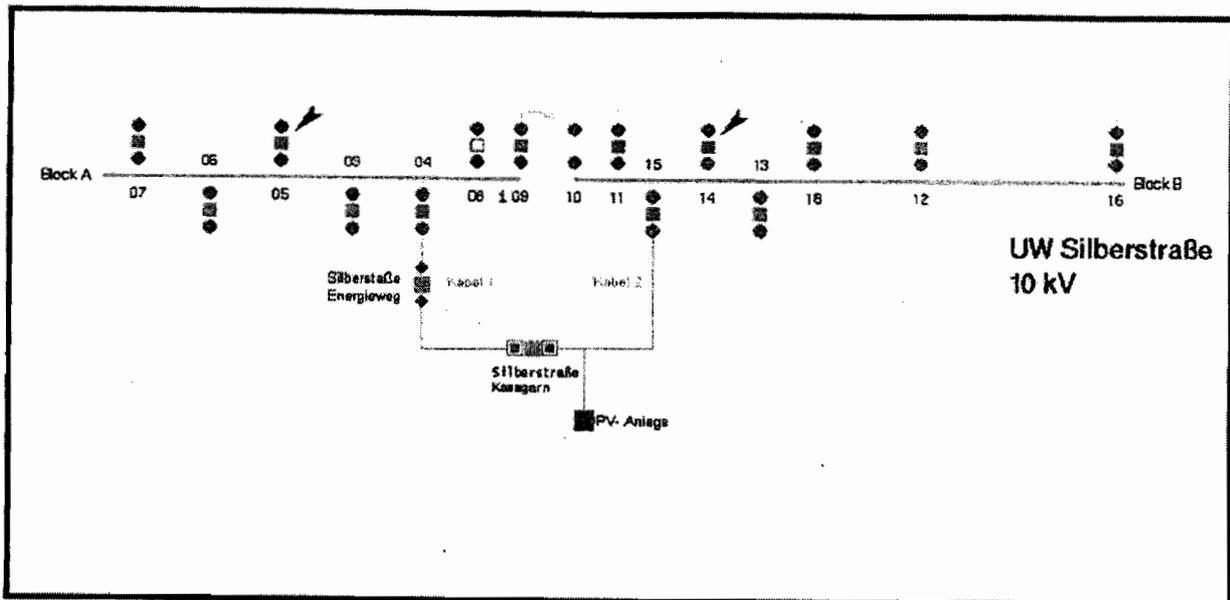
Die Antragstellerin betreibt eine Spinnerei. Sie ist an das Mittelspannungsnetz der Beteiligten zu 2) über zwei 10 kV-Leitungen mit der 10 kV-Schaltanlage im 110 kV/10 kV-Umspannwerk Silberstraße der Beteiligten zu 2) angeschlossen. Die (n-1)-sichere Versorgung der Antragstellerin wird durch den getrennten Anschluss an die Blöcke A und B des Umspannwerkes gewährleistet:



