
Datum: 06.12.2017
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VI-3 Kart 123/16 (V)
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2017:1206.VI3KART123.16V.00

Leitsätze:

§§ 17e Abs. 1 und 2, 31 EnWG

1. Die bei Verzögerung der Anbindung von Offshore Anlagen gem. § 17e Abs. 2 EnWG auf Grundlage der durchschnittlichen Einspeisung einer vergleichbaren Anlage gem. § 17e Abs. 1 S. 2 EnWG zu berechnende Entschädigungshöhe hat möglichst exakt und realitätsnah darzustellen, welche Ein-speisevergütung der Anlagenbetreiber im Verzögerungszeitraum erzielt hätte, wäre die Anbindung wie zugesagt erfolgt.

2. Ist eine der Einspeisung von Strom dienende Windenergieanlage nicht vorhanden, oder aber vorhanden, liefert aber keine realitätsnahen Mess- und Einspeisewerte, und stehen in diesem Fall andere Messdaten zur Verfügung, die die Realität besser abbilden als die Messdaten der eigenen oder einer nahegelegenen Windenergieanlage, so ist für die Berechnung der Entschädigung auf diese Werte abzustellen. Dies können auch die Daten eines nahegelegenen FINO-Messmastes sein, wenn die an diesem Mast gemessenen Winddaten eine bessere Vergleichbarkeit gewährleisten als die Daten einer nahegelegenen oder der eigenen Windenergieanlage.

3. Eine Verpflichtung des Betreibers, Gondeln mit Anemometern an seinen Windenergieanlagen anzubringen, um für eine möglichst ordnungsgemäße Datenerfassung zu sorgen, besteht nicht, da § 17e Abs. 2 S. 4 EnWG einen Entschädigungsanspruch auch dann gewährt, wenn das Fundament der Anlage und die

Umspannanlage errichtet, die Gondel zur Schadensminderung jedoch noch nicht angebracht sind.

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

1.
Auf die Beschwerde wird der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 14.07.2016 (BK4-15-165) aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, den Missbrauchsantrag der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.
 2.
Die Bundesnetzagentur trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die notwendigen Auslagen der Beschwerdeführerin zu $\frac{3}{4}$, die Beschwerdeführerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur zu $\frac{1}{4}$. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.
 3.
Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf ... Euro festgesetzt.
 4.
Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.
-

Gründe:

A.

Die Beschwerdeführerin ist ein Gemeinschaftsunternehmen der A und der B. Sie betreibt den ca. 70 km westlich der Insel Sylt in der deutschen Nordsee an der Grenze zu Dänemark gelegenen Offshore-Windpark C, der sich über eine Fläche von 70 km² bei einer maximalen Ausdehnung von 19 km x ca. 5 km erstreckt. 1

In einer Entfernung von ca. 150 m zum Windpark C befindet sich ein sogenannter FINO-3-Messmast. Die FINO-Messmasten - in der Nordsee stehen die Masten FINO 1 und 3 und in der Ostsee der Mast FINO 2 - werden vom Kompetenzzentrum Offshore Windenergienutzung - Nordsee Entwicklungsplattform für Technologie und Naturschutz - errichtet und betrieben und vom Wirtschaftsministerium des Landes Schleswig-Holstein, der Europäischen Union sowie dem Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit gefördert. Die Messplattform des FINO-3-Messmastes steht im nördlichen Bereich der deutschen 2

ausschließlichen Wirtschaftszone der Nordsee, ca. 80 km westlich der Insel Sylt. Auf ihr werden zu Forschungszwecken unterschiedliche Messungen vorgenommen, insbesondere auch Messungen der Windstärke und Turbulenzen in Abhängigkeit von der Höhe.

Die Beteiligte ist der Übertragungsnetzbetreiber, der das für den Anschluss des Windparks erforderliche Offshore-Anbindungssystem „SylWin 1“ sowie die zugehörige Konverterplattform „SylWin alpha“ errichtete. Die Beteiligte sicherte der Beschwerdeführerin für ihren Windpark einen Netzanschluss zum 14.01.2014 unbedingt zu. Bereits mit Schreiben vom 18.03.2013 teilte die Beteiligte der Beschwerdeführerin jedoch mit, dass sich die Realisierung der Netzanbindung SylWin1 bis zu zwölf Monate verzögern werde, da aufgrund des vorgefundenen Baugrundes längere Piles als ursprünglich geplant notwendig seien. 3

Mit dem am 20.12.2012 in Kraft getretenen Dritten Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften wurde unter anderem § 17 e Abs. 1 S. 2 EnWG eingeführt. Nach dieser Vorschrift hat der anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber, wenn die Netzanbindung nicht zu dem verbindlichen Fertigstellungstermin nach § 17 d Abs. 2 S. 5 EnWG fertiggestellt ist, frühestens ab dem elften Tag nach diesem Datum eine Entschädigung für jeden Tag der Verspätung zu leisten, die der durchschnittlichen Einspeisung einer vergleichbaren Anlage in dem entsprechenden Zeitraum entspricht. Die den Netzbetreibern entstehenden Kosten können nach Maßgabe des § 17f EnWG gewälzt werden. 4

Konkret streiten die Parteien darüber, wie die Beteiligte als anbindungsverpflichteter Übertragungsnetzbetreiber das Tatbestandsmerkmal der „durchschnittlichen Einspeisung einer vergleichbaren Anlage“ in § 17 e Abs. 1 S. 2 EnWG auszulegen und anzuwenden hat. Da der Gesetzgeber nicht näher spezifiziert, wie diese Entschädigungszahlungen zu berechnen sind, entwickelte die Bundesnetzagentur auf Grundlage eines Konzeptpapiers nach Anhörung der Beteiligten einen Leitfaden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen (nachfolgend „Leitfaden“). Auch die Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin nahm hierzu am 30.04.2013 Stellung. Den Entwurf eines Leitfadens veröffentlichte die Bundesnetzagentur im Juli 2013, den endgültigen Leitfaden am 08.10.2013. Dieser sieht unter Ziffer 3.2.1 unter anderem folgende Regelung vor: *„Sollten bei einer Verzögerung der Netzanbindung bereits Offshore-Anlagen installiert sein, hat die Messung der Windgeschwindigkeit mittels eines geeigneten Messgeräts an der Gondel jeder einzelnen Offshore-Anlage zu erfolgen. Ist ein Teil der Offshore-Anlagen installiert, ist für die noch nicht installierten Offshore-Anlagen der Durchschnitt der bereits installierten Anlagen anzusetzen. Ist noch keine Offshore-Anlage zu Beginn der Verzögerung der Netzanbindung errichtet, können Winddaten eines FINO-Messmastes herangezogen werden.“* 5

Die Beschwerdeführerin machte mit Schreiben vom 13.01.2014 gegenüber der Beteiligten ab dem elften Tag nach dem verbindlichen Fertigstellungstermin, mithin ab dem 25.01.2014, die Zahlung einer Entschädigung gemäß § 17 e Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 EnWG wegen verzögerter Netzanbindung geltend und erklärte, dass die Ermittlung der Entschädigungshöhe im Übrigen nach den Vorgaben des Leitfadens erfolgen werde. Die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen für eine Entschädigung gemäß § 17 e Abs. 2 EnWG bestätigte die D Wirtschaftsprüfungsgesellschaft auf Anforderung der Beteiligten mit Schreiben vom 18.02.2015. 6

Ab dem Monat April 2014 begann die Beschwerdeführerin damit, auf den bereits zuvor errichteten Fundamenten und Masten die Gondeln mit den dazugehörigen Antriebsstrangen zu montieren. Mit Errichtung der Gondeln wurden ab Juni 2014 Windmessdaten von 7

Windmessgeräten – Anemometer - vom Generalunternehmer Siemens aufgezeichnet. Am 28.08.2014 waren alle 80 Windenergieanlagen fertiggestellt. Bis zum Beginn des Probebetriebes am 02.12.2014 liefen die Windenergieanlagen im „Trudelbetrieb“. In diesem Betriebszustand, der vom Anlagenhersteller bei einem Netzausfall oder Defekt der Anlage vorgesehen ist, wird die Gondel in eine bestimmte Stellung gedreht und der Rotor nur in leichter Bewegung gehalten, um die Lager zu entlasten und vor Schäden zu schützen, solange die Anlage nicht am Netz ist. Anders als eine einspeisende Anlage wird eine Anlage im Trudelbetrieb nicht dem Wind nachgeführt. Daher weisen die Gondelanemometerwerte einer einspeisenden Windenergieanlage andere Werte aus als die einer trudelnden Anlage, es sei denn, die trudelnde Anlage steht rein zufällig in der richtigen Position zum Wind.

Eine physikalische Einspeisungsmöglichkeit bestand für die Beschwerdeführerin ab dem 26.11.2014. Die erstmalige tatsächliche Einspeisung erfolgte ab dem 02.12.2014, wobei zunächst eine Probebetriebsphase lief. Seit dem 26.03.2015 speist die Beschwerdeführerin nach Beendigung des Probebetriebes regulär Strom in das Netz der Beteiligten ein. Da der Verzögerungszeitraum nach Auffassung der Bundesnetzagentur (vgl. Leitfaden, Ziffer 2.3.2, S. 6) erst nach Beendigung des Probebetriebs endete, hatte die Beteiligte bis zum 26.03.2015, mithin für 425 Tage, Entschädigungszahlungen an die Beschwerdeführerin zu leisten.

Zur Berechnung des entgangenen Stromertrags stellte die Beschwerdeführerin seit Januar 2014 zunächst auf die FINO-3-Messdaten abgestellt. Nach der mechanischen Errichtung der Windenergieanlage samt Gondeln und Rotorblättern legte die Beschwerdeführerin dann erstmalig für die Monate Juni und Juli 2014 die Messdaten von den auf den Windenergieanlagen angebrachten Gondelanemometern zugrunde. Ein danach durchgeführter Vergleich der Messdaten der Gondelanemometer mit den FINO-3-Messdaten ergab, dass die Gondelanemometerdaten bis zu 20-30 %, im Monat September sogar bis zu 40 % zu Ungunsten der Beschwerdeführerin von den FINO-3-Messdaten abwichen. Die Beschwerdeführerin ermittelte sodann, dass die Gondelanemometer im Trudelbetrieb nicht der aktuellen Windrichtung nachgeführt werden und daher nicht realitätsnah abbilden, welche Einspeisung ohne Verzögerung der Netzanbindung stattgefunden hätte. Diese ihr erstmals im Rahmen der praktischen Verwendung der Messdaten bekannt gewordene Erkenntnis erläuterte die Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 31.08.2014 der Beteiligten, in der sie auch noch einmal grundsätzliche Kritik an der Verwendung von Gondelanemometerdaten übte. Unter dem 24.10.2014 stornierte sie die an die Beteiligte versandten und von dieser bereits beglichenen Rechnungen für Juni und Juli 2014, um die Entschädigung wieder auf Basis der FINO-3-Messdaten abzurechnen. Mit Schreiben vom 17.09.2014 wies die Beteiligte die Entschädigungsforderungen zurück, soweit die Beschwerdeführerin diese auf die FINO-3-Messdaten stützte, weil diese Messmethode nicht zulässig sei und nur, wenn alle Messgeräte ausgefallen seien und der Anlagenbetreiber dies plausibel und nachvollziehbar darlege, nach Auffassung der Bundesnetzagentur zur Ermittlung der umlagefähigen Entschädigung trotz errichteter Offshore-Anlagen erneut auf FINO-Daten zurückgegriffen werden dürfe. In der Folge wies die Beteiligte mit der gleichen Begründung auch weitere Rechnungen der Beschwerdeführerin zurück und bezahlte für den Verzögerungszeitraum von 425 Tagen einen „unstreitigen Sockelbetrag“ in Höhe von ... Euro, der sich bei Heranziehung der Gondelanemometerdaten ergab. Eine Berechnung der Entschädigung auf Grundlage der FINO-3-Messdaten hätte für die Monate Juni 2014 bis März 2015 eine insgesamt ... Euro höhere Zahlung ergeben. Die während des Probebetriebs vom 01.12.2014 bis zum 26.03.2015 erfolgten Entschädigungszahlungen beliefen sich insgesamt auf ... Euro.

8

9

Ein im November 2014 fertiggestelltes Gutachten der Deutsche WindGuard Consulting GmbH bestätigte im Fall der Beschwerdeführerin umfassend die Ungeeignetheit der Gondelanemometerdaten und sprach sich für die Verwendung der genaueren FINO-3-Messdaten aus. Eine weitere Untersuchung der Gutachter über den Zeitraum 2015 bestätigte ebenfalls, dass die am FINO-3-Mast gemessenen Werte der Windgeschwindigkeit sehr dicht bei den tatsächlichen Werten liegen, die mit Gondelanemometern an in Betrieb befindlichen Anlagen gemessen wurden.

Am 11.02.2015 kam es zu einem Gespräch zwischen der zuständigen Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur, der Beteiligten und der Beschwerdeführerin, in dem ebenfalls keine Einigung über die gemäß § 17 e Abs. 1 S. 2 EnWG anzuwendende Methode erzielt werden konnte. In diesem Gespräch vertrat die Bundesnetzagentur die Auffassung, dass Gondelanemometerdaten trotz gewisser Messunsicherheiten weiterhin als geeignete Beurteilungsgröße für die Bestimmung der Windgeschwindigkeit in einem Windpark angesehen werden.

