

[OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.05.2019 - 3 Kart 497/18 \(V\)](#)

Fundstelle

openJur 2019, 28987

Rkr:  AmtlSlg:  PM:

### § 19 Abs. 2 StromNEV

**1. Eigenerzeugungsanlagen sind keine geeigneten Erzeugungsanlagen im Sinne der Festlegung der Bundesnetzagentur hinsichtlich der sachgerechten Ermittlung individueller Entgelte nach § 19 Abs. 2 StromNEV (BK4-13-739).**

**2. Die Anzeige einer Vereinbarung eines Netzentgelts, bei der ein Netzentgelt, dem ein bestimmter physikalischer Pfad zugrunde liegt, unter der auflösenden Bedingung der Untersagung dieser konkreten Vereinbarung durch die Bundesnetzagentur vereinbart wird und für den Fall der Untersagung ein Netzentgelt, dem ein anderer physikalischer Pfad zugrunde liegt, vereinbart wird, ist grundsätzlich zulässig.**

#### Tenor

- <sup>1</sup> Der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 02.01.2018 (BK4-17-089\_S2-0000408 (U)) wird aufgehoben, soweit die Bundesnetzagentur die individuelle Netzentgeltvereinbarung der Betroffenen mit der Beteiligten vom 02.09.2015/09.09.2015 unter Zugrundelegung eines physikalischen Pfads zum HKW A untersagt hat. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.
- <sup>2</sup> Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden gegeneinander aufgehoben. Etwaige Auslagen der Bundesnetzagentur und der Betroffenen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren trägt die Betroffene. Eine weitere Kostenerstattung findet nicht statt.
- <sup>3</sup> Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf ... Euro festgesetzt. Der Wert des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens wird auf ... Euro festgesetzt.
- <sup>4</sup> Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

#### Gründe

- <sup>5</sup> A.
- <sup>6</sup> Die Betroffene ist als Letztverbraucherin in der Mittelspannungsebene an das Netz der Beteiligten angeschlossen. Die Betroffene und die Beteiligte schlossen unter dem 02.09.2015/09.09.2015 eine Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV mit Wirksamkeit ab dem 01.01.2015. Nach Ziff. 7 der Vereinbarung sind die Anlagen 1 (Netzplan) und 2 (Darstellung der Betriebsmittel) wesentliche Vertragsbestandteile.
- <sup>7</sup> Die Betroffene zeigte der Bundesnetzagentur die Vereinbarung mit Schreiben vom 22.09.2015 an. Der Anzeige lagen auf Anraten der Beteiligten zwei Berechnungen verschiedener physikalischer Pfade bei. Die nach Angabe der Betroffenen bevorzugte Berechnungsvariante zum HKW G enthielt in der Berechnung Komponenten, die sich nicht im Eigentum der Beteiligten, sondern der A befinden. Für die Betriebsmittel der A setzte die Betroffene Gesamtinvestitionskosten von ... Euro an. Für den Fall, dass die Beschlusskammer diesen physikalischen Pfad ablehnen würde, sollte die Anzeige unter Verwendung eines anderen physikalischen Pfads zum HKW A erfolgen, zu dem die Betroffene ihrer Anzeige ebenfalls entsprechende Unterlagen beifügte.
- <sup>8</sup> Mit Schreiben vom 14.09.2016 teilte die zuständige Beschlusskammer der Bundesnetzagentur der Betroffenen mit, dass die zeitgleiche Anzeige zweier physikalischer Pfade nicht möglich sei. Der hilfsweise angezeigte physikalische Pfad zum HKW A könne daher keine Berücksichtigung finden. Für eine nähere Prüfung des physikalischen Pfads zum HKW G wurde die Betroffene zur Übermittlung der vollständigen betriebsmittelscharfen Berechnungen, inklusive der Betriebsmittel im Eigentum der A, aufgefordert. Auch wurde die Betroffene darauf hingewiesen, dass für die Berechnung eines physikalischen Pfads eine geeignete Erzeugungsanlage erforderlich sei, die nur vorliege, wenn die Erzeugungsanlage ihre elektrische Energie vollständig in ein Elektrizitätsversorgungsnetz nach § 3 Nr. 16 EnWG einspeise. Erzeugungsanlagen, die ihre elektrische Energie ganz oder teilweise auch unmittelbar in einen Produktionsprozess einspeisen, seien als Eigenerzeugungsanlagen anzusehen und könnten nicht zur Berechnung des physikalischen Pfads genutzt werden.
- <sup>9</sup> Die Beteiligte teilte mit Schreiben vom 24.10.2016 mit, dass eine vollständige Befüllung des Erhebungsbogens zum HKW G von ihrer Seite nicht haben erfolgen können, da sich einzelne Betriebsmittel nicht in ihrem Eigentum befänden und aus diesem Grund keine Bewertung erfolgen könne. Mit E-Mail vom 17.11.2016 teilte die Beteiligte auf weitere Nachfrage der Beschlusskammer mit, dass das HKW G im Eigentum der A stehe und bei der Anlage eine Überschusseinspeisung mit Selbstverbrauch durch den Anlagenbetreiber vorliege. Die Erzeugungsanlage sei in der Kraftwerksliste der Bundesnetzagentur als Kraftwerksanlage mit einer Nettonennleistung von ... MB angeführt. Als Netzbetreiberin beziehe sie sich bei der Auswahl möglicher Erzeugungsanlagen stets auf die Kraftwerksliste der Bundesnetzagentur sowie auf die Festlegung der Bundesnetzagentur hinsichtlich der sachgerechten Ermittlung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 StromNEV (Az. BK4-13-739).
- <sup>10</sup> Die Betroffene trug mit Schreiben vom 11.01.2017 vor, dass das HKW G nach den ihr vorliegenden Informationen dauerhaft einen Überhang in das allgemeine Stromnetz einspeise. Dieser Überhang sei ausreichend, die angezeigte Abnahmestelle zu versorgen. Der Aufforderung zur Übermittlung einer vollständigen betriebsmittelscharfen Berechnung des physikalischen Pfads zum HKW G kam die

Betroffene nicht nach. Sie verwies insoweit darauf, dass der Anlagenbetreiber nicht die Eigenschaften eines Netzbetreibers aufweise und somit nicht an die Vorgaben der StromNEV gebunden sei. Darüber hinaus seien Kosten für Betriebsmittel eines privaten Anlagenbetreibers, welche nicht beim Netzbetreiber anfielen, auch nicht in die Berechnung des physikalischen Pfads einzubeziehen.

