



Beschlusskammer 8

Aktenzeichen: BK8-15/M0843-01

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
auf Grund des Antrags

- Antragstellerin -

gegen

vertreten durch die Geschäftsführung,

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

wegen **besonderer Missbrauchsaufsicht nach § 31 Abs. 1 EnWG**

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

durch den Vorsitzenden
den Beisitzer
und den Beisitzer

am 14.10.2015 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Verhalten der Antragsgegnerin gegen §§ 21 EnWG, 17 Abs. 2a StromNEV verstößt, indem die Antragsgegnerin eine zeitgleiche Zusammenführung der Leistungswerte der Entnahmestelle im Umspannwerk Oberreuth und der Entnahmestellen im Umspannwerk Niederbühl zum Zwecke der Ermittlung des Jahresleistungsentgeltes (Pooling) verweigert.
2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, eine zeitgleiche Zusammenführung der Leistungswerte der Entnahmestelle im Umspannwerk Oberreuth und der Entnahmestellen im Umspannwerk Niederbühl zum Zwecke der Ermittlung des Jahresleistungsentgeltes (Pooling) gem. § 17 Abs. 2a S. 4 Nr. 2 StromNEV vorzunehmen.
3. Im Übrigen wird der Antrag zu 2. abgewiesen.
4. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

Gründe

I.

Die Antragstellerin begehrt gemäß § 31 Abs. 1 S. 2 EnWG eine Überprüfung des Verhaltens der Antragsgegnerin im Hinblick auf die Anwendung des § 17 Abs. 2a StromNEV bei der Abrechnung in der Hochspannungsebene. Die Antragstellerin begehrt, dass die Antragsgegnerin verpflichtet wird, die Entnahmestellen in den Umspannwerken gemäß § 17 Abs. 2a S. 4 Nr. 2 StromNEV gepoolt abzurechnen.

Die Antragstellerin, betreibt und ist an das vorgelagerte Elektrizitätsverteilernetz der Antragsgegnerin angeschlossen. Die Eigentumsgrenzen an den Entnahmestellen, die mit dem vorgelagerten Netz verbunden sind, liegen in den Umspannwerken jeweils auf der Oberspannungsseite der Umspannung von der Hochspannungsebene auf die Mittelspannungsebene. Die

Transformatoren stehen im Eigentum der Antragstellerin. Die beiden Umspannwerke sind unterspannungsseitig, auf der Mittelspannungsebene, über die Betriebsmittel der Antragstellerin miteinander verbunden. Die Bezugslast des nachgelagerten Netzes kann zwischen der Entnahmestelle im Umspannwerk und den Entnahmestellen im Umspannwerk vollständig verlagert werden. Eine solche Lastverlagerung ist in der Vergangenheit wechselweise bereits erfolgt.

Bis zum 31.12.2013 wurden die Entnahmestellen der Antragstellerin gepoolt abgerechnet. Mit Inkrafttreten der Änderung der StromNEV zum 01.01.2014 (Verordnung zur Änderung von Verordnungen auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts, BGBl. I 2013, Nr. 50, S. 3250 ff.) beendete die Antragsgegnerin die gepoolte Abrechnung mit Hinweis darauf, dass kundenseitig keine „galvanische Verbindung“ vorliege.

Die Antragsgegnerin hatte der Antragstellerin zunächst mit Schreiben vom 05.02.2014 mitgeteilt, die Hinweise der Regulierungsbehörden zu dieser Auslegung berücksichtigen zu wollen, woraufhin die Antragstellerin Abschlagszahlungen unter Anwendung der Poolingregeln leistete. Im Laufe des Jahres 2014 distanzierte sich die Antragsgegnerin von dieser Absicht und kündigte mit Schreiben vom 20.10.2014 eine rückwirkend ungepoolte Abrechnung an; sie lehnte es insofern ab, das Verständnis des damals noch in einer Entwurfsfassung vorliegenden gemeinsamen Positionspapiers der Landesregulierungsbehörden und der Bundesnetzagentur zur Auslegung von § 2 Nr. 11 und § 17 Abs. 2a StromNEV der Abrechnung zugrunde zu legen. Sie stornierte die bisher erstellten vorläufigen Abschläge und ersetzte diese durch eine monatsscharfe, entpoolte Abrechnung.