11

Am 09.11.2015 stellte die Beschwerdeführerin daher einen Antrag auf Einleitung eines besonderen Missbrauchsverfahrens gemäß § 31 EnWG wegen missbräuchlichen Verhaltens der Beteiligten bei Anwendung des § 17 e Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 EnWG. In dem folgenden Schriftwechsel zwischen den Parteien wies die Beteiligte auf die Möglichkeit hin, dass auch bei im Trudelbetrieb laufenden Anlagen die Möglichkeit bestehe, Windmessgeräte so anzubringen, dass sie jederzeit frei angeströmt werden und die Windverhältnisse korrekt erfassen. Sollte ein solches Windmessgerät nicht auf Nabenhöhe positioniert werden können, könnten die ermittelten Messdaten mithilfe einer verfügbaren Software derart aufbereitet werden, dass sich hieraus auch Werte für Windverhältnisse auf Nabenhöhe errechnen ließen. Die Beschwerdeführerin ließ auf Grundlage dieses Vorschlags die trudelnden Gondelanemometerdaten der Monate Juni bis Dezember 2014 mathematisch korrigieren. Der Unterschied der korrigierten Gondelanemometerdaten lag gegenüber den FINO-3-Messdaten nur bei 1,5 %, wohingegen die unkorrigierten Gondelanemometerdaten gegenüber den FINO-3-Messdaten um 26,5 % abwichen. Nach Anhörung der Beschwerdeführerin am 13.05.2016 wies die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 15.07.2016 den Antrag auf Einleitung eines besonderen Missbrauchsverfahrens sowohl als unzulässig als auch als unbegründet zurück. Zur Begründung führt sie aus, der Antrag sei bereits unzulässig, da es an einer gegenwärtigen Interessenberührung und damit an der Antragsbefugnis fehle. Zweck des besonderen Missbrauchsverfahrens sei die Herbeiführung einer zügigen Streitschlichtung für noch nicht abgeschlossene Lebenssachverhalte. Vorliegend sei die Verzögerung der Netzanbindung seit dem 26.03.2015 beendet und die daraus resultierenden Entschädigungszahlungen seien abgerechnet. Das Verhalten, dessen Überprüfung die Antragstellerin im Rahmen dieses Verfahrens begehre, sei abgeschlossen und damit die von § 31 EnWG bezweckte Schlichtung einer andauernden Auseinandersetzung der Parteien im vorliegenden Fall nicht mehr möglich. Die noch nicht erledigte Streitigkeit der Parteien über die generelle Auslegung des § 17 e Abs. 1 S. 2 EnWG ziele auf die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage ab und sei kein zulässiger Gegenstand eines besonderen Missbrauchsverfahrens. Da mit dem Verfahren nach § 31 EnWG konkrete, gerade andauernde Auseinandersetzungen im Interesse einer zügigen Streitbeilegung geklärt werden sollen, komme es auch nicht auf eine etwaige Wiederholungsgefahr an. Der Antrag sei darüber hinaus auch unbegründet. Die gesetzliche Vorgabe der Heranziehung einer vergleichbaren Anlage stehe dem Abstellen auf FINO-Daten ausdrücklich entgegen. Vielmehr sei auf eine Windenergieanlage auf See abzustellen. Das eng mit dem EnWG im Sachzusammenhang stehende EEG definiere in § 5 Nr. 1 eine Anlage als jede Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas. Im

12

Zusammenhang mit § 17 e EnWG ergebe sich, dass es sich konkret um eine Offshore-Wind-Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien handeln müsse. Auch aus der Gesetzeshistorie folge, dass der Gesetzgeber nicht auf einen Messmast habe abstellen wollen. Bei Einführung der gesetzlichen Haftungsregelungen in § 17 EnWG seien die FINO-Messmasten bereits in Betrieb gewesen und der Gesetzgeber habe gleichwohl nicht auf sie zurückgegriffen. Für die Vergleichbarkeit der Anlage komme es insbesondere auf die Windverhältnisse am Standort und damit auf die geographische Komponente an. Windenergieanlagen in anderen Windparks schieden daher aufgrund der geographischen Komponente aus. Im Rahmen einer Konsultation hätten sich die überwiegenden Teilnehmer, so auch eine der beiden Muttergesellschaften der Antragstellerin, dafür ausgesprochen, dass zur Ermittlung der Ausfallarbeit die betroffene individuelle Offshore-Anlage als Vergleichsanlage herangezogen werden solle. Zwar habe die Antragstellerin später ein Gutachten vorgelegt, dessen Auswertung zeige, dass die Mittelwerte der Gondelanemometermesswerte für trudelnde Anlagen von den in Betrieb befindlichen Anlagen und den FINO-3-Messwerten abwichen, und dass die Messwerte der in Betrieb befindlichen Anlagen den FINO-3-Werten eher entsprächen. Von einer generellen Ungeeignetheit von Gondelanemometerdaten zur Bestimmung der Windgeschwindigkeit sei aber keinesfalls auszugehen. Vielmehr werde deutlich, dass diese insgesamt gute Werte produzierten und mit den Datenreihen eines Messmastes korrelierten. Die Beschlusskammer sei der Auffassung, dass in Abwesenheit einer tatsächlich einspeisenden vergleichbaren Anlage die Bestimmung der fiktiven Einspeisung einer vergleichbaren Anlage mit Unsicherheiten behaftet und Abweichungen in beide Richtungen unvermeidbar seien. Abweichungen im Trudelbetrieb führten in diesem Sinne jedoch nicht dazu, dass die individuelle Anlage nicht mehr als vergleichbare Anlage erachtet werden könne. Die Darlegung und Beweislast für die Bestimmung der Höhe des entstandenen Schadens liege beim Betreiber des Windparks als Anspruchsteller. Dadurch, dass durch die Gondelanemometer die Bestimmung der Einspeisung einer vergleichbaren Anlage möglich sei, könne die Antragstellerin nicht von der Vorgabe auf das Abstellen auf eine vergleichbare Anlage abweichen und auf alternative Werte abstellen, die den Kriterien einer vergleichbaren Anlage nicht genügten, nur weil ihr die Werte der vergleichbaren Anlage als zu ungenau erschienen. Vielmehr hätte sie die Qualität der Daten selbst beeinflussen können. Ein FINO-Messmast sei demgegenüber keine – in technischer und geographischer Hinsicht vergleichbare – Anlage im Sinne des § 17e Abs. 1 S. 2 EnWG. Auch das Bundeswirtschaftsministerium habe kürzlich in einem Bericht ausgeführt, dass es ausgeschlossen sei, dass die FINO-Messeinrichtungen die Windverhältnisse für sämtliche Windenergieanlagen auf See realitätsnah abbilden könnten. Ein Betreiber von Windenergieanlagen auf See dürfe weder dadurch schlechter gestellt werden, noch dürfe er zulasten des Netznutzers davon profitieren, dass die Windverhältnisse an den vielen Plattformen möglicherweise anders seien als an der von der Störung, Wartung oder Verzögerung der Netzanbindung betroffenen Windenergieanlage. Der FINO-3-Messmast scheidet trotz seiner geographischen Nähe zum Windpark C daher als vergleichbare Anlage aus. Lediglich für den Fall, dass tatsächlich keine vergleichbare Anlage existiere, sei es angemessen für die Datenermittlung auf andere Datengrundlagen zurückzugreifen.

Die Beschwerdeführerin meint, ihre Beschwerde sei zulässig, insbesondere fehle ihrem Antrag nicht teilweise das Rechtsschutzbedürfnis. Die Bundesnetzagentur verkenne Reichweite und Anforderungen an den Antrag im besonderen Missbrauchsverfahren. Dieser sei hinreichend bestimmt, wenn die schlichte Überprüfung des Verhaltens des Netzbetreibers verlangt werde. Dementsprechend habe sie das Missbrauchsverfahren eingeleitet mit dem Begehren, das nachfolgend geschilderte Verhalten, nämlich die Verweigerung der vollständigen Leistung der Entschädigung nach § 17 e EnWG, abzustellen. Es ging daher

unmissverständlich darum, dass die Beteiligte nicht an unstreitig ungeeigneten Gondelanemometerdaten festhalten dürfe. Im Zuge des Verfahrens habe sie dann versucht, der Bundesnetzagentur und deren formaler Position entgegenzukommen und die Daten der Gondelanemometer mathematisch korrigiert, um realitätsnahe Ergebnisse zu erzielen. Allein weil die Bundesnetzagentur diesen Umstand ignoriert habe, habe sie diese alternativen Daten nun in den Hauptantrag der Beschwerde aufgenommen.

Der Hauptantrag der Beschwerde sei auch nicht mangels Spruchreife unzulässig. Die Beteiligte verkenne, dass es sich bei der Frage der Spruchreife um eine Frage der Begründetheit handle. Spruchreife sei zudem gegeben. Gegenstand des Hauptantrags sei es, die Ablehnung geeigneter realitätsnaher Daten zu unterlassen. Dabei komme es nicht auf eine verbleibende Wahlmöglichkeit zwischen FINO-3- oder mathematisch korrigierten Daten an. Bestätige sich im Rahmen der Begründetheit, dass die Ablehnung rechtswidrig sei, bestehe auch kein Ermessen mehr, denn die Ablehnung sei dann zu untersagen. 14

Die Beschwerde sei auch begründet. Zu Unrecht verneine die Bundesnetzagentur die Zulässigkeit des Antrags mangels Gegenwärtigkeit. Das missbräuchliche Verhalten der Beteiligten sei noch nicht beendet. Diese verweigere bis heute eine korrekte Ermittlung und Auszahlung des entgangenen Windertrags, weil sie auf der Heranziehung ungeeigneter Messdaten beharre. Der Antrag beziehe sich daher nicht auf einen abgeschlossenen Lebenssachverhalt. Die Entschädigungszahlungen seien auch nicht abgerechnet, sondern die Beteiligte habe lediglich Teilzahlungen geleistet und damit ihre missbräuchliche Auslegung und Anwendung des § 17 e Abs. 1 S. 2 EnWG manifestiert. Die von § 31 EnWG bezweckte Schlichtung einer andauernden Auseinandersetzung sei vorliegend daher noch möglich. Die Frage der richtigen Ermittlung der Entschädigungshöhe sei eine von Wertungen des Energiewirtschaftsgesetzes geprägte Fragestellung. Denn im Interesse, die Entschädigungszahlungen wälzen zu können, halte sich die Beteiligte an den Leitfaden der Beschwerdegegnerin. Solange sie sich weigere, sei die Zuwiderhandlung auch gegenwärtig. Es sei typisch, dass die Streitfragen immer auch inzidenter im zivilrechtlichen Anspruchsverhältnis hätten geklärt werden können. Ein Missbrauchsverfahren sei jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr zulässig. Wenn diese bestehe, sei die Zuwiderhandlung grundsätzlich im rechtlichen Sinne nicht beendet. 15

Rechtswidrig lehne die Bundesnetzagentur auch die Begründetheit des Antrags ab. Die Auslegung von § 17 e Abs. 1 S. 2 EnWG ergebe, dass jedenfalls in der vorliegenden Konstellation die FINO-3-Daten den gesetzlichen Anforderungen an eine vergleichbare Anlage genügten. Bereits dem Wortlaut lasse sich entnehmen, dass es um die Feststellung gehe, welchen Ertrag die an der Einspeisung gehinderte Windenergieanlage eigentlich erzielt hätte. Der Gesetzgeber gehe von dem idealtypischen Fall aus, dass an einem etwa gleichen Standort zum gleichen Zeitpunkt eine Windenergieanlage mit den gleichen technischen Parametern betrieben werde und tatsächlich einspeise. Wenn, wie vorliegend, keine vergleichbare Anlage vorhanden sei, sei eine wertende Betrachtung vorzunehmen und sachgerecht sowie realitätsnah zu ermitteln, was eingespeist worden wäre. Im Fall verzögerter Netzanbindungen lasse die Bundesnetzagentur daher in ihrem Leitfaden richtigerweise FINO-3-Daten zu, wenn noch gar keine Anlagen errichtet seien. Wenn die Windenergieanlagen errichtet seien, ziehe die Bundesnetzagentur indes ohne Ansehung der Datenqualität immer die tatsächlich an der Einspeisung gehinderte Windenergieanlage als „mit sich selbst vergleichbare Anlage“ heran, und verkenne dabei, dass es sich hierbei zwar um „dieselbe“ Anlage handle, die aber bereits dem Wortlaut nach nicht identisch sei mit einer „vergleichbaren“ Anlage. Vor allem könne sich die Bundesnetzagentur nicht auf den Gesetzeswortlaut berufen, weil dieselbe Anlage naturgemäß gar nicht einspeise und daher 16

auch nicht die Einspeisung einer vergleichbaren Anlage abbilde. Es sei daher nicht sinnvoll, die Tatbestandsvoraussetzungen künstlich aufzuspalten und isoliert auszulegen. Vielmehr sei die Gesamtvorgabe zu betrachten. Danach könne es bei der Frage nach der „Einspeisung einer vergleichbaren Anlage“ erkennbar nur darum gehen, möglichst exakte Daten darüber zu erhalten, was ohne die Verzögerung/Störung hätte eingespeist werden können. Es seien daher die Windmessdaten heranzuziehen, die die größtmögliche Vergleichbarkeit gewährleisten. Dabei könne es keinen Unterschied machen, ob das Messgerät an einem Mast angebracht sei, der Forschungszwecken diene (FINO-3), oder an einem, der später irgendwann einmal eine in Betrieb befindliche Stromerzeugungsanlage trage.