- <sup>11</sup> Nach abschließender inhaltlicher Überprüfung teilte die Bundesnetzagentur der Betroffenen mit Schreiben vom 03.05.2017 mit, dass das angezeigte individuelle Netzentgelt nicht angewendet werden dürfe. Nachdem die Betroffene der in diesem Schreiben enthaltenen Aufforderung zur Bestätigung der Nichtanwendung der angezeigten Vereinbarung nicht nachgekommen war, untersagte die Bundesnetzagentur die am 02.09.2015/09.09.2015 abgeschlossene Vereinbarung mit Beschluss vom 02.01.2018 (Tenorziffer 1 des angefochtenen Beschlusses). Tenorziffer 2 des Beschlusses verpflichtete die Betroffene, der Beteiligten entgangene Erlöse umgehend zu erstatten, soweit zwischen den Vertragsparteien reduzierte Netzentgelte aufgrund der Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts vom 02.09.2015/09.09.2015 abgerechnet wurden. Zur Begründung führte die Beschlusskammer aus, bei dem HKW G handele es sich nicht um eine geeignete Erzeugungsanlage im Sinne der Festlegung BK4-13-739, die zur Berechnung des physikalischen Pfads herangezogen werden dürfte. Soweit die Betroffene vorgetragen habe, die Beteiligte habe das HKW G als Erzeugungsanlage vorgegeben, könne dies den Mangel der Anzeige nicht heilen. Als Anzeigeverpflichteter trage der Letztverbraucher die Verantwortung für die Anzeige. Die mit der Anzeige eingereichte hilfsweise Berechnung eines alternativen physikalischen Pfads zur Erzeugungsanlage HKW A könne keine Berücksichtigung finden, weil es dem Letztverbraucher im Rahmen seiner Darlegungs- und Beweislast obliege, eine unbedingte individuelle Netzentgeltvereinbarung anzuzeigen, welche vorbehaltlos einen physikalischen Pfad in Bezug nehme.
- <sup>12</sup> Gegen diesen Beschluss hat die Betroffene mit Schriftsatz vom 15.02.2018 Beschwerde eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 18.05.2018 begründet, sowie einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gestellt, den der Senat mit Beschluss vom 27.06.2018 zurückgewiesen hat.
- <sup>13</sup> Die Betroffene vertritt die Ansicht, die Forderung der Bundesnetzagentur, bei der Darstellung der Kosten des physikalischen Pfads seien auch die Fremdkosten der A anzugeben, sei unzutreffend. In die Berechnung der allgemeinen Netzentgelte seien lediglich die tatsächlich entstehenden Netzkosten des Netzbetreibers einzustellen, nicht etwa die Kosten von fremden Erzeugungsanlagen, die einen Überschuss in das Netz einleiteten. Eine Vergütung von Vorteilen der Netzstabilität bei privaten Eigenerzeugungsanlagen von Dritten finde nicht statt und läge auch außerhalb der Logik des Systems.
- <sup>14</sup> Entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur sei das im Eigentum der A stehende HKW G zudem als geeignete Erzeugungsanlage im Sinne der Festlegung über die sachgerechte Ermittlung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 StromNEV (BK4-13-739) anzusehen. Das HKW G sei mit einer Nennleistung von ... MW grundsätzlich in der Lage, mit seiner installierten Leistung den Strombedarf der Betroffenen kontinuierlich abzudecken. Bedarfsspitzen des Betreibers, die eine entsprechende Einspeisung verhinderten, seien nicht ersichtlich bzw. nicht zu befürchten. Im Übrigen könne es auch bei anderen Erzeugungsanlagen zu einem Ausfall kommen. Nach der Festlegungsbegründung kämen als geeignete Erzeugungsanlagen unabhängig vom Grad ihrer tatsächlichen Verfügbarkeit alle Kraftwerke in Betracht, die technisch in der Lage seien, den Grundlastbedarf des betreffenden Letztverbrauchers abzudecken. Die Festlegung unterscheide dabei nicht zwischen allgemeinen Erzeugungsanlagen und Eigenerzeugungsanlagen. Dies wäre auch nicht plausibel, da auch Eigenerzeugungsanlagen schon aus betriebswirtschaftlichen Gründen regelmäßig einen Überschuss an Energie in das Stromnetz einleiteten. Einer Auslegung bedürfe es angesichts der eindeutigen Regelung in der Festlegung nicht. Soweit die Bundesnetzagentur im angegriffenen Beschluss auf die von veröffentlichten FAQ verweise, sei dies unbeachtlich. Ihnen käme keine rechtliche Verbindlichkeit zu. Der Bundesnetzagentur bleibe es unbenommen, in einer Festlegung gemäß § 29 Abs. 1 EnWG den Kreis der Eigenerzeugungsanlagen einzuengen. Da sie dies bislang jedoch nicht getan habe, stelle das HKW G de lege lata eine geeignete Erzeugungsanlage im Rahmen der Ermittlung der Kosten des physikalischen Pfads dar. Im Übrigen seien nach den FAQ's auch nur Eigenerzeugungskapazitäten von Industriekunden nicht zur Berechnung des physikalischen Pfads heranzuziehen. Bei den überschießenden Kapazitäten handele es sich aber gar nicht um Eigenerzeugungskapazitäten. Schließlich habe sie, die Betroffene, aufgrund der Veröffentlichung der Kraftwerksliste, insbesondere im Rahmen des Internetauftritts im Zusammenhang mit der Thematik des Anzeigeverfahrens nach § 19 Abs. 2 StromNEV, davon ausgehen müssen, dass es sich bei den aufgeführten Kraftwerken in Gänze um grundsätzlich geeignete Kraftwerke handele.
- <sup>15</sup> Es sei ihr auch nicht verwehrt, sich auf den alternativen Pfad zum HKW A zu berufen. Die Bundesnetzagentur habe es versäumt, bis zum Ablauf der Anzeigefrist am 30.09.2015 auf die ihrer Ansicht nach fehlende Geeignetheit des HKW G sowie die angebliche Unzulässigkeit der in der Anzeige vom 22.09.2015 erfolgten Angabe eines alternativen Pfads hinzuweisen. Durch die Regelungen in der Festlegung BK4-13-739 werde die Anzeige eines alternativen Pfads nicht ausgeschlossen. Vielmehr liege es angesichts des Umstands, dass der Letztverbraucher grundsätzlich spätestens zum 30. September eines Jahres sämtliche Unterlagen vorzulegen habe, nahe, bei etwa bestehenden rechtlichen Unsicherheiten auch einen alternativen physikalischen Pfad anzugeben. Es entspreche der üblichen Praxis im Verwaltungsrecht und im Verwaltungsprozessrecht, zur Wahrung der Interessen des Antragstellers bzw. Klägers hilfsweise Anträge zu stellen. Die diesbezüglichen Erwägungen im angegriffenen Beschluss seien rein rechtspolitischer Natur und fänden weder im Gesetz noch in der Festlegung eine rechtliche Grundlage. Die Darlegungslast des Letztverbrauchers im Sinne des § 19 Abs. 1 S. 11 StromNEV zwingt den Letztverbraucher schon begrifflich nicht, sich auf einen bestimmten physikalischen Pfad festzulegen. Richtig sei, dass im Anzeigeverfahren der Letztverbraucher bereits mit Anzeigenerstattung sofort in den Genuss der Netzentgeltreduktion komme, er trage jedoch auch das Risiko, dass die Anzeige formal mangelbehaftet sei oder die Bundesnetzagentur - erfahrungsgemäß frühestens nach einem Jahr - rechtliche Bedenken geltend mache. Die Darlegungs- und Beweislastregeln des Verordnungsgebers dienen nicht dem Zweck, eine ex post-Kontrolle zu vereinfachen. Die Argumentation der Bundesnetzagentur laufe darauf hinaus, aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität und der Schonung der Ressourcen der Bundesnetzagentur die Handlungsmöglichkeiten der Letztverbraucher zu verkürzen und damit ihr Risiko zu vergrößern. Entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur stelle die Möglichkeit der alternativen Anzeigenerstattung keine Abkehr von einem durch den

