



- **Beschlusskammer 6** -

für die Landesregulierungsbehörde

Beschluss

Az: BK6-07-018

In dem **Verwaltungsverfahren**

der DILUX Grundstücksentwicklungs- und Bauträgersgesellschaft mbH,
vertreten durch den Geschäftsführer Ralf Dittlow, Rosestr. 21, 12524 Berlin

- **Antragstellerin** -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Diederling & Zöllner, Hafenstraße 32,
17489 Greifswald

zur Überprüfung des Verhaltens

der Stromversorgung Greifswald GmbH,
vertreten durch die Geschäftsführer Klaus Holzportz und Ingo Bonath,
Gützkower Landstr. 19-21, 17489 Greifswald

- **Antragsgegnerin** -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Freshfields Bruckhaus Deringer, Heumarkt 14,
50667 Köln

wegen: Forderung eines Baukostenzuschusses in Zusammenhang mit der Erstellung
eines Strom-Hausanschlusses

hat die Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation,
Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch den Vorsitzenden Achim Zerres,
die Beisitzerin Dr. Kathrin Thomaschki
und den Beisitzer Andreas Faxel

am 11.12.2007 beschlossen:

1. **Der Antrag nach § 31 EnWG ist unzulässig.**
2. **Es wird von Amts wegen festgestellt, dass die Antragsgegnerin gegen §§ 17, 18 EnWG verstoßen hatte, indem sie bezüglich des Bauobjektes Gützkower Landstraße 8h in Greifswald**
 - a) **der Antragstellerin die Offenlegung der dem geltend gemachten Baukostenzuschuss zugrunde liegenden Kalkulation auf deren erstes Anfordern verweigert hatte sowie**
 - b) **die Errichtung des Anschlusses an das Niederspannungsnetz von der Bedingung abhängig gemacht hatte, dass die von der Antragstellerin unter dem Vorbehalt rechtlicher Überprüfung des Baukostenzuschusses vorgenommene Anzahlung für die Errichtung des Hausanschlusses vorbehaltlos gestellt werde.**
3. **Es ergeht ein gesonderter Gebührenbescheid.**

G r ü n d e

I.

1. Die Antragstellerin betreibt ein Grundstücksentwicklungs- und Bau-trägerunternehmen. Im Jahre 2006 sanierte sie ein an der Adresse Gützkower Landstraße 8h befindliches ehemaliges Speichergebäude und baute dieses zu einem Wohngebäude mit insgesamt 53 Eigentumswohnungen für Studenten um. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um ein regionales Energieversorgungsunternehmen, welches das Stromversorgungsnetz für die allgemeine Versorgung in der Stadt Greifswald betreibt.

Im Februar 2006 holte das für die Antragstellerin tätige Unternehmen Robert Scharpf Bau-Consult GmbH von der Antragsgegnerin einen Kostenvoranschlag für die Herstellung des Strom-Hausanschlusses in Niederspannung für vorbezeichnetes Objekt ein. Die Antragsgegnerin kam diesem Ansinnen unter dem 13.02.2006 nach. Neben Hausanschluss- sowie Inbetriebsetzungskosten belief sich der Kostenvoranschlag auch auf eine als Baukostenzuschuss betitelte Position, die von der Antragsgegnerin wie folgt benannt wurde:

„Baukostenzuschuss 159 kW a 70,05 € 11.137,95 €“

Hierbei handelte es sich um den Nettopreis. Zur Begründung nahm die Antragsgegnerin im Einleitungstext des Kostenvoranschlages ausdrücklich Bezug auf die „Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden (AVBEltV)“.

Die Antragstellerin selbst reagierte auf das Angebot erst im Juli 2006. Sie wies mit Schreiben vom 04.07.2006 darauf hin, dass die bloße Nennung eines Betrages je kW Anschlussleistung ihrer Ansicht nach nicht geeignet sei, um die korrekte Berechnung des Baukostenzuschusses nachzuvollziehen und bat insoweit um Überprüfung und Offenlegung der Berechnung. Mit Schreiben vom 21.07.2006 wies die Antragsgegnerin dieses Ansinnen zurück und vertrat die Auffassung, sie sei weder aufgrund der AVBEltV noch aufgrund anderweitigen Rechts dazu verpflichtet, die Zusammensetzung des Baukostenzuschusses offenzulegen. Mit der Nennung der Summe in EUR/kW sowie der Aufschlüsselung des Anschlussangebotes in Baukostenzuschuss, Hausanschluss- sowie Inbetriebsetzungskosten sei die Antragsgegnerin ihrer Offenlegungsverpflichtung in ausreichender Weise nachgekommen.

