



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

Hinweisbeschluss

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

gegen

die Festlegung der Abrechnung mehrerer Entnahmestellen mit zeitgleicher Leistung
(Pooling)

der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas Telekommunikation,

Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4

vom 26. September 2011

- BK 8-11/015 -

I.

Zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung weist der Senat nach vorläufiger Würdigung der Sach- und Rechtsfragen auf der Grundlage des bisherigen Streitstandes darauf hin, dass eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage für die streitgegenständliche Festlegung wohl nicht besteht:

Die allein in Betracht kommende Ermächtigungsgrundlage des § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV eröffnet nach Auffassung des Senats nicht die Möglichkeit, die Voraussetzungen für ein Pooling bzw. De-Pooling festzulegen. Auf die Frage, ob die

festgelegten Bedingungen, unter denen ein Pooling zulässig sein soll, sachgerecht sind, kommt es nach der derzeitigen Rechtsauffassung des Senats demnach nicht an.

1.

Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur verstößt Pooling nicht gegen die Vorschrift des § 17 Abs. 2 StromNEV. Der dort verwandte Begriff der Entnahmestelle erfasst nicht allein einen singulären physischen Anschlusspunkt, sondern auch die nach den unter der Geltung der Verbändevereinbarung II Strom plus als Branchenstandard entwickelten und branchenweit praktizierten Kriterien gepoolten Anschlusspunkte.

Das gegenteilige Verständnis der Bundesnetzagentur beruht auf dem Gedanken, dass eine Entnahmestelle im Sinne des § 17 Abs. 2 S. 1 StromNEV ein physischer Entnahme- bzw. Einspeiseort ist, so dass das Pooling und damit die Zusammenfassung **mehrerer** Entnahmestellen gegen die Vorgabe des § 17 Abs. 2 S. 1 StromNEV verstoße. Der Begriff der Entnahmestelle wird in § 2 Nr. 3 StromNEV legal definiert als

„der Ort der Entnahme elektrischer Energie aus einer Netz- oder Umspannebene durch Letztverbraucher, Weiterverteiler oder die jeweils nachgelagerte Netz- oder Umspannebene“.

Das Begriffsverständnis der Bundesnetzagentur, wonach dem Begriff des „Ortes“ ausschließlich ein realer, physischer Bedeutungsgehalt zukommt, ist nicht zwingend. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird nicht trennscharf differenziert. Vielmehr kann der Begriff neben einem konkreten, lokalisierbaren, physischen durchaus auch einen „virtuellen“ Ort bezeichnen. Trennschärfer verwandt wird der Begriff des „Punktes“, dem ein deutlich engeres Verständnis im Sinne eines scharf abgegrenzten, singulären Ortes zugrunde liegt. Hätte der Verordnungsgeber in § 17 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Nr. 3 StromNEV tatsächlich eine praktisch so bedeutsame Abrechnungsfrage wie die Zulässigkeit der Zusammenfassung mehrerer Entnahmestellen regeln wollen, hätte eine engere Begriffswahl, insbesondere die Formulierung „Entnahmepunkt“ nahegelegen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Verordnungsgeber den Begriff des „Punktes“ in § 14 Abs. 2 S. 1 StromNEV verwendet. Dort ist ausdrücklich die Rede von der „zeitgleich über alle Übergabepunkte (nicht: alle Entnahmestellen) gemessenen höchsten Leistung“.

Die Annahme der Bundesnetzagentur, unter Entnahmestelle könnten begrifflich nicht mehrere Übergabepunkte fallen, findet im Wortlaut des § 14 StromNEV damit keine Stütze. Dort wird zur Bezeichnung eines singulären Entnahme- bzw. Übergabeortes vielmehr der Begriff des Punktes verwandt.

Auch der systematische Zusammenhang mit § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV und dem dort verwandten Begriff der Abnahmestelle spricht gegen das Verständnis der Bundesnetzagentur, der Begriff der **Entnahmestelle** sei ausschließlich auf einen physischen Ort zu beschränken, während eine **Abnahmestelle** unproblematisch aus mehreren Entnahmepunkten bestehen könne. Beide Begriffe sind bis zum Erlass der streitgegenständlichen Festlegung von der Bundesnetzagentur selbst synonym verwandt worden.