Systematisch es sei zu beachten, dass der Streit eine ohnehin schon einschränkende Regelung betreffe, da dem Betreiber der Windenergieanlage nur 90 % der entgangenen Einspeisevergütung erstattet werde und auch sonstige Ansprüche für Vermögensschäden aufgrund einer nicht rechtzeitig fertig gestellten Netzanbindung ausgeschlossen seien. Gesetzessystematisch sei zudem auf das Konzept der Referenzanlage im Onshore-Bereich nach dem EEG zu verweisen. Auch dort gehe es nur darum, ein möglichst exaktes Abbild dessen zu ermitteln, was ohne die Verzögerung an Einspeisevergütung erzielt worden wäre. Auch Sinn und Zweck der Vorschrift des § 17 e Abs. 1 S. 2 EnWG, eine möglichst realitätsgetreue Abbildung dessen, was der geschädigte Anlagenbetreiber an Erlösen aus EEG hätte erzielen können, zu ermitteln, werde die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur, auf bereits installierte Anlagen abzustellen, nicht gerecht. Richtigerweise könnten die installierten Anlagen daher nur in Betracht kommen, wenn sie bessere Werte lieferten als die bis dahin herangezogenen FINO-3-Daten. Erst recht hätte die Bundesnetzagentur die Möglichkeit zur mathematischen Korrektur der ungeeigneten Gondelanemometerdaten akzeptieren und damit auch einen entsprechenden Anspruch der Beschwerdeführerin gegen die Beteiligte anerkennen müssen. Der Beteiligten ginge es im Prinzip nur darum, ob die Bundesnetzagentur die Wälzung der Entschädigungszahlungen gestatte.

Der Leitfaden der Bundesnetzagentur stünde der Anerkennung der FINO-3-Daten nicht entgegen. Denn dieser berücksichtige, unabhängig von seiner rechtlichen Einordnung, den Fall ungeeigneter Daten von trudelnden Gondelanemometern nicht. Die Bundesnetzagentur halte den Rückgriff auf die FINO-3-Messdaten für richtig, wenn keine Daten zur Verfügung stünden. Gleiches müsse aber für Daten gelten, die nicht geeignet seien.

Sie treffe auch keine Obliegenheitsverletzung. Weder die Bundesnetzagentur noch die Beteiligte hätten begründet, weshalb eine Nachweispflicht der Entschädigungshöhe allein die Beschwerdeführerin treffen solle. Da die Beteiligte befugt sei, die Folgen der von ihr zu verantwortenden Entschädigung auf die Netznutzer abzuwälzen, sei es nur folgerichtig, wenn es sich bei der Bestimmung der Entschädigungshöhe nach dem EnWG im Ausgangspunkt um eine öffentlich-rechtliche Pflicht handele, die sich an möglichst realitätsnahen Werten zu orientieren habe. Es sei nicht hilfreich, wenn die Beteiligte und die Bundesnetzagentur darauf verwiesen, dass ihre Muttergesellschaft sich für Gondelanemometer ausgesprochen habe und darauf verwiesen, die Beschwerdeführerin hätte sich am Leitfaden orientieren können. Denn sie habe seinerzeit mangels Kenntnis nicht bedacht, dass die Gondelanemometer keine geeigneten Ergebnisse lieferten. Indem sie die FINO-3-Messdaten verwendet habe, habe sie die „durchschnittliche Einspeisung einer vergleichbaren Anlage im entsprechenden Zeitraum“ so gut wie möglich nachgewiesen. Der Trudelbetrieb der Anlagen sei herstellerseitig vorgegeben. Der Vorwurf der Bundesnetzagentur bedeute im Ergebnis, dass sie, die Beschwerdeführerin, auf ihre eigenen Kosten und ihr eigenes Risiko eine technisch und unternehmerisch nachteilige Fahrweise der installierten Anlage hätte veranlassen müssen, um den Nachweis des Schadens gegenüber der Beteiligten erbringen zu können.

Der Einwand der Bundesnetzagentur, sie müsse alle Übertragungsnetzbetreiber diskriminierungsfrei behandeln, verkenne, dass Voraussetzung für die Gleichbehandlung auch das Vorliegen vergleichbarer Sachverhalte sei. Windparks, die in der Nähe von FINO-Messmasten stünden, ließen sich aber aufgrund unterschiedlicher tatsächlicher Gegebenheiten nicht mit solchen Windparks vergleichen, die nicht in der Nähe von FINO-Masten errichtet worden seien. Dieser Unterschied in Verbindung mit dem individuellen Anspruch der Anlagenbetreiber rechtfertigte schon generell eine unterschiedliche Behandlung. Hilfsweise erfüllten zumindest die mathematisch korrigierten Gondelanemometerdaten die Voraussetzungen des Leitfadens und müssten von der Bundesnetzagentur anerkannt werden.	20
Sie habe sich auch nicht zur Anwendung des Leitfadens verpflichtet. Die Beteiligte verkenne bereits, dass schon dem Leitfaden selbst keine rechtliche Bindungswirkung zukomme. Ihrer Erklärung könne daher kein Rechtsbindungswillen beigemessen werden. Schließlich stelle der Leitfaden selbst ausdrücklich die Prämisse auf, dass möglichst realitätsnahe Entschädigungen zu berechnen seien.	21
Da der Leitfaden nicht bindend sei, könne sich die Beteiligte auch nicht darauf zurückziehen, ein Missbrauch scheide aus, weil sie sich nur entsprechend des Leitfadens und damit so verhalten habe, wie die Bundesnetzagentur es wolle. Zum könne von der Beteiligten erwartet werden, dass sie sich entsprechend der ihr im Energiewirtschaftsgesetz auferlegten Pflichten verhält und sich hierüber eine eigene Auffassung bilde.	22
Die Beschwerdeführerin beantragt,	23
den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 14.07.2016 (BK4-15-165) aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, ein missbräuchliches Verhalten der Beteiligten bei der Berechnung und Auszahlung der Entschädigung nach § 17e Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 EnWG festzustellen und der Beteiligten aufzugeben, es zu unterlassen, weiterhin die von der Beschwerdeführerin vorgelegte Ermittlung der Einspeisung einer vergleichbaren Anlage anhand von FINO-3-Daten oder korrigierten Daten der Gondelanemometer abzulehnen und die Zahlung der sich daraus ergebenden Entschädigungshöhe zu verweigern;	24
hilfsweise,	25
den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 14.07.2016 (BK4-15-165) aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, den Missbrauchsantrag der Beschwerdeführerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden.	26
Die Bundesnetzagentur beantragt,	27
die Beschwerde zurückzuweisen.	28
Die Beteiligte beantragt,	29
die Beschwerde zurückzuweisen.	30
Die Bundesnetzagentur verweist auf den angegriffenen Beschluss und trägt ergänzend vor, entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin habe sie nicht einen Vorschlag der Beteiligten auf Anwendung korrigierter Gondelanemometerdaten ignoriert. Diese habe nicht das behauptete Angebot gemacht, sondern lediglich geäußert, es wäre Aufgabe der Beschwerdeführerin gewesen, Gondelanemometer an für den Trudelbetrieb geeigneten Stellen anzubringen und mittels mathematischer Korrekturdaten für den Windstrom auf	31

Nabenhöhe zu gewinnen.

Die Beschwerde sei bereits teilweise unzulässig, da der Verpflichtungsklage – soweit sie sich auf mathematisch korrigierte Gondelanemometerdaten beziehe - das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis fehle. Der nunmehr im Beschwerdeverfahren gestellte Antrag gehe über den im Verwaltungsverfahren gestellten Antrag hinaus. Im Verwaltungsverfahren sei es der Beschwerdeführerin, wie der Antrag zeige, stets um die gewünschte Heranziehung von Daten des FINO-3-Mastes gegangen. Die Möglichkeit der Verwendung mathematisch korrigierter Daten der Gondelanemometer habe die Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren allein zur Untermauerung der Geeignetheit der FINO-Daten herangezogen. Sie habe daher auch nicht über den Aspekt der Verwendung mathematisch korrigierter Gondelanemometerdaten entschieden. 32

Die Beschwerde sei darüber hinaus auch unbegründet. Der Beschwerdeführerin fehle bereits die Antragsbefugnis, da das behauptete missbräuchliche Verhalten der Beteiligten nicht mehr gegenwärtig sei. Die Beteiligte habe den unstreitig bestehenden Anspruch vollständig erfüllt. Die von der Beschwerdeführerin darüber hinausgehend gestellte Forderung der Berechnung der Daten nach den Messdaten des nächstgelegenen FINO-Mastes anstelle der Gondelanemometer stelle lediglich einen Streit um eine zivilrechtliche Forderung dar und sei daher vor den Zivilgerichten zu klären. Auch der Aspekt einer Wiederholungsgefahr stütze die Argumentation nicht. Es fehle im EnWG einer dem § 32 Abs. 3 GWB entsprechenden Regelung. Die Beschwerdeführerin könne auch nicht mit Erfolg behaupten, der Gesetzgeber habe die Möglichkeit einer rückwirkenden Feststellung bei einer abgeschlossenen Zuwiderhandlung im Missbrauchsverfahren übersehen. Denn § 65 Abs. 3 EnWG sehe eine solche Möglichkeit von Amts wegen ausdrücklich vor. Anders als in dem bereits entschiedenen Verfahren des Senats vom 18.01.2017 (VI - 3 Kart 148/15 (V)) habe die Beteiligte hier den Entschädigungsanspruch der Beschwerdeführerin nicht grundsätzlich und dauerhaft verweigert, sondern den mittels Gondelanemometerdaten nachweisbaren Schaden anerkannt. 33

Der Antrag sei aber auch unbegründet. Ein FINO-Messmast sei technisch und geografisch keine vergleichbare Anlage im Sinne des § 17 e Abs. 1 S. 2 EnWG, da sie nicht der Stromerzeugung diene. Die Heranziehung von Daten eines der lediglich drei FINO-Messmasten für einen näher gelegenen Windpark scheide zudem aufgrund des darin liegenden Diskriminierungspotenzials für die Mehrheit der zufällig nicht in der Nähe eines solchen Messmastes liegenden Windparks aus. Da dem Gesetzgeber bei Erlass des § 17e EnWG FINO-Messmasten bekannt gewesen seien, könne auch nicht von einer Regelungslücke ausgegangen werden. Jedoch auch eine Gesetzeslücke unterstellt, könne ein nahegelegener FINO-Messmast nur dann herangezogen werden, wenn eine vergleichbare Windenergieanlage noch gar nicht vorhanden sei. Eine solche Analogie komme indes mit der Errichtung der ersten Windenergieanlage nicht mehr in Betracht, da nun auf diese abzustellen und lediglich bei einem Totalausfall wieder Raum für eine Analogie sei. Gondelanemometer seien grundsätzlich auch zur Messung geeignet. Dies ergebe sich bereits aus der Funktionsbeschreibung des Herstellers der Anemometer. Die von der Beschwerdeführerin behauptete fehlende Messgenauigkeit liege hier allein an der fehlenden Nachführung der Windenergieanlagen. Diese sei von der Beschwerdeführerin zu verantworten. 34

Auch trudelnde Anlagen seien vom Leitfaden erfasst, wie sich aus S. 10 des Leitfadens ergebe. Entscheidendes Kriterium sei, ob eine Windenergieanlage errichtet sei, unabhängig davon, ob diese nachgeführt oder aus betriebswirtschaftlichen Gründen nur im Trudelbetrieb 35

geführt werde. Zu einem Totalausfall verhalte sich der Leitfaden nicht und eine vollständig ausgefallene Windenergieanlage sei auch nicht mit einer solchen im Trudelbetrieb befindlichen gleichzusetzen, da der erstgenannte Zustand unvermeidbar und der zweitgenannte Zustand eine bewusste Entscheidung des Betreibers sei. Schließlich obliege es der Beschwerdeführerin, als Inhaberin des behaupteten Entschädigungsanspruchs den haftungsausfüllenden Tatbestand und damit den Schaden nachzuweisen. Wenn allein aufgrund der betrieblichen Entscheidung des Anspruchstellers keine exakte Messung möglich sei, könne dieser sich nicht auf alternative Daten berufen. Unabhängig davon, ob eine Pflicht bestehe, Geräte zur Windmessung auch zum Nachweis des Entschädigungsanspruchs nach § 17 e EnWG zu installieren, seien solche Messinstrumente jedenfalls, soweit sie tatsächlich angebracht werden, vom Anspruchsteller auch zu nutzen. Es falle in die Risikosphäre der Beschwerdeführerin, wenn sie es durch fehlende optimale Ausrichtung der Windenergieanlage unterlasse, für die Geeignetheit der Werte zu sorgen. Schließlich habe sie nicht zu prüfen, ob die Verwendung der FINO-Daten rechtmäßig wäre, sondern ob die Nutzung der von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellten Gondelanemometerdaten rechtswidrig sei. Ob es daneben möglicherweise andere Berechnungsmethoden hätte geben können, sei für die Beurteilung des Verhaltens irrelevant.

