



Verkündet am 18. Januar 2017

OBERLANDESGERI
CHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., die Richterin am Oberlandesgericht F. und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. K. auf die mündliche Verhandlung am 9. November 2016

b e s c h l o s s e n :

Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin zu 2) wird die Bundesnetzagentur verpflichtet, unter teilweiser Aufhebung des Beschlusses vom 14.12.2015 (BK8-15/M0843-01) die Beschwerdeführerin zu 1) zu verpflichten, eine zeitgleiche Zusammenführung der Leistungswerte der Entnahmestellen im Umspannwerk A. und der Entnahmestellen im Umspannwerk B. zum Zwecke der Ermittlung des Jahresleistungsentgelts (Pooling) gemäß § 17 Abs. 2 a S. 4 Nr. 2 StromNEV mit Wirkung zum 01.01.2014 vorzunehmen.

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin zu 1) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens tragen die Beschwerdeführerin zu 1) und die Bundesnetzagentur je zur Hälfte. Ihre außergerichtlichen Aufwendungen trägt die Beschwerdeführerin zu 1) selbst. Die zur

zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen außergerichtlichen Aufwendungen der Beschwerdeführerin zu 2) werden der Bundesnetzagentur auferlegt.

Gründe:

A.

Die Beschwerdeführerin zu 2) betreibt im Stadtgebiet ... auf der Niederspannungs- und Mittelspannungsebene ein Elektrizitätsverteilernetz, an das etwa ... Kunden angeschlossen sind. Die Beschwerdeführerin zu 1) ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der C. und betreibt in ... ein Netzunternehmen für Strom, Gas und Wasser.

Das Netz der Beschwerdeführerin zu 2) ist über drei Entnahmestellen in Hochspannung an das Netz der Beschwerdeführerin zu 1) angeschlossen. Zwei der drei Entnahmestellen liegen im Umspannwerk B., die dritte Entnahmestelle im Umspannwerk A. Die 110 kV/20kV-Transformatoren in den Umspannwerken stehen im Eigentum der Beschwerdeführerin zu 2), die Eigentumsgrenze liegt oberspannungsseitig an den sammelschienenseitigen Klemmen an den 110kV-Leistungsschaltern der Trafoabzweige der Beschwerdeführerin zu 2). Die Entnahmestellen sind mit der Unterspannungsebene jeweils über Transformatoren verbunden. Kundenseitig besteht damit eine induktive Verbindung der verschiedenen Entnahmestellen. Die Umspannwerke sind über Betriebsmittel der Beschwerdeführerin zu 2) in Mittelspannung miteinander verbunden. Die Bezugslast des nachgelagerten Netzes kann zwischen der Entnahmestelle im Umspannwerk A. und den Entnahmestellen im Umspannwerk B. vollständig verlagert werden. So wurde das Netz der Beschwerdeführerin zu 2) im Januar 2014 während Revisionsarbeiten im Umspannwerk B. komplett aus der Entnahmestelle im Umspannwerk A. versorgt. Umgekehrt erfolgte die Versorgung des gesamten Netzes im September 2014 wegen einer dreistündigen Abschaltung des Umspannwerks A. vollständig über die Entnahmestellen im Umspannwerk B.

Bis Ende des Jahres 2013 rechnete die Beschwerdeführerin zu 1) die Entnahmestellen der Beschwerdeführerin zu 2) in den Umspannwerken B. und A. gepoolt ab. Nach Inkrafttreten der Neuregelung des Pooling in § 17 Abs. 2a StromNEV kündigte die Beschwerdeführerin zu 1) mit Schreiben vom 05.02.2014 an, angesichts der umstrittenen Auslegung des Begriffs der „galvanischen

„Verbindbarkeit“ zunächst lediglich Abschläge in Rechnung zu stellen, deren Berechnung eine gepoolte Ermittlung der Jahreshöchstlast zugrunde lag. Mit Schreiben vom 20.10.2014 teilte sie mit, rückwirkend für den Zeitraum ab dem 01.01.2014 der Netznutzungsabrechnung in Ermangelung verbindlicher behördlicher Auslegungsvorgaben für das Pooling ausschließlich den Wortlaut des § 17 Abs. 2a StromNEV sowie die entsprechende Verordnungsbegründung zugrunde zu legen. Diese stelle klar, dass über mehrere Netzebenen hinweg keine galvanische Verbindung möglich sei. Sie stornierte die bisher in Rechnung gestellten Abschläge und ersetzte diese durch eine monatscharfe, entpoolte Abrechnung. Durch die geänderte Abrechnungspraxis erhöhen sich die vorgelagerten Netzentgelte für das Jahr 2014 um ... Euro.

Zum Verständnis der in § 17 Abs. 2 a Nr. 4 StromNEV vorausgesetzten „galvanischen Verbindung“ heißt es in dem „gemeinsamen Positionspapier der Landesregulierungsbehörden und der Bundesnetzagentur zur Auslegung von § 2 Nr. 11 und § 17 Abs. 2 a StromNEV (Pooling)“ in der Fassung vom 14.11.2014:

„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 Buchst. b) und § 17 Abs. 2 a) 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 (BK 8 – 11/015 bis BKA 8 – 11/022) zusammen mit der Auslegungshilfe zu der vorgenannten Festlegung vom 20.12.2011 (dort S. 1) zugrundeliegende weitere Begriffsverständnis maßgeblich. Die „Verbindbarkeit“ elektrischer Leitungen ist ausreichend, so dass durch eine Schalthandlung eine Verbindung geschaffen werden kann.“

Die Beschwerdeführerin zu 2) leitete bei der Bundesnetzagentur ein Missbrauchsverfahren gemäß § 31 Abs. 1 EnWG zwecks Überprüfung des Verhaltens der Beschwerdeführerin zu 1) betreffend die Abrechnung in der Hochspannungsebene ein. Sie begehrte die Verpflichtung der Beschwerdeführerin zu 1), die Entnahmestellen in den Umspannwerken A. und B. mit Wirkung zum 01.01.2014 gepoolt abzurechnen. Mit dem angegriffenen Beschluss gab die Bundesnetzagentur dem Antrag teilweise statt. Unter Ziff. 1 des Tenors wurde festgestellt, dass die Weigerung der Beschwerdeführerin zu 1), die Leistungswerte

der Entnahmestelle im Umspannwerk A. und der Entnahmestellen im Umspannwerk B. zum Zwecke der Ermittlung des Jahresleistungsentgeltes zeitgleich zusammenzuführen (Pooling), gegen §§ 21 EnWG, 17 Abs. 2a StromNEV verstoße. Zugleich verpflichtete die Bundesnetzagentur die Beschwerdeführerin zu 1), eine zeitgleiche Zusammenführung der Leistungswerte der Entnahmestelle im Umspannwerk A. und der Entnahmestellen im Umspannwerk B. zum Zwecke der Ermittlung des Jahresleistungsentgeltes (Pooling) vorzunehmen (Tenorziffer 2). Der weitergehende, sich auf die Abrechnung für das Kalenderjahr 2014 beziehende Antrag wurde abgewiesen (Tenorziffer 3).