Verordnungsgeber etablierten Beibringungsgrundsatz hin zum Untersuchungsgrundsatz dar. Die Bundesnetzagentur habe lediglich das zu prüfen, was vom Letztverbraucher beigebracht werde. Soweit die Bundesnetzagentur auf ein dieser Vorgehensweise immanentes Missbrauchspotenzial verweise, zeigten ihre weiteren Ausführungen, dass es nicht um einen Missbrauch durch den Letztverbraucher gehe, sondern um die kapazitativen Grenzen der Beschlusskammer. Eine mangelhafte personelle Ausstattung der Beschlusskammer liege jedoch im Risikobereich der Bundesnetzagentur. Im Übrigen habe die Bundesnetzagentur auch insoweit nicht von ihrer Möglichkeit Gebrauch gemacht, durch Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG die Anzeigemodalitäten zu verändern und die Handlungsmöglichkeiten der Letztverbraucher einzuschränken. Die Bundesnetzagentur verweise in der FAQ Nr. 26 sogar darauf, dass der Letztverbraucher den Netzbetreiber mit der Berechnung zusätzlicher physikalischer Pfade beauftragen könne. Daraus sei zu entnehmen, dass die Bundesnetzagentur selbst von der Zulässigkeit der Anzeige alternativer physikalischer Pfade ausgehe.

- <sup>16</sup> Die Ermessenausübung durch die Bundesnetzagentur sei fehlerhaft. Eines Schutzes anderer Netznutzer bedürfe es nicht, da für den Fall, dass erkennbar die Anspruchsvoraussetzungen jedenfalls hinsichtlich des Alternativpfades gegeben seien, eine Schädigung anderer Netznutzer nicht gegeben sein könne. Auch gäbe es in diesem Fall keine wettbewerbsrechtlichen Verzerrungen. Die Untersagungsverfügung sei aber angesichts des der Betroffenen entstehenden erheblichen wirtschaftlichen Schadens unangemessen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass sie durch die alternative Anzeige zweier physikalischer Pfade eine gesteigerte Sorgfalt an den Tag gelegt habe. Daran ändere sich auch dadurch nichts, dass die Bundesnetzagentur die FAQ Nr. 38 bereits im Jahr 2014 auf ihrer Internetseite veröffentlicht habe. Denn die Bundesnetzagentur bleibe an den Wortlaut der Festlegung und die gesetzlichen Vorgaben gebunden.
- <sup>17</sup> Die Betroffene beantragt,
- <sup>18</sup> den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 02.01.2018 (BK4-17-089\_S2-0000408 (U) aufzuheben.
- <sup>19</sup> Die Bundesnetzagentur beantragt,
- <sup>20</sup> die Beschwerde zurückzuweisen.
- <sup>21</sup> Sie verteidigt den angefochtenen Beschluss und ist der Ansicht, die angefochtene Untersagungsverfügung sei rechtmäßig.
- <sup>22</sup> Soweit sie zunächst eine Vervollständigung der Anzeigeunterlagen im Hinblick auf nicht im Eigentum der Beteiligten stehende Betriebsmittel eingefordert habe, sei dies geschehen, weil sie es im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgabe als Regulierungsbehörde für erforderlich angesehen habe, im Rahmen der Überprüfung der Vereinbarung des individuellen Netzentgelts zu ermitteln, ob insoweit Kostenangaben bei der Anzeige der Vereinbarung vergessen worden seien oder ob es sich - wie sich nachträglich herausgestellt habe - bei dem HKW G um eine Eigenerzeugungsanlage gehandelt habe. Die Beantwortung dieser Rechtsfrage sei für den Rechtsstreit allerdings unerheblich. Denn die Untersagung der Vereinbarung sei nicht etwa auf die Unvollständigkeit der Anzeige gestützt worden, sondern ausweislich der Darstellung im angefochtenen Beschluss ausschließlich auf die Rechtswidrigkeit der Vereinbarung wegen der Anzeige einer nicht geeigneten Erzeugungsanlage als Schlusspunkt des physikalischen Pfads und der Unzulässigkeit der gleichzeitigen Anzeige mehrerer physikalischer Pfade.
- <sup>23</sup> Das HKW G sei keine geeignete Erzeugungsanlage im Sinne der Festlegung BK4-13-739, weil es sich um eine Eigenerzeugungsanlage handle. Dem Wortlaut der Festlegung sei zu entnehmen, dass die Ausführungen zu geeigneten Erzeugungsanlagen nicht den Anspruch erhöhen, diese Fragestellung erschöpfend zu behandeln. Vielmehr sei die Festlegung einer weitergehenden Auslegung zugänglich. Aus den im Jahr 2014 auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlichten FAQ (Nr. 38 und 39) ergebe sich, wie die Bundesnetzagentur die Einspeisung aus Eigenerzeugungsanlagen im Hinblick auf die Voraussetzung der geeigneten Erzeugungsanlage bewerte. Es handle sich bei den FAQ entgegen der Annahme der Betroffenen weder um ohne Rechtsgrundlage erlassene Verwaltungsakte noch um rechtspolitische Ausführungen, sondern um ein Auslegungsergebnis, das die Beschlusskammer in der FAQ Nr. 38 gegenüber allen Marktteilnehmern transparent und frühzeitig mitgeteilt habe. In FAQ Nr. 39 sei darüber hinaus eine Definition der Eigenerzeugungsanlagen erfolgt. Danach seien Eigenerzeugungsanlagen unabhängig von ihrer installierten Leistung und vom jeweiligen Energieträger nicht als Schlusspunkt eines physikalischen Pfads im Sinne der Festlegung geeignet. Dieses Verständnis entspreche der Berechnungsmethodik des physikalischen Pfads. Bei der Berechnung des physikalischen Pfads solle der Letztverbraucher als Gegenleistung für seinen netzdienlichen Verbleib in der Netznutzergemeinschaft so gestellt werden, als hätte er sich an eine geeignete Erzeugungsanlage über eine Direktleitung angeschlossen. Ein abwanderungswilliger Letztverbraucher würde es jedoch nicht in Erwägung ziehen, eine Direktleitung, die allein seine Versorgung mit Elektrizität gewährleiste, an eine Eigenerzeugungsanlage eines Industriekunden zu legen. Denn der Letztverbraucher hätte zu berücksichtigen, dass aufgrund produktionsbedingter Eingriffe zumindest temporär überhaupt keine Versorgung über die Eigenerzeugungsanlagen erfolgen könne, was den Schwarzfall seiner eigenen Anlage zur Folge hätte. Dieses über das generelle Risiko des Ausfalls einer Erzeugungsanlage deutlich hinausgehende Risiko würde ein sorgfältig agierender Letztverbraucher nicht in Kauf nehmen.
- <sup>24</sup> Auch habe die Beschlusskammer zu Recht den hilfsweise angezeigten physikalischen Pfad zum HKW A nicht berücksichtigt. Denn die gleichzeitige Vereinbarung mehrerer physikalischer Pfade, die hilfsweise für den Fall der Unzulässigkeit des günstigeren physikalischen Pfads zur Anwendung kommen sollten, verstoße gegen § 19 Abs. 2 S. 7 StromNEV. Im Rahmen des Anzeigeverfahrens erfolge nunmehr eine ex-post-Überprüfung abgeschlossener Vereinbarungen durch die Bundesnetzagentur. Die Letztverbraucher kämen unmittelbar nach Abschluss der Vereinbarung in den Genuss der Reduktion der von ihnen zu entrichtenden Netzentgelte. Die Konzeption des Verordnungsgebers sehe es vor, dass dieser Besserstellung ein Zuwachs an Verantwortung auf Seiten der Letztverbraucher gegenüberstehe. Daher trage der Letztverbraucher die Verantwortung für die rechtzeitige und vollständige Anzeige der Vereinbarung gegenüber der Bundesnetzagentur. Mit der Abgabe der Anzeige gehe ferner die Erklärung des Letztverbrauchers einher, dass der Inhalt der angezeigten Vereinbarung verbindlich gelten solle. Die Anzeige eines hilfsweisen physikalischen Pfads sei mit der Zuordnung der Verantwortung für die Anzeige und Darlegung der für die Überprüfung der Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts erforderlichen Tatsachen nicht vereinbar. Sie habe vielmehr eine einseitige Besserstellung der Letztverbraucher zur