Weitere mündliche und schriftliche Korrespondenz zwischen den Beteiligten führte zu keinem anderweitigen Ergebnis. Zwecks Einhaltung der terminlichen Vorgaben für die Baufertigstellung übersandte die Antragstellerin unter dem 21.08.2006 an die Antragsgegnerin das nunmehr von ihr unterzeichnete Angebot über die Herstellung des Strom-Hausanschlusses, welches unter der Position „Baukostenzuschuss“ den Einheitspreis von 70,05 €/kW enthielt. Dabei wies die Antragstellerin darauf hin, dass noch am gleichen Tage die geforderte Anzahlung von 60 % des Gesamtpreises auf das Konto der Antragsgegnerin überwiesen werde; die Akzeptanz des Gesamtpreises und die Zahlung stünden jedoch unter dem Vorbehalt einer anschließenden – notfalls auch gerichtlichen – Überprüfung des verlangten Baukostenzuschusses.

Diese Zahlung wies die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 24.08.2006 zurück und kündigte an, einen Anschluss des Grundstücks erst nach vorbehaltloser Zahlung vorzunehmen.

Da die Antragstellerin nicht bereit war, auf eine nachträgliche Überprüfung der Höhe des zu zahlenden Baukostenzuschusses zu verzichten, beantragte sie

am 28.08.2006 beim Landgericht Stralsund den Erlass einer einstweiligen Verfügung, um der Antragsgegnerin zu verbieten, die Errichtung des Hausanschlusses von einem Verzicht der Antragstellerin auf den Vorbehalt der späteren Überprüfung abhängig zu machen. Da das Gericht die Durchführung einer mündlichen Verhandlung für erforderlich erachtete und diesen Termin für den 11.09.2006 vorsah, willigte die Antragstellerin schließlich in die vorbehaltslose Zahlung ein, um den angepeilten Fertigstellungstermin für das Bauobjekt im Hinblick auf die bestehenden Übergabeverpflichtungen für die Wohnungen zum Beginn des Wintersemesters 2006/2007 halten zu können. Den Eilantrag beim Landgericht Stralsund nahm die Antragstellerin schließlich zurück.

Mit Schriftsatz vom 11.04.2007, bei der Bundesnetzagentur eingegangen am 19.04.2007, hat die Antragstellerin einen Antrag auf Einleitung eines Besonderen Missbrauchsverfahrens gestellt.

Im Verfahren hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 10.05.2007 die Berechnungsgrundlagen für den der Antragstellerin berechneten Baukostenzuschuss offen gelegt. Die konkrete der Höhe und Berechtigung der von der Antragsgegnerin geltend gemachten Baukostenzuschuss-Forderung ist seitdem zwischen den Beteiligten nicht mehr streitig.

2. Die Antragstellerin vertritt weiterhin die Auffassung, einen Anspruch gegen die Antragsgegnerin auf Offenlegung der Kalkulation des Baukostenzuschusses auf erste Anforderung gehabt zu haben. Dies ergebe sich bereits aus der Monopolstellung der Antragsgegnerin für den Betrieb des Stromversorgungsnetzes im Versorgungsgebiet. Da die AVBEItV einen Maßstab dafür vorgebe, wann ein Baukostenzuschuss noch als angemessen anzusehen sei, müsse ein Anschlussnehmer auch in die Lage versetzt werden, zu beurteilen, ob der Netzbetreiber diese Berechnungsgrundlagen korrekt angewendet habe.

Überdies sei die Forderung nach einem Vorbehaltsverzicht durch die Antragstellerin unzulässigerweise als Druckmittel verwendet worden. Auch dies stelle im Hinblick auf die monopolartige Stellung der Antragsgegnerin einen Missbrauch ihrer Position dar.

Die Antragstellerin beantragt,

das Verhalten der Antragsgegnerin im Zusammenhang mit der Herstellung des Strom-Hausanschlusses für das von der Antragstellerin sanierte Speichergebäude in Greifswald – Industrieviertel, Gützkower Landstraße 8 h zu überprüfen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin vollumfänglich zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, ein Anspruch auf Detaillierung der Berechnung eines Baukostenzuschusses bestehe weder aufgrund des EnWG, noch ergebe sich dieser aus der AVBEItV.