Zur Begründung führte die Bundesnetzagentur aus, das Begehren der Beschwerdeführerin zu 2) sei unzulässig, soweit für das abgeschlossene Kalenderjahr 2014 eine Neuberechnung der Netzentgelte gefordert werde. Eine gegenwärtige Interessenberührung liege nur hinsichtlich des noch nicht abgeschlossenen Jahres 2015, nicht aber in Bezug auf das Jahr 2014 vor. Bei der Kalkulation und Abrechnung der Netzentgelte sei eine kalenderjährliche Betrachtung vorzunehmen. Soweit die Beschwerdeführerin zu 2) eine rückwirkende Neuberechnung für das Kalenderjahr 2014 begehre, betreffe der gerügte Verstoß einen abgeschlossenen Zeitraum und sei bereits beendet. Eine nur mittelbare Fortwirkung in Form eines der Beschwerdeführerin zu 2) gegebenenfalls entstandenen Schadens sei im Rahmen des Missbrauchsverfahrens unbeachtlich.

Im Übrigen seien die Anträge zulässig und begründet. Ein missbräuchliches Verhalten der Beschwerdeführerin zu 1) liege vor. Die Verweigerung des Poolings der streitgegenständlichen Entnahmestellen verstoße gegen §§ 21 EnWG, 17 Abs. 2a StromNEV. Das Vorliegen einer kundenseitigen „galvanischen Verbindung“ gemäß § 17 Abs. 2a Satz 1 Nr. 4 2. Alt. StromNEV sei zu bejahen. Insoweit sei an dem in dem Positionspapier dargelegten Verständnis festzuhalten, wonach eine galvanische Verbindung auch dann vorliege, wenn im Falle der Zwischenschaltung von Transformatoren zwischen den miteinander zu poolenden Entnahmestellen lediglich eine sogenannte induktive Verbindung bestehe, die aber die Verlagerung eines hohen Anteils der Entnahmeleistung ermögliche. Das streng technische Begriffsverständnis der Beschwerdeführerin zu 1) sei demgegenüber abzulehnen.

Gegen diesen Bescheid haben sowohl die Beschwerdeführerin zu 2) als auch die Beschwerdeführerin zu 1) form- und fristgerecht Beschwerde eingelegt. Die

Beschwerdeführerin zu 1) wendet sich gegen die weitgehende Stattgabe des Missbrauchsantrags in den Tenorziffern 1) und 2). Die Beschwerde der Beschwerdeführerin zu 2) richtet sich gegen die teilweise Zurückweisung des Missbrauchsantrags in Tenorziffer 3) des Beschlusses. Die Beschwerdeverfahren sind durch Beschluss des Senats vom 15.02.2016 miteinander verbunden worden.

Die Beschwerdeführerin zu 1) macht geltend, dass die Bundesnetzagentur den Begriff der „galvanischen Verbindung“ in § 17 Abs. 2a Satz 1 Nr. 4 2. Alt. StromNEV rechtsfehlerhaft auslege. Die korrekte Auslegung führe zu einem engen technischen Verständnis des Begriffs der „galvanischen Verbindung“. Der Wortlaut der Vorschrift sei eindeutig. Da sich eine galvanische und eine induktive Verbindung technisch gegenseitig ausschließen, sei es nicht möglich, den Begriff „galvanisch“ in einer Weise auszulegen, dass er auch sein Gegenteil, nämlich induktiv bedeute. Der Begriff „galvanisch“ habe keine andere Bedeutung als die Bezeichnung einer Verbindung über elektrisch leitfähiges Material, worunter eine induktive Verbindung im Rahmen einer Transformation elektrischer Energie nicht gefasst werden könne. Das Verständnis des Begriffs „galvanisch“ als elektrisch leitfähiges Material bilde daher die Grenze einer möglichen Auslegung des § 17 Abs. 2a StromNEV.

Zu demselben Ergebnis gelange auch die historische Auslegung des Wortlauts. Der Verordnungsgeber habe bei der Schaffung des § 17 Abs. 2a StromNEV ausdrücklich auf die Pooling-Festlegung der Bundesnetzagentur zurückgegriffen und in der Verordnungsbegründung ausführlich erklärt, welche Teile dieser Festlegung in die Vorschrift des § 17 Abs. 2 StromNEV überführt würden und welche nicht. Er habe sich somit im Detail mit Inhalt und Historie der Pooling-Festlegung beschäftigt und sei bewusst von einzelnen Aspekten der Festlegung abgewichen, während er andere übernommen habe, darunter auch die Voraussetzung einer „galvanischen Verbindung“. Letzteres sei in Kenntnis der vermeintlich versehentlichen Verwendung dieses Begriffs durch die Bundesnetzagentur geschehen, so dass eine irrtümliche Verwendung des Begriffs durch den Verordnungsgeber nicht in Betracht komme.

Schließlich habe der Verordnungsgeber in der Begründung zu § 2 Nr. 11 StromNEV ausdrücklich erläutert, dass er unter einer „galvanischen Verbindung“ eine „elektrisch leitfähige Verbindung“ verstehe. Diese Erläuterung des Verordnungsgebers ignoriere die Bundesnetzagentur, indem sie den Begriff erweiternd auslege. Ein derartiges

Vorgehen sei mit den juristischen Auslegungsregeln unvereinbar.

Der Ordnungsgeber habe das netzknotenübergreifende Pooling zu Recht nur in engen Ausnahmefällen der – technisch verstandenen – kundenseitigen galvanischen Verbindung zugelassen. Sobald die Entnahmestellen nicht mehr innerhalb eines gemeinsamen Netzknotens stünden, würden im vorgelagerten Netz unterschiedliche Betriebsmittel beansprucht. Der physikalische Pfad unterscheide sich hinsichtlich der Entnahmestellen. Alle Betriebsmittel bis zum Zusammenfluss der Lastströme müssten daher für die Gesamlastströme der Entnahmestellen vorgehalten werden. Durch die zeitgleiche Betrachtung über Netzknoten hinweg erfolge indes keine angemessene Beteiligung an diesen Netzkosten. Somit sei auch im Hinblick auf den Gesichtspunkt der verursachungsgerechten Verteilung der Kosten des vorgelagerten Netzes ein Pooling von Entnahmestellen in unterschiedlichen Netzknoten und ohne kundenseitige galvanische Verbindung nicht sachgerecht. Zudem entfalle entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin zu 2) bei einem netzknotenübergreifenden Pooling nicht die Notwendigkeit des Ausbaus des vorgelagerten Netzes, denn dieses sei bereits wegen der jeweils zugesicherten Anmeldeleistung auszubauen.