Konsequenz, die mit Blick auf die aus der Einführung des Anzeigeverfahrens resultierende wirtschaftliche Optimierung nicht gerechtfertigt wäre. Die Zulässigkeit dieser Vorgehensweise würde zu einer erheblichen Schieflage im Spannungsfeld zwischen den Interessen der Letztverbraucher und dem Grundsatz der Verfahrensökonomie führen. Es sei zu berücksichtigen, dass das Anzeigeverfahren zu § 19 Abs. 2 StromNEV ein Massenverfahren mit mehreren 100 Anzeigen pro Jahr sei. Würde von der Möglichkeit der Angabe mehrerer physikalischer Pfade extensiv Gebrauch gemacht, wäre das Anzeigeverfahren nicht länger durchführbar. Dies widerspräche auch dem Ziel des Ordnungsgebers, der das Genehmigungsverfahren ausdrücklich zum Zwecke der Verwaltungsvereinfachung eingeführt habe. Der Ordnungsgeber sei mit der Konzeption der § 19 Abs. 2 S. 5 und 7 StromNEV davon ausgegangen, dass durch die entsprechende Festlegung die Kriterien der sachgerechten Ermittlung individueller Netzentgelte hinreichend konkretisiert würden und ein sachgerechter Ausgleich zwischen Rechtssicherheit auf der einen Seite und Verfahrensökonomie auf der anderen Seite erreicht werde.

<sup>25</sup> Der angefochtene Beschluss sei vor dem Hintergrund der vorherigen Ausführungen auch verhältnismäßig. Denn nur bei rechtmäßigen Netzentgeltvereinbarungen sei die Sozialisierung der entgangenen Erlöse durch den mit den individuellen Netzentgelten verfolgten Sinn und Zweck zu rechtfertigen. Zudem sei in wettbewerblicher Hinsicht sichergestellt worden, dass die Betroffene keine ungerechtfertigte Besserstellung gegenüber ihren Konkurrenten erfahre, indem sie ohne sachliche Rechtfertigung geringere Netzentgelte zu entrichten habe als ihre Wettbewerber. Zur Erreichung bzw. Förderung der vorgenannten Ziele sei die Untersagung und Verpflichtung zur Rückerstattung auch geeignet und erforderlich. Ein relativ milderes Mittel sei nicht ersichtlich. Insbesondere hätten zuvor versandte Aufforderungen zur Nichtanwendung des individuellen Netzentgelts einen rechtmäßigen Zustand nicht herstellen können. Auch sei die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur angemessen. Das wirtschaftliche Individualinteresse der Betroffenen an einer Netzentgeltreduktion habe hinter die mit der Untersagungsverfügung verfolgten wirtschaftlichen und wettbewerblichen Kollektivinteressen zurückzutreten. Dem wirtschaftlichen Individualinteresse der Betroffenen an einer Reduktion des zu zahlenden Netzentgelts habe die Bundesnetzagentur zu Recht keine gesteigerte Bedeutung attestiert. Hintergrund sei, dass die Entscheidung der Bundesnetzagentur im Hinblick auf die Geeignetheit des HKW Wiesengrund für die Betroffene unter Berücksichtigung eines objektiven Bewertungsmaßstabes vorherzusehen und damit vermeidbar gewesen sei. So sei die Auffassung zur Eignung von Eigenerzeugungsanlagen als Schlusspunkt des physikalischen Pfads transparent kommuniziert worden.

<sup>26</sup> Die Beteiligte hat mit Schreiben vom 07.06.2018 Stellung genommen.

<sup>27</sup> Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen.

<sup>28</sup> B.