Eine Pflicht zur Offenlegung lasse sich auch nicht aus dem Erfordernis der Transparenz in § 17 Abs. 1 EnWG ableiten. Dieses erfordere nur, dass alle Verfahren und Bedingungen des Netzzugangs vollständig zu veröffentlichen seien, damit der Anschlusspetent sie nachvollziehen könne und damit verhindert werde, dass der Netzbetreiber im Einzelfall weitere Anschlussbedingungen nachschiebe. Da vorliegend zwischen den Beteiligten unstreitig sei, dass im Grundsatz ein Baukostenzuschuss als Bedingung für den Netzanschluss zu zahlen sei, stelle dieser somit keine verdeckte Bedingung dar. Dessen Offenlegung könne deshalb nicht auf Basis des § 17 EnWG verlangt werden.

Auch aus der damals gültigen AVBEItV ergebe sich keine Verpflichtung zur Offenlegung. Dies zeige sich bereits an § 9 Abs. 5 AVBEItV, wonach lediglich eine Aufgliederung in Hausanschlusskosten und Baukostenzuschuss zu erfolgen habe. Darüber hinaus sehe § 30 Nr. 1 AVBEItV vor, dass eine Zahlungsverweigerung nur bei offensichtlichen Fehlern zulässig sei. Daraus sei erkennbar, dass die Anforderungen an Rechnungen nicht übertrieben werden dürften. Da nur offensichtliche Fehler zur Zahlungsverweigerung berechtigten, könne eine fehlende Offenlegung keinen Zahlungsverweigerungsgrund darstellen.

Überdies sei die Dringlichkeit der Anschlusserrichtung allein der Antragstellerin anzulasten, die u.a. mehrere Monate nicht auf das verbindliche Angebot der Antragsgegnerin zur Errichtung eines Stromanschlusses reagiert habe.

3. Mit Schreiben vom 23.04.2007 hat die Beschlusskammer gemäß § 55 Abs. 1 Satz 2 der Landesregulierungsbehörde Mecklenburg-Vorpommern Mitteilung über die Eröffnung des Verfahrens gemacht. Eine Stellungnahme der Landesregulierungsbehörde erfolgte nicht. Unter dem 22.11.2007 wurde dem Bundeskartellamt und der Landeskartellbehörde gem. § 58 Abs. 1 Satz 2 EnWG ebenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Eine solche erfolgte nicht.

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die Verfahrensakte Bezug genommen.

II.

1. Die Bundesnetzagentur ist zuständige Behörde. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um ein Energieversorgungsunternehmen mit weniger als 100.000 unmittelbar oder mittelbar angeschlossenen Kunden, weshalb für den hier einschlägigen Anspruch aus §§ 17, 18 EnWG an sich die Zuständigkeit einer Landesregulierungsbehörde gemäß § 54 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 EnWG gegeben wäre. Durch „Verwaltungsabkommen über die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben nach dem Energiewirtschaftsgesetz zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Mecklenburg-Vorpommern“ (Bekanntmachung: Amtsblatt für Mecklenburg-Vorpommern vom 23.01.2006, S. 52) hat das Land Mecklenburg-Vorpommern die Wahrnehmung der Aufgaben der Landesregulierungsbehörde im Wege der Organleihe auf die Bundesnetzagentur übertragen. Die Bundesnetzagentur entscheidet gemäß § 59 Abs. 1 Satz 1 EnWG durch die Beschlusskammer.

2. Der auf Durchführung eines Besonderen Missbrauchsverfahrens gerichtete Antrag ist unzulässig. Der Vortrag der Antragstellerin reicht nicht aus, um die Möglichkeit einer gegenwärtigen erheblichen Interessensberührung auf Seiten der Antragstellerin anzunehmen.

Nach § 31 Abs. 2 Satz 2 EnWG weist die Regulierungsbehörde einen auf Durchführung eines besonderen Missbrauchsverfahrens gerichteten Antrag dann als unzulässig ab, wenn der Antrag die Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 Satz 1 EnWG nicht erfüllt.

Zu den im Rahmen eines solchen Antrags vorzutragenden Tatsachen zählen nach § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EnWG unter anderem die im Einzelnen anzuführenden Gründe, „weshalb der Antragsteller durch das Verhalten des Netzbetreibers betroffen ist“. Wenngleich der Gesetzgeber hier lediglich von „betroffen“ spricht, so muss aufgrund der Systematik des § 31 EnWG angenommen werden, dass der Begriff der Betroffenheit mit demjenigen der Interessensberührung in § 31 Abs. 1 Satz 1 EnWG übereinstimmt¹. Für die Annahme der Zulässigkeit eines Antrages nach § 31 EnWG kann – in Analogie zur verwaltungsprozessualen Abgrenzung zwischen Zulässigkeit und Begründetheit – verlangt werden, dass die vorzutragenden Tatsachen zumindest die Möglichkeit einer Interessensberührung begründen². Aus der im Präsens vorgenommenen Formulierung des § 31 Abs. 1 EnWG (Satz 1: „Personen ..., deren Interessen ... berührt werden...“, Satz 2: „Diese hat zu prüfen, inwieweit ... übereinstimmt“) ist außerdem das zusätzliche Erfordernis der Gegenwärtigkeit der Interessensberührung zu entnehmen.