Unabhängig davon, ob die Verwendung mathematisch korrigierter Anemometerdaten überhaupt rechtmäßig sei, seien diese für sie nicht validierbar. Die Beteiligte habe die vorgelegten, mathematisch korrigierten Daten bereits nicht bestätigt, sondern ausgeführt, das in diesem Zusammenhang vorgelegte Kurzgutachten beruhe auf zahlreichen Annahmen mit unsicherer Tatsachengrundlage. 36

Die Beteiligte meint, der Hauptantrag der Beschwerde sei bereits unzulässig, da es dem Verpflichtungsantrag an der erforderlichen Spruchreife fehle. Bei der begehrten Entscheidung der Bundesnetzagentur handele es sich um eine Ermessensentscheidung. Dieser komme im Rahmen des § 31 EnWG die Prüfungskompetenz aus dem allgemeinen Missbrauchsverfahren, mithin aus § 30 Abs. 2 EnWG zu, der ihr ein Entschließungs- und Auswahlermessen einräume, ob und ggf. welche Missbrauchsverfügung sie erlasse. Der mit der Beschwerde geltend gemachte zulässige Hilfsantrag sei unbegründet. Die Bundesnetzagentur habe den Missbrauchsantrag zutreffend mangels gegenwärtiger Interessenberührung als unzulässig zurückgewiesen. Das Gesetz setze in § 31 Abs. 1 EnWG eine noch andauernde Interessenberührung voraus, wobei maßgeblich auf den Zeitpunkt der Entscheidung abzustellen sei. Vorliegend sei der zu Grunde liegende Sachverhalt abgeschlossen, da der Verzögerungszeitraum beendet und eine Zahlung für den gesamten Zeitraum erfolgt sei. Nach der ständigen Spruchpraxis der Bundesnetzagentur sei die Geltendmachung eines höheren Schadensersatzanspruches aus einem abgeschlossenen Sachverhalt kein statthaftes Begehren im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens. Die Zulässigkeit ergebe sich auch nicht aus dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr. Schon in tatsächlicher Hinsicht bestehe keine Gefahr, dass sich der Streitfall zwischen den Parteien wiederholen könnte, denn der Netzanschluss sei fertig gestellt und in Betrieb genommen worden. Die Überlegungen des § 32 GWB ließen sich zwar bei Auslegung des § 65 EnWG, indes nicht für das Antragsverfahren des § 31 EnWG heranziehen. Auch in Ansehung der neueren Rechtsprechung des Senats zur Zulässigkeit eines Missbrauchsantrags sei der Antrag der Beschwerdeführerin weiterhin unzulässig. 37

Die Bundesnetzagentur habe den Missbrauchsantrag auch zu Recht als unbegründet zurückgewiesen. Der Missbrauchsantrag wäre nur dann begründet gewesen, wenn die Verwendung der von der Beschwerdeführerin selbst ermittelten Windmessdaten einen Verstoß gegen § 17 e EnWG dargestellt hätte. Ob möglicherweise auch die Verwendung von 38

FINO-Daten zulässig sei, sei unerheblich. Die von ihr vorgenommene Berechnung der Entschädigungshöhe anhand der Windmessdaten, die die Beschwerdeführerin an ihren Windenergieanlagen ermittelt habe, entspreche den gesetzlichen Vorgaben aus § 17 e Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 1 S. 2 EnWG. Die zuständige Beschlusskammer habe – so auch bereits im Leitfaden - die Auffassung vertreten, dass die von der Verzögerung betroffene Windenergieanlage selbst als vergleichbare Anlage herangezogen werden solle, sobald sie errichtet und mit einem Windmessgerät ausgestattet worden sei. Diese Sichtweise habe auch dem ausdrücklichen Willen der Beschwerdeführerin entsprochen, wie die Stellungnahme ihrer Muttergesellschaft vom 30.04.2013 zeige. Sie sei ihr zudem seit Juli 2013 bekannt gewesen, so dass sie hinreichend Zeit gehabt hätte, geeignete Windmessgeräte sachgerecht an ihren Windenergieanlagen anzubringen. Dass die Gondelanemometer der Beschwerdeführerin weder kalibriert noch geeicht und bis Dezember 2014 im Trudelbetrieb geführt worden seien, habe die Beschwerdeführerin selbst zu verantworten, indem sie aus wirtschaftlichen Erwägungen darauf verzichtet habe, eine noch bessere Qualität der Messergebnisse herbeizuführen. Es sei auch grundsätzlich möglich, Gondelanemometer derart an der Anlage anzubringen, dass eine zuverlässige Ermittlung der Windgeschwindigkeit erfolgen könne. Dies gelte auch dann, wenn die Anlage noch nicht in Betrieb sei. Die Beschwerdeführerin hätte zum Beispiel den für das Nachführen der Gondeln benötigten Strom über Dieselgeneratoren generieren können. Die Heranziehung von Windmessdaten eines Windmessmastes, der sich an einem anderen Standort als die vergleichbare Windenergieanlage befinde, scheidet aus, solange Daten von der Anlage selbst zur Verfügung stünden. Der Windparkbetreiber habe mithin kein Wahlrecht, auf welche Daten zurückgegriffen werden solle. Nur wenn noch keine Offshore-Anlage zu Beginn der Verzögerung errichtet sei, könnten die Daten eines FINO-Messmastes herangezogen werden. Die von der Beschwerdeführerin herangezogenen Wortlautargumente überzeugten nicht. Der Gesetzeswortlaut des § 17 e Abs. 1 S. 2 EnWG verlange eine real existierende Windenergieanlage. Der FINO-3 Windmessmast sei jedoch keine Windenergieanlage und erfülle damit die gesetzlichen Anforderungen nicht. Er messe die Windverhältnisse im Übrigen auch nicht auf der Nabenhöhe der Windenergieanlagen der Beschwerdeführerin, sondern 2 m höher, so dass auch die dort gemessenen Windverhältnisse grundsätzlich stärker ausfielen, als an den Anlagen der Beschwerdeführerin. Auch in geographischer Hinsicht sei er weniger mit den betroffenen Windenergieanlagen vergleichbar, als diese Windenergieanlagen selbst. Zwar mag der Windmast selbst nur wenige 100 m von der nächstgelegenen Windenergieanlage der Beschwerdeführerin entfernt stehen. Dies gelte aber nicht für den gesamten Windpark. Dieser verteile sich auf einer Fläche von 70 km². Hätte der Gesetzgeber die FINO-Messmasten als vergleichbare Anlagen heranziehen wollen, hätte er im Gesetz auch hinsichtlich der Messwerte auf diese Messmasten abstellen können. Die Vergleichbarkeit sei in technischer Hinsicht dann gegeben, wenn sich die Anlagen in ihren technischen Spezifika, wie etwa der installierten Leistung, der Nabenhöhe und der Leistungskennlinie entsprächen. Der Trudelbetrieb gehöre hingegen nicht zu den technischen Spezifika der Anlage, sondern stelle einen jederzeit abänderbaren Betriebszustand dar. Auch die systematischen Erwägungen der Beschwerdeführerin träfen nicht zu. Sie verkennen bereits, dass das Abstellen auf Gondelanemometerdaten grundsätzlich keine Einschränkung des Anspruchs darstelle. Die Einschränkung läge vorliegend allein darin begründet, dass die Beschwerdeführerin vergessen habe, qualitativ angemessene Messgeräte anzubringen. Zutreffend gehe die Beschwerdeführerin davon aus, Sinn und Zweck der Regelung bestehe darin, die Ausfallarbeit der von der Verzögerung betroffenen Windenergieanlage möglichst genau zu bestimmen. Hierzu seien die jeweiligen Windverhältnisse an der betroffenen Windenergieanlage von entscheidender Bedeutung. Dass sich die Qualität der Daten an den Messgeräten der Beschwerdeführerin verschlechtert habe, habe allein die Beschwerdeführerin zu verschulden und liege nicht in einem missbräuchlichen Verhalten der

Beteiligten begründet. Es gehöre zu den Pflichten der Beschwerdeführerin aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen ihr und der Beteiligten gem. § 17e EnWG, während des Verzögerungszeitraums die Windverhältnisse – soweit vorhanden – an einer vergleichbaren Anlage im Sinne des § 17 e Abs. 1 S. 2 EnWG ordnungsgemäß zu messen und sodann der Berechnung der Entschädigungshöhe zugrunde zu legen. Sie trage für die anspruchsbegründenden sowie auch für die anspruchsausfüllenden Tatsachen die Darlegungs- und Beweislast.

Die Beschwerdeführerin habe auch keinen Anspruch darauf, die von ihr selbst gemessenen Winddaten mittels einer Korrekturkurve zu verändern. Denn die von den Gutachtern Deutsche Windguard GmbH erstellte Korrekturkurve basiere nicht auf Tatsachen, sondern zu weiten Teilen auf unbewiesenen Annahmen, da die Gutachter – wie sich aus Ziffer 3.2 der Stellungnahme ergebe – keine Kenntnis über die Ausrichtung der Gondeln der jeweiligen Windenergieanlage für die Erstellung einer Korrekturkurve gehabt, sondern mit Annahmen operiert hätten. Eine mathematische Korrektur komme indes nur dann in Betracht, wenn die Korrekturfunktion aufgrund gesicherter Erkenntnisse erstellt werde. Im Übrigen sei für eine sachgerechte Erfassung der Windverhältnisse auch gar nicht zwingend erforderlich, die Windenergieanlagen dem Wind nachzuführen. So habe auch der Betreiber des FINO-3-Messmastes Messgeräte an allen Seiten des Mastes installiert, was auch der Beschwerdeführerin möglich gewesen wäre. Die Beschwerdeführerin wolle daher einen von ihr als ungenau beurteilten Datensatz durch zwei alternative, voneinander abweichende Datensätze ersetzen, die die Realität ebenfalls nicht korrekt wiedergäben. 39

Zudem habe die Beschwerdeführerin auch die Berechnung der Entschädigung anhand der Vorgaben im Leitfaden zugesichert und damit eine bindende Willenserklärung abgegeben. So habe sie sich gegenüber der Beteiligten durch eine einseitige Willenserklärung in ihrem Anspruchsschreiben vom 13.01.2014 dazu verpflichtet, nach der jeweiligen Errichtung ihrer 80 Windenergieanlagen dort geeignete Windmessgeräte anzubringen und die dort gemessenen Winddaten der Berechnung der Ausfallarbeit zugrunde zu legen. Die Erklärungen seien darauf gerichtet gewesen, eine bestimmte Rechtsfolge – hier die Entschädigungszahlung – auszulösen und daher auch mit Rechtsbindungswillen erfolgt. 40

Schließlich sei vorliegend das Entschließungsermessen der Bundesnetzagentur aus Vertrauensschutzgründen auf null reduziert. In ihrem Leitfaden habe die Bundesnetzagentur daran festgehalten, dass dieser die Grundvoraussetzungen für eine nicht missbräuchliche Ermittlung der Höhe der Entschädigungszahlungen wiedergebe. Dieses Vertrauen sei zudem durch das Schreiben der Beschlusskammer 4 vom 11.03.2014 verstärkt worden. Die Bundesnetzagentur habe hierdurch bei der Beteiligten das berechtigte Vertrauen darin begründet, dass diese nicht missbräuchlich handle, wenn sie für die Berechnung der Entschädigungszahlungen ab der Errichtung der ersten Windenergie auf See nur noch auf die an dieser Anlage selbst gemessenen Winddaten abstelle. 41

Zuletzt sei die Beschwerdeführerin durch die strikte Anwendung der Vorgaben des Leitfadens durch die Beteiligte nicht beschwert, denn diese habe aufgrund des Leitfadens für einen deutlich längeren Zeitraum Entschädigungszahlungen an die Beschwerdeführerin geleistet, als dieser tatsächlich nach § 17 e Abs. 2 S. 1 EnWG zugestanden hätten. Seit dem 26.11.2014 habe die Möglichkeit zur Einspeisung bestanden und die Beschwerdeführerin habe auch bereits ab dem 02.12.2014 mit einem Teil ihrer Windenergieanlagen physikalisch Energie in das Übertragungsnetz der Beteiligten eingespeist. Gleichwohl habe die Beteiligte auf Grundlage des Leitfadens noch bis zum 26.03.2015 Entschädigungszahlungen vorgenommen, da der Leitfaden davon ausginge, dass sämtliche Probetriebsphasen noch 42

dem Verzögerungszeitraum zuzurechnen seien. Die für den Zeitraum vom 01.12.2014 bis zum 26.03.2015 an die Beschwerdeführerin entrichteten Entschädigungszahlungen beliefen sich auf ... Euro, so dass die Beschwerdeführerin auch unter Berücksichtigung ihrer erhöhten Entschädigungsforderung ca. ... Euro mehr erhalten habe, als ihr zustehe.