<sup>29</sup> Die von der Betroffenen erhobene Anfechtungsbeschwerde ist nach § 75 Abs. 1 EnWG zulässig und teilweise begründet. Zwar hat die Bundesnetzagentur in der angefochtenen Entscheidung zu Recht die Ansicht vertreten, es handele sich bei dem HKW G nicht um eine geeignete Erzeugungsanlage im Sinne der Festlegung BK4-13-739. Nicht zu folgen ist dagegen ihrer Ansicht, die Angabe eines alternativen physikalischen Pfads in einer individuellen Netzentgeltvereinbarung sei generell unzulässig und daher zu untersagen.

<sup>30</sup> 1. Gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV haben Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen dem Letztverbraucher in Abweichung von § 16 StromNEV ein individuelles Netzentgelt anzubieten, das den Vorgaben des § 19 Abs. 2 S. 2 und 3 StromNEV entsprechen soll, wenn die Stromentnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch an einer Abnahmestelle pro Kalenderjahr sowohl die Benutzungsstundenzahl von mindestens 7000 Stunden im Jahr erreicht als auch der Stromverbrauch an dieser Abnahmestelle pro Kalenderjahr zehn Gigawattstunden übersteigt. Die Vereinbarung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 Sätze 1 bis 4 StromNEV bedarf gemäß § 19 Abs. 2 S. 5 StromNEV der Genehmigung der Regulierungsbehörde. Hat die Regulierungsbehörde durch Festlegung nach § 29 EnWG die Kriterien der sachgerechten Ermittlung individueller Netzentgelte nach den Sätzen 1-4 konkretisiert, genügt eine schriftliche Anzeige der getroffenen Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts gegenüber der Regulierungsbehörde, § 19 Abs. 2 S. 7 StromNEV. Die Anzeigeerstattung nach § 19 Abs. 2 S. 7 StromNEV hat durch den Letztverbraucher zu erfolgen, § 19 Abs. 2 S. 11 StromNEV. Der Letztverbraucher hat der Regulierungsbehörde mit dem Antrag oder der Anzeige alle zur Beurteilung der Voraussetzungen der S. 1-3 erforderlichen Unterlagen vorzulegen; der Netzbetreiber hat diese dem Letztverbraucher unverzüglich zur Verfügung zu stellen, § 19 Abs. 2 S. 12 StromNEV.

<sup>31</sup> Die Bundesnetzagentur hat von der in § 19 Abs. 2 S. 7 StromNEV geregelten Festlegungskompetenz Gebrauch gemacht und mit der Festlegung hinsichtlich der sachgerechten Ermittlung individueller Entgelte nach § 19 Abs. 2 StromNEV (BK4-13-739 vom 11.12.2013) diese Vorgaben konkretisiert. Tenorziffer 4 der Festlegung sieht vor, dass hinsichtlich der Durchführung des Anzeigeverfahrens nach § 19 Abs. 2 S. 6 StromNEV (Anm.: gemeint ist wohl § 19 Abs. 2 S. 7 StromNEV) für Vereinbarungen individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S.1-4 StromNEV die in Punkt II.5. (so wohl gemeint, tatsächlich in Bezug genommen: Ziffer II.4.) der Begründung enthaltenen Vorgaben zu beachten sind.

<sup>32</sup> Gemäß Punkt II.5.e) der Festlegung (S. 48) sollen im Rahmen des Anzeigeverfahrens alle Vereinbarungen individueller Netzentgelte im Sinne von § 19 Abs. 2 S.1-4 StromNEV bis zum 30. September des Kalenderjahres angezeigt werden, in welchem sie erstmalig gelten. Bei dieser Frist handelt es sich um eine behördliche Verfahrensfrist ohne materiellrechtliche Ausschlusswirkungen, die grundsätzlich verlängert werden kann (Beschluss des Senats v. 01.07.2015, Az.: VI-3 Kart 24/14 (V), S. 9, 11; vgl. auch Beschluss vom 08.03.2017, VI-3 Kart 186/15 Rn. 25 ff. juris).

<sup>33</sup> 2. Zu Recht ist die Bundesnetzagentur in dem angefochtenen Beschluss davon ausgegangen, dass in der individuellen Netzentgeltvereinbarung vom 09.09.2015 als Schlusspunkt des physikalischen Pfads herangezogene HKW G sei keine geeignete Erzeugungsanlage im Sinne der Festlegung BK4-13-739, weil es sich um eine Eigenerzeugungsanlage handele.

<sup>34</sup> a) Der Begriff der geeigneten Erzeugungsanlage ist in der Festlegung BK4-13-739 unter Ziff. 3.c) ii. erläutert. Dort heißt es:

<sup>35</sup>

"Als geeignete Erzeugungsanlagen in Betracht kommen neben den herkömmlichen Grundlastkraftwerken auch solche Kraftwerke, die unabhängig von ihrer tatsächlichen Verfügbarkeit grundsätzlich in der Lage sind, mit ihrer installierten Leistung den Strombedarf des betroffenen Letztverbrauchers kontinuierlich abzudecken. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Nennleistung der Erzeugungsanlage die maximal mögliche Leistung des Letztverbrauchers übersteigt und die Erzeugungsanlage technisch in der Lage ist, diese Nennleistung das ganze Jahr hindurch zu erbringen. Von dieser Betrachtungsweise sind bereits stillgelegte Erzeugungsanlagen auszuschließen."