Diese Voraussetzungen erfüllt der Vortrag der Antragstellerin nicht.

Ursprünglich hat die Antragsgegnerin die Offenlegung der Baukostenzuschuss-Berechnung gegenüber der Antragstellerin verweigert. Insoweit wollte die Antragstellerin ursprünglich die Offenlegung der Berechnung erreichen. Diesem Begehren ist die Antragsgegnerin unter dem 10.05.2007 nachgekommen. Mit der Aufrechterhaltung ihres Antrages bringt die Antragstellerin zum Ausdruck, dass sie nachträglich überprüft wissen will, inwieweit die ursprüngliche Verweigerung der Offenlegung rechtmäßig gewesen ist.

Des Weiteren hat die Antragsgegnerin die Annahme des unter Vorbehalt gezahlten Baukostenzuschusses verweigert und auf einer vorbehaltlosen Zahlung bestanden, dem die Antragstellerin sodann auch nachgekommen ist, um die rechtzeitige Anschlusserrstellung für das Objekt nicht zu gefährden. Inso-

¹ Salje, Energiewirtschaftsgesetz, § 31 Rn. 10.

² Salje, Energiewirtschaftsgesetz, § 31 Rn. 4.

weit legt die Beschlusskammer das Antragsbegehren dahingehend aus, dass die Antragstellerin überprüft wissen wollte, ob die Antragsgegnerin eine solche vorbehaltlose Zahlung verlangen kann. Zwischenzeitlich haben die Parteien nach Offenlegung der Baukostenzuschuss-Berechnung die Höhe sowie die grundsätzliche Berechtigung der Antragsgegnerin, den Baukostenzuschuss im konkreten Fall zu verlangen, unstrittig gestellt. Damit hat sich auch die Frage nach einer etwaigen Vorbehaltserklärung der Antragstellerin erledigt. Die Aufrechterhaltung des Antrages ist daher dahingehend auszulegen, dass die Antragstellerin nunmehr nachträglich festgestellt wissen will, dass die Antragsgegnerin eine Zahlung unter Vorbehalt hätte akzeptieren müssen.

Da sowohl die Frage der Offenlegung zur Nachvollziehbarkeit der konkreten Höhe des Baukostenzuschusses als auch die Berechtigung der Antragsgegnerin zur Einforderung eines Baukostenzuschusses in dieser Höhe im konkreten Fall nicht mehr streitig sind und zudem auch die Frage der Berechtigung zur Zahlung unter Vorbehalt als erledigt anzusehen ist, kann von der Möglichkeit einer gegenwärtigen erheblichen Interessensberührung der Antragstellerin nicht mehr gesprochen werden.

Aus dem Charakter des § 31 EnWG, mit dem einem Antragsteller die Möglichkeit eingeräumt wird, in einem zwingend fristgebunden durchzuführenden Streitbeilegungsverfahren einen Dissens zu klären, wird deutlich, dass enge Voraussetzungen an die Statthaftigkeit dieses Verfahrens anzulegen sind. Die nachträgliche Feststellung eines rechtswidrigen Verhaltens ist – im Gegensatz zu § 65 EnWG - in § 31 EnWG nicht vorgesehen³.

Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass die Regulierungsbehörde im Rahmen eines Verfahrens nach § 31 EnWG in erheblichem Umfang zur fristgebundenen Klärung bereits erledigter oder noch nicht akuter Streitigkeiten – also abstrakter Feststellungen - herangezogen werden könnte und dadurch aus Kapazitätsgründen ihrem in § 31 EnWG niedergelegten Auftrag zur Durchführung von Streitbeilegungsverfahren in akuten Fällen nicht nachkommen könnte. Insbesondere in bereits erledigten Fällen haben Betroffene stets die zusätzliche Möglichkeit, eine behauptete Rechtsverletzung nachträglich auf dem Zivilrechtsweg einer Klärung zuzuführen. Zugleich hat aber die Regulierungsbe-

³ so auch BK7-06-008, Beschluss vom 05.05.2006, S. 5.

hörde in besonderen Fällen trotz zwischenzeitlicher Beendigung der Rechtsverletzung oder des Fehlens einer gegenwärtigen erheblichen Interessenseinträchtigung von Amts wegen die Möglichkeit, eine Rechtswidrigkeit auch ex post festzustellen, §§ 55 Abs. 1 Satz 1, 65 Abs. 3 EnWG.