Die Antragstellerin trägt vor, die Abrechnung der Netznutzung durch die Antragsgegnerin seit dem 01.01.2014 sei rechtswidrig. Die Umstellung der Netzentgeltabrechnung ab dem Jahr 2014 habe für die Antragstellerin beinahe eine Verdopplung der vorgelagerten Netzkosten zur Folge. Die Antragsgegnerin verstoße gegen den Grundsatz angemessener Netzentgelte nach § 21 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 24 S. 1 Nr. 1 EnWG und § 17 Abs. 2a StromNEV. Sie sei verpflichtet, die Leistungswerte der Entnahmestellen zusammenzufassen und die zusammengefassten Leistungswerte der Abrechnung zugrunde zu legen. Der offene Wortlaut des § 17 Abs. 2a S. 1 Nr. 4 StromNEV, was genau unter einer kundenseitigen „galvanischen Verbindung“ zu verstehen ist, sei nach Historie und Sinn und Zweck dahingehend auszulegen, dass auch jede Verbindung, über die eine ausreichend große Lastverlagerung möglich ist, ausreiche. Das von den Regulierungsbehörden im Positionspapier zur Auslegung von § 2 Nr. 11 und § 17 Abs. 2a StromNEV (Positionspapier 2.0 vom 14.11.2014) zum Ausdruck gebrachte Verständnis sei zutreffend. Hierfür spreche auch die Begründung zur Änderungsverordnung, BR-Dr. 447/13, S. 24, wonach eine galvanische Verbindung oder Verbindbarkeit bestehe, wenn der Netznutzer zumindest die Möglichkeit hat, die Entnahmeleistung an seinen Entnahmestellen durch den Einsatz eigener, hierfür durch ihre tatsächliche Auslegung geeignete Betriebsmittel zu verlagern.

Der Begriff der „galvanischen Verbindung“ sei auch nicht von der Verbändevereinbarung Strom II plus verwendet worden. Die Bundesnetzagentur habe zudem in ihrer Auslegungshilfe vom 20.12.2011 bezüglich der mittlerweile aufgehobenen Festlegung unter dem Aktenzeichen BK8-11/015 klargestellt, dass eine induktive Verbindung in einer gegenüber dem Anschlusspunkt niedrigeren Spannungsebene einem Pooling der Entnahmestellen nicht entgegen stehe.

Das Verständnis der Antragstellerin werde auch durch Sinn und Zweck der Pooling-Regelung gestützt. Es spiele für die mit der Neuregelung verfolgten Ziele keine Rolle, ob die Transformatoren in den kundenseitig verbundenen Umspannwerken im Eigentum des vorgelagerten Netzbetreibers oder der Antragstellerin stehen. Der Verordnungsgeber habe überdies an dem nicht „streng technischen“ Begriffsverständnis der Bundesnetzagentur festhalten wollen.

Mögliche Folge der Auffassung der Beschwerdegegnerin sei die energiewirtschaftlich überflüssige Errichtung paralleler überspannungsseitiger Verbindungsleitungen zwischen den Netzknoten durch die Antragstellerin. Solch unnötiger kostensteigernder Netzausbau solle aber durch die ab dem 01.01.2014 geltenden Pooling-Regelungen gerade vermieden werden (BR-Drs. 447/13 (Beschluss), S. 4).

Ein streng technisches Verständnis des Begriffs der galvanischen Verbindung verstoße überdies gegen das Diskriminierungsverbot gem. § 21 Abs. 1 EnWG; die Anschlusskonstellationen mit ober- bzw. unterspannungsseitiger Eigentumsgrenze seien identisch und eine unterschiedliche Behandlung nicht zu rechtfertigen. Es bestehe kein sachliches Kriterium, das eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte; ein solches ergebe sich weder aus der Verordnungsbegründung, noch sei eine andere technische Begründung denkbar, die zur Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung geeignet wäre.