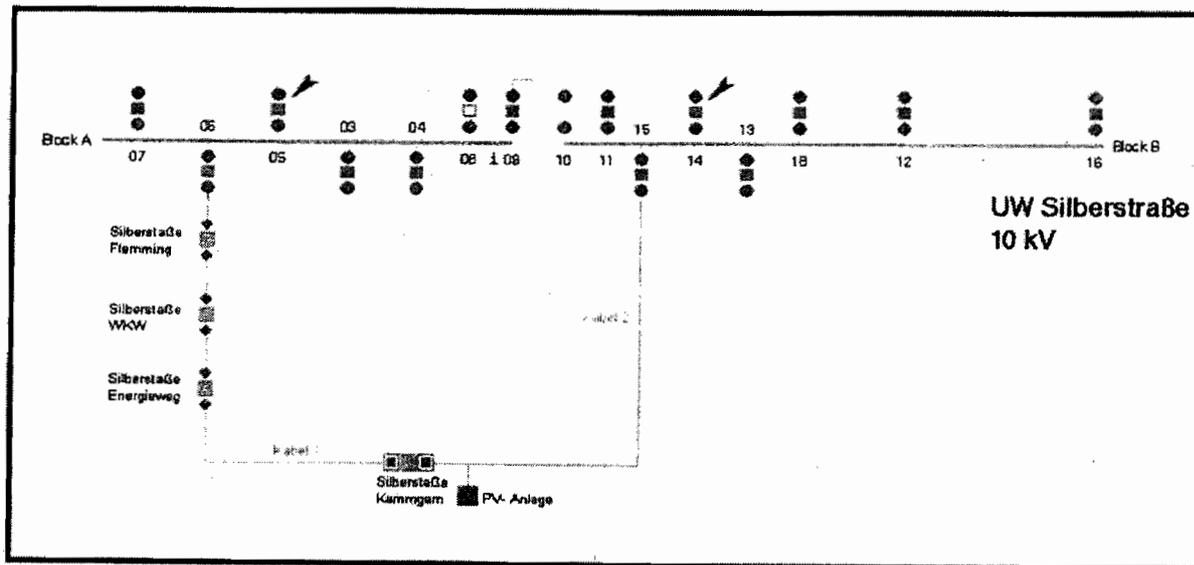
Die Antragstellerin beabsichtigte 1995 eine Erhöhung des elektrischen Leistungsbedarfs von 3.190 kVA auf 5.600 kVA. Auf dieser Grundlage realisierte die Beteiligte zu 2) bzw. deren Rechtsvorgänger den Anschluss der Antragstellerin. Allerdings nahm die Antragstellerin diese Netzanschlusskapazität nie in Anspruch. Die zwischen den Parteien vertraglich gebundene Anschlusskapazität lastete nur eines der beiden MS-Kabel (zu 48%) aus. Die verbleibende Kapazität nahm die Beteiligte in ihre Netzoptimierungsplanung auf. Die Beteiligte zu 2) kündigte aufgrund der späteren Entwicklung der Netzauslastung eine Einschleifung der Station „Energieweg“ (vgl. Skizze: Block A, Abgang 06) und später der Stationen „Flemming“ und „WKW“ (vgl. Skizze: Block A, Abgang 04) für das 2. Halbjahr 2005 an.

Im September 2005 bat die SunTechnics GmbH unter Beteiligung der Antragstellerin die Beteiligte zu 2) um Benennung eines Anschlusspunktes für eine in Planung befindliche Photovoltaik-Anlage, die auf den Dächern der Antragstellerin in Betrieb gehen sollte. Daraufhin überarbeitete die Beteiligte zu 2) ihre Netzausbauplanung:

### 1. Ausbaustufe Einbindung TrSt Energieweg und PV-Anlage:



## 2. Ausbaustufe Einbindung weiterer Stationen mit PV-Anlage:



Die Antragstellerin ist der Ansicht, Anspruch auf Gewährung eines angemessenen Netzentgeltes nach § 19 Abs. 3 StromNEV zu haben und hat dies gegenüber der Beteiligten zu 2) – zuletzt mit Schreiben vom 13.07.05 – geltend gemacht, was diese – zuletzt mit Schreiben vom 08.08.05 – zurückwies.

Mit Schreiben vom 23.06.07, hier eingegangen am 26.06.07, beantragte die Antragstellerin zunächst,

„im Wege des besonderen Missbrauchsverfahrens gemäß § 31 EnWG das Verhalten der Antragsgegnerin zu überprüfen und die erforderlichen Anordnungen zu treffen, damit zugunsten der Antragstellerin für die zur Versorgung ihrer Abnahmestelle benötigte Netznutzung ein angemessenes Netzentgelt gemäß § 19 Abs. 3 StromNEV – spätestens seit Geltung der StromNEV – festgelegt wird.“

Am 04./05.10.06 gingen zwei Photovoltaikanlagen auf den Dächern der Betriebsgebäude der Antragstellerin in Betrieb (Betreiber sind: KKS Solar GmbH und RA Solar GmbH). Die Photovoltaikanlagen nutzen seither das Kabel 2, über welches die Antragstellerin am UW Silberstraße (Block B) angeschlossen ist, zur Stromeinspeisung, indem über dieses Kabel die Station „Silberstraße Sunkraft“ angebunden ist.