Dagegen habe die Bundesnetzagentur zu Recht darauf erkannt, dass eine gegenwärtige erhebliche Interessenberührung nicht vorliege und den Antrag der Beschwerdeführerin zu 2) im Hinblick auf das Kalenderjahr 2014 als unzulässig zurückgewiesen. Es sei nicht Aufgabe der Bundesnetzagentur, im Rahmen eines besonderen Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines Verhaltens nachträglich festzustellen. Eine gegenwärtige Interessenbeeinträchtigung könne auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass ein Einfluss der im Jahr 2014 entrichteten Netzentgelte auf das System der Anreizregulierung bestehe. Tatsächlich gehe es der Beschwerdeführerin zu 2) allein um die nachträgliche Änderung der Abrechnung und die teilweise Rückzahlung von Netzentgelten in Form einer ungerechtfertigten Bereicherung nach § 812 BGB. Das diesbezügliche Abrechnungsverhalten könne, da es abgeschlossen sei, nicht mehr beeinflusst, sondern nur noch teilweise rückabgewickelt werden. Dies belege die fehlende Gegenwartigkeit der angeblichen Interessenberührung.

Die Beschwerdeführerin zu 1) beantragt,

1. den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 14.10.2015 (BK8–15/M0843-01), hinsichtlich Ziffern 1) und 2) des Tenors aufzuheben und den Missbrauchsantrag der Beschwerdeführerin zu 2) auch diesbezüglich abzuweisen,
2. die Beschwerde der Beschwerdeführerin zu 2) zurückzuweisen.

Die Beschwerdeführerin zu 2) wendet sich gegen die teilweise Zurückweisung ihres Missbrauchsantrags als unzulässig. Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur liege eine gegenwärtige erhebliche Interessenberührung vor. Es komme allein darauf an, ob das als missbräuchlich gerügte Verhalten andauere und ihre Interessen gegenwärtig negativ berühre, dagegen nicht darauf, ob ein einheitliches und andauerndes missbräuchliches Verhalten einen nach Auffassung der Bundesnetzagentur abgeschlossenen Zeitraum betreffe. Aus Wortlaut, Fristenbindung und Funktion des besonderen Missbrauchsverfahrens als zügiges Streitschlichtungsverfahren folge vielmehr, dass die von der Bundesnetzagentur vorgenommene künstliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebenssachverhaltes rechtsfehlerhaft sei. Unstreitig habe die missbräuchliche Abrechnungspraxis bei Erlass der Entscheidung fortgedauert, so dass die Annahme der Bundesnetzagentur, es handele sich bei der Abrechnung für das Jahr 2014 um eine nachrangige abrechnungstechnische Abwicklung eines abgeschlossenen Kalenderjahres, die getrennt von dem eigentlich gerügten Verstoß zu betrachten sei, verfehlt sei.

Hinsichtlich der Tenorziffern 1) und 2) sei der von der Beschwerdeführerin zu 1) angegriffene Beschluss dagegen rechtsfehlerfrei ergangen. Bei Zugrundelegung des Rechtsverständnisses der Beschwerdeführerin zu 1) wäre die Regelung des § 17 Abs. 2a StromNEV diskriminierend und wegen Verstoßes gegen § 21 EnWG nichtig. Die Vorschrift sei einer gesetzeskonformen Auslegung in zwei Varianten zugänglich. Auch wenn unterstellt werde, dass der Begriff der „galvanischen Verbindung“ streng technisch zu verstehen sei, sei nach Wortlaut, Sinn und Zweck sowie Historie eine galvanische Verbindung zwischen Netzknoten ausreichend, wie sie im Streitfall unstreitig bestehe. Nach dem Wortlaut der Vorschrift reiche **eine** kundenseitige galvanische Verbindung aus. Dass die galvanische Verbindung zwischen den Entnahmestellen selbst bestehen müsse und nicht eine galvanische Verbindung der Netzknoten ausreiche, sei damit schon nach dem Wortlaut nicht zwingend.

Das Verständnis, wonach eine „galvanische Verbindung“ zwischen den Netzknoten ausreiche, trage auch dem Sinn und Zweck der Regelung Rechnung. Das Erfordernis einer galvanischen Verbindung solle gewährleisten, dass eine Lastverschiebbarkeit zwischen den Entnahmestellen bestehe, wie sie im Streitfall unstreitig gegeben sei. Insoweit sei jedoch irrelevant, ob die Entnahmestellen selbst oder die Umspannwerke galvanisch verbunden seien.

Auch aus der Historie folge, dass der Begriff der galvanischen Verbindung in dem genannten Sinne zu verstehen sei. Der Ordnungsgeber selbst definiere die „galvanische Verbindung“ im Zusammenhang mit dem netzknotenübergreifenden Pooling - anders als im Zusammenhang mit dem Netzknoten nach § 2 Nr. 11 StromNEV – als Möglichkeit, die Entnahmeleistung durch eigene Betriebsmittel zu verlagern. Zudem führe das Verständnis der Beschwerdeführerin zu 1) dazu, dass ein netzknotenübergreifendes Pooling in zahlreichen Fällen ausgeschlossen sei, obwohl es nach dem ausdrücklich erklärten Ziel des Ordnungsgebers gegenüber den Vorgaben der Pooling-Festlegung erleichtert werden sollte.

Darüber hinaus lasse § 17 Abs. 2a StromNEV aber auch Raum für eine Auslegung, wonach dem Begriff der „galvanischen Verbindung“ ein nicht streng technisches Verständnis zugrunde gelegt werde. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin zu 1) sei eine isolierte Wortlautinterpretation unabhängig vom Hintergrund der Begriffsgeschichte nicht verfassungskonform. Maßstab für die Wortlautauslegung sei neben dem allgemeinen Sprachgebrauch auch die Fachsprache in der Ausprägung des betreffenden Gesetzes. Unter Berücksichtigung insbesondere der Begriffsgeschichte sei nicht von einem streng technischen Begriffsverständnis auszugehen. Der Ordnungsgeber selbst mache in der Verordnungsbegründung von dem Begriff der galvanischen Verbindung keinen einheitlichen Gebrauch und lasse damit eine gesetzeskonforme - und branchenweit vertretene - Auslegung dahingehend zu, dass auch eine induktive Verbindung zwischen den Entnahmestellen für ein Pooling ausreiche. Es liege demnach auch keine fehlerhafte Begriffsverwendung durch den Ordnungsgeber vor, sondern aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung, der Historie des Begriffs sowie Sinn und Zweck der Regelung ergebe sich eindeutig, dass bei hinreichender Lastverschiebbarkeit über Betriebsmittel des Netznutzers ein Pooling zwischen Netzknoten vorzunehmen sei. Auf die Frage, ob eine analoge Anwendung des § 17 Abs. 2a StromNEV möglich und in der streitgegenständlichen Konstellation

erforderlich sei, komme es demnach nicht an.

Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin zu 1) sei bei der hier streitgegenständlichen Konstellation ein Ausbau des vorgelagerten Netzes nicht erforderlich. Zwar sei je Umspannwerk eine Netzanschlusskapazität von ... MW vereinbart, jedoch dürften insgesamt nicht mehr als ... MW über sämtliche Entnahmestellen zeitgleich bezogen werden, so dass ein Ausbau des vorgelagerten Netzes auf insgesamt ... MW nicht erforderlich sei.

Die Beschwerdeführerin zu 2) beantragt,

1. die Bundesnetzagentur zu verpflichten, unter teilweiser Aufhebung ihres Beschlusses vom 14.10.2015 (BK8–15/M0843–01) die Beschwerdeführerin zu 1) zu verpflichten, eine zeitgleiche Zusammenführung der Leistungswerte der Entnahmestelle im Umspannwerk A. und der Entnahmestellen im Umspannwerk B. zum Zwecke der Ermittlung des Jahresleistungsentgeltes (Pooling) gemäß § 17 Abs. 2a Satz 4 Nr. 2 StromNEV mit Wirkung zum 01.01.2014 vorzunehmen.
2. die Beschwerde der Beschwerdeführerin zu 1) gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 14.10.2015 (BK8–15/M0843-01) zurückzuweisen.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerden zurückzuweisen.

Sie verteidigt den angegriffenen Beschluss unter Wiederholung und Vertiefung seiner Gründe. Dass die Beschwerdeführerin zu 1) der Beschwerdeführerin zu 2) ein Pooling der streitgegenständlichen Entnahmestellen verweigere, sei missbräuchlich im Sinne des § 31 EnWG. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin zu 1) erfasse der Begriff der „galvanischen Verbindung“ in § 17 Abs. 2a Satz 1 Nr. 4 2. Alt StromNEV auch induktive Verbindungen. Die von der Beschwerdeführerin zu 1) begehrte Beschränkung des Poolings auf eine galvanische Verbindung im streng technischen Sinne widerspreche insbesondere dem Zweck der Pooling-Regelung. Maßgeblich sei die Möglichkeit einer kundenseitigen Lastverlagerung zwischen den Entnahmestellen. Auch der Gesetzgeber gehe in seiner Begründung davon aus, dass induktive Verbindungen ausreichend seien. In systematischer Hinsicht spreche ein Vergleich der beiden Varianten des § 17 Abs. 2a StromNEV ebenfalls für eine

weite, induktive Verbindungen einbeziehende Auslegung. So lägen die Entnahmestellen der Beschwerdeführerin zu 2) jeweils in einem Umspannwerk, das virtuell als ein Punkt angesehen werde, in dem die Anschlüsse zusammen liefen. Somit sei es in diesem Fall gerade nicht erforderlich, dass die eigentlichen Anschlusspunkte innerhalb eines Netzknotens galvanisch miteinander verbunden sein müssten. Ein Verständnis der Regelungen, wie von der Beschwerdeführerin zu 1) vertreten, stünde nicht mit der historischen Verwendung des Begriffs in Einklang und liefe dem Gesetzeszweck zuwider.

Soweit die Beschwerdeführerin zu 2) eine Feststellung für den Zeitraum ab dem 01.01.2014 begehrt habe, sei das Begehren unzulässig. Es fehle an einer gegenwärtigen Interessenberührung. Der Bundesnetzagentur sei ein Rückgriff in abgeschlossene Zeiträume im Rahmen des besonderen Missbrauchsverfahrens verwehrt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang der Regulierungsbehörde und das Protokoll der Senatssitzung vom 9. November 2016 Bezug genommen.

B.

Die zulässige Beschwerde der Beschwerdeführerin zu 1) gegen die weitgehende Stattgabe des Missbrauchsantrags hat keinen Erfolg. Die gegen die teilweise Zurückweisung ihres Missbrauchsantrags gerichtete Beschwerde der Beschwerdeführerin zu 2) ist zulässig und begründet.

I. Die Beschwerdeführerin zu 1) ist verpflichtet, die Entnahmestellen der Beschwerdeführerin zu 2) gepoolt abzurechnen. Die Voraussetzungen nach § 17 Abs. 2a S. 1 Nr. 4 2. Alt. StromNEV, unter denen eine solche Abrechnung zwingend vorzunehmen ist, sind erfüllt. Die Weigerung der Beschwerdeführerin zu 1), eine gepoolte Abrechnung vorzunehmen, weil kundenseitig keine galvanische Verbindung der Entnahmestellen bestehe, ist missbräuchlich im Sinne des § 31 Abs. 1 S. 2 EnWG.

1. Grundsätzlich wird je Entnahmestelle ein Netzentgelt erhoben, während beim „Pooling“ die zeitgleiche Abrechnung mehrerer durch denselben Netznutzer genutzter Entnahmestellen erfolgt. Eine Entnahmestelle ist gemäß § 2 Nr. 6

StromNEV der Ort der Entnahme elektrischer Energie aus einer Netz- oder Umspannebene durch Letztverbraucher, Weiterverteiler oder die jeweils nachgelagerte Netz- oder Umspannebene. Bei einer gepoolten Abrechnung werden mehrere an das vorgelagerte Netz angeschlossene Entnahmestellen zum Zwecke der Berechnung des Jahresleistungsentgeltes zu einer Entnahmestelle zusammengeführt. Die abrechnungsrelevante Leistungsspitze richtet sich nach der „zusammengefassten“ Entnahmestelle und nicht separat nach jedem Entnahmepunkt. Dies führt in der Regel zu geringeren abrechnungsrelevanten Werten für die Jahreshöchstleistung als bei einer getrennten und damit zeitungleichen Abrechnung der einzelnen Entnahmestellen.