Die Antragstellerin ist in Bezug auf die Zulässigkeit ihrer Anträge der Ansicht, ihre Interessen seien auch mit Blick auf die Abrechnung für das Jahr 2014 gegenwärtig berührt. Durch die noch nicht erfolgte Nachzahlung durch die Antragstellerin sei der Vorgang nicht abgeschlossen. Zudem müsse die Antragstellerin Rückstellungen bilden, die sie erst mit einer unmittelbar vollstreckbaren Verpflichtung der Antragsgegnerin auflösen könne. Die Folgen der von der Antragsgegnerin im Jahr 2014 vorgenommenen Netzentgeltabrechnung seien auch im Hinblick auf die Systematik des Regulierungskontos nicht als abgeschlossen anzusehen. Eine Verpflichtung zur Korrektur der für das Jahr 2014 erstellten Abrechnung entspreche auch Sinn und Zweck der Durchführung eines besonderen Missbrauchsverfahrens, das der effektiven Streitbeilegung diene. Dem vorliegenden Verfahren komme der Charakter eines Musterverfahrens zu. Es sei auch keine Mehrbelastung der Beschlusskammer zu befürchten, da der vorliegende einheitliche Sachverhalt einheitlich bewertet und entschieden werden könne. Durch die erst im Oktober 2014 bekannt gewordene Weigerung der Antragsgegnerin sei es der Antragstellerin überdies nicht möglich gewesen, noch im Jahr 2014 eine Entscheidung der Beschlusskammer herbeizuführen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. das Verhalten der Antragsgegnerin hinsichtlich der Abrechnung der **Netznutzungsentgelte in der Hochspannungsebene gegenüber der Antragstellerin auf seine Übereinstimmung mit den gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere gemäß § 21 EnWG i.V.m. § 17 Abs. 2a StromNEV, zu überprüfen,**
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, mit Wirkung zum 01.01.2014 die **Netznutzungsentgelte der Antragstellerin unter Berücksichtigung eines Pooling der Entnahmestelle im Umspannwerk mit den Entnahmestellen im Umspannwerk im Wege der zeitgleichen richtungsgleichen Addition der Entnahmen zu ermitteln.**

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Sie trägt vor, die Auslegung des § 17 Abs. 2a StromNEV ergebe, dass mit der „galvanischen Verbindung“, dem allgemeinen Sprachgebrauch aus der Elektrotechnik entsprechend, nur eine Verbindung über elektrisch leitfähiges Material gemeint sein könne. Dieser eindeutige Wortlaut begrenze die Auslegungsmöglichkeiten, so dass nur eine streng technische Auslegung in Betracht komme. Eine induktive Verbindung über die Transformatoren sei hiervon nicht umfasst. Zudem widerspreche das Verständnis der Antragstellerin der technischen Begriffsbestimmung des § 2 Nr. 11 lit.b StromNEV und der Verordnungsbegründung hierzu (BR-Drs. 447/13 (Beschluss), S. 8). Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Verordnungsgeber denselben Begriff in ein und derselben Verordnung mit unterschiedlichen Bedeutungen verwendet hat. Würde die induktive Verbindung eines Transformators vom Begriff der galvanischen Verbindung umfasst, wäre § 2 Nr. 11 lit.a StromNEV praktisch inhaltsleer. Zudem seien die Poolingregeln als Ausnahmegesetzgebung eng auszulegen. Der Verordnungsgeber habe eindeutig dargestellt, an welchen Stellen die Voraussetzungen der Festlegung der BNetzA vereinfacht werden sollten, was in der vorliegenden Konstellation jedoch nicht der Fall sei.

Zudem verweist die Antragsgegnerin auf das Urteil des LG Offenburg vom 22.07.2015 (Az. 5 O 10/15 KfH, nicht rechtskräftig).

II.

Dem Antrag war teilweise stattzugeben. Der Antrag auf Durchführung eines besonderen Missbrauchsverfahrens gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG ist, soweit er zulässig ist, begründet.

1. **Zuständigkeit (§§ 54 und 59 EnWG)**

Die Bundesnetzagentur ist gemäß § 54 Abs. 1 EnWG zuständige Regulierungsbehörde. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer ergibt sich aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

2. **Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 67 EnWG)**

Gemäß § 67 Abs. 3 S. 1 EnWG steht die Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Ermessen der Beschlusskammer. Die Beteiligten haben keinen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist überdies auch nicht erforderlich, da der Sachverhalt unstrittig ist. Vorliegend war ausschließlich über eine Rechtsfrage zu entscheiden.