Die Antragstellerin beantragte daraufhin mit Schreiben vom 19.09.06,

„im Wege des besonderen Missbrauchsverfahrens gemäß § 31 EnWG das Verhalten der Antragsgegnerin zu überprüfen und die erforderlichen Anordnungen zu treffen, damit zugunsten der Antragstellerin für die zur Versorgung ihrer Abnahmestelle benötigte Netznutzung ein angemessenes Netzentgelt gemäß § 19 Abs. 3 StromNEV seit Geltung der StromNEV bis zur Inbetriebnahme der auf den Produktionshallen der Antragstellerin errichteten Photovoltaikanlage festgelegt wird.“

Unter dem 12.11.07 erklärte die Antragstellerin den Missbrauchsantrag

„unter Protest gegen die Kostenlast für erledigt“.

Sie meint, es wäre unbillig, durch eine Rücknahme des Missbrauchsantrags die Kostenfolge des § 91 Abs. 2 Satz 2 EnWG zu generieren. Wegen des kontradiktorischen Charakters des besonderen Missbrauchsverfahrens seien die Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsverfahrens- und –prozessrechts analog anzuwenden. Das missbräuchliche Verhalten habe der Netzbetreiber erst nach Verfahrenseinleitung abgestellt.

Die Beteiligte zu 2) beantragt sinngemäß,  
den Antrag abzulehnen.

Die Beteiligte zu 2) ist der Ansicht, ein Anspruch nach § 19 Abs. 3 StromNEV scheide im vorliegenden Fall aus. Anderenfalls hätte bei jeder Neuerschließung der erste Netznutzer für die Dauer bis zum Anschluss des nächsten Nutzers einen Anspruch nach § 19 Abs. 3 StromNEV gleichgültig, für welche – möglicherweise noch so kurze Zeit – und ob das Netz von vornherein für eine Vielzahl von Netznutzern oder nur für diesen Nutzer konzipiert wurde. Dies widerspräche den Zielen sicherer, preisgünstiger und effizienter Versorgung, die eine Netzoptimierungsmöglichkeit erfordere. Im vorliegenden Fall zeige darüber hinaus die geringe Auslastung des Anschlusses die Berechtigung seiner Einbeziehung in die Netzoptimierung, so dass es jedenfalls an einer Beständigkeit der Anschlusssituation gefällig hätte, selbst wenn zwischenzeitlich nicht zusätzlich die Photovoltaikanlage angeschlossen worden wäre.

Dem Bundeskartellamt sowie der nach Landesrecht zuständigen Behörde wurde jeweils mit Schreiben vom 27.12.2007 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akte Bezug genommen.

## II.

### 1.

Die abgegebene Erledigungserklärung ist im Rahmen des Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG unzulässig. Das EnWG sieht eine förmliche Erledigungserklärung nicht vor.

Die Antragstellerin beruft sich auf eine analoge Anwendung der allgemeinen Verwaltungsverfahrens- oder Verwaltungsprozessualen Regeln zur Erledigungserklärung. Damit kann sie jedoch nicht durchdringen.

Eine Analogie ist zwar möglich, wenn ein Sachverhalt nicht geregelt ist, eine andere Norm jedoch eine vergleichbare Regelung trifft. Voraussetzung ist allerdings, dass die Interessenlagen vergleichbar sind und die Regelungslücke planwidrig ist. Planwidrig ist eine Regelungslücke, wenn der Gesetzgeber bei der Regelung eines Komplexes schlicht übersehen hat, eine Regelung zu treffen.

An einer planwidrigen Regelungslücke fehlt es hier.

Der Begriff der Erledigung wird vom EnWG nicht genutzt. Auch die an eine Erledigungserklärung geknüpften Fragen sind nicht geregelt, insbesondere, ob eine ein- oder zweiseitige Erklärung vorliegen muss, wie die unterschiedlichen Varianten zu behandeln sind und welche Kostenfolge die Abgabe einer solchen Erklärung nach sich zieht, obgleich hat der Gesetzgeber zahlreiche Regelungen zum behördlichen Verfahren geschaffen hat (vgl. z.B. §§ 31, 54ff., 65-74, 89ff. EnWG).

In § 91 Abs. 2 Satz 2 EnWG findet sich zudem folgende Regelung: „Wird ein Antrag zurückgenommen, bevor darüber entschieden wird, so ist die Hälfte der Gebühr zu entrichten.“ Dem lässt sich entnehmen, dass dem Gesetzgeber klar war, dass Verfahren auch anders als durch streitige Entscheidung beendet werden können.