- <sup>36</sup> Zwar liegen bei dem in der individuellen Netzentgeltvereinbarung vom 02.09.2015/09.09.2015 als Schlusspunkt des physikalischen Pfads herangezogenen HKW G die Voraussetzungen des Satzes 2 der zitierten Erläuterung nach den unwidersprochenen Behauptungen der Betroffenen vor. Aus der vorrangig zu beachtenden Formulierung in Satz 1 der Festlegung "in Betracht kommen" erschließt sich jedoch, dass der Begriff der geeigneten Erzeugungsanlage in der Festlegung nicht abschließend definiert werden sollte. Die Formulierung ist offen und lässt Raum für eine Einzelfallbewertung durch die Bundesnetzagentur. Satz 2 der zitierten Erläuterung nimmt nur auf Satz 1 Bezug und definiert für die in Betracht kommenden Kraftwerke näher, in welchen Fällen davon auszugehen sein soll, dass diese in der Lage sind, mit ihrer installierten Leistung den Strombedarf des betroffenen Letztverbrauchers kontinuierlich abzudecken.
- <sup>37</sup> Die Festlegung ist insoweit einer weiteren Auslegung zugänglich. Es bleibt der Bundesnetzagentur überlassen, unter Beachtung rechtsstaatlicher Kriterien die Geeignetheit einer Erzeugungsanlage abzulehnen, auch wenn die in Satz 2 der Erläuterung genannten Kriterien erfüllt sind. Soweit die Betroffene eine nicht hinreichende Bestimmtheit der Festlegung geltend machen möchte, scheidet dies bereits aufgrund der Bestandskraft der Festlegung aus. Der Ansicht der Betroffenen, es sei zu erwarten gewesen, dass der Verordnungsgeber bzw. zumindest die Bundesnetzagentur im Rahmen der Festlegung eine entsprechende Regelung getroffen hätte, wenn sie hätten ausschließen wollen, dass Erzeuger, die (auch) Eigenbedarf abdecken, als geeignete Erzeugungsanlagen herangezogen werden, ist nicht zu folgen. Es ist sowohl dem konkret generellen Charakter einer Verordnung, aber auch einer Festlegung als energiewirtschaftsrechtlicher Allgemeinverfügung immanent, dass lediglich Grundzüge dargestellt werden, die im Rahmen einer Einzelfallbewertung auslegungsfähig sind. Dies beruht auf dem Umstand, dass es nicht möglich ist, jede gegenwärtige und zukünftige Anschlusskonstellation im Bundesgebiet zu antizipieren.
- <sup>38</sup> Soweit nach den zitierten Erläuterungen unter Ziff. 3.c) ii. die Geeignetheit der Erzeugungsanlage unabhängig von ihrer tatsächlichen Verfügbarkeit zu bestimmen ist, bedeutet dies nicht, dass Eigenerzeugungsanlagen davon erfasst sein müssten. Die in der Festlegung insoweit vorgenommene Erleichterung zugunsten der Letztverbraucher soll lediglich gewährleisten, dass eine generell geeignete Erzeugungsanlage nicht dadurch ihre Eignung einbüßt, dass auch andere Letztverbraucher diese Erzeugungsanlage als Schlusspunkt des physikalischen Pfades gewählt haben.
- <sup>39</sup> Bei den auf der Internetseite im Jahr 2014 veröffentlichten FAQ handelt es sich lediglich um rechtlich unverbindliche Hinweise. Der Katalog stellt eine Zusammenfassung häufig gestellter Fragen dar und soll für die Betroffenen eine Auslegungshilfe für die praktische Anwendung der Festlegung darstellen und Rückschlüsse auf die Verwaltungspraxis der Bundesnetzagentur ermöglichen. Insoweit ergibt sich aus den FAQ Nr. 38 und 39, dass Eigenerzeugungsanlagen von Industriekunden von der Bundesnetzagentur zur Berechnung des physikalischen Pfades generell - und zwar unabhängig von der Höhe der Überschusseinspeisung - nicht herangezogen werden. Des Weiteren wird erläutert, wann eine Eigenerzeugungsanlage nach Auffassung der Bundesnetzagentur vorliegt. Auch nach Auffassung der Bundesnetzagentur kommt diesen FAQ aber keine rechtliche Bindungswirkung zu. Im angefochtenen Beschluss (dort S. 7) verweist die Bundesnetzagentur lediglich darauf, dass sie ihre Rechtsauffassung zu Eigenerzeugungsanlagen den Beteiligten in den FAQ bereits mitgeteilt habe.
- <sup>40</sup> Die Bundesnetzagentur ist bei ihrer Auslegung des Begriffs der geeigneten Erzeugungsanlage auch nicht dadurch gebunden, dass das HKW G in der Kraftwerksliste ist. Die Kraftwerksliste der Bundesnetzagentur stellt lediglich eine Übersicht und Sammlung von Kraftwerksdaten dar, die der allgemeinen Marktbeobachtung und Markttransparenz dient und im Rahmen des nach § 35 EnWG seitens der Regulierungsbehörde durchzuführenden Monitorings geführt wird. Sie ist eine rein informatorische, nicht rechtsverbindliche Übersicht über in Deutschland installierte Kraftwerkskapazitäten (vgl. S. 8 f. des angefochtenen Beschlusses). Dementsprechend wurde in der Festlegung BK4-13-739 auch nicht auf sie Bezug genommen. Vielmehr hat sich die Beschlusskammer 4 bereits bei Erlass der Festlegung BK4-13-739 ausdrücklich gegen die Veröffentlichung einer abschließenden Liste mit allen in Betracht kommenden Erzeugungsanlagen ausgesprochen und dies damit begründet, eine abschließende Katalogisierung sei nicht praktikabel und berge die Gefahr, dass geeignete Erzeugungsanlagen möglicherweise nicht identifiziert und erfasst würden (vgl. S. 41 der Festlegung BK4-13-739).
- <sup>41</sup> b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat die Bundesnetzagentur das HKW G im angefochtenen Beschluss zu Recht nicht als geeignete Erzeugungsanlage für den physikalischen Pfad der Betroffenen im Sinne der Festlegung angesehen.
- <sup>42</sup> Dies gilt unabhängig davon, dass Heizkraftwerke grundsätzlich als geeignete Erzeugungsanlagen einzustufen sind und auch unabhängig davon, ob das HKW G grundsätzlich in der Lage ist, mit seiner installierten Leistung den Strombedarf der Betroffenen zu decken. Bei dem HKW G handelt es sich um eine Eigenerzeugungsanlage im Sinne der Definition der Bundesnetzagentur, da es seine elektrische Energie nicht vollständig und unmittelbar physikalisch in ein Elektrizitätsversorgungsnetz im Sinne von § 3 Nr. 16 EnWG abgibt, sondern ganz oder zumindest teilweise auch unmittelbar in den Produktionsprozess einspeist. Dies ist so zwischen den Beteiligten unstrittig.
- <sup>43</sup> Zu Recht hat die Bundesnetzagentur die fehlende Eignung im angefochtenen Beschluss (dort S. 8) damit begründet, dass eine Eigenerzeugungsanlage nicht für die Berechnung eines physikalischen Pfades geeignet sei, weil ihre Kapazitäten dem Elektrizitätsversorgungsnetz nur eingeschränkt zur Verfügung stehen.