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. 43

B.

Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Beschwerde ist zulässig und begründet. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung der Entscheidung und zur Verpflichtung der Bundesnetzagentur, über den Missbrauchsantrag der Beschwerdeführerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden. 44

I. 45

Die Beschwerde ist zulässig. Insbesondere fehlt der Beschwerdeführerin nicht das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis, weil sie vor Erhebung der Beschwerde im Verwaltungsverfahren keinen Antrag auf Verwendung der mathematisch korrigierten Gondelanemometerdaten und damit auf Erlass der begehrten Entscheidung gestellt hat. Zwar hat die Beschwerdeführerin im Rahmen des Verfahrens vor der Bundesnetzagentur gerügt, die Beteiligte leiste lediglich eine Entschädigung gem. § 17e Abs. 1 S. 2 EnWG (es gelten § 17d und § 17e EnWG in der bis zum 31.12.2016 geltenden Fassung), die unter Zugrundelegung ungeeigneter Gondelanemometerdaten statt auf der Grundlage der geeigneten Messdaten des nahegelegenen FINO-3-Mastes ermittelt worden sei, wohingegen sie im Beschwerdeverfahren unter anderem beantragt, der Beteiligten aufzugeben, es zu unterlassen, weiterhin die von der Beschwerdeführerin vorgelegte Ermittlung der Einspeisung einer vergleichbaren Anlage anhand von FINO-3-Daten oder korrigierten Daten der Gondelanemometer abzulehnen und die Zahlung der sich daraus ergebenden Entschädigungshöhe zu verweigern. 46

Dass die Beschwerdeführerin ihren Antrag im Beschwerdeverfahren gegenüber dem im Verwaltungsverfahren gestellten Antrag um die Berechnung der Entschädigung auf Grundlage der korrigierten Gondelanemometerdaten ergänzt hat, führt indes nicht zu einer teilweisen Unzulässigkeit der Beschwerde. Die Bundesnetzagentur verkennt, dass der Antrag auf Einleitung eines Missbrauchsverfahrens ausweislich der Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 31 Abs. 2 EnWG keine konkreten Maßnahmen benennen muss, die die Regulierungsbehörde zur Behebung einer möglichen Rechtsverletzung ergreifen soll. Der Antragsteller kann sich insoweit vielmehr darauf beschränken, entsprechend dem Wortlaut des § 31 EnWG die Überprüfung des Verhaltens des Netzbetreibers zu verlangen. Umgekehrt hat der Antragsteller nach § 31 EnWG nicht allein aufgrund der Formulierung seines Antrags einen Anspruch auf ein bestimmtes Tätigwerden der Regulierungsbehörde, das über die Klärung der Rechtsverletzung hinausginge. Auch eine Verbindung des Antrags nach § 31 EnWG mit konkreten „Anträgen“ nach § 30 Abs. 2 EnWG verpflichtet die Regulierungsbehörde insoweit nicht, sondern ist allein als Anregung auf ein bestimmtes Tätigwerden zu verstehen (Weyer in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Auflage 2014, § 31 Rn. 12). Damit ist der Antrag im Missbrauchsverfahren zulässig, wenn ein bestimmtes Verhalten eines Netzbetreibers zur Überprüfung gestellt wird, ohne dass 47

darzulegen ist, wie und auf welche Weise der behauptete Missbrauch abzustellen ist.

Diese Voraussetzungen erfüllen die im Verwaltungs- sowie im Beschwerdeverfahren gestellten Anträge der Beschwerdeführerin. 48

Auf Seite 1 ihrer Antragschrift vom 09.11.2015 (Bl. 1 VV) hat die Beschwerdeführerin ausgeführt, sie beantrage das nachfolgend geschilderte Verhalten der Beteiligten im Wege eines besonderen Missbrauchsverfahrens gemäß § 31 EnWG zu überprüfen, da dieses gegen § 17 e Abs. 2, Abs. 1 S. 2 EnWG verstoße. Im Folgenden hat sie dann ausführlich den Hintergrund des Streits und die von der Beteiligten vorgenommene Berechnung der Entschädigung anhand der Gondelanemometerdaten der trudelnden Anlage dargelegt und auch erklärt, weshalb sie die Berechnung der Entschädigung anhand dieser Daten für missbräuchlich halte. Damit hat sie hinreichend bestimmt dargetan, welches Verhalten der Beteiligten durch die Bundesnetzagentur überprüft werden möge. Mit ihrer Beschwerde gegen den ablehnenden Bescheid hat sie beantragt, den Beschluss der Bundesnetzagentur aufzuheben und ein missbräuchliches Verhalten der Beteiligten bei der Berechnung und Auszahlung der Entschädigung nach § 17e Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 EnWG festzustellen. Auch insoweit ist der Angriff auf ein angeblich rechtswidriges Verhalten der Beteiligten bei der Berechnung der Entschädigung gerichtet. Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang auch konkrete Abhilfemaßnahmen – im Verwaltungsverfahren nur die Berechnung der Entschädigung anhand der Daten des FINO-3-Mastes und im Beschwerdeverfahren zusätzlich auch die Berechnung der Entschädigung anhand mathematisch korrigierter Gondelanemometerdaten – vorschlägt, ist dies ausschließlich als Anregung auf ein bestimmtes Tätigwerden der Bundesnetzagentur zu verstehen, hingegen nicht als eine zusätzliche, im Verwaltungsverfahren nicht begehrte Verpflichtung. Im Rahmen der Zulässigkeit des Antrags unerheblich ist daher auch, dass eine zweite Anregung auf ein bestimmtes Tätigwerden im Beschwerdeverfahren mit in den Antrag aufgenommen wurde. 49

II. 50

Die Anfechtungsbeschwerde der Beschwerdeführerin ist begründet. Auch die Verpflichtungsbeschwerde hat insoweit Erfolg, als die Bundesnetzagentur zu verpflichten ist, den Missbrauchsantrag der Beschwerdeführerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden. 51

Mit rechtsfehlerhafter Begründung ist die Bundesnetzagentur in dem angegriffenen Beschluss davon ausgegangen, der Beteiligten sei im Rahmen der Berechnung der Entschädigung gem. § 17 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 EnWG kein missbräuchliches Verhalten vorzuwerfen. Auch die im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vorgebrachten Einwendungen der Bundesnetzagentur gegen die Missbräuchlichkeit tragen die angegriffene Entscheidung nicht. 52

1. 53

Der Hauptantrag der Beschwerdeführerin, den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 14.07.2016 aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, ein missbräuchliches Verhalten der Beteiligten bei der Berechnung der Auszahlung nach § 17e Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 EnWG festzustellen und der Beteiligten aufzugeben, es zu unterlassen, weiterhin die von der Beschwerdeführerin vorgelegte Ermittlung der Einspeisung einer vergleichbaren Anlage anhand von FINO-3-Daten oder korrigierten Daten der Gondelanemometer abzulehnen und die Zahlung der sich daraus ergebenden Entschädigungshöhe zu verweigern, hat hinsichtlich des Verpflichtungsantrags keinen Erfolg. 54

Mit dem besonderen Missbrauchsverfahren, das der Streitschlichtung dient, kann der Antragsteller nach § 31 EnWG ein Tätigwerden der Regulierungsbehörde erzwingen, denn diese hat auf seinen Antrag hin zu prüfen, inwieweit das Verhalten des Netzbetreibers mit den Vorgaben des Energiewirtschaftsgesetzes bezüglich des Netzanschlusses oder des Netzzugangs einschließlich der entsprechenden Rechtsverordnungen sowie der auf diesen Rechtsgrundlagen basierenden Entscheidungen übereinstimmt. Damit steht der Regulierungsbehörde ein Aufgreifermessen nicht zu, so dass sie auf einen zulässigen Antrag hin das Verfahren fortzusetzen hat (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 14.12.2011, VI-3 Kart 25/11 (V)).

Ziel des Missbrauchsverfahrens ist es, eine effektive Streitbeilegung herbeizuführen. Nach dem Sinn und Zweck eines Streitbeilegungsverfahrens kann die Regulierungsbehörde Anordnungen erlassen, die eine Beendigung des Streits sicherstellen. Insoweit besteht Einigkeit, dass der Entscheidungsrahmen des § 30 Abs. 2 EnWG Anwendung findet (Robert in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Auflage, § 31, Rn. 25; Weyer in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Auflage, § 31 Rn. 22 f.; Franke in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 3. Auflage., § 19, Rn. 99; Schütte in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. Auflage, Kapitel 94, Rdnr. 76). Danach kann die Regulierungsbehörde den Netzbetreiber entweder - nur - verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen, sie kann ihm aber auch konkret die Maßnahmen aufgeben, die erforderlich sind, um die Zuwiderhandlung abzustellen. Bei der Auswahl der geeigneten Maßnahmen hat die Regulierungsbehörde ermessensfehlerfrei zu entscheiden, ob sie einschreitet (Entschließungsermessen) und welche Maßnahmen sie ergreift (Auswahlermessen). Dabei hat sie insbesondere bei ihrer Entscheidung über das geeignete Mittel den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten (Kment, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG § 31 Rn. 1-23, beck-online; Weyer in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Auflage, § 31 Rn. 22 f; Senat, Beschluss vom 14.12.2011, VI-3 Kart 25/11 (V)–, Rn. 47, juris).

Handelt es sich bei der beantragten Entscheidung - wie hier - um eine im Ermessen der Behörde stehende Entscheidung, kann das Gericht entsprechend § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO nur die Verpflichtung zur Neubescheidung aussprechen, weil das Gericht nicht in den Ermessensspielraum der Behörde eingreifen kann (Senat, Beschluss vom 14.12.2011, VI-3 Kart 25/11 (V), Rn. 54 juris; auch Weyer in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Auflage, § 31 Rn. 9 f.). Schon von daher, aber auch weil die Bundesnetzagentur sich nach dem Hauptantrag der Beschwerdeführerin zwischen zwei unterschiedlichen Berechnungsmethoden entscheiden müsste, kommt vorliegend nur die - von der Beschwerdeführerin hilfsweise beantragte - Verpflichtung zur Neubescheidung in Betracht.

2. 58

Der Antrag, den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 14.07.2016 aufzuheben und hilfsweise die Bundesnetzagentur zu verpflichten, den Missbrauchsantrag der Beschwerdeführerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden, ist begründet. 59

a) 60

Der Antrag auf Einleitung eines Verfahrens nach § 31 EnWG ist zulässig. 61

Gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG können Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch das Verhalten eines Betreibers von Energieversorgungsnetzen erheblich 62

berührt werden, der Regulierungsbehörde einen Antrag auf Überprüfung dieses Verhaltens stellen. Zulässigkeitsvoraussetzung für die Stellung eines Antrags ist demnach, dass die Interessen der Personen oder Personenvereinigungen durch das Verhalten eines Betreibers von Energieversorgungsnetzen erheblich berührt werden. Für das Kriterium der Interessenberührung wird als ausreichend erachtet, dass durch das Verhalten des Netzbetreibers wirtschaftliche Interessen berührt sind, eine Berührung rechtlicher Interessen ist nicht gefordert (BGH, Beschluss vom 11.11.2008, EnVR 1/08 – citiworks, Rn. 17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.04.2006, VI-3 Kart 161/06). Ferner kann aus dem Wortlaut geschlossen werden, dass es sich um eine gegenwärtige Interessenberührung handeln muss (§ 31 Abs. 1 S. 1 und 2 EnWG: „Personen [...], deren Interessen [...] berührt werden [...]“. Diese hat zu prüfen, inwieweit [...] übereinstimmt.“) (Britz/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG § 31 Rn. 8, beck-online). Das Erfordernis einer gegenwärtigen Interessenberührung folgt aus dem Sinn und Zweck des § 31 EnWG als Streitschlichtungsinstrument, das der Bundesnetzagentur auf Antrag ermöglicht, durch geeignete Maßnahmen eine bestehende bzw. andauernde Zuwiderhandlung abzustellen. Eine Berührung gegenwärtiger Interessen liegt vor, wenn das streitgegenständliche Verhalten eine nachteilige Änderung des Rechts- bzw. Vermögenskreises des Antragsstellers bewirkt. Ein möglicher Schaden aufgrund rechtswidrigen Verhaltens reicht demgegenüber nicht aus (Britz/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG § 31 Rn. 8, beck-online).