3. Das Verhalten der Antragsgegnerin stellt sich im Rahmen einer amtswegigen Feststellung nach § 65 Abs. 3 EnWG als Verstoß gegen §§ 17 Abs. 1, 18 EnWG dar.

Gemäß § 65 Abs. 3 EnWG hat die Regulierungsbehörde die Möglichkeit, von Amts wegen unter Ausübung pflichtgemäßen Ermessens eine Zuwiderhandlung gegen Vorschriften des EnWG auch dann festzustellen, wenn bereits eine Beendigung dieses Verhaltens eingetreten ist, sofern diesbezüglich ein berechtigtes Interesse besteht.

a) Das Verhalten der Antragsgegnerin in Bezug auf die Nichtoffenlegung der BKZ-Kalkulation stellte eine Zuwiderhandlung gegen die Vorgaben der §§ 17, 18 EnWG dar. Durch die bloße Nennung eines Einheitspreises in EUR/kW als Grundlage für die Berechnung des zu zahlenden Baukostenzuschusses und die Weigerung, die diesem Betrag zugrunde liegende Berechnung auf erstes Anfordern offen zu legen, ist die Antragsgegnerin der ihr obliegenden Verpflichtung zum Nachweis der Angemessenheit der Höhe des Baukostenzuschusses nicht in ausreichendem Maße nachgekommen.

Vorliegend stand ein Anschluss an das Niederspannungsnetz der Antragsgegnerin in Rede. Einschlägige Anspruchsgrundlage für die Erstellung eines solchen Anschlusses war somit § 18 EnWG. Wie sich sowohl aus dem Wortlaut des § 18 Abs. 1 Satz 1 EnWG („Abweichend von § 17 haben Betreiber ...“) als auch aus der Systematik der §§ 17, 18 EnWG ergibt, stellen die Vorgaben des § 18 EnWG Spezialregelungen für die Versorgung der Allgemeinheit mit Niederspannungs- bzw. Niederdruckanschlüssen dar. § 18 EnWG macht hierbei die Vorgabe, dass die Bereitstellung von Netzanschlüssen im Geltungsbereich dieses speziellen Anspruchs zu allgemeinen Bedingungen zu erfolgen hat. Nähere inhaltliche Vorgaben, an denen die vom Netzbetreiber gestellten allgemeinen Anschlussbedingungen zu messen sind, macht § 18 EnWG nicht. Diesbezüglich ist auf die Kriterien des § 17 Abs. 1 EnWG abzustellen. Auch die im Rahmen des Anspruchs nach § 18 EnWG anzuwendenden allgemeinen

Bedingungen haben daher in Bezug auf technische und wirtschaftliche Bedingungen insbesondere den Erfordernissen der Angemessenheit, Diskriminierungsfreiheit und Transparenz gerecht zu werden.

Das Erfordernis der angemessenen wirtschaftlichen Bedingungen bezieht sich auch auf Baukostenzuschüsse. Hierbei handelt es sich um eine vom Anschlussnehmer zu erbringende Leistung wirtschaftlicher Art, die ihre Legitimation primär aus der Sicherstellung einer bedarfsgerechten Leistungsanspruchnahme herleiten kann.

Diese wirtschaftliche Bedingung muss angemessen sein. Angemessenheit kann dabei verstanden werden als Gewährleistung einer Verhältnismäßigkeit gegenüber dem Anschlussnehmer⁴. Soweit untergesetzliche Normen Leitlinien für das Aufstellen solcher Anschlussbedingungen enthalten, hat eine Angemessenheitsprüfung diese in besonderer Weise in die Abwägung einzubeziehen. Für den Bereich der Stromversorgung in Niederspannung machte der im vorliegenden Fall noch anwendbare § 9 AVBEItV konkrete Vorgaben hinsichtlich derjenigen Kosten, auf deren Grundlage ein Baukostenzuschuss errechnet werden durfte. Vergleichbare Vorschriften enthält auch der heute für Baukostenzuschüsse im Niederspannungsnetz geltende § 11 NAV.