Die Beschlusskammer hat sowohl der Antragstellerin als auch der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 30.07.2015 den Entscheidungsentwurf übermittelt. Die Antragstellerin hat hierzu mit Schreiben vom 17.08. und 11.09.2015 gemäß § 67 Abs. 1 EnWG Stellung genommen. Die Antragsgegnerin hat zum Entscheidungsentwurf mit Schreiben vom 26.08.2015 gemäß § 67 Abs. 1 EnWG Stellung genommen.

3. **Behördenbeteiligung (§ 55 Abs. 1 S. 1; § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG)**

Die Landesregulierungsbehörde, in deren Gebiet die Antragsgegnerin ihren Sitz hat, wurde gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG über die Einleitung des Verfahrens informiert. Dem Bundeskartellamt und der Landesregulierungsbehörde, in deren Bundesland der Sitz der Antragsgegnerin belegen ist, wurde gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

4. Teilweise Unzulässigkeit des Antrags zu 2.

Der Antrag zu 2. ist unzulässig, soweit für das abgeschlossene Kalenderjahr 2014 eine Neuberechnung der Netzentgelte gefordert wird.

Zwingende Voraussetzung einer Überprüfung im Rahmen eines Antragsverfahrens nach § 31 EnWG ist das besondere Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG, mithin die erhebliche Interessenberührung des Antragstellers. Diese muss gegenwärtig sein (vgl. Weyer, in: Säcker (Hrsg.), Energierecht-Kommentar, 3. Auflage, Band 1, § 31 Rn. 9). An einer solchen fehlt es jedoch in Bezug auf die Betrachtung des Kalenderjahres 2014. Die Gegenwärtigkeit der Interessenberührung ist hinsichtlich des noch nicht abgeschlossenen Jahres 2015, nicht aber in Bezug auf das Jahr 2014 gegeben, da bei der Kalkulation und Abrechnung der Netzentgelte eine kalenderjährliche Betrachtung anzustellen ist (§ 17 StromNEV). Insofern ist jedes Abrechnungsjahr gesondert zu betrachten. Daran ändert auch eine spätere Abwicklung des Netzbetreibers über das Regulierungskonto nichts. Der gerügte Verstoß im Hinblick auf das Jahr 2014 betrifft einen abgeschlossenen Zeitraum und ist damit beendet. Eine nur mittelbare Fortwirkung über einen etwaigen der Antragstellerin entstandenen Schaden ist im Rahmen des Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG unbeachtlich (BNetzA, Beschluss vom 03.03.2010, BK7-09-005, S. 9 f.). Auch wirkt der gerügte Verstoß nicht dadurch fort, dass die Antragstellerin die von der Antragsgegnerin begehrte Nachzahlung noch nicht beglichen hat. Hierbei handelt es sich lediglich um die nachrangige abrechnungstechnische Abwicklung eines abgeschlossenen Kalenderjahres, die aber vom eigentlich gerügten Verstoß – der Forderung überhöhter Netzentgelte das Jahr 2014 – getrennt zu betrachten ist. Ansonsten führte dies zum Ergebnis, dass immer dann ein Verhalten eines Netzbetreibers auch noch Jahre später im Wege eines Besonderen Missbrauchsverfahrens gerügt werden könnte, nur weil die geforderten Beträge noch nicht gezahlt wurden. Dies würde den Anwendungsbereich des Besonderen Missbrauchsverfahrens übermäßig ausdehnen und dazu führen, dass das Kriterium der Gegenwärtigkeit in derartigen Entgeltkonstellationen kein einschränkendes Korrektiv mehr darstellen würde. Vielmehr ist das Besondere Missbrauchsverfahren als Ausnahme zu verstehen, das in der von der Antragstellerin herangezogenen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht unbekannt ist (vgl. Weyer, in: Säcker (Hrsg.), Energierecht-Kommentar, 3. Auflage, Band 1, § 31 Rn. 4). Für diese Ansicht spricht auch, dass das Missbrauchsverfahren nach § 31 Abs. 3 EnWG grundsätzlich innerhalb einer Frist von 3 Monaten zu entscheiden ist und somit einer engen Fristbindung unter-

liegt. Die nachträgliche rechtliche Klärung abgeschlossener Abrechnungszeiträume würde dem widersprechen. Durch die vom Gesetzgeber intendierte Beschränkung entsteht auch aufgrund der Eröffnung des Zivilrechtsweges keine unbillige Härte für die Antragstellerin.