Entgegen der Auffassung der Beteiligten und der Bundesnetzagentur fehlt es nicht an einer gegenwärtigen Interessenberührung der Beschwerdeführerin. Vielmehr ist nach Maßgabe der genannten Grundsätze der Anwendungsbereich des § 31 EnWG vorliegend auch für die rückwirkende Verpflichtung der Abrechnung der Entschädigungszahlung eröffnet. Zwar begehrt die Beschwerdeführerin die Verpflichtung der Bundesnetzagentur, ein missbräuchliches Verhalten der Beteiligten bei der Auszahlung der Entschädigung nach § 17e Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 EnWG für die Monate Juni 2014 bis März 2015 festzustellen. Jedoch richtet sich die Überprüfung des Verhaltens der Beteiligten damit nicht auf einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt. Eine gegenwärtige Interessenberührung liegt vielmehr bereits deswegen vor, weil die Beteiligte die Zahlung der Entschädigung nach wie vor in der begehrten Höhe verweigert. Da die Beschwerdeführerin unstreitig seit Mitte September 2014 versucht, die Berechnung der Entschädigung nicht auf Grundlage der Gondelanemometerdaten ihrer Windenergieanlage im Trudelbetrieb, sondern der Messdaten des FINO-3-Messmastes zu erreichen, ist es unerheblich, dass die angestrebte Entschädigung nach § 17e EnWG wegen der Netzanbindung sich auf einen - nunmehr - vergangenen Zeitraum bezieht. Würde der Umstand, dass die Beteiligte eine den Rechtsvorschriften entsprechende Abrechnung während des gesamten Zeitraums ablehnte, dazu führen, dass die Gegenwartigkeit der Interessenberührung verneint würde, hätte es der Netzbetreiber in der Hand, die Überprüfung seines Verhaltens im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens durch Einnahme einer nachhaltigen Verweigerungshaltung (vgl. Senat, Beschluss v. 18.01.2017 – VI-3 Kart 148/15 (V) –, Rn. 54, juris) oder hier durch Zahlung eines Minimalbetrags zu verhindern. Wie die Beschwerdeführerin – wenn auch überspitzt – dargelegt hat, hätte dann bereits die Zahlung eines geringen Betrages ausgereicht, um die gegenwärtige Interessenberührung im Rahmen des Missbrauchsverfahrens zu verneinen.

63

Zudem steht die Annahme, dass der Bundesnetzagentur eine Korrektur von abgeschlossenen Abrechnungszeiträumen und der Eingriff in vergangene Sachverhalte im Rahmen der Missbrauchsaufsicht grundsätzlich verwehrt sei, weil es in diesen Fällen an einer gegenwärtigen Betroffenheit fehle, nicht im Einklang mit der Funktion und Aufgabe des Verfahrens nach § 31 EnWG. Das Erfordernis einer "gegenwärtigen" Interessenberührung

64

folgt aus dem Sinn und Zweck des § 31 EnWG als Streitschlichtungsinstrument, das der Bundesnetzagentur auf Antrag ermöglicht, durch geeignete Maßnahme eine bestehende bzw. andauernde Zuwiderhandlung abzustellen (vgl. dazu Hellermann in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Auflage 2015, § 31, Rn. 6). Dagegen dient das Missbrauchsverfahren weder der Klärung abstrakter Rechtsfragen für die Zukunft noch einer nachträglichen Überprüfung im Sinne eines Fortsetzungsfeststellungsbegehrens (Senat, Beschluss v. 18.01.2017, VI-3 Kart 183/15, Rn. 68, juris).

Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist der Anwendungsbereich des § 31 EnWG im Streitfall eröffnet, denn die Beschwerdeführerin verfolgt gerade kein Begehren, das der Streitschlichtung nicht mehr oder noch nicht zugänglich wäre. Ist die Berechnung der Entschädigung wegen einer verzögerten Anbindung des Offshore Windparks C auf Grundlage der Gondelanemometerdaten der im Trudelbetrieb laufenden Anlagen rechtswidrig, stellt sich die andauernde unberechtigte Weigerung der Beteiligten als eine die Interessen der Beschwerdeführerin gegenwärtig beeinträchtigende Zuwiderhandlung dar, die die Bundesnetzagentur durch eine entsprechende Verpflichtung abstellen kann. 65

b) 66

Der Missbrauchsantrag ist auch begründet. 67

Die Bundesnetzagentur hat es zu Unrecht abgelehnt, ein missbräuchliches Verhalten der Beteiligten bei der Berechnung und Auszahlung der Entschädigung nach § 17e Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 EnWG festzustellen. Die bislang erfolgte Entschädigungszahlung der Beteiligten wegen verzögerter Anbindung des Offshore Parks C verstößt gegen § 17e Abs. 2, Abs. 1 S. 2 EnWG und ist rechtswidrig. 68

aa) 69

Gemäß § 17 e Abs. 2 EnWG erhält der Betreiber einer betriebsbereiten Windenergieanlage auf See, wenn die Einspeisung aus dieser Anlage nicht möglich ist, weil die Netzanbindung nicht zu dem verbindlichen Fertigstellungstermin nach § 17d Absatz 2 Satz 5 EnWG fertiggestellt ist, ab dem Zeitpunkt der Herstellung der Betriebsbereitschaft der Windenergieanlage, frühestens jedoch ab dem elften Tag nach dem verbindlichen Fertigstellungstermin, eine verschuldensunabhängige Entschädigung von dem anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber in Höhe von 90 Prozent der nach § 19 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in Verbindung mit § 50 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes im Fall der Einspeisung erfolgenden Vergütung. 70

Bei einer Verzögerung der Netzanbindung i.S.d. § 17e Abs. 2 EnWG wird der Entschädigungsanspruch zudem auf diejenigen Anlagen erweitert, die gem. § 17e Abs. 2 S. 4 EnWG als betriebsbereit gelten. 71

Gemäß § 17 e Abs. 1 S. 2 EnWG ist bei der Ermittlung der Höhe der Entschädigung nach Satz 1 für jeden Tag der Störung, für den der Betreiber der Windenergieanlage auf See eine Entschädigung erhält, die durchschnittliche Einspeisung einer vergleichbaren Anlage in dem entsprechenden Zeitraum der Störung zugrunde zu legen. Die Kosten der Entschädigung kann der anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber abhängig von seinem Verschuldensgrad über eine Umlage auf die Letztverbraucher wälzen (BT-Drs. 17/10754, S. 18). 72

bb) 73

Der Entschädigungsanspruch des § 17e Abs. 2, Abs. 1 S. 1 EnWG ist dem Grunde nach gegeben. Die von der Beteiligten vorgenommene Errichtung der Netzanbindung SylWin 1 hatte sich verzögert und stand nicht zu dem in der unbedingten Netzanschlusszusage mitgeteilten Termin am 14.01.2014, sondern erst ab dem 26.11.2014 im Probetrieb zur Verfügung. Der Probetrieb endete am 26.03.2015. Die in dem Windpark C errichteten Windenergieanlagen der Beschwerdeführerin waren ab dem 25.01.2014 auch betriebsbereit. Zwar waren die Gondeln der Anlagen noch nicht aufgesetzt. Gem. § 17 Abs. 2 S. 4 EnWG ist jedoch für den Anspruch auf Entschädigung wegen Verzögerung der Netzanbindung nach § 17 e Abs. 2 EnWG von einer Betriebsbereitschaft der Windenergieanlage auf See auch auszugehen, wenn das Fundament der Windenergieanlage und die für die Windenergieanlage vorgesehene Umspannanlage zur Umwandlung der durch eine Windenergieanlage erzeugten Elektrizität auf eine höhere Spannungsebene errichtet sind und von der Herstellung der tatsächlichen Betriebsbereitschaft zur Schadensminderung abgesehen wurde. Hinter dieser Fiktion der Betriebsbereitschaft steht die Überlegung, dass es in der Regel nicht sinnvoll ist, die Anlage vollständig zu installieren, solange unklar ist, wann die Netzanbindung fertiggestellt sein wird, da z.B. durch Umwelteinflüsse Beschädigungen der Anlage drohen und sie bereits gewartet werden müsste (BT-Drs. 17/10754, S. 18). Diese Voraussetzungen liegen nach den übereinstimmenden Angaben der Parteien vor.

74

cc) 75

Rechtsfehlerhaft hat die Beteiligte indes die Höhe der Entschädigung gem. § 17e Abs. 2, Abs. 1 S. 2 EnWG wegen der verzögerten Anbindung des Windparks C an ihr Übertragungsnetz SylWin 1 auf Grundlage der Gondelanemometerdaten der im Trudelbetrieb laufenden Windenergieanlagen der Beschwerdeführerin berechnet und ausgezahlt. Zwar entsprach die von der Beteiligten gewählte Berechnungsgrundlage grundsätzlich den von der Bundesnetzagentur in ihrem Leitfaden aus Oktober 2013 veröffentlichten Hinweisen zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen. Insoweit handelt es sich indes nicht um eine gesetzeskonforme, dem Sinn und Zweck des § 17e EnWG entsprechende Auslegung der Entschädigungsvorschriften.

76

(1) 77

Die Entschädigung beträgt nach § 17e Abs. 2 S. 1, Abs. 1 S. 1 EnWG ab dem 11. Tag der Verzögerung 90 % der Vergütung, die der Anlagenbetreiber bei Betrieb seiner Anlage auf der Grundlage des Erneuerbare-Energien-Gesetzes erhalten hätte. Zur Berechnung der dem Anlagenbetreiber nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz zustehenden Vergütung verweist § 17e Abs. 1 Satz 2 EnWG auf die durchschnittliche Einspeisung einer vergleichbaren Anlage im entsprechenden Zeitraum. Für jeden Tag, an dem der Ersatzanspruch besteht, ist diese zu ermitteln und bei der Berechnung des Ersatzanspruchs zu Grunde zu legen. Im Ergebnis führt diese Regelung dazu, dass ein Ersatzanspruch nur in Höhe der Vergütung besteht, die für eine vergleichbare Anlage im betreffenden Zeitraum durchschnittlich erzielt worden ist. Ist zum Beispiel wegen vorherrschender Windstille überhaupt keine Einspeisevergütung angefallen, bedeutet dies, dass der Anlagenbetreiber auch keine Entschädigung erhält (Kment, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG § 17e Rn. 15, beck-online). Durch die Entschädigungsregelungen soll der Betreiber der Windenergieanlagen auf See so gestellt werden, wie er ohne die Störung, Wartung oder Verzögerung der Netzanbindung stünde. Die Berechnung der Entschädigungszahlungen muss sich also möglichst eng an den Parametern orientieren, die auch für die Bestimmung der Höhe der tatsächlichen Einspeisevergütung

78

maßgeblich sind. Dies sind im Wesentlichen die gemessenen Windgeschwindigkeiten und die jeweiligen tatsächlichen Leistungskennlinien der Windenergieanlage (Evaluierungsbericht gemäß § 17 i EnWG des Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Anlage BF 4). Es geht also im Ergebnis darum, den Ertrag, den die an der Einspeisung gehinderte Windenergieanlage bei ihrer Anbindung erzielt hätte, so genau wie möglich zu ermitteln.

Bei verzögerter Netzanbindung wird der Anlagenbetreiber über keine anlagenspezifischen Daten verfügen. In diesem Fall ist eine wertende Betrachtung vorzunehmen, bei der diejenigen Daten heranzuziehen sind, die die „Einspeisung einer vergleichbaren Anlage“ möglichst exakt widerspiegeln, die mithin die größtmögliche Vergleichbarkeit gewährleisten. Die herangezogenen Messdaten sollen geeignet sein, die Einspeisung der Anlage, deren Anbindung sich verzögert hat, so realitätsnah wie möglich abzubilden. Die Ansicht der Bundesnetzagentur, eine Anlage könne entsprechend der Definition in § 5 Nr. 1 EEG 2014 nur eine Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas sein, überzeugt nicht. Zwar mag es Fälle geben, in denen eine nahegelegene Windenergieanlage oder auch ein Messgerät an der Windenergieanlage, deren Anbindung sich verzögert, Werte liefert, die den Werten der einspeisenden Anlage am nächsten kommen. Die Ansicht der Bundesnetzagentur greift jedoch dann zu kurz, wenn eine der Einspeisung von Strom dienende Windenergieanlage gar nicht vorhanden ist, oder aber vorhanden, aber keine realitätsnahen Mess- und Einspeisewerte liefert. Wenn die von einer Stromerzeugungsanlage gewonnenen Messdaten ungeeignet sind, mögen zwar die Daten einer Anlage i.S.d. § 5 Nr. 1 EEG vorliegen, es fehlt indes an dem Kriterium der Vergleichbarkeit. Denn mit ungeeigneten Daten lässt sich nicht sachgerecht ermitteln, was eingespeist worden wäre, wäre die Anlage ohne Verzögerung an das Übertragungsnetz angebunden worden. Stehen in diesem Fall andere Messdaten zur Verfügung, die die Realität besser abbilden als die Messdaten einer nahegelegenen oder der eigenen Windenergieanlage, so ist im Rahmen einer wertenden Betrachtung auf diese Daten abzustellen. Dies können auch die Daten eines nahegelegenen FINO-Messmastes sein, wenn die an diesem Mast gemessenen Winddaten eine größtmögliche Vergleichbarkeit gewährleisten als die Daten einer nahegelegenen Windenergieanlage. Im Ergebnis zutreffend geht daher auch die Bundesregierung in ihrem Leitfaden zunächst davon aus, dass mit den beschriebenen Regelungen die Realität so gut wie möglich abgebildet werden soll, wobei auch Praktikabilitätsabwägungen eine Rolle spielen (Leitfaden der BNetzA, aaO, S. 10). Das für ihre Ansicht einer „vergleichbaren Anlage“ herangezogene Argument der Bundesnetzagentur, der Gesetzgeber hätte die FINO-3-Masten in den Gesetzestext mit aufgenommen, hätte er sie als vergleichbare Anlagen im Sinne der Entschädigungsvorschriften qualifizieren wollen, überzeugt bereits deshalb nicht, weil auch die Bundesnetzagentur in den Fällen die Daten der FINO-Messmasten heran zieht, in denen die Anlage noch nicht errichtet ist. Es ist daher systematisch nur konsequent, auch in den Fällen die Daten des FINO-3-Messmastes heranzuziehen, in denen die an den Gondeln der Windenergieanlagen gemessenen Werte die Realität nicht zutreffend abbilden und daher ungeeignet sind.