44

Nach der Festlegung BK4-13-739 hat die Bemessung des Beitrags des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder Vermeidung der Kosten der Netz- oder Umspannebene durch Berechnung eines individuellen Netzentgelts auf Basis des physikalischen Pfads zu erfolgen. Bei der Berechnung eines individuellen Netzentgelts auf Basis des physikalischen Pfads wird ausgehend vom betreffenden Netzanschlusspunkt des Letztverbrauchers eine fiktive Direktleitungsnutzung bis zu einer geeigneten Stromerzeugungsanlage auf bereits bestehenden Trassen berechnet. Dem Konzept des physikalischen Pfads liegt der Gedanke zugrunde, dass dem Letztverbraucher als Gegenleistung für seinen Beitrag zur Netzstabilität diejenigen Kosten erstattet werden, die dieser einsparen würde, wenn er sich unmittelbar über eine Direktleitung an eine in seiner Nähe befindlich Erzeugungsanlage anschließen lassen würde. Dieser Opportunitätskostenansatz quantifiziert somit die individuelle Bereitschaft, einen Beitrag zur Netzstabilität zu leisten. Dies bedingt, dass die Erzeugungsanlage, zu welcher der physikalische Pfad berechnet wird, auch tatsächlich geeignet ist, den Strombedarf des Letztverbrauchers kontinuierlich abzudecken. Bei Eigenerzeugungsanlagen besteht jedoch grundsätzlich die Möglichkeit, dass der Betreiber dieser Anlage den Strom für seine eigene Produktion benötigt und der erzeugte Strom nicht mehr dem Netz der allgemeinen Versorgung zur Verfügung steht. Insofern besteht bei einer Eigenerzeugungsanlage ein über das generelle Risiko des Ausfallens einer Anlage deutlich hinausgehendes Risiko produktionsbedingter Eingriffe, die zur Folge haben könnten, dass der von der Eigenerzeugungsanlage generierte Strom dem Netz der allgemeinen Versorgung und damit dem Letztverbraucher gar nicht mehr oder zumindest temporär nicht zur Verfügung stünde. Denn die Eigenerzeugungsanlage dient nach dem Willen des Betreibers in erster Linie zur Deckung des eigenen Strombedarfs. Dessen Entstehung und Höhe hängt von unternehmerischen Entscheidungen ab, die seine Produktion betreffen. Daher ist davon auszugehen, dass ein rational handelnder, stromintensiver Kunde aufgrund der damit verbundenen Risiken von einem Direktleitungsbau zu einer Eigenerzeugungsanlage absehen würde.

- <sup>45</sup> 3. Allerdings hat die Bundesnetzagentur ihre Untersagungsverfügung rechtsfehlerhaft darauf gestützt, dass die Anzeige einer einen alternativen physikalischen Pfad beinhaltenden individuellen Netzentgeltvereinbarung generell unzulässig sei.
- <sup>46</sup> a) Soweit diese Fragestellung von den Beteiligten als Frage der Zulässigkeit der Anzeige alternativer physikalischer Pfade erörtert wird, ist dies missverständlich. Die Darstellung eines bestimmten physikalischen Pfads und die darauf fußende Berechnung des individuellen Netzentgelts sind wesentliche Vertragsbestandteile der individuellen Netzentgeltvereinbarung (vgl. auch Senat, Beschluss vom 12.07.2017, VI-3 Kart 21/16 (V), Seite 13, bestätigend BGH, Beschluss vom 11.12.2018, EnVR 186/15, Rn. 24 juris). Dies ist im Streitfall ausdrücklich in Ziff. 7 der zwischen der Betroffenen und der Beteiligten getroffenen Netzentgeltvereinbarung geregelt, wonach der anliegende Netzplan und die Aufstellung der Betriebsmittel wesentliche Vertragsbestandteile sind. Denn die Aufstellung der Betriebsmittel kann nur bezogen auf einen bestimmten physikalischen Pfad erfolgen. Hiervon ausgehend ist die unter dem 02.09./09.09.2015 getroffene individuelle Netzentgeltvereinbarung dahingehend auszulegen, dass das individuelle Netzentgelt auf Basis eines physikalischen Pfads zum HKW G berechnet werden sollte. Diese Vereinbarung der Parteien stand allerdings unter der auflösenden Bedingung der Untersagung dieser konkreten Vereinbarung seitens der Bundesnetzagentur. Für den Fall der Untersagung sollte Vertragsbestandteil das Netzentgelt berechnet auf der Grundlage eines physikalischen Pfads zum HKW A werden. Dies ergibt sich zwar nicht zweifelsfrei aus dem Vertragstext, bei dem es sich offensichtlich um die von der Beteiligten standardmäßig verwendeten Vertragsbedingungen handelt und der keinen konkreten Bezug zu einem bestimmten physikalischen Pfad enthält. Allerdings ergibt sich ein entsprechender vertraglicher Wille der Vertragsparteien aus der Anzeige durch die Betroffene vom 22.09.2015 und für die Beteiligte aus dem Umstand, dass sie der Betroffenen mit der Vereinbarung die Netzpläne und Berechnungen des physikalischen Pfads zu beiden Erzeugungsanlagen übersandt und der Betroffenen angeraten hat, sämtliche übersandten Varianten einzureichen.
- <sup>47</sup> b) Die Vereinbarung der Bedingung war im Streitfall auch zulässig. Grundsätzlich kann Gegenstand einer Bedingung ein zukünftiges Ereignis jeder Art sein, auch die Handlung eines Dritten (Ellenberger in Palandt, 72. Auflage, Einf v § 158 Rn. 10), also auch eine Untersagung durch die Bundesnetzagentur. Es ist auch nicht ersichtlich, warum individuelle Netzentgeltvereinbarungen generell bedingungsfeindlich sein sollten. Weder die StromNEV noch die Festlegung BK4-13-739 verbieten die Vereinbarung einer Bedingung bzw. die Anzeige einer bedingten Vereinbarung ausdrücklich. Entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur folgt die Unzulässigkeit auch nicht aus der dem Letztverbraucher im Rahme des Anzeigeverfahrens nach § 19 Abs. 2 S. 11 StromNEV obliegenden Darlegungslast. Nach dieser Vorschrift erfolgt die Anzeige durch den Letztverbraucher, dieser trägt die Verantwortung für deren Rechtzeitigkeit und Vollständigkeit (vgl. BGH, Beschluss vom 11.12.2018, EnVR 186/15, Rn. 35 f. juris). Gemäß § 19 Abs. 2 S. 12 StromNEV hat der Letztverbraucher der Regulierungsbehörde mit dem Antrag oder der Anzeige alle zur Beurteilung der Sätze 1 bis 3 erforderlichen Unterlagen vorzulegen.
- <sup>48</sup> Diese Voraussetzungen hat die Betroffene sowohl hinsichtlich des physikalischen Pfads zum HKW G als auch hinsichtlich des physikalischen Pfads zum HKW A erfüllt. Insofern hat sie auch dem von der Bundesnetzagentur zur Begründung ihrer Ansicht herangezogenen Beibringungsgrundsatz Rechnung getragen. Hingegen ist der Ansicht, der Beibringungsgrundsatz verlange die Anzeige einer unbedingten Netzentgeltvereinbarung nicht zu folgen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, inwiefern die Zulässigkeit der Anzeige alternativer physikalischer Pfade mit einer Besserstellung des Letztverbrauchers verbunden sein sollte. Dieser hat hinsichtlich aller angezeigten Pfade vollständige Unterlagen vorzulegen und trägt diesbezüglich das Risiko der Unvollständigkeit oder Ungeeignetheit.
- <sup>49</sup> c) Schließlich tragen die von der Bundesnetzagentur gegen die Anzeige einer bedingten Vereinbarung mit alternativen physikalischen Pfaden erhobenen verwaltungsökonomischen Einwände die Untersagungsverfügung nicht.
- <sup>50</sup> Es ist nicht nachvollziehbar, warum die vom Ordnungsgeber mit dem Ziel der Verwaltungsvereinfachung angeordnete Umstellung von der ex ante-Kontrolle im Rahmen des früheren Genehmigungsverfahrens auf die im Rahmen des Anzeigeverfahrens durchgeführte ex post-Kontrolle zwingend die verbindliche Entscheidung für einen physikalischen Pfad erfordern sollte. Dies gilt auch, wenn es sich bei letzterem Verfahren um ein schnelleres Verfahren mit herabgesenktem Prüfungsmaßstab handelt. Zwar kommt der Letztverbraucher nunmehr unmittelbar mit Abschluss der Netzentgeltvereinbarung in den Genuss der Netzentgeltreduktion. Das