Gleichwohl oder möglicherweise sogar genau deshalb regelt § 91 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG für Missbrauchsverfahren, dass Kostenschuldner ist, „wer durch einen Antrag die Tätigkeit der Regulierungsbehörde veranlasst hat, oder derjenige, gegen den eine Verfügung der Regulierungsbehörde ergangen ist“. Anknüpfungspunkt ist somit nicht nur die Berechtigung eines Missbrauchsvorwurfs, sondern gleichberechtigt auch der schlichte Umstand der Inanspruchnahme der Behörde an sich. Dies harmoniert im Übrigen auch mit § 91 Abs. 3 Satz 1 EnWG, der das Kostendeckungsprinzip für Amtshandlungen statuiert.

Als Korrektiv sieht § 91 Abs. 3 Satz 3 EnWG vor, dass im Einzelfall außergewöhnlich hohe Gebührensätze aus Billigkeitsgründen ermäßigt werden können. Billigkeitserwägungen lässt der Gesetzgeber somit nicht im Hinblick auf die Frage dessen zu, ob eine Kostenschuld besteht, sondern nur auf der Ebene, in welcher Höhe diese gegeben ist.

Das Argument der Antragstellerin, es sei unbillig, ihr die Kosten aufzuerlegen, verfängt deshalb nicht. Sie hat die Tätigkeit der Regulierungsbehörde durch ihren Antrag veranlasst. Im Übrigen hat nicht – wie von der Antragstellerin suggeriert – die Beteiligte zu 2) nach Verfahrenseinleitung das von der Antragstellerin gerügte Verhalten abgestellt und damit einen etwaigen Miss-

brauch eingestanden. Vielmehr hat die Antragstellerin – unbestritten – selbst daran mitgewirkt, den Erledigungsgrund zu setzen. Im September 2005, also deutlich vor Antragseingang bei der Bundesnetzagentur, bat die SunTechnics GmbH unter Beteiligung der Antragstellerin die Beteiligte zu 2) um Benennung eines Anschlusspunktes für eine in Planung befindliche Photovoltaik-Anlage, die auf den Dächern der Antragstellerin in Betrieb gehen sollte. Spätestens ab diesem Zeitpunkt der Inbetriebnahme wäre aus Sicht der Antragstellerin eine singulär Nutzung durch sie beendet gewesen.

**2.**

Eine Umdeutung in eine – zulässige – Rücknahme ist im Hinblick auf den ausdrücklich erklärten, entgegenstehenden Willen der Antragstellerin nicht möglich.

**3.**

Somit ist über den Antrag vom 19.09.06 zu entscheiden.

Der Antrag ist unzulässig.

Die Antragstellerin beantragte „im Wege des besonderen Missbrauchsverfahrens gemäß § 31 EnWG das Verhalten der Antragsgegnerin zu überprüfen und die erforderlichen Anordnungen zu treffen, damit zugunsten der Antragstellerin für die zur Versorgung ihrer Abnahmestelle benötigte Netznutzung ein angemessenes Netzentgelt gemäß § 19 Abs. 3 StromNEV seit Geltung der StromNEV bis zur Inbetriebnahme der auf den Produktionshallen der Antragstellerin errichteten Photovoltaikanlage festgelegt wird.“

Dabei handelt es sich sachlich um einen Fortsetzungsfeststellungsantrag. Die Antragstellerin hat selbst im Schreiben vom 19.09.06 erklärt, dass nach Inbetriebnahme der Photovoltaikanlage die Voraussetzungen des § 19 Abs. 3 StromNEV nicht mehr erfüllt sind.

**a.**

§ 31 EnWG ist nur anwendbar, solange das zu überprüfende Verhalten des Netzbetreibers noch andauert.

Dafür spricht bereits der Wortlaut des § 31 Abs. 1 Satz 2 EnWG. Prüfungsumfang ist danach, „inwieweit das Verhalten [...] mit den Vorgaben [...] übereinstimmt“. Die Verwendung des Präsens zeigt den eindeutigen Willen des Gesetzgebers, dass Gegenstand der Überprüfung nur gegenwärtige und gerade nicht beendete Rechtsverletzungen sein sollen.