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:

- (Nr. 1) durch denselben Netznutzer (Letztverbraucher oder Weiterverteiler) genutzt werden, d.h. derselben natürlichen oder juristischen Person
- (Nr. 2) mit dem Elektrizitätsversorgungsnetz desselben Netzbetreibers verbunden sind,
- (Nr. 3) sich auf der gleichen Netz- oder Umspannebene befinden und
- (Nr. 4, 1. Alt.) entweder Bestandteil desselben Netzknotens sind oder (Nr. 4, 2. Alt.) bei Vorliegen einer kundenseitigen galvanischen Verbindung an das Elektrizitätsversorgungsnetz angeschlossen sind.

Diese Voraussetzungen müssen gleichzeitig vorliegen und sind vom Netznutzer nachzuweisen. Sind die zusammenzufassenden Entnahmestellen mit demselben Netzknoten verbunden (also dessen Bestandteil), so kommt es für die Zulässigkeit des Poolings nicht auf das kundenseitige Vorhandensein einer galvanischen Verbindung durch eine entsprechende Schalthandlung an. Gehören die Entnahmestellen eines Netznutzers nicht zu demselben Netzknoten, so müssen sie gemäß § 17 Abs. 2a Nr. 4, 2. Alt. StromNEV „bei Vorliegen einer kundenseitigen galvanischen Verbindung an das Elektrizitätsversorgungsnetz angeschlossen sein“.

2. Die Voraussetzungen des § 17 Abs. 2a, S. 1 Nr. 1 bis 3 StromNEV liegen unstrittig vor. Darüber hinaus ist auch eine galvanische Verbindung im Sinne des § 17 Abs. 2a

S. 1 Nr. 4, 2. Alt. StromNEV und damit die Zulässigkeit eines netzknotenübergreifenden Poolings der streitgegenständlichen Entnahmestellen zu bejahen.

2.1. Unter einer galvanischen Verbindung ist elektrotechnisch und nach fachsprachlichem Verständnis eine elektrisch leitende Verbindung zwischen zwei Stromkreisen in dem Sinn zu verstehen, dass der Elektronenfluss über ein leitfähiges Material erfolgt. Dagegen besteht bei einer induktiven Verbindung keine direkte Verbindung der Stromkreise über leitfähiges Material, sondern diese beeinflussen sich durch den magnetischen Fluss. Unstreitig sind die streitgegenständlichen Entnahmestellen selbst kundenseitig nicht galvanisch verbunden.

Die Eigentumsgrenze befindet sich überspannungsseitig von Transformatoren, die von der Beschwerdeführerin zu 2) betrieben werden. Die Entnahmestellen liegen gleichfalls überspannungsseitig, so dass die aus der Hochspannung entnommene Energie über die Transformatoren in die Mittelspannungsebene transformiert wird. Unterspannungsseitig sind die über die Umspannwerke angeschlossenen Versorgungsbereiche über Betriebsmittel der Beschwerdeführerin zu 2) in Mittelspannung miteinander verbunden und es ist eine hinreichende Lastverschiebbarkeit gewährleistet.

Da die Transformatoren der Beschwerdeführerin zu 2) zuzuordnen sind, ist die kundenseitige Verbindung zwischen den Entnahmestellen nur induktiv. Der Strom aus dem Hochspannungsnetz der Beschwerdeführerin zu 1) wird auf der Seite des Kunden nicht direkt über eine galvanische Verbindung, d.h. über ein leitendes Medium, sondern kontaktlos über ein elektromagnetisches Feld übertragen. Eine Lastverschiebung zwischen den Entnahmestellen ist bei dieser Form der Stromübertragung ebenso möglich wie bei einer galvanischen Verbindung. Eine galvanische Verbindung besteht dagegen unstreitig zwischen den Umspannwerken.

2.2. Dennoch ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin zu 1) das Vorliegen einer ausreichenden kundenseitigen galvanischen Verbindung im Sinne des § 17 Abs. 2a S. 1 Nr. 4 2. Alt. StromNEV zu bejahen. Die Bundesnetzagentur hat in dem angegriffenen Beschluss rechtsfehlerfrei darauf erkannt, dass auch in der streitgegenständlichen Anschlusssituation, d.h. bei der Zwischenschaltung von dem Netzkunden zuzuordnenden Transformatoren und damit bei Vorliegen einer

kundenseitig im technischen Sinne induktiven Verbindung, ein Pooling möglich ist. Die historische und teleologische Auslegung der Vorschrift gelangt zu dem Ergebnis, dass der dort verwandte Begriff der galvanischen Verbindung nicht im streng technischen Sinne zu verstehen ist, sondern ein Pooling der Entnahmestellen in der streitgegenständlichen Konstellation auch bei einer induktiven kundenseitigen Verbindung zulässt. Diesem Auslegungsergebnis stehen weder systematische Erwägungen noch der Wortlaut der Vorschrift entgegen. Die dagegen vorgebrachten Einwendungen der Beschwerdeführerin zu 1), die sich im Wesentlichen auf den vermeintlich entgegenstehenden Wortlaut der Vorschrift stützen, vermögen nicht zu überzeugen.

2.2.1. Gegen die Annahme, dass ein netzknotenübergreifendes Pooling gemäß § 17 Abs. 2a S. 1 Nr. 4 2. Alt. StromNEV eine galvanische Verbindung im streng elektrotechnischen Sinn voraussetzt, spricht zunächst die Historie des Begriffs der „galvanischen Verbindung“. Dieser wurde erstmals in der „Festlegung der Abrechnung mehrerer Entnahmestellen mit zeitgleicher Leistung (Pooling) in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV“ (BK8-11/05) vom 26.09.2011 verwandt. In der Verbändevereinbarung Strom II plus fand sich der Begriff der galvanischen Verbindung noch nicht, stattdessen wurde dort auf die „Verbindbarkeit“ abgestellt. Unter der Geltung der VV Strom II plus gingen die Marktteilnehmer davon aus, dass es einer galvanischen Verbindung im elektrotechnischen Sinn nicht bedurfte, sondern auch induktive Verbindungen erfasst waren.

Durch die Festlegung vom 26.09.2011 erließ die Bundesnetzagentur mit Wirkung zum 01.01.2012 ein weitgehendes Verbot des bis dato branchenweit praktizierten Poolings. Im Hinblick auf den dort verwandten Begriff der galvanischen Verbindung erläuterte und korrigierte die Bundesnetzagentur auf zahlreiche Fragen hin im Rahmen einer Auslegungshilfe die Verwendung dieses Begriffs dahingehend, dass ein Pooling nicht auf Konstellationen beschränkt sei, in denen eine galvanische Verbindung im elektrotechnischen Sinn bestehe, sondern auch bei einer induktiven Verbindung grundsätzlich möglich sein sollte.