Die Frage der Angemessenheit eines geforderten Baukostenzuschusses kann vom Anschlussnehmer aber nur dann sachgerecht beurteilt werden, wenn dieser zumindest in schematischer Art und Weise in die Lage versetzt wird, eine eigene Bewertung hierüber anzustellen. Im Falle der durch § 9 AVBEItV bzw. § 11 NAV vorgegebenen Berechnung des Baukostenzuschusses auf Basis der in einem Versorgungsbereich für die Erstellung bzw. Verstärkung des Netzes entstandenen Kosten reicht die bloße Nennung eines Betrages in der Einheit EUR/kW Anschlussleistung nicht aus. Der Anschlussnehmer kann anhand dieses einzelnen Wertes in Verbindung mit der von ihm benötigten Anschlussleistung zwar errechnen, welche Baukostenzuschuss-Summe im konkreten Fall von ihm gefordert wird. Die Beurteilung, ob diese Summe unter Beachtung der vorgeschriebenen Berechnungsmethodik, unter Einbeziehung der nach AVBEItV bzw. NAV zulässigen Kostenbestandteile des Versorgungsbereichs und unter Beschränkung auf den insgesamt in einem Versorgungsbereich umlegbaren Kostenanteil zustande gekommen ist, wird dadurch aber nicht möglich. Es muss daher einem Netzbetreiber abverlangt werden können und ist diesem

⁴ Salje, Energiewirtschaftsgesetz, § 17 Rn. 15.

auch zumutbar, gegenüber einem Anschlussnehmer zumindest auf dessen ausdrückliche Anfrage hin die Berechnungsgrundlagen für den ermittelten Baukostenzuschuss aufzuschlüsseln, sofern die Ermittlung des Baukostenzuschusses kostenbasiert erfolgt.

Die Verpflichtung des Netzbetreibers zur Offenlegung der Berechnungsgrundlage trägt dabei auch dem allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz Rechnung, dass derjenige, der eine Leistung fordert, die den Anspruch begründenden Tatsachen darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen hat.

Ausdrücklich in Bezug auf die Offenlegung der Berechnungsgrundlagen von Baukostenzuschüssen hat etwa das OLG Köln bereits im Jahr 1978 zur damaligen - inhaltlich insoweit durchaus vergleichbaren - Vorgängervorschrift Ziffer III 5 AVB entschieden, dass trotz des Grundsatzes, der anlässlich einer Baukostenzuschussabrechnung zu betreibende Verwaltungsaufwand sei zu minimieren, vom Energieversorger durchaus eine Aufgliederung nach Bauabschnitten, Material-, Lohn- sowie Fremdkosten verlangt werden könne⁵.

Eine Aufschlüsselung könnte, falls der Netzbetreiber einen kostenbasierten Baukostenzuschuss erhebt, zukünftig dergestalt erfolgen, dass ausgehend von der Orientierung am Versorgungsgebiet eine Darstellung desselben als Netzschemaplan, ferner eine Auflistung der Materialkosten, Eigenleistungen, Fremdleistungen sowie ggf. eines Gemeinkostenaufschlages und schließlich die Nennung der Gesamtinvestitionssumme erfolgt. Hierauf basierend sollte benannt werden, welcher Anteil dieser Kosten unter Berücksichtigung der 50 %-Regelung des § 11 Abs. 1 Satz 2 NAV durch Baukostenzuschüsse insgesamt erlöst wird und wie sich die einzelnen Beiträge der Anschlussnehmer in Abhängigkeit von der Anschlussleistung bemessen.

Eine solche Darlegung ist dem Netzbetreiber auf wenigen Seiten möglich, basiert auf Daten und Auswertungen, die ihm ohnehin bereits vorliegen müssen und ist in der Regel für alle Anschlussnehmer im betreffenden Versorgungsgebiet identisch. Zudem hat eine solche Offenlegung nur auf Verlangen des jeweiligen Anschlussnehmers zu erfolgen, sodass der entstehende Aufwand für den Netzbetreiber durchaus zumutbar ist.

⁵ OLG Köln, Ur. v. 21.03.1978, 14 U 170/77, RdE 1978, 85.