Darüber hinaus ist auch eine als Minus im Verpflichtungsantrag enthaltene, rückwirkende Feststellung eines rechtswidrigen Verhaltens – anders als in § 65 Abs. 3 EnWG und § 83 Abs. 2 S. 2 EnWG – in § 31 EnWG nicht vorgesehen (hierzu und zum Folgenden BNetzA, Beschluss vom 03.03.2010, BK7-09-005, S. 9 ff.). Die einzige Folge einer solchen Feststellung wäre die Vorbereitung eines zivilgerichtlichen Verfahrens gegen die Antragsgegnerin. Insoweit fehlt es bereits an der Statthaftigkeit eines solchen Feststellungsantrags. Eine Präjudizierung durch einen Beschluss der Kammer zur Vorbereitung eines Zivilprozesses ist kein anerkanntes berechtigtes öffentliches Interesse (BNetzA, Beschluss vom 03.03.2010, BK7-09-005, S. 10 f.). Der Beschlusskammer ist auch kein Ermessen hinsichtlich einer rückwirkenden Feststellung nach § 65 Abs. 3 EnWG eröffnet, da insoweit ein berechtigtes Interesse nicht ersichtlich ist. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass in Bezug auf das fortdauernde Verhalten der Antragsgegnerin mit dem vorliegenden Verfahren ein wirksames Abstellen des Missbrauchs ermöglicht wird. Im Falle der Rechtskraft der vorliegenden Entscheidung ist nicht mit einem Beharren der Antragsgegnerin auf ihrer etwaig überhöhten Entgeltabrechnung für das Jahr 2014, zu rechnen. In Bezug auf die rechtliche Würdigung des fortdauernden Verhaltens der Antragsgegnerin gilt nämlich für das Jahr 2014 nichts anderes als für das Jahr 2015. Daher waren keine Feststellungen der Beschlusskammer in Bezug auf das Jahr 2014 erforderlich.

5. Missbräuchliches Verhalten

Im Übrigen sind die Anträge zu 1. und 2. zulässig und begründet. Ein missbräuchliches Verhalten der Antragsgegnerin i.S.d. § 31 Abs. 1 S. 2 EnWG liegt vor. Die Verweigerung des Poolings der streitgegenständlichen Entnahmestellen verstößt gegen §§ 21 EnWG, 17 Abs. 2a StromNEV.

Gemäß § 17 Abs. 2a StromNEV ist eine zeitgleiche Zusammenführung mehrerer Entnahmestellen zum Zwecke der Ermittlung des Jahresleistungsentgeltes unabhängig von einem entsprechenden Verlangen des jeweiligen Netznutzers durchzuführen, wenn all diese Entnahmestellen

1. durch denselben Netznutzer genutzt werden,
2. mit dem Elektrizitätsversorgungsnetz desselben Netzbetreibers verbunden sind,
3. sich auf der gleichen Netz- oder Umspannebene befinden und
4. entweder Bestandteil desselben Netzknotens sind oder bei Vorliegen einer kundenseitigen galvanischen Verbindung an das Elektrizitätsversorgungsnetz angeschlossen sind.

Die Voraussetzungen gemäß § 17 Abs. 2a S. 1 Nr. 1 bis 3 StromNEV für die Zulässigkeit des Pooling sind unstrittig gegeben. Streitig ist hingegen das Vorliegen einer kundenseitigen „galvanischen Verbindung“ gem. § 17 Abs. 2a S. 1 Nr. 4 2. Alt. StromNEV.

Die Bundesnetzagentur und die Landesregulierungsbehörden haben in ihrem Positionspapier 2.0 ausführlich ihr Verständnis zur hier gegebenen Fallkonstellation dargelegt (Positionspapier 2.0, S. 7 ff.). Hieran hält die Beschlusskammer weiterhin fest.