79

Auch Sinn und Zweck der Regelung sprechen dafür, dass über das Kriterium der „durchschnittlichen Einspeisung einer vergleichbaren Anlage“ möglichst exakt berechnet werden soll, welche Einspeisevergütung der Anlagenbetreiber im Verzögerungszeitraum erzielt hätte, wenn die Anbindung wie zugesagt erfolgt wäre. Der Gesetzgeber hatte erkannt, dass technologische Unsicherheiten und Haftungsrisiken bei verspäteter Errichtung oder bei Störung der Anbindungsleitstellen ein Investitionshindernis für private Investoren darstellen. Er bezweckte mit der Entschädigungsregelung, eventuelle unternehmerische Risiken im Wesentlichen vorhersehbar zu halten, um den Ausbau von Windenergieanlagen auf See und deren Offshore-Anbindungsleitungen durch verlässliche Rahmenbedingungen für Investoren

80

in Nord- und Ostsee zu fördern. Im Sinne dieses gesetzgeberischen Willens liegt es daher nahe, die Messdaten heranzuziehen, die eine größtmögliche Vergleichbarkeit mit der Realität gewährleisten. Denn nur dann ist auch für den Investor der Windenergieanlage der durch eine verspätete Anbindung eintretende Schaden kalkulierbar und weniger investitionshemmend.

(2) 81

Die Bundesnetzagentur hat in ihrem Leitfaden aus Oktober 2013 Hinweise zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen gemacht. Bei Störung und Wartung der Anlage gem. § 17e Abs. 1 und 3 EnWG zieht sie das sog. Spitzabrechnungsverfahren heran. Dabei bestimmt sich die Ausfallarbeit für jede Anlage im Viertelstundentakt nach der tatsächlichen Leistung und Windgeschwindigkeit der jeweiligen Anlage (BNetzA, Leitfaden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen v. 8.10.2013, S. 8ff.; Schulz/Rösler, EnWZ 2013, 531, 535f.). Die Leistung wird anhand einer zertifizierten Leistungskennlinie des jeweiligen Anlagentyps unter Berücksichtigung eines anlagenbezogenen Korrekturfaktors ermittelt, der die tatsächlich gemessene Leistung unmittelbar vor der Störung zu der theoretischen Leistung nach der Leistungskennlinie in Beziehung setzt. Die Windgeschwindigkeit ist an der Gondel der jeweiligen Anlage im Viertelstundentakt mit einer Auflösung von 0,1 m/s zu messen (BNetzA, Leitfaden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen v. 8.10.2013, S. 8).

Ist die Windkraftanlage bei Verzögerung der Anbindungsleitung zur Schadensminderung noch nicht vollständig errichtet, liegen, anders als bei einer Wartung oder einer Störung, noch keine historischen Anlagendaten vor. Es gilt daher nach dem Leitfaden der Bundesnetzagentur, dass in dem Fall, in dem Offshore-Anlagen bereits installiert sind, zur Ermittlung der Windgeschwindigkeit die Messung mittels eines geeigneten Messgeräts an der Gondel jeder einzelnen Offshore-Anlage zu erfolgen hat. Ist ein Teil der Offshore-Anlagen installiert, ist zur Ermittlung der Windgeschwindigkeit in diesem Fall der Durchschnitt der Daten etwaig bereits installierter, benachbarter Anlagen anzusetzen. Der Leitfaden differenziert nicht danach, ob die mittels Gondelanemometern gemessenen Daten realistische Einspeisewerte liefern. Vielmehr soll stets auf die an den Gondeln der Windenergieanlage gemessenen Daten zurückgegriffen werden, ohne Rücksicht auf deren Qualität. Nur wenn noch gar keine Offshore-Anlage zu Beginn der Verzögerung der Netzanbindung errichtet ist, können die Daten des nächstgelegenen FINO-Messmastes herangezogen werden. Den Fall der trudelnden Anlage, die nicht dem Wind nachgeführt wird und damit nach den übereinstimmenden Angaben aller Parteien in der mündlichen Verhandlung keine realitätsnahe Einspeisewerte liefert, regelt der Leitfaden der Bundesnetzagentur ausdrücklich nicht. Die Bundesnetzagentur will ihn indes, wie sie ausdrücklich erklärt hat, unter den Fall einer errichteten Windenergieanlage subsumieren und die Werte der Gondelanemometer zur Berechnung heranziehen.

(3) 84

Vorliegend entspricht die Berechnung der Entschädigung durch die Beteiligte ab Juni 2014 nicht den dargelegten gesetzlichen Vorgaben des § 17e Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 EnWG. Zu Beginn des Verzögerungszeitraums Mitte Januar 2014 befanden sich noch keine einspeisenden Anlagen in unmittelbarer Nähe des Wind Parks C. Allerdings ist in einer Entfernung von 150 m der FINO-3-Messmast errichtet. Folglich hat die Beschwerdeführerin, wie es auch der Leitfaden vorsieht, vom 25.01.2014 bis Ende Mai 2014 ihrer

Entschädigungsabrechnung die an dem FINO-3-Messmast gemessenen Windgeschwindigkeiten zugrunde gelegt. Auf dieser Grundlage hat die Beteiligte die Entschädigung auch ausgeglichen.

Ab Juni 2014 errichtete die Beschwerdeführerin zwar die ersten Windenergieanlagen vollständig. Allerdings ließ sie ihre Anlagen im Trudelbetrieb laufen, einem Betriebszustand, in dem die Gondel in eine bestimmte Stellung gedreht und der Rotor nur in leichter Bewegung gehalten wird. Die Werte der im Trudelbetrieb laufenden Anlage der Beschwerdeführerin entsprachen, weil sie nicht dem Wind nachgeführt wurde, nicht den bei tatsächlicher Einspeisung zu erzielenden Werten, sondern blieb regelmäßig 20-30 Prozentpunkte hinter diesen zurück. Dies erkennen auch die Bundesnetzagentur und die Beteiligte an, die übereinstimmend in der Verhandlung erklärt haben, dass die Werte einer im Trudelbetrieb geführten Anlage nicht den Werten einer in Betrieb befindlichen, einspeisenden Anlage entsprächen. Damit bildeten die an den Godelanemometern der Beschwerdeführerin aufgezeichneten Werte nicht realitätsnah ab, welche EEG-Einspeisevergütung die Beschwerdeführerin eigentlich erzielt hätte, wäre die Anbindung ihrer Windenergieanlage an das Übertragungsnetz der Beteiligten fristgerecht bereits im Januar 2014 und nicht verzögert erfolgt. Die Werte des FINO-3-Messmastes hätten demgegenüber im vergleichbaren Zeitraum, wovon ebenfalls alle Beteiligten ausgehen, den Werten einer einspeisenden Anlage mehr entsprochen. Die Beteiligte hat bei der Abrechnung der Entschädigung gem. § 17e Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 1 S. 1 und 2 EnWG ab Juni 2014 gleichwohl die Daten der im Trudelbetrieb laufenden Anlage, und damit ihrer Abrechnung entgegen der gesetzlichen Vorgaben nicht die durchschnittliche Einspeisung einer vergleichbaren Anlage zugrunde gelegt.

86

(4)

87

Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur sowie der Beteiligten folgt die Rechtmäßigkeit der Berechnung nicht schon daraus, dass die Beteiligte diese unstreitig an den Vorgaben des Leitfadens 2013 zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen orientiert hat. Die Rechtmäßigkeit der von der Bundesnetzagentur bestätigten Abrechnung des Entschädigungsanspruchs gem. § 17e Abs. 2, Abs. 1 S. 2 EnWG der Beteiligten hängt nicht davon ab, ob die Vorgaben des Leitfadens zutreffend umgesetzt wurden. Maßgeblich ist vielmehr, wie die Voraussetzungen des § 17e EnWG und hierbei insbesondere die Berechnung der Entschädigung anhand der durchschnittlichen Einspeisung einer vergleichbaren Anlage nach dem geltenden Recht zu verstehen sind und ob die Berechnung der Entschädigung durch die Beteiligte dieser Rechtslage entspricht.

88

Die Rechtslage wird durch den Leitfaden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen weder bestimmt noch konkretisiert. Leitfäden unterscheiden sich in ihrer Bindungswirkung und Funktion maßgeblich von Festlegungen im Sinne des § 29 Abs. 1 EnWG. Während mit der Ermächtigung nach § 29 Abs. 1 EnWG ein Gestaltungsauftrag im Hinblick auf die Konkretisierung und Ausfüllung der gesetzlichen Vorgaben in den genannten Fällen verbunden ist, in dessen Rahmen die Regulierungsbehörde die ihr durch höherrangiges Recht vorgegebenen Grenzen zu beachten hat, kommt den Äußerungen der Regulierungsbehörde in Leitfäden eine rechtlich verbindliche Konkretisierungswirkung nicht zu. Anderenfalls käme dieser in seiner Wirkung einer Festlegung gleich. Eine solche Gleichsetzung ist jedoch unzulässig. Dies ergibt sich schon daraus, dass Leitfäden im Unterschied zu Festlegungen nicht mit Rechtsmitteln angreifbar sind. Die in ihnen enthaltenen Hinweise und Vorgaben zur Auslegung gesetzlicher Vorgaben erwachsen

89

demnach auch nicht in Bestandskraft. Damit stellt der veröffentlichte Leitfaden im Ergebnis ein rein schlicht-hoheitliches Handeln in Gestalt einer Information über die Auffassung der BNetzA als zuständige Aufsichtsbehörde (§ 54 EnWG) hinsichtlich der Auslegung und Anwendung der §§ 17e, 17f EnWG dar (Schulz/Rösler: Der Leitfaden der BNetzA zur umlagefähigen Entschädigung von Offshore-Anlagen, EnWZ 2013, 531, beck-online, Senat, Beschluss vom 18.01.2017, VI-3 Kart 148/15 (V), Rn. 68, juris).

Bei dem Leitfaden 2013 handelt es sich um eine schriftlich geäußerte Rechtsansicht der Behörde, wie die umlagefähige Entschädigung des § 17e EnWG bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung zu berechnen ist. Er stellt damit eine reine Auslegungs- und Bearbeitungshilfe für die Berechtigten und Verpflichteten der Entschädigung dar. Im Rahmen des Missbrauchsverfahrens durfte die Bundesnetzagentur sich aus diesem Grunde daher nicht darauf beschränken, die Berechnung der Beteiligten daraufhin zu überprüfen, ob die Vorgaben des Leitfadens 2013 korrekt umgesetzt worden sind, sondern sie hätte überprüfen müssen, ob auf der Basis des geltenden Rechts, d.h. bei materiell rechtsfehlerfreiem Verständnis des § 17e Abs. 2, Abs. 1 S. 2 EnWG, eine vergleichbare Anlage auch eine im Trudelbetrieb laufende Anlage ist, mithin ob die von der Beteiligten zur Berechnung der Entschädigung herangezogenen Werte der im Trudelbetrieb laufenden Anlage die Werte einer tatsächlich einspeisenden Anlage realitätsnah abbilden. Die Annahme der Beteiligten, daran sei die Bundesnetzagentur angesichts der Bindungswirkung des Leitfadens gehindert gewesen, denn sie sei den Vorgaben des Leitfadens nach den Grundsätzen der Selbstbindung der Verwaltung unterworfen, geht fehl. Das Rechtsinstitut der "Selbstbindung der Verwaltung" findet im Rahmen von Ermessensentscheidungen Anwendung und soll sicherstellen, dass die Behörde in gleichgelagerten Sachverhalten den ihr zustehenden Ermessensspielraum in gleicher Weise ausübt (vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2014, § 40, Rn. 105 f., beck-online) Zudem kann sich eine Selbstbindung – unabhängig von der Behandlung anderer Personen – aufgrund des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzprinzips ergeben (vgl. Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs VwVfG, 9. Auflage, § 40 Rn. 104, beck-online). Danach kann zwar eine auf einem Leitfaden beruhende Regulierungspraxis eine Bindung der Regulierungsbehörde nach dem Gleichbehandlungsgebot bzw. aus Vertrauensschutzgesichtspunkten begründen. So darf die Regulierungsbehörde gegenüber einem Antragsteller, der sich auf eine gegenüber anderen Unternehmen in vergleichbaren Fällen geübte Verwaltungspraxis beruft, davon nicht zu seinen Ungunsten abweichen (vgl. BGH, Beschluss v. 23.06.2009, EnVR 19/09). Eine solche Konstellation liegt jedoch im Streitfall nicht vor. Weder geht es darum, ob sich aus einem Leitfaden eine anspruchsbegründende Außenwirkung zugunsten der Beschwerdeführerin im Verhältnis zur Bundesnetzagentur ergibt, noch leitet die Beschwerdeführerin unter Gleichbehandlungs- bzw. Vertrauensschutzgesichtspunkten einen Anspruch aus einer Verwaltungspraxis bzw. einem Leitfaden ab.

90

Maßgeblicher Prüfungsumfang ist allein, ob die Beteiligte bei ihrer Berechnung die Vorgaben des § 17 Abs. 2, Abs. 1 S. 2 EnWG beachtet hat, d.h. ob die Berechnung der Entschädigung den Vorgaben der durchschnittlichen Einspeisung einer vergleichbaren Anlage entspricht. Im Hinblick auf diese Frage steht der Bundesnetzagentur indes weder ein Ermessens- noch ein Beurteilungsspielraum zu, der durch einen Leitfaden bindend ausgestaltet werden kann (vgl. auch Senat, Beschluss vom 18.01.2017 – VI-3 Kart 148/15 (V) –, Rn. 71, juris, zur Bindungswirkung von Leitfäden im Rahmen des § 19 Abs. 2 StromNEV).

91

In jedem Fall kommt eine Selbstbindung nur bezüglich einer rechtmäßigen Verwaltungspraxis oder rechtmäßiger Verwaltungsvorschriften in Betracht (Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs VwVfG § 40 Rn. 105-122, beck-online). Die Beteiligte kann sich

92

daher auch nicht mit Erfolg darauf berufen, das Erschließungsermessen der Bundesnetzagentur zur Einleitung des Missbrauchsverfahrens sei wegen der Selbstbindung der Verwaltung aufgrund verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes auf Null reduziert, weil die Bundesnetzagentur in mehreren Gesprächen und durch ihr Schreiben vom 11.03.2014 bei ihr das Vertrauen begründet habe, die Abrechnung anhand der trudelnden Gondelanemometerdaten sei rechtmäßig. Denn diese Aussage der Bundesnetzagentur verstößt gegen die in § 17 e Abs. 1 S. 2 EnWG normierte Verpflichtung, die Entschädigung anhand der durchschnittlichen Einspeisung einer vergleichbaren Anlage zu berechnen.

(5) 93

Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Evaluierungsbericht gemäß § 17 i EnWG des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (Anlage BF 4). Dort (Seite 13) heißt es zwar: 94
„Die Betreiber von Windenergieanlagen auf See schlagen stattdessen vor, die Windmessdaten der drei Forschungsplattformen in Nord- und Ostsee (FINO) zur Ermittlung der Ausfallarbeit und damit der Höhe der Entschädigungszahlungen zu verwenden. Mit einem solchen Vorgehen kann die gesetzliche Vorgabe der vergleichbaren Anlagen jedoch nicht für sämtliche Windparks erfüllt werden. Es existieren lediglich zwei FINO-Plattformen in der Nordsee und eine in der Ostsee. Es ist daher ausgeschlossen, dass diese Messeinrichtungen die Windverhältnisse für sämtliche Windenergieanlagen auf See realitätsnah abbilden können. Nach der oben genannten Maxime darf ein Betreiber von Windenergieanlagen auf See weder dadurch schlechter gestellt werden, noch darf er zu Lasten des Netznutzers davon profitieren, dass die Windverhältnisse an den FINO-Plattformen möglicherweise anders sind als an der von der Störung, Wartung oder Verzögerung der Netzanbindung betroffenen Windenergieanlage. Auch wenn vereinzelt Windparks in unmittelbarer Nähe einer FINO-Plattform liegen mögen, können für diese aus Gleichbehandlungsgründen keine anderen Maßstäbe für die Ermittlung der Entschädigungshöhe herangezogen werden. Vielmehr gilt es, für sämtliche Windenergieanlagen auf See diskriminierungsfrei einen einheitlichen Ansatz zu wählen.“

Die in dem Evaluierungsbericht geäußerte Ansicht überzeugt nicht. Sie verkennt, dass in den 95
Fällen, in denen die Anemometer noch nicht an den Gondeln der Windenergieanlage angebracht sind, zur Berechnung der Entschädigung in vielen Fällen auf die Daten eines FINO-Messmastes zurückgegriffen werden muss. Eine Anlage in unmittelbarer räumlicher Nähe eines FINO-Messmastes ist nicht mit einer Windenergieanlage vergleichbar, die nicht in der Nähe eines FINO-Messmastes errichtet wurde, so dass bereits keine vergleichbaren Sachverhalte vorliegen. Wenn sich mit den Daten eines FINO-Messmastes sicher und realitätsnah nachweisen lässt, wie die Einspeisung der Windenergieanlage im Betriebsfall ausgesehen hätte, liegt kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot vor. Nach den rechtlichen Vorgaben des § 17e Abs. 2 S. 1, Abs. 1 S. 1 und 2 EnWG ist der Gleichheitsgrundsatz gewahrt, wenn jedem Windparkbetreiber eine möglichst realitätsnahe Berechnung seiner Entschädigung ermöglicht wird. Hierbei handelt es sich um eine Einzelfallbetrachtung für die jeweils zu beurteilende Anlage. Dass einem Anlagenbetreiber die Berechnung und Nachweisführung des Schadens aufgrund der räumlichen Nähe der Windenergieanlage zu einem FINO-Messmast möglicherweise leichter fällt als einem Anlagenbetreiber, dessen Anlage nicht in unmittelbarer Nähe eines FINO-Mastes errichtet ist, entspricht dem im Beweisrecht bestehenden Umstand, dass es vom Zufall abhängen kann, ob und welche Beweismittel für einen zu führenden Nachweis zur Verfügung stehen.

dd) 96

97

Der Einwand der Beteiligten und der Bundesnetzagentur, die Beschwerdeführerin habe gegen die sie treffende Nebenpflicht aus dem Schuldverhältnis verstoßen, indem sie nicht für eine ordnungsgemäße Datenerfassung an ihrer eigenen Windenergieanlage gesorgt habe, überzeugt nicht.

Zutreffend gehen die Bundesnetzagentur und die Beteiligte zwar zunächst davon aus, dass es sich bei dem Entschädigungsanspruch des Windenergieanlagenbetreibers um einen individuellen Anspruch und nicht um eine öffentlich-rechtliche Pflicht der Beteiligten handelt. Die Pflicht zur Ermittlung der nicht eingespeisten Strommenge als Grundlage für die Berechnung des Entschädigungsanspruchs liegt vollständig beim Windparkbetreiber. Dies folgt dem allgemeinen Grundsatz des Zivilrechts, dass der Anspruchssteller die tatbestandsbegründenden Voraussetzungen, zu denen auch der Umfang des Schadens zählt, grundsätzlich darlegen und ggf. beweisen muss. (Broemel in Britz/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG § 17e Rn. 11, beck-online; Schulz/Rösler, aaO, EnWZ 2013, 531, 535, beck-online; BNetzA, Leitfaden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen v. 8.10.2013, S. 13f.). Die Darlegung und der Nachweis der Leistungskennlinien der Windenergieanlagen als auch der Windverhältnisse am Standort der Windenergieanlagen fallen damit in den Verantwortungsbereich der Beschwerdeführerin. 98

Die Beteiligte und die Bundesnetzagentur verkennen indes, dass die Beschwerdeführerin ihrer Pflicht zur Ermittlung der nicht eingespeisten Strommengen nachgekommen ist, indem sie ihren Entschädigungsanspruch auf Grundlage der FINO-3-Messdaten abgerechnet hat. Sie hat daher nicht gar keine Daten zur Verfügung gestellt, sondern anhand der Daten des räumlich nahegelegenen FINO-3 Mastes abgerechnet und damit Daten einer vergleichbaren Anlage geliefert. Die Ansicht, eine ordnungsgemäße Abrechnung hätte nur unter Heranziehung der Gondelanemometerdaten der eigenen Windenergieanlage erfolgen können, ist, wie bereits dargelegt, rechtlich nicht zutreffend. 99

Die Beschwerdeführerin hat – von der Beteiligten und der Bundesnetzagentur nicht bestritten - vorgetragen, dass der Trudelbetrieb vom Hersteller bei fehlender Netzanbindung im Turbinenliefervertrag vorgesehen ist. Schon aus Gründen der Gewährleistung war die Beschwerdeführerin daher gehalten, den Herstellerangaben Folge zu leisten und die Anlage, so lange sie nicht an das Übertragungsnetz angeschlossen werden kann, im werkseitig vorgegebenen Trudelbetrieb laufen zu lassen. Zudem hatte die Beschwerdeführerin jedenfalls bis August 2014 selbst keine Kenntnis von der Ungeeignetheit der im Trudelbetrieb aufgezeichneten Gondelanemometerdaten. 100

Die gegenteilige Auffassung verkennt schließlich, dass die Beschwerdeführerin nicht verpflichtet war, die Gondeln mit Anemometern an ihren Windenergieanlagen anzubringen. Voraussetzung für den Entschädigungsanspruch nach § 17e Abs. 2 Satz 1 EnWG ist die Unmöglichkeit der Einspeisung aus einer betriebsbereiten Windenergieanlage auf See wegen der nicht rechtzeitigen Fertigstellung der Anbindungsleitung. Die Betriebsbereitschaft setzt grundsätzlich eine vollständige Errichtung der Anlage einschließlich aller Elemente voraus, die eine Netzeinspeisung ermöglichen. Abweichend von der Regelung über die Betriebsbereitschaft der Windenergieanlage auf See aus Abs. 2 Satz 1 sieht Abs. 2 Satz 4 vor, dass von einer Betriebsbereitschaft der Windenergieanlage auf See im Sinne des Abs. 2 Satz 1 auch auszugehen ist, wenn das Fundament dieser Anlage und die für die Windenergieanlage auf See vorgesehene Umspannanlage zur Umwandlung der durch eine Windenergieanlage auf See erzeugten Elektrizität auf eine höhere Spannungsebene errichtet sind und von der Herstellung der tatsächlichen Betriebsbereitschaft zur Schadensminderung 101

abgesehen wurde. Diese Regelung soll dem Umstand Rechnung tragen, dass eine Investition in die Herstellung einer Windenergieanlage auf See für deren Betreiber erhebliche Risiken für den Fall birgt, dass ihm bekannt ist, dass im Zeitpunkt des nach § 17 d Abs. 2 Satz 5 verbindlichen Fertigstellungstermins die Netzanbindung nicht hergestellt sein wird (Kment, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG § 17e Rn. 22-24, beck-online).

§ 17e Abs. 2 S. 4 EnWG gewährt daher einen Entschädigungsanspruch auch dann, wenn die Gondel aus betriebswirtschaftlichen Gründen zur Schadensminderung überhaupt noch nicht angebracht ist, und die Bundesnetzagentur zieht in diesem Fall die Messdaten des FINO-3-Mastes heran. Nichts anderes kann dann gelten, wenn der Anlagenbetreiber wegen der herannahenden Anbindung zwar die Gondel nebst Anemometer aufsetzt, diese aber ebenfalls aus betriebswirtschaftlichen Gründen und zur Schadensminderung wie herstellerseitig vorgegeben nur im Trudelbetrieb laufen lässt. 102

ee) 103

Das missbräuchliche Verhalten entfällt auch nicht deshalb, weil sich die Beschwerdeführerin gegenüber der Beteiligten durch Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung mit Schreiben vom 13.01.2014 verpflichtet hat, die Vorgaben des streitgegenständlichen Leitfadens einzuhalten und dieser eine Verwendung von FINO-3 Daten ab dem Zeitpunkt der Errichtung der Windenergieanlage ausschließt. Der Beschwerdeführerin war im Zeitpunkt ihres Schreibens nicht bekannt, dass die gemessenen Gondelanemometerdaten im Trudelbetrieb keine Messdaten einer vergleichbaren Anlage darstellen. Schließlich kann einer Erklärung, sich an eine nichtbindende Verwaltungsaussage zu halten, kein rechtsverbindlicher Inhalt entnommen werden, wenn die nicht bindende Aussage der Behörde nicht mit dem Gesetz vereinbar ist. 104

ff) 105

Die von der Beteiligten behauptete Überzahlung in Höhe von ... Euro wegen erfolgter Entschädigungszahlung auch während des Probebetriebs führt ebenfalls nicht dazu, dass die Missbräuchlichkeit der Abrechnung entfällt. Eine behauptete – hier nicht geprüfte - Überzahlung in den Monaten Dezember 2014 bis März 2015 kann allenfalls einen möglichen Gegenanspruch begründen, der hier indes nicht näher substantiiert und auch nicht streitgegenständlich ist, lässt indes ein missbräuchliches Verhalten nicht rückwirkend rechtmäßig werden. 106

c.

Über die Kosten des Beschwerdeverfahrens war gem. § 90 S. 1 EnWG nach billigem Ermessen zu entscheiden. Da die Beschwerdeführerin mit ihrem Hauptantrag hinsichtlich des Verpflichtungsantrags unterlegen ist und insoweit nur mit ihrem Hilfsantrag auf Neubescheidung Erfolg hat, ist es sachgerecht, ihr $\frac{1}{4}$ der Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur aufzuerlegen. Die Beteiligte trägt ihre Kosten selbst. 107

Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Antragstellerin bewertet der Senat im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung und nach übereinstimmenden Angaben der Beteiligten mit ... Euro. 108

D.

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). 109

Rechtsmittelbelehrung:

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 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 S. 2, 80 S. 2 EnWG). 110