Dem stehen auch nicht die von der Antragsgegnerin zitierten Regelungen des § 9 Abs. 5 bzw. § 30 Nr. 1 AVBEltV entgegen. Denn erstgenannte Vorschrift schrieb lediglich vor, dass Baukostenzuschüsse und Hausanschlusskosten getrennt auszuweisen waren, besagt aber nichts über den Nachweis der Angemessenheit des Baukostenzuschusses. Die Regelung des § 30 Nr. 1 AVBEltV oder des heutigen § 23 Abs. 1 Satz 2 NAV schließlich sind stets vor dem Hintergrund des § 17 EnWG auszulegen und greifen überhaupt nur dann ein, wenn die Angemessenheit einer wirtschaftlichen Bedingung gegenüber dem Anschlussnehmer dargelegt ist. Dies war vorliegend gerade nicht der Fall.

b) In der Ankündigung, die Errichtung des Netzanschlusses erfolge nur dann, wenn die Antragstellerin ihren mit Zahlung des anteiligen Baukostenzuschusses erklärten Vorbehalt zurückziehe, lag ebenfalls ein Verstoß gegen die Angemessenheit der Netzanschlussbedingung gem. § 17 Abs. 1, 18 EnWG.

Im Bereich wirtschaftlicher Netzanschlussbedingungen ist für die Beurteilung der Angemessenheit nicht nur die Höhe eines vom Petenten zu zahlenden Entgelts maßgebend, sondern auch andere Rahmenumstände wie etwa die Zahlungskonditionen können hierbei von Bedeutung sein.

Eine Frage der Angemessenheit ist es insbesondere auch, ob der Netzbetreiber seine Verhandlungsmacht, die sich beispielsweise daraus ergibt, dass er aufgrund des bestehenden natürlichen und tatsächlichen Monopols als einzig in Frage kommender Marktpartner in der Lage ist, dem Petenten den gewünschten Netzanschluss zu verschaffen, im Zusammenhang mit einer Netzanschlussbedingung missbräuchlich ausnutzt. Dies war vorliegend zu bejahen.

Aufgrund der bestehenden Fertigstellungsplanung war die Antragstellerin zeitlich in Bedrängnis und hatte deshalb nicht mehr die Möglichkeit, die zwischen den Beteiligten streitige Frage der Verpflichtung zur Offenlegung der Baukostenzuschusskalkulation etwa vorab im Rahmen eines regulierungsbehördlichen Missbrauchsverfahrens klären zu lassen, bevor sie den Netzanschluss in Auftrag gab und die dann fällige Anzahlung vornahm. Sie leistete diese daher unter dem Vorbehalt der späteren Klärung dieser Rechtsfrage.

Mit der Bedingung, eine Herstellung des Netzanschlusses erfolge erst dann, wenn die Antragstellerin diesen Vorbehalt zurücknehme, hat die Antragsgegnerin demgegenüber ihre Position als Netzbetreiberin missbräuchlich ausgenutzt, um eine solche Zahlung unter Vorbehalt zu verhindern. Denn die Antragstellerin war faktisch gezwungen, den begehrten Netzanschluss durch die Antragsgegnerin herstellen zu lassen, da diese die Betreiberin des Netzes der allgemeinen Versorgung ist und keine alternativen Anbieter zur Verfügung standen, bei denen sich die Antragstellerin den Netzanschluss ansonsten hätte verschaffen können. Weiterhin stellt sich das Verhalten der Antragsgegnerin deshalb als missbräuchlich dar, weil es ihr möglich und zumutbar gewesen wäre, die unter Vorbehalt geleistete Zahlung anzunehmen, den Anschluss wie beantragt herzustellen und sich sodann der Klärung der streitigen Rechtsfrage auszusetzen. Die Motivationslage der Antragsgegnerin, eine Zahlung ohne Vorbehalt zu erlangen, war insofern nicht schützenswert. Da wie ausgeführt die Angemessenheit des Baukostenzuschusses in Bezug auf die Berechnungsgrundlage und die Höhe vorliegend nicht nachgewiesen war, wäre die Antragsgegnerin nach Maßgabe des § 17 Abs. 1 EnWG ohnehin nicht berechtigt gewesen, den Baukostenzuschuss in der begehrten Weise zu fordern. Bezüglich ihrer Forderung hatte sie sich daher ohnehin einer rechtlichen Beurteilung zu unterwerfen, was sie durch das Verlangen nach einer Zahlung ohne Vorbehalt unberechtigterweise zu umgehen suchte.