Das Positionspapier führt u.a. zusammenfassend aus:

„Eine „galvanische Verbindung“ liegt auch dann vor, wenn im Falle der Zwischenschaltung von Transformatoren zwischen den miteinander zu poolenden Entnahmestellen lediglich eine sog. induktive Verbindung besteht, welche aber die Verlagerung eines hohen Anteils der Entnahmeleistung ermöglicht.

Der in § 2 Nr. 11 Buchstabe b) und § 17 Abs. 2a Satz 1 Nr. 4 Alternative 2 StromNEV verwendete Begriff der „galvanischen Verbindung“ ist nicht im streng technischen Sinne zu verstehen. Stattdessen ist das schon der Festlegung der Bundesnetzagentur zum Pooling von Entnahmestellen vom 26.09.2011 (BK8-11/015 bis BK8-11/022) zusammen mit der Auslegungshilfe zu der vorgenannten Festlegung vom 20.12.2011 (dort Seite 1) zugrunde liegende weitere Begriffsverständnis maßgeblich. Die „Verbindbarkeit“ elektrischer Leitungen ist ausreichend, so dass durch eine Schalthandlung eine Verbindung geschaffen werden kann.“

Das streng technische Begriffsverständnis der Antragsgegnerin ist daher abzulehnen. Ziel der Wortlautauslegung ist die Ermittlung der Bedeutung, die in dem betreffenden Wort bzw. Satz zum Ausdruck kommt. Aus einer Gesamtwürdigung von Historie, Systematik und Sinn und Zweck der Poolingvorschriften ergibt sich, dass der Verordnungsgeber – insoweit abweichend von einem etwaigen engen elektrotechnischen Verständnis – bei der Einbeziehung der kundenseitigen galvanischen Verbindung in § 17 Abs. 2a S. 1 Nr. 4 2. Alt. StromNEV ein weites Begriffsverständnis regeln wollte, das auch eine induktive Verbindung umfasst. Insoweit wird der Wortlautauslegung des LG Offenburg (Urteil vom 22.07.2015, 5 O 10/15 KfH, nicht rechtskräftig) nicht gefolgt. Vorliegend kann eine vom Verordnungsgeber missverständlich bzw. fehlerhaft verwendete Begriffswahl der „galvanischen Verbindung“ also nicht zu einer unsachgemäßen Entgeltabrechnung führen.

Die Änderung der StromNEV, die zum 01.01.2014 in Kraft trat, sollte die Möglichkeit der gepoolten Abrechnung gegenüber den bis dahin geltenden Festlegungen der Bundesnetzagentur (u.a. BK8-11/015) ausdehnen (vgl. BR-Drs. 447/13 (Beschluss), S. 5 f.). Begründet wird die Möglichkeit zur zeitgleichen, richtungsgleichen Zusammenfassung mehrerer Entnahmestellen mit der Entlastung des vorgelagerten Netzes durch die Möglichkeit der Lastverlagerung auf Kundenseite (vgl. ausführlich BR-Drs. 447/13 (Beschluss), S. 11). Das richtige Verständnis des Begriffes der „galvanischen Verbindung“ wird also in der Verordnungsbegründung zum hier konkret streitgegenständlichen netzknotenübergreifenden Pooling nach § 17 Abs. 2a S. 1 Nr. 4 Alt. 2 StromNEV präzisiert.

Zudem ist § 17 Abs. 2a StromNEV im Lichte des § 21 EnWG auszulegen. Das Verständnis der Antragsgegnerin verstieße gegen den Grundsatz diskriminierungsfreier und angemessener Entgelte. In der Branche ist es seit jeher anerkannt, dass die Möglichkeit zur Lastverlagerung das relevante Kriterium ist und die technische Realisation hierbei unbedeutend ist (galvanisch – induktiv, geschlossen oder durch Schalthandlung herstellbar). Auch hinsichtlich des in der Verordnung verwendeten Begriffes der „kundenseitigen [...] Verbindung“ klärt die Begründung auf, dass dieser Begriff nicht streng technisch zu verstehen ist, sondern „zumindest eine Verbindbarkeit (durch eine Schalthandlung)“ ausreicht (BR-Drs. 447/13 (Beschluss), S. 11).