Durch die Einführung der Vorschrift des § 17 Abs. 2 a StromNEV wurde die Pooling-Festlegung der Bundesnetzagentur ersetzt (vgl. BR-Drs. 447/13, S. 5). Der von der Bundesnetzagentur in der Festlegung verwandte Begriff der „galvanischen Verbindung“ wurde vom Verordnungsgeber übernommen. Anhaltspunkte dafür, dass

damit abweichend von der etablierten und durch die Auslegungshilfe bestätigten branchenweiten Abrechnungspraxis nunmehr eine Verengung auf Konstellationen erfolgen sollte, in denen eine galvanische Verbindung in elektrotechnischen Sinn besteht, liegen nicht vor. Insbesondere ergeben sich aus der umfänglichen Verordnungsbegründung keinerlei Hinweise darauf, dass der Verordnungsgeber den Begriff der galvanischen Verbindung in einem anderen als dem etablierten und tradierten Sinn verstehen wollte. Da bei einem streng elektrotechnischen Verständnis im Vergleich zu dem früheren unter der Festlegung geltenden Rechtszustand durch die neue Vorschrift des § 17 Abs. 2 a StromNEV eine erhebliche Verkürzung der Möglichkeiten des Poolings eingetreten wäre, wäre aber im Zusammenhang mit den Erläuterungen zu dieser Vorschrift ein deutlicher und unmissverständlicher Hinweis des Verordnungsgebers auf das von der Festlegung abweichende Begriffsverständnis zu erwarten gewesen.

2.2.2. Die Auslegung der Vorschrift durch die Bundesnetzagentur entspricht zudem dem zutage getretenen Willen sowie der Zielsetzung des Verordnungsgebers.

2.2.2.1. Die Verordnungsbegründung belegt, dass der Verordnungsgeber den Begriff der galvanischen Verbindung im Zusammenhang mit den Zulässigkeitsvoraussetzungen eines netzknotenübergreifenden Poolings nicht in einem streng elektrotechnischen Sinne verstanden und verwandt hat. In der Verordnungsbegründung zu § 17 Abs. 2a S. 1 Nr. 4 StromNEV (BR-Drs. 447/13, S. 11) heißt es wörtlich:

„Sind die zusammenfassenden Entnahmestellen hingegen nicht Bestandteil desselben Netzknotens im Sinne des § 2 Nr. 11 StromNEV, sondern entweder ohne Zwischenschaltung einer Übergabestelle unmittelbar oder über mehrere unterschiedliche Netzknoten an ein Elektrizitätsversorgungsnetz angeschlossen, so greift § 17 Abs. 2a S. 1 Nr. 4 2. Alt. StromNEV Platz. In diesem Fall ist ein Pooling der Entnahmestellen nur unter folgender Voraussetzung zulässig: Zwischen den Entnahmestellen muss kundenseitig, also insbesondere als Teil der Kundenanlage eines Letztverbrauchers oder als Teil des Elektrizitätsversorgungsnetzes eines Weiterverteilers entweder eine permanente galvanische Verbindung oder zumindest eine galvanische Verbindbarkeit bestehen. „Eine solche „galvanische Verbindung“ oder Verbindbarkeit im Sinne einer elektrisch leitfähigen Verbindung oder Verbindbarkeit besteht dann, wenn der Netznutzer zumindest die Möglichkeit hat, die

Entnahmeleistung an seinen Entnahmestellen durch den Einsatz eigener, hierfür durch ihre tatsächliche technische Auslegung geeigneter Betriebsmittel zu verlagern.“

Soweit in der Verordnungsbegründung als konstitutives Kennzeichen für eine galvanische Verbindung oder Verbindbarkeit auf die Verlagerungsmöglichkeit zwischen den Entnahmestellen abgestellt wird, ist diese Definition im elektrotechnischen Sinn unrichtig. Für die Möglichkeit der kundenseitigen Lastverlagerung ist es unerheblich, ob eine galvanische oder eine induktive Verbindung der Entnahmestellen besteht. Unstreitig kann auch im Streitfall die Last vollständig zwischen den Entnahmestellen verschoben werden. Die Möglichkeit der Lastverlagerung ist unabhängig von der technischen Natur der Verbindung oder Verbindbarkeit. Ob die Lastverlagerung durch eine induktive oder durch eine galvanische Verbindung, d.h. überleitfähiges Material erfolgt, hat keinen Einfluss auf die Netzkosten. Das Einsparpotential ist in beiden Konstellationen gleich zu bewerten und unabhängig von der Natur der Verbindung.

Die in der Verordnungsbegründung enthaltene Definition der galvanischen Verbindung bzw. Verbindbarkeit belegt, dass es dem Ordnungsgeber darauf ankam, ein netzknotenübergreifendes Pooling nur zuzulassen, wenn zwischen den Entnahmestellen eine kundenseitige Lastverlagerung möglich ist. Ein streng elektrotechnisches Verständnis des Begriffs der galvanischen Verbindung ist damit nicht in Einklang zu bringen.

Dass die Möglichkeit zur Lastverlagerung die Zulassung des Poolings mehrerer Entnahmestellen sachlich rechtfertigt, entspricht dem Grundsatz der Kostenverursachungsgerechtigkeit als Ausprägung der in § 21 EnWG geforderten Angemessenheit der Netzentgelte (so auch LG Offenburg, 22.07.2015, 5 O 10/15). Maßstab für die Netzentgelte ist grundsätzlich die im Abrechnungsjahr entnommene Arbeit (§ 17 Abs. 2 S. 3 StromNEV) sowie die höchste in Anspruch genommene Last je Entnahmestelle (§ 17 Abs. 2 S. 2 StromNEV). Dies trägt dem Prinzip der Verursachungsgerechtigkeit Rechnung, denn der Netzbetreiber muss das Netz so betreiben und ggfs. ausbauen, dass er jedem Netznutzer die kontrahierte Netzanschlusskapazität zur Verfügung stellen kann. Kann der Netzkunde dagegen die ihm zustehende jeweilige Last zwischen seinen Entnahmestellen verlagern, muss der vorgelagerte Netzbetreiber nicht für jede der Entnahmestellen die gesamte zeitungleiche Netzkapazität vorhalten, sondern nur die an den Entnahmestellen

insgesamt zur Verfügung zu stellende Gesamtkapazität, so dass der Netzbetreiber sein Netz auf eine geringere Netzanschlusskapazität auslegen muss und geringe Netzausbau- und Betriebskosten anfallen. Auf die Einsparung von Netzkosten als sachliche Rechtfertigung für die Zulassung eines Poolings von Entnahmestellen, die zu geringeren Netzentgelten führt, weist auch die Verordnungsbegründung ausdrücklich hin (BR-Drs. 447/13, S. 13).

Auch im Streitfall bedeutet die Möglichkeit der Lastverlagerung, dass das vorgelagerte Netz nur für eine geringere als die gesamte zeitungleiche Anschlusskapazität auszulegen ist. Die entgegenstehende Annahme der Beschwerdeführerin zu 1), wonach es nicht zu einer Einsparung von Netzausbaukosten komme, weil ein Ausbau des vorgelagerten Netzes im Hinblick auf die vertraglich zugesicherte Anmeldeleistung erforderlich sei, trifft nicht zu. Ausweislich des Netzanschlussvertrags ist zwar eine Netzanschlusskapazität je Umspannwerk von ... MW vereinbart, doch dürfen insgesamt nicht mehr als ... MW zeitgleich gezogen werden. Somit ist ein Ausbau des vorgelagerten Netzes auf eine zeitungleiche Jahreshöchstlast von ... MW gerade nicht erforderlich.

Der in dem nachgelassenen Schriftsatz vom 29.11.2016 darüber hinaus erhobene Einwand der Beschwerdeführerin zu 1), wonach unter dem Gesichtspunkt der verursachungsgerechten Verteilung der Kosten des vorgelagerten Netzes ein netzknotenübergreifendes Pooling ohne eine kundenseitige galvanische Verbindung im technischen Sinne schon deswegen unangebracht sei, weil alle Betriebsmittel für die Gesamtlastströme der Entnahmestellen vorgehalten werden müssten, geht fehl. Für die Entstehung der Kosten im vorgelagerten Netz kommt es nicht darauf an, ob eine galvanische oder eine induktive Verbindung besteht. In beiden Fällen entstehen gleiche Kosten, so dass der Grundsatz einer verursachungsgerechten Kostenverteilung einer gepoolten Abrechnung von nur induktiv verbundenen Entnahmestellen nicht entgegensteht.

2.2.2.2. Es entsprach zudem der erklärten Absicht des Ordnungsgebers, durch die Änderung der StromNEV die Möglichkeit, Entnahmestellen gepoolt abzurechnen, gegenüber der bis dahin geltenden Festlegung der Bundesnetzagentur auszudehnen. Nach der Pooling-Festlegung der Bundesnetzagentur war ein Pooling der streitgegenständlichen Konstellation während der ersten Regulierungsperiode zulässig. Unter Bezugnahme auf diese Festlegung wird in der

Verordnungsbegründung ausdrücklich das Ziel formuliert, durch eine vereinfachte Weiterführung des Poolings im Verhältnis zwischen vorgelagerten Netzbetreibern und Weiterverteilern über die erste Regulierungsperiode hinaus und über mehrere Netzknoten hinweg erhebliche zusätzliche Kosten durch ansonsten erforderlich werdende Netzausbaumaßnahmen zu vermeiden (BR-Drs. 447/13, S. 6). Dieses Ziel wird bei Zugrundelegung des von der Beschwerdeführerin zu 1) vertretenen Begriffsverständnisses, das zu einer erheblichen Einschränkung des Anwendungsbereichs für ein netzknotenübergreifendes Pooling führen würde, jedoch konterkariert.

2.2.3. Auch eine am Sinn und Zweck der Vorschrift orientierte Auslegung führt zu dem Ergebnis, dass die Bundesnetzagentur ein zutreffendes Begriffsverständnis zugrunde gelegt hat.

Wie sich aus den voranstehenden Ausführungen ergibt, entspricht es der ratio der Vorschrift, diejenigen Netznutzer zu entlasten, denen eine Lastverlagerung über eigene Betriebsmittel möglich ist, wodurch das vorgelagerte Netz in einem geringeren Umfang auszubauen ist. Da es für die Möglichkeit einer Lastverlagerung aber technisch unerheblich ist, ob die Stromflüsse durch vorhandene galvanische Verbindungen im elektrotechnischen Sinne erfolgen oder ob eine Umspannung über Transformatoren zwischengeschaltet ist, d.h. im elektrotechnischen Sinn eine induktive Verbindung vorliegt, würde ein Ausschluss der Abnehmer, bei denen wie im Streitfall eine induktive Verbindung über ein elektrotechnisches Magnetfeld erfolgt, zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung zwischen den Abnehmergruppen führen. Zu diesem Ergebnis gelangt auch das LG Offenburg (Urteil vom 22.07.2015, 5 O 10/15 KfH), folgert daraus jedoch nicht, dass dieses Verständnis der Regelung des § 17 Abs. 2a S. 1 Nr. 4 2. Alt. StromNEV unrichtig ist, sondern nimmt an, dass die Vorschrift gegen das Diskriminierungsverbot in § 21 EnWG verstoße und deswegen ungültig sei.

Eine sachlich nicht gerechtfertigte und der ratio der Norm widersprechende Ungleichbehandlung ergäbe sich bei Zugrundelegung eines streng technischen Begriffsverständnisses zudem daraus, dass allein die Frage des Eigentums an den Transformatoren zu unterschiedlichen Abrechnungsverhältnissen bei tatsächlich identischen Anschlusskonstellationen führen würde. Die Anschlusskonstellation, in der die Transformatoren vom Netznutzer betrieben werden, ist technisch identisch

mit derjenigen, in der die Transformatoren vom Netzbetreiber betrieben werden. In beiden Fällen besteht eine kundenseitige Verbindbarkeit der über die Umspannwerke angeschlossenen Versorgungsbereiche und in beiden Fällen ist die Last zwischen den Entnahmestellen verschiebbar. Damit ist in beiden Fällen die im vorgelagerten Netz bereitzustellende Netzkapazität auf die zeitgleich bemessene Last begrenzt. Der einzige Unterschied ist rein rechtlicher Natur und besteht in der Zuordnung der Transformatoren zum vorgelagerten Netzbetreiber bzw. zum Netznutzer. Eine sachliche Rechtfertigung dafür, dass die Zulassung bzw. Verweigerung eines Poolings der Entnahmestellen und damit die – erheblich unterschiedliche - Höhe der Netznutzungsentgelte bei technisch und sachlich identischer Anschlusskonstellation allein von der eigentumsrechtlichen Zuordnung abhängen soll, ist nicht erkennbar. Auch die Beschwerdeführerin zu 1) hat Gründe für eine solche Ungleichbehandlung nicht aufgezeigt.

2.2.4. Der Annahme, dass auch bei der Zwischenschaltung von dem Netzkunden zuzuordnenden Transformatoren und damit bei Vorliegen einer kundenseitig im technischen Sinne induktiven Verbindung ein Pooling möglich ist, steht nicht entgegen, dass der Begriff der „galvanischen Verbindung“ in § 2 Nr. 11 StromNEV in einem elektrotechnischen Sinn verstanden wird. Maßgeblich ist, dass es sich bei § 2 Nr. 11 b StromNEV um eine Legaldefinition des Begriffs des Netzknotens handelt, nicht aber um eine Definition des Begriffs der „galvanischen Verbindung“. Dagegen fehlt eine einheitliche gesetzliche Begriffsbestimmung für die galvanische Verbindung, die dann auch für § 17 StromNEV maßgeblich wäre.

2.2.5. Schließlich bildet der Wortlaut der Vorschrift entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin zu 1) und der in der Entscheidung des Landgerichts Offenburg vom 23.07.2015 (5 O 10/15 KfH) geäußerten Rechtsauffassung keine Zulässigkeitsgrenze für die durch die Bundesnetzagentur vorgenommene Auslegung. Die Bundesnetzagentur und die Beschwerdeführerin zu 2) weisen in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass nach dem Wortlaut nicht eine „galvanische Verbindung zwischen den Entnahmestellen“ erforderlich ist, sondern **eine** kundenseitige galvanische Verbindung vorliegen muss. Damit ist es nach dem Wortlaut der Norm nicht ausgeschlossen, auf die auch im Streitfall bestehende galvanische Verbindung zwischen den Umspannwerken abzustellen. Ob die Verbindung innerhalb der Umspannwerke, die jeweils einen Netzknoten bilden,

induktiv über Transformatoren erfolgt, ist ebenso wie beim Pooling von Entnahmestellen innerhalb eines Netzknotens unerheblich. Ein Umspannwerk wird virtuell als ein Punkt angesehen, in dem die Anschlüsse zusammenlaufen. Dies ergibt sich aus § 2 Nr. 11 a StromNEV. Danach ist es nicht erforderlich und wird vom Wortlaut des § 17 Abs. 2 a S. 1 Nr. 4 2. Alt. StromNEV nicht vorausgesetzt, dass die eigentlichen Anschlusspunkte innerhalb eines Netzknotens galvanisch miteinander verbunden sein müssen.

Darüber hinaus bildet der Wortlaut auch deswegen keine Grenze für die Auslegung, weil sich im Streitfall belegen lässt, dass der Verordnungsgeber selbst die Zulässigkeit des netzknotenübergreifenden Poolings nicht davon abhängig machen wollte, ob kundenseitig eine induktive oder eine galvanische Verbindung vorliegt, sondern davon, ob der Netzkunde über eigene Betriebsmittel eine Lastverlagerung vornehmen kann. Anhand der Begriffsgeschichte und der erläuternden Ausführungen in der Begründung lässt sich nachvollziehen, dass ein rein fachlich-technisches Begriffsverständnis für die Aufnahme in den Wortlaut der Vorschrift nicht maßgeblich war, so dass der Wortlaut einer Auslegung, die dem erkennbaren verordnungsrechtlichen Willen sowie der ratio der Vorschrift Rechnung trägt, nicht entgegen steht.

II. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin zu 2) gegen die teilweise Zurückweisung ihres Missbrauchsantrags hat Erfolg.

Die Bundesnetzagentur hat rechtsfehlerhaft angenommen, dass der Missbrauchsantrag unzulässig sei, soweit er sich auf die Verpflichtung der Beschwerdeführerin zu 1) richte, die Entnahmestellen mit Wirkung zum 01.01.2014 gepoolt abzurechnen. Es fehlt nicht deswegen an einer gegenwärtigen Interessenberührung der Beschwerdeführerin zu 2), weil sie die Verpflichtung mit Wirkung zum 01.01.2014 und damit rückwirkend begehrt.

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. Dagegen dient das Missbrauchsverfahren weder der Klärung abstrakter Rechtsfragen für die Zukunft noch einer nachträglichen Überprüfung im Sinne eines Fortsetzungsfeststellungsbegehrens.

Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist der Anwendungsbereich des § 31 EnWG im Streitfall auch für die rückwirkende Verpflichtung der Beschwerdeführerin zu 1), die Netzentgelte ab dem 01.01.2014 gepoolt abzurechnen, eröffnet, denn die Beschwerdeführerin zu 2) verfolgt gerade kein Begehren, dass der Streitschlichtung durch die Bundesnetzagentur nicht mehr oder noch nicht zugänglich ist. Vielmehr stellt sich die Weigerung der Beschwerdeführerin zu 1), die Entnahmestellen der Beschwerdeführerin gepoolt abzurechnen, insgesamt als eine andauernde, die Interessen der Beschwerdeführerin zu 2) gegenwärtig beeinträchtigende Zuwiderhandlung dar, die die Bundesnetzagentur durch eine entsprechende Verpflichtung abstellen kann. Die im Missbrauchsverfahren beantragte Überprüfung des Verhaltens der Beschwerdeführerin zu 1) ist somit auch im Hinblick auf den zurückliegenden Abrechnungszeitraum nicht auf einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt gerichtet. Eine gegenwärtige Interessenberührung liegt vielmehr bereits deswegen vor, weil die Beschwerdeführerin zu 1) eine gepoolte Abrechnung des in Rede stehenden Abrechnungszeitraums nach wie vor verweigert. Gegen das Vorliegen eines abgeschlossenen, einer Streitschlichtung nicht mehr zugänglichen Abrechnungszeitraums spricht zudem, dass die Beschwerdeführerin zu 1) die Vornahme einer gepoolten Abrechnung nicht nur für die Vergangenheit sondern auch gegenwärtig mit derselben Begründung verweigert.

Die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Aufspaltung dieses einheitlichen Streitgegenstands und Lebenssachverhalts wird der Aufgabe und Funktion des Missbrauchsverfahrens somit nicht gerecht. Zudem birgt das Vorgehen der Bundesnetzagentur, in streitigen Abrechnungsfragen eine Aufteilung in einen abgeschlossenen Abrechnungszeitraum und einen noch gegenwärtigen Sachverhalt vorzunehmen, das nicht unerhebliche Risiko zufälliger Entscheidungen. Insbesondere kann ein besonders hartnäckiges und andauerndes Verweigerungsverhalten dazu führen, dass die Gegenwärtigkeit der Interessenberührung im Missbrauchsverfahren verneint wird. Dies erscheint nicht sachgerecht.

C.

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG. Es entspricht der Billigkeit, die Kosten im Verhältnis des wechselseitigen Obsiegens und Unterliegens zu verteilen.

II. Der Senat hat den Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren entsprechend der übereinstimmenden Angaben der Beteiligten in der mündlichen Verhandlung zu dem mit der Beschwerde verfolgten wirtschaftlichen Interesse durch Beschluss auf ... Euro festgesetzt.

D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG haben.

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).

L.

F.

Dr. K.