Die nachträgliche rechtliche Überprüfung hätte für die Antragsgegnerin zudem auch keine unzumutbare Härte mit sich gebracht. Denn bei einer Zahlung unter Vorbehalt darf der Empfänger den gezahlten Betrag zunächst vollständig vereinnahmen und muss erst nach späterer Überprüfung der Rechtsgrundlage diesen teilweise oder vollständig wieder zurückzahlen. Ein Liquiditätsrisiko hätte damit nicht die Antragsgegnerin, sondern im Ergebnis die Antragstellerin getragen. Insofern greift auch das von der Antragsgegnerin geäußerte Argument nicht durch, es sei allein aufgrund des zögerlichen Verhaltens der Antragstellerin dazu gekommen, dass der Anschluss so kurz vor Fertigstellung habe errichtet werden müssen und es deshalb nicht mehr zur einer vorherigen Klärung der Rechtsfrage habe kommen können. Da eine Zahlung unter Vorbehalt zumutbar hätte akzeptiert werden können, ist der vorhandene Zeitdruck der Antragstellerin nicht vorzuwerfen. Zudem hat sie auch auf zivilprozessualen Wege durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung noch versucht, die fristgerechte Herstellung des benötigten Anschlusses noch zu erreichen, was aber

aufgrund der vom Gericht angeordneten Terminierung nicht mehr rechtzeitig zum Erfolg hätte führen können.

Die Antragstellerin hingegen ist durch eine Zahlung ohne Vorbehalt im Hinblick auf ihre spätere zivilrechtliche Beweissituation deutlich benachteiligt worden. Denn vielfach wird in der vorbehaltlosen Zahlung des Baukostenzuschusses auf eine entsprechende Forderung des Netzbetreibers – insbesondere nach vorhergehender Diskussion über die Berechtigung der Forderung - ein deklaratorischer Schuldanerkenntnisvertrag gesehen⁶, der die spätere Beweissituation der Antragstellerin im Hinblick auf gegen die Forderung gerichtete Einwendungen deutlich erschwert.

c) Die von der Antragsgegnerin begangenen Zuwiderhandlungen gegen § 17 Abs. 1 EnWG sind wie bereits ausgeführt insoweit beendet, als sie im Zusammenhang mit der Gewährung eines Netzanschlusses standen, dieser mittlerweile durch die Antragsgegnerin errichtet worden ist und sich die Beteiligten in der Sache über die Höhe des Baukostenzuschusses verständigt haben. Auf einen Vorbehalt im obigen Sinne kommt es daher nicht mehr an.

d) An der nachträglichen Feststellung dieser Zuwiderhandlung besteht nach Überzeugung der Beschlusskammer ein berechtigtes Interesse.

In Ausübung der Befugnisse des § 65 EnWG hat die Regulierungsbehörde ein Aufgreifermessen auszuüben. Nach dem Wortlaut des § 65 Abs. 3. kann sie tätig werden, wenn ein berechtigtes Interesse an nachträglicher Feststellung der Zuwiderhandlung besteht. Ein solches ist insbesondere dann anzunehmen, wenn entweder eine Wiederholung des zu beanstandenden Verhaltens durch das betroffene Unternehmen selbst oder Dritte droht oder aber die zu klärende Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat. Darüber hinaus besteht ein berechtigtes Interesse auch dann, wenn die Rechtslage unsicher und damit ungeklärt ist, ob sich Netzbetreiber auf diese Weise verhalten dürfen⁷.

Vorliegend erscheint es angebracht, die begangenen Zuwiderhandlungen insbesondere deshalb noch nachträglich festzustellen, da die Antragsgegnerin weiterhin uneingeschränkt den Standpunkt vertritt, zur Offenlegung einer Bau-

⁶ vgl. Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen, § 9 Rn. 136.

⁷ Salje, Energiewirtschaftsgesetz, § 65 Rn. 25.

kostenzuschuss-Berechnung nicht verpflichtet zu sein und ferner berechtigt zu sein, die Gewährung des Netzanschlusses von der vorbehaltlosen Zahlung dieses Betrages abhängig machen zu können. Insbesondere aber in Bezug auf den zuletzt genannten Punkt ist nach Überzeugung der Beschlusskammer die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit in besonderer Weise angezeigt, da in der kompletten Verweigerung der Herstellung eines Netzanschlusses allein aufgrund einer unter Vorbehalt geleisteten Zahlung ein besonders grober Missbrauch des auf Seiten des Netzbetreibers bestehenden Monopols zu sehen ist.

Eine Feststellung der Zuwiderhandlung und die damit verbundene Klärung der Rechtslage ist darüber hinaus angebracht, um zu verhindern, dass künftig vielfach Missbrauchsanträge allein zur Klärung von Verfahrenspflichten des Netzbetreibers gestellt werden, bei denen sich nach Erfüllung dieser Pflichten herausstellt, dass in der Sache selbst kein Dissens mehr besteht.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann binnen einer Frist von einem Monats ab 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 beim 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 die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

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

Achim Zerres
Vorsitzender

Dr. Kathrin Thomaschki
Beisitzerin

Andreas Faxel
Beisitzer