Risiko der Rückabwicklung der Netzentgeltreduktion besteht aber bei jeder anzeigepflichtigen Netzentgeltvereinbarung. Denn auch eine Untersagungsverfügung beispielsweise aufgrund der Unvollständigkeit oder Verspätung der Anzeige könnte zur Notwendigkeit der Rückabwicklung führen. Auch führt die theoretische Möglichkeit des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens durch Anzeige einer Vielzahl physikalischer Pfade nicht dazu, dass eine grundsätzliche Bedingungsfeindlichkeit der Netzentgeltvereinbarung anzunehmen wäre. Für den von der Bundesnetzagentur befürchteten Sonderfall eines missbräuchlichen Verhaltens, bei dem eine Vielzahl physikalischer Pfade angezeigt wird, um so zu erreichen, dass für die Letztverbraucher günstige physikalische Pfade nicht beanstandet werden, steht der Bundesnetzagentur die Möglichkeit der Untersagung der angezeigten Vereinbarung wegen Rechtsmissbräuchlichkeit nach dem allgemeinen Rechtsgedanken des § 242 BGB offen. Dafür, dass die Betroffene im konkreten Fall rechtsmissbräuchlich gehandelt haben könnte, bestehen allerdings keine Anhaltspunkte. Auch bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Möglichkeit der alternativen Anzeigenerstattung von einer so großen Anzahl von Letztverbrauchern genutzt werden wird, dass die Bundesnetzagentur bei der Bearbeitung der Anzeigenerstattung an ihre kapazitativen Grenzen stoßen würde. Dem Senat ist jedenfalls bislang kein vergleichbarer Fall vorgetragen worden. Im Übrigen dürfte aber auch eher zu erwarten sein, dass die nach Inkrafttreten der Festlegung BK4-13-739 möglicherweise noch bestehenden Auslegungsunklarheiten im Laufe der Zeit rechtsverbindlich geklärt werden und somit die Fälle der bedingten Netzentgeltvereinbarungen eher abnehmen.

<sup>51</sup> Schließlich ist im Rahmen der Beurteilung der Zulässigkeit der Anzeige von bedingten Netzentgeltvereinbarungen zu bedenken, dass im Falle der Annahme der Bedingungsfeindlichkeit die Inanspruchnahme von Rechtsschutz gegen die Verwaltungspraxis der Bundesnetzagentur betreffend die Auslegung des Begriffs der "geeigneten Erzeugungsanlage" für die Letztverbraucher mit erheblichen Nachteilen verbunden wäre. Wäre ein Letztverbraucher der Ansicht, dass die Bundesnetzagentur zu Unrecht eine bestimmte Erzeugungsanlage als ungeeignet im Sinne der Festlegung ansieht, wäre er gezwungen, eine diesbezügliche unbedingte Netzentgeltvereinbarung zu treffen, um gegen die Untersagungsverfügung der Bundesnetzagentur gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen zu können. Würde die Bundesnetzagentur im Gerichtsverfahren obsiegen, hätte dies zur Folge, dass er für den Geltungszeitraum der Vereinbarung bis zum Beginn des Jahres nach der Gerichtsentscheidung keine Netzentgeltreduktion mehr erhielte, auch wenn er die Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 StromNEV unzweifelhaft erfüllte.

<sup>52</sup> 4. Die angefochtene Untersagungsverfügung ist hinsichtlich der rechtsfehlerhaften Ablehnung der Anzeige des physikalischen Pfads zum HKW A aufzuheben. Denn bei Zugrundelegung dieses physikalischen Pfads erfüllt die Betroffene - so zwischen den Beteiligten unstreitig - die Voraussetzungen für eine Netzentgeltreduzierung nach § 19 Abs. 2 StromNEV, so dass der Untersagungsverfügung insoweit die rechtliche Grundlage fehlt.

<sup>53</sup> C.

<sup>54</sup> I. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens waren gegeneinander aufzuheben, § 90 S. 1 EnWG. Dies entspricht der Billigkeit, da die Betroffene hinsichtlich des Angriffs gegen die Untersagung des physikalischen Pfads zum HKW G unterlegen ist, die Bundesnetzagentur hinsichtlich der Untersagung des hilfsweise angezeigten physikalischen Pfads zum HKW A. Dies gilt nicht für die Auslagen der Betroffenen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren, in dem diese unterlegen ist. Eventuelle Auslagen der weiteren Beteiligten sind mangels prozessförderndem Beitrag nicht erstattungsfähig.

<sup>55</sup> II. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Betroffenen bewertet der Senat mit ... Euro. Dies entspricht der von der Bundesnetzagentur prognostizierten Netzentgeltreduktion für das Jahr 2015 unter Zugrundelegung eines physikalischen Pfads zum HKW G. Für das einstweilige Rechtsschutzverfahren ist ein Wert in Höhe von einem Drittel des Hauptsacheverfahrens anzusetzen (... Euro).

<sup>56</sup> D.

<sup>57</sup> Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die Streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung haben und der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dienen (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 und 2 EnWG).

<sup>58</sup> Rechtsmittelbelehrung:

<sup>59</sup> Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).

Permalink: <https://openjur.de/u/2176100.html> (<https://oj.is/2176100>)