Für die Lastverlagerung ist es unerheblich, ob die Stromflüsse durch vorhandene galvanische Verbindungen (im engen technischen Sinn) erfolgen, oder ob eine Umspannung über Transformatoren zwischengeschaltet ist (im engen technischen Sinn induktive Verbindung). Eine solche Differenzierung würde zudem zur Folge haben, dass alleine die Frage des Eigentums an den Transformatoren zu unterschiedlichen Abrechnungsverhältnissen führt. Die erheblich unterschiedlichen Netznutzungsentgelte sind alleine aufgrund der Eigentumsfrage keinesfalls zu rechtfertigen. In einem solchen Fall liegt nach Überzeugung der Beschlusskammer eine diskriminierende Handlungsweise vor. Dies hat auch das Landgericht Offenburg (Urteil vom 22.07.2015, 5 O 10/15 KfH, S. 6 f., nicht rechtskräftig) erkannt, wobei es jedoch aufgrund einer engen Wortlautauslegung zur „galvanischen Verbindung“ entgegen der Auffassung der Beschlusskammer von einer Nichtigkeit des § 17 Abs. 2a S. 1 Nr. 4 Alt. 2 StromNEV ausgeht.

Auch historisch hat es keine technisch enge Voraussetzung für eine Verbindung gegeben. In der VV Strom II plus taucht der Begriff der „galvanischen Verbindung“ nicht auf, es wird lediglich auf die Verbindbarkeit als solche abgestellt. Der Begriff der galvanischen Verbindung wurde in der Pooling-Festlegung BK8-11/015 fehlerhaft verwendet. Die Beschlusskammer hat daher unmittelbar nach Erlass der Festlegung durch Auslegungshilfe vom 20.12.2011 klargestellt, dass bei der Zwischenschaltung von Transformatoren (induktive Verbindung) ein Pooling grundsätzlich möglich ist. In gleicher Weise war der Begriff der „Verbindung“ in der Festlegung teilweise unzutreffend gewählt, da auch schaltbare Verbindungen den gleichen Zweck der Lastverlagerung erfüllen, also korrekterweise eine „Verbindbarkeit durch eine Schalthandlung“ gemeint war. Durch Übernahme von Teilen der Festlegung in den Verordnungstext ist dem Verordnungsgeber der Irrtum unterlaufen, erneut den gleichen Begriff wieder zu verwenden, obwohl eine Ausweitung des Pooling beabsichtigt war. Eine strikte technische Auslegung würde in zahlreichen Fällen ein Pooling unmöglich machen. Dies hatten die Landesregulierungsbehörden und die Bundesnetzagentur erkannt und im gemeinsamen Positionspapier auch richtig gestellt. Die Auslegung muss sich an Sinn und Zweck der Verordnung orientieren. Hier ist nicht zu erkennen, dass es die Absicht des Verordnungsgebers gewesen sei, durch eine Begriffsverengung zu einer streng technischen Auslegung zu kommen.

Die Antragsgegnerin beruft sich hingegen strikt auf eine enge technische Auslegung des Begriffes „galvanische Verbindung“. Wenn sie aber schon auf ein streng technisches Verständnis abstellt, müsste die Antragsgegnerin gleichzeitig auch den Begriff der „Verbindung“ rein technisch verstehen. Dieser ließe dann keine offene Fahrweise zu, was die Poolingmöglichkeiten stark einschränken würde – eine bloße Verbindbarkeit ist rein technisch gesehen keine Verbindung. Dem wird in der Verordnungsbegründung mit dem Hinweis begegnet, dass eine „Verbindbarkeit“ ausreicht (vgl. BR-Drs. 447/13 (Beschluss), S. 11). Hiergegen wendet sich die Antragsgegnerin offenbar nicht und handelt insoweit widersprüchlich, indem sie einerseits eine technische Auslegung fordert, andererseits aber wieder von dieser abweicht.