Diese Auslegung wird auch durch den Sinn und Zweck des besonderen Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG bestätigt. Nach allgemeiner Ansicht handelt es sich bei dem Verfahren nach § 31 EnWG als Konkretisierung des Art. 23 Abs. 5 der RL 2003/54/EG vom 26.06.2003 um ein Streitbeilegungsverfahren (vgl. Salje, EnWG, § 31 Rz. 1). Materieller Inhalt des Verfahrens ist die Überprüfung der Einhaltung der Bestimmungen der Abschnitte 2 und 3 des EnWG durch die Netzbetreiber. In Kombination mit der Fristgebundenheit des Verfahrens ist Sinn und Zweck des

§ 31 EnWG mithin die schnelle und daher fristgebundene Klärung von energiewirtschaftlichen Streitigkeiten. Besteht dieser energiewirtschaftliche Streit zwischen den Verfahrensbeteiligten nicht mehr, kann das Verfahren seinen eigentlichen Sinn und Zweck nicht mehr erfüllen. Zudem ist ein Bedürfnis nach der vom Gesetz vorgesehenen fristgebundenen Entscheidung im Falle der Erledigung nicht mehr erkennbar.

Auch § 55 Abs. 1 EnWG vermag ein Antragsrecht zur Fortsetzungsfeststellung eines beendeten Rechtsverstoßes nicht zu vermitteln. Denn aus der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Bestimmungen des 8. Teiles für das besondere Missbrauchsverfahren kann nicht gefolgert werden, dass die Beschlusskammer zur Entscheidung eines Fortsetzungsfeststellungsantrages im Rahmen des § 31 EnWG verpflichtet ist. Weder in § 31 EnWG, noch in § 65 Abs. 3 EnWG findet sich ein Hinweis, dass der Antragsteller eine Sachentscheidung der Beschlusskammer im Wege des Fortsetzungsfeststellungsantrages erzwingen kann. Darin liegt ein entscheidender Unterschied zu § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO und § 83 Abs. 2 S. 2 EnWG, nach deren Wortlaut das jeweils zuständige Gericht auf Antrag ein Fortsetzungsfeststellungsurteil zu fällen hat. Das Fehlen einer den Entscheidungszwang auslösenden gesetzlichen Antragsbefugnis in den §§ 31 und 65 EnWG zeigt also, dass der Gesetzgeber die Fortsetzung des erledigten Streits der Disposition des Antragstellers entziehen wollte. Damit beschränkt sich der Inhalt des § 55 Abs. 1 EnWG auf die Klarstellung, dass die Beschlusskammer im Falle der Erledigung des besonderen Missbrauchsantrags nicht gezwungen ist, das Verfahren durch Einstellungsverfügung gemäß § 31 Abs. 4 Satz 1 EnWG abzuschließen, sondern entgegen den sonst geltenden Regeln des allgemeinen Verwaltungsrecht die Befugnis besitzt, das Verfahren unter den Voraussetzungen des § 65 Abs. 3 EnWG fortzusetzen.

**b.**

Die Fortsetzung eines besonderen Missbrauchsverfahrens ist nach Beilegung des ursprünglich zwischen den Verfahrensbeteiligten bestehenden energiewirtschaftlichen Streits der Disposition des Antragstellers entzogen. Vielmehr entscheidet ausschließlich die Beschlusskammer nach pflichtgemäßem Ermessen darüber, ob aus begründeten öffentlichen Interessen eine Feststellung nach § 65 Abs. 3 EnWG angezeigt ist.

Ein solches öffentliches Interesse ist hier nicht zu erkennen.

Zumindest im Falle des Verfahrens nach § 31 EnWG mit seiner ausschließlichen Überprüfung des Netzbetreiberhaltens hinsichtlich der Vorschriften der Abschnitte 2 und 3 des EnWG sieht die Beschlusskammer in der Vorbereitung eines zivilrechtlichen Schadensersatzprozesses auch vor dem Hintergrund des § 32 Abs. 4 EnWG grundsätzlich kein berechtigtes Interesse, dass es Anlass zu einer Ermessenentscheidung nach § 65 Abs. 3 EnWG über die amtsseitige Fortsetzung des erledigten Verfahrens gibt.

Soweit ersichtlich, wird in der Literatur zu § 65 Abs. 3 EnWG bzw. dem inhaltsgleichen § 32 Abs. 3 GWB mit Blick auf Art. 7 Abs. 1 Satz 4 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, dem die Vorschriften nachgebildet sind, überwiegend vertreten, dass die Feststellung eines beendeten Rechtsverstoßes im öffentlichen Interesse erfolgt. (Vgl. Salje, EnWG, § 65 Rz. 23f.; Loewen-

heim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht Bd. 2, § 32 Rz. 19; Langen/Bunte, Band 1, § 32 Rz. 37 mit ausnahmsweiser Berücksichtigung der Interessen des Geschädigten; a.A. allerdings ohne Begründung Bechthold, GWB, § 32 Rz. 19.) Dies ist dann der Fall, wenn eine Klarstellung der Rechtslage wegen Wiederholungsgefahr erfolgt. (Vgl. Gesetzesbegründung zu § 32 Abs. 3 GWB, BT-Drucksache 15/3640, S. 51.)

Die Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch den Geschädigten (und deshalb wohl auch die Bindungswirkung für die Zivilgerichte im Falle einer bestandskräftigen behördlichen Entscheidung nach § 32 Abs. 3 GWB bzw. § 65 Abs. 3 EnWG) kann ausnahmsweise im öffentlichen Interesse liegen, da sie dazu beitrage, dass dem Verletzer die Kartellrendite nicht verbleibt (vgl. Langen/Bunte a.a.O.). Für eine amtseitige Fortsetzung des besonderen Missbrauchsverfahrens ist dieser Gesichtspunkt nicht überzeugend. Denn mit der Vorteilsabschöpfung nach § 33 EnWG hat der Gesetzgeber den Regulierungsbehörden ein Instrumentarium an die Hand gegeben, mit dem das öffentliche Interesse am Nichtbehalt eines wirtschaftlichen Vorteils aufgrund eines Verstoßes gegen die Vorschriften der Abschnitte 2 und 3 des EnWG ausreichend geschützt ist. Einer Rekurrirung auf private Schadensersatzinteressen zur Erreichung dieses Ziels bedarf es in Bezug auf die Vorschriften der Abschnitte 2 und 3 im Rahmen des § 65 Abs. 3 EnWG also gerade nicht.

Schließlich gibt die Zuständigkeitsvorschrift des § 102 Abs. 1 S. 2 EnWG einen weiteren Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber die Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses letztlich nicht als berechtigtes Interesse i.S.d. § 65 Abs. 3 EnWG anerkennen wollte. Denn hiernach sind für die bürgerlichen Rechtstreitigkeiten die Zivilgerichte auch dann ausschließlich zuständig, wenn die Entscheidung ganz oder teilweise von einer Entscheidung abhängt, die nach dem EnWG zu treffen ist. Durch die Schaffung eines Präjudiz im Rahmen des § 65 Abs. 3 EnWG nur zum Zwecke der verbesserten Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen würden letztlich die gesetzlich festgelegten Zuständigkeit verwischt.

Dem steht nicht entgegen, dass nach § 32 Abs. 4 EnWG eine Bindungswirkung für die Zivilgerichte eintritt. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass es sich bei § 32 Abs. 4 EnWG um eine Vorschrift handelt, die sich an die Zivilgerichte und nicht an die Regulierungsbehörden richtet. Schon aus diesem Grunde vermag die Regelung des § 32 Abs. 4 EnWG kein berechtigtes Interesse hinsichtlich einer Fortsetzungsfeststellungsentscheidung der Regulierungsbehörde begründen. Darüber hinaus handelt es sich um eine Vorschrift, die neben der Verfahrensökonomie insbesondere dem Erhalt der Einheit der Rechtsordnung dient, indem sie für den Fall des Vorliegens einer bestandskräftigen Entscheidung - aber auch nur dann - Bindungswirkung für das Gericht entfaltet. Eine Verpflichtung bzw. ein öffentliches Interesse, eine solche Entscheidung überhaupt erst zu treffen, um eine Bindung für das Zivilgericht zu entfalten, enthält bzw. begründet die Bestimmung aber gerade nicht.

Mit Schreiben vom 07.08.07 hat die Kammer die Antragstellerin ausdrücklich auf diese Rechtsauffassung hingewiesen. Gleichwohl erfolgte kein weiterer Vortrag durch die Antragstellerin.

#### 4.

Die Kostenentscheidung erfolgt durch gesonderten Bescheid.

### Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann binnen einer Frist von einem Monat nach Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist schriftlich bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf) eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (§ 76 Abs. 1 EnWG).

Bonn, den 15.01.2008

Vorsitzender



Dr. Feuerborn

Beisitzerin



Seifert

Beisitzer



Matz