In ihrem Leitfaden zur Ermittlung der individuellen Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 StromNEV (Stand 29.10.2010) hat die 4. Beschlusskammer zwischen **Zähl- bzw. Entnahmepunkten** und **Abnahmestellen** differenziert.

Dass eine **Abnahmestelle** aus mehreren Entnahmepunkten bestehen kann, wird auch in der aktuellen Fassung des Leitfadens ausdrücklich vorausgesetzt. Auch wenn sich die zitierten Ausführungen auf eine **Abnahme-** und nicht auf eine **Entnahmestelle** beziehen, kann der Sinngehalt von „Stelle“ nach Auffassung des Senats in dem Begriff der Abnahmestelle nicht anders aufzufassen als in dem der Entnahmestelle. Soweit es in dem Leitfaden heißt, „im Ergebnis sei der Begriff der Abnahmestelle im Sinne von § 19 Abs. 2 StromNEV somit weiter zu fassen als der in § 17 StromNEV verwendete Begriff der Entnahmestelle“ erfolgt diese Schlussfolgerung ohne substantielle Begründung, sondern ersichtlich mit Blick auf das gewünschte Ergebnis, wonach eine Entnahmestelle eben nicht aus mehreren Entnahmepunkten bestehen können soll. Dieser Hinweis auf den unterschiedlichen inhaltlichen Gehalt der Begriffe, der sich in der Vorgängerfassung vom 29. Oktober 2010 noch nicht findet, ist erkennbar mit Blick auf die streitgegenständliche Festlegung, in der Entnahmestelle im Sinne von Entnahmepunkt verstanden wird, aufgenommen worden.

Auch die 6. Beschlusskammer hat in der „Darstellung der Geschäftsprozesse zur Anbahnung und Abwicklung der Netznutzung bei der Belieferung von Kunden mit

Elektrizität („GPKE“; Anlage zur Festlegung BK 6 -06-009 vom 11.07.2006 in der Fassung vom 28.10.2011) in Ziff. II. 2. S. 1 die Begriffe Entnahmestelle und Abnahmestelle synonym verwendet und ausgeführt, dass eine Abnahme-/Entnahmestelle aus mehreren sogenannten Zählpunkten bestehen kann.

2.

Aus § 17 Abs. 2 S. 1 StromNEV lassen sich überdies keine Vorgaben für die Mengenabrechnung entnehmen, in deren Rahmen sich die Frage nach einem Pooling erst stellt.

Die Vorschrift bezieht sich nur auf die Berechnung der Stückkosten (Preis pro Einheit). Das einzelne Netzentgelt „pro Entnahmestelle“ setzt sich danach zusammen aus einem Jahresleistungspreis in Euro pro Kilowatt und einem Arbeitspreis in Cent pro Kilowattstunde. Für das Netzentgelt in diesem Sinne spielt die Frage nach einem Pooling mehrerer Entnahmepunkte aber noch keine Rolle.

Erst für das Entgelt, das ein konkreter Netznutzer als Produkt von Preis x Menge zu entrichten hat, wird relevant, ob Entnahmestellen gepoolt abgerechnet werden dürfen. Für dieses – ggfs. durch Pooling betroffene - Jahresleistungsentgelt wird die Zusammenfassung mehrerer Entnahmen in der StromNEV aber gerade vorausgesetzt:

§ 17 Abs. 2 S. 2 StromNEV stellt nämlich nicht auf die Entnahmestelle, sondern auf die „jeweilige Entnahme“ ab. Der für die Netzabrechnung nach § 17 Abs. 2 S. 2 StromNEV maßgebliche Begriff der Jahreshöchstlast wird in § 2 Nr. 4 StromNEV legaldefiniert. Jahreshöchstlast ist danach der

„höchste Leistungswert einer oder mehrerer Entnahmen aus einer Netz- oder Umspannebene oder einer oder mehrerer Einspeisungen im Verlauf eines Jahres“.

Die Definition der Jahreshöchstleistung geht somit davon aus, dass mehrere Entnahmen - an unterschiedlichen Entnahmepunkten - zu einer abrechnungsrelevanten Entnahmestelle zusammengefasst werden können. Das Argument der Bundesnetzagentur, § 17 Abs. 2 S. 1 StromNEV gehe der Legaldefinition vor, vermag nicht zu überzeugen. § 17 Abs. 2 S. 1 StromNEV steht in einem unmittelbaren sachlichen und räumlichen Kontext mit der Vorschrift des Satzes 2, die die Ermittlung des Jahresleistungsentgelts aus Jahresleistungspreis und Jahreshöchstlast vorgibt. Da Satz 2 schon begrifflich auf die Legaldefinition zurückgreift, sind Gründe, die für eine getrennte Betrachtung von § 17 Abs. 2

StromNEV und § 2 Nr. 4 StromNEV streiten, nicht ersichtlich. Eine „situationsbedingte“ Anwendung des § 2 Nr. 4 StromNEV, wie von der Bundesnetzagentur vorgeschlagen, muss schon angesichts des mit einer Legaldefinition verfolgten Zwecks, die einheitliche Anwendung des dadurch konkretisierten, unbestimmten Rechtsbegriffs zu ermöglichen und sicherzustellen, außer Betracht bleiben.

3.

Gegen die Annahme der Bundesnetzagentur, § 17 Abs. 2 S. 1 StromNEV enthalte ein umfassendes Poolingverbot, spricht nicht zuletzt auch die Historie der StromNEV und der zu Tage getretene Wille des Ordnungsgebers. Vor Inkrafttreten der StromNEV am 29. Juli 2005 wurde die Ausgestaltung der Netzzugangsbedingungen ergänzend zum EnWG (1998) durch Verbände in Form sogenannter Verbändevereinbarungen durch Rahmenrichtlinien erarbeitet. Auch wenn sie für die beteiligten Mitgliedsunternehmen unverbindlich waren, setzten sie sich in der Praxis flächendeckend durch. Durch Neufassung des Energiewirtschaftsgesetzes wurde ihre Wirkung gemäß §§ 6 Abs. 1 S. 5, 6 a Abs. 2 S. 5 EnWG (2003) insofern verstärkt, als dass bei Erfüllung der Verbändevereinbarung bis zum 31. Dezember 2003 die Erfüllung „guter fachlicher Praxis“ vermutet wurde.

Im Rahmen der mit Inkrafttreten der StromNZV und der StromNEV abgelösten Verbändevereinbarung II Strom plus war das Pooling (dort als Summenlastgangzählung bezeichnet) insbesondere für wechselseitig redundante Entnahmestellen als Branchenstandard unter folgenden Voraussetzungen anerkannt (Vgl. Teil 1 des Zwischenberichts der Verbände zum Stand des verhandelten Netzzugangs v. 5.12.2003, S. 9):

- Entnahmepunkte gehören demselben Netzkunden
- sind kundenseitig verbunden oder durch Schaltmaßnahmen verbindbar
- Versorgung erfolgt aus einer geschlossenen bzw. durch Schaltmaßnahmen auf gleicher Spannungsebene in elektrisch verbindbaren Netzebene eines Netzbetreibers

Dass der Ordnungsgeber diese zur guten fachlichen Praxis aufgewertete Abrechnungsform durch § 17 Abs. 2 S. 1 StromNEV abschaffen wollte, kann der Ordnungsbeurteilung nicht entnommen werden. Vielmehr heißt es dort ausdrücklich, dass die in § 15 StromNEV geregelten Grundsätze der

Entgeltermittlung sich im Wesentlichen an der bisherigen Praxis orientieren, die sich bewährt habe (BR-DruckS. 245/05, S. 38).

Die Verordnungsbegründung enthält keine Hinweise darauf, dass an dem bis dahin branchenweit praktizierten und für sachgerecht erachteten Pooling durch die Einführung des § 17 Abs. 2 StromNEV etwas geändert werden sollte. Soweit die Bundesnetzagentur den Umstand, dass der Verordnungsgeber in Kenntnis dieser Abrechnungsmethode Pooling nicht in die StromNEV aufgenommen hat, als Beleg für ein generelles Pooling-Verbot wertet, ist dieser Schlussfolgerung entgegen zu treten. Der Umstand, dass eine so weitreichende Änderung eines flächendeckend praktizierten Abrechnungsmodus nicht ausdrücklich angesprochen worden ist, lässt vielmehr darauf schließen, dass sie nicht beabsichtigt war.

4.

Darüber hinaus betrifft die streitgegenständliche Festlegung auch kein **Entgelt** im Sinne des § 17 Nr. 8 StromNEV.

Das in § 17 Abs. 8 StromNEV enthaltene Verbot anderer als in der Verordnung geregelter Entgelte bezieht sich ausweislich der systematischen Stellung der Norm und gemäß der Begründung zur StromNEV (BR-DrS. 245/05, 14.04.2005, S. 39) nicht auf methodisch anders berechnete, sondern auf materiell abweichende Entgelte. Das Pooling von Entnahmestellen stellt eine Methode zur Entgeltberechnung dar und hat damit nur Einfluss auf die für die Höhe des Entgelts maßgebliche Mengenkomponekte. Es handelt sich dabei nicht um eine zusätzliche, bislang in der StromNEV nicht geregelte Entgeltart für eine andere Leistung, sondern bezieht sich auf die der Ermittlung von Netzentgelten vorgelagerte, die abrechnungsrelevante Vergütungshöhe betreffende Frage, ob zeitgleich (gepoolt) oder zeitungleich (ungepoolt) abgerechnet wird. Die Frage der Zulässigkeit des Poolings mehrerer Entnahmestellen betrifft die Art und Weise der mengenmäßigen Erfassung der Jahreshöchstleistung und damit die Methode der Berechnung eines in der Verordnung vorgesehenen Entgelts, nämlich des Jahresleistungsentgeltes, verstanden als Produkt aus Jahresleistungspreis und Jahreshöchstleistung. Eine Ermächtigung, durch Festlegung auch die Mengenermittlung betreffende Fragen zu regeln, sieht § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur nicht vor.

5.

Ohne Erfolg macht die Bundesnetzagentur geltend, der „offene Wortlaut“ des § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV ermächtige sie, Regelungen zu treffen, die in Abweichung von den Vorschriften der StromNEV die Sachgerechtigkeit der in der Verordnung vorgesehenen Entgelte sicherstellen. Soweit sie sich darauf beruft, es sei angesichts der Konsequenzen, die eintreten, könnte sie nicht durch Festlegung auf Abrechnungsgrundsätze Einfluss nehmen, anzunehmen, dass der Verordnungsgeber ihr eine entsprechende Ermächtigung habe einräumen wollen, verkennt sie die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage.

Zum einen steht bereits der klare Wortlaut der Anknüpfung an § 17 Abs. 8 StromNEV einer solchen Auslegung entgegen. Zum anderen belegen die präzisen und konkreten Vorgaben in den einzelnen Nummern des § 30 Abs. 1 und Abs. 2 StromNEV auch in systematischer Hinsicht, dass Nr. 6 keine Generalemächtigung zur Sicherstellung der Sachgerechtigkeit von Entgelten bildet. Die in den einzelnen Nummern genannten speziellen Ermächtigungen wären sämtlich überflüssig, wenn § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV eine allgemeine Ermächtigung für Festlegungen zur Sicherstellung sachgerechter Entgelte enthielte.

Für eine erweiternde Auslegung besteht auch unter Berücksichtigung der Ausführungen der Bundesnetzagentur, die streitgegenständliche Festlegung sei zur Erreichung diskriminierungsfreier und transparenter Entgelte notwendig, kein Raum. Die Regelungskompetenz liegt beim Verordnungsgeber. Die Bundesnetzagentur darf nur in den vom Verordnungsgeber bestimmten Einzelfällen des § 30 StromNEV Festlegungen treffen. Mit dieser Kompetenzverteilung unvereinbar ist das Verständnis der Bundesnetzagentur, durch § 30 Abs. 2 Nr. 6 generell ermächtigt zu sein, Vorgaben des Verordnungsgebers immer dann korrigieren zu dürfen, wenn diese sich aus ihrer Sicht als nicht sachgerecht darstellen oder zu nicht sachgerechten Ergebnissen führen.

II.

Die Verfahrensbeteiligten haben Gelegenheit, zu den rechtlichen Hinweisen des Senats zur Frage einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage abschließend bis

zum 12. Juli 2013 Stellung zu nehmen.

Düsseldorf, den 5. Juni 2013

Laubenstein
Vors. Richter am OLG

Frister
Richterin am OLG

Dr. Egger
Richter am OLG

Beglaubigt

Aal

Justizobersekretärin