In gleicher Weise wird von der Antragsgegnerin der Begriff „galvanische Verbindung“ so verengt, dass alleine die Eigentumsfrage an den Transformatoren ausschlaggebendes Kriterium sein soll. Für diesen Zusammenhang gibt es aber, wie oben dargelegt, keinerlei sachlogische Erklärung. Ohne sachlichen Grund ergibt sich für die Antragstellerin durch die Berechnungsweise der Antragsgegnerin fast eine Verdopplung ihrer vorgelagerten Netzentgelte.

Bei der Klärung der Frage, was überhaupt technisch verbunden sein muss, kann die Kontrollüberlegung herangezogen werden, dass die beiden Netzknoten galvanisch verbunden sein müssen und in diesem Fall auch verbunden sind. Die Verbindung erfolgt durch das Mittelspannungsnetz der Antragstellerin von unterspannungsseitiger Sammelschiene zu unterspannungsseitiger Sammelschiene.

Systematisch spricht auch ein Vergleich der beiden Varianten des § 17 Abs. 2a StromNEV für eine weite Auslegung. In § 17 Abs. 2a StromNEV wird zwischen Pooling innerhalb von Netzknoten und zwischen Netzknoten unterschieden. Ein Umspannwerk wird virtuell als ein Punkt angesehen, in dem die Anschlüsse zusammenlaufen (vgl. § 2 Nr. 11 a) StromNEV). Somit ist es in diesem Fall auch nicht erforderlich, dass die eigentlichen Anschlusspunkte innerhalb eines Netzknotens galvanisch miteinander verbunden sein müssen; insofern ist es nur konsequent, dass die Verbindung verschiedener Knoten (= Umspannwerke) durch das unterlagerte Netz ausreicht.

Zudem ist das bisherige Verhalten der Antragsgegnerin widersprüchlich. In der Stellungnahme der Antragsgegnerin, die diese am 05.02.2014 gegenüber der Antragstellerin abgegeben hatte, erklärte sie in Kenntnis des seinerzeit bereits in der Entwurfsfassung vorliegenden Positionspapieres der Regulierungsbehörden, dass sie die Ausführungen der Regulierungsbehörden des kommenden endgültigen Positionspapieres berücksichtigen wolle. Das veröffentlichte Positionspapier der Regulierungsbehörden weist keine Veränderung in diesem Punkt im Vergleich zur Entwurfsfassung aus. Daraus ist zu schließen, dass auch die Antragsgegnerin davon ausgegangen ist, dass die nicht-technische Auslegung die richtige Vorgehensweise ist. Erst mit dem Schreiben vom 20.10.2014 kündigte die Antragsgegnerin eine Meinungsänderung an; sie wolle den Begriff „galvanische Verbindung“ nun streng technisch auslegen und die Vorgaben des Positionspapieres ignorieren.

Der Antragsgegnerin kommt kein Wahlrecht hinsichtlich der gepoolten Abrechnung der Entnahmestellen der Antragstellerin zu. Die Verordnung regelt klar eine Verpflichtung zur gepoolten Abrechnung bei Vorliegen der Voraussetzung nach § 17 Abs. 2a S. 1 StromNEV. Die vorstehenden Gründe führen dazu, dass in der vorliegenden Anschlusssituation die Poolingvoraussetzungen erfüllt sind. Indem die Antragsgegnerin die Abrechnung nach den Poolingregeln verweigert, handelt sie missbräuchlich. Somit übt die Beschlusskammer das ihr zustehende Ermessen neben der Feststellung des Missbrauchs (Tenorziffer 1) dergestalt aus, die Antragsgegnerin gem. § 31 i.V.m. § 30 Abs. 2 S. 2 EnWG zum tenorierten Verhalten zu verpflichten (Tenorziffer 2). Diese konkrete Verpflichtung ist erforderlich, um die festgestellte Zuwiderhandlung wirksam abzustellen und ein verordnungskonformes Verhalten der Antragsgegnerin sicherzustellen. Sie entfaltet Wirkung ab dem noch nicht abgeschlossenen Kalenderjahr 2015.

III.

Tenor zu Ziffer 3.) ordnet an, dass hinsichtlich der Kosten gemäß § 91 EnWG ein gesonderter Bescheid ergeht.

Rechtsmittelbelehrung

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

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

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

Bonn, den 14.10.2015

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer