



OBERLANDESGERICHT 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 beschlossen:

Die Bundesnetzagentur wird unter Aufhebung ihres Beschlusses vom 14.07.2015 (BK 4 - 14 - 001) verpflichtet, die Beteiligte zu verpflichten, gegenüber der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Abnahmestelle „A.“ in ... ein Angebot zum Abschluss einer Vereinbarung von individuellen Netzentgelten in folgendem Umfang vorzulegen:

- in Höhe von ... € für den Zeitraum vom 01.08.2005 bis 31.12.2005,
- in Höhe von ... € für den Zeitraum vom 01.01.2006 bis 31.12.2006,
- in Höhe von ... € für den Zeitraum vom 01.01.2007 bis 31.12.2007,
- in Höhe von ... € für den Zeitraum vom 01.01.2008 bis 31.12.2008,
- in Höhe von ... € für den Zeitraum vom 01.01.2009 bis 31.12.2009,

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur

zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beschwerdeführerin werden der Bundesnetzagentur auferlegt.

Eine weitere Kostenerstattung findet nicht statt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

G r ü n d e:

A.

Die Beschwerdeführerin betreibt in ... eine ...anlage, die ... produziert. Die Beteiligte betreibt ein Elektrizitätsversorgungsnetz in ... und ... sowie im ..., das die Netz- und Umspannebenen Umspannung Hoch- in Mittelspannung bis Niederspannung umfasst. Die Beschwerdeführerin ist mit ihrer Abnahmestelle „A.“ in ... an das Mittelspannungsnetz der Beteiligten angeschlossen und nutzt in dieser Netzebene sämtliche Betriebsmittel ausschließlich selbst. Das von der Beschwerdeführerin singular genutzt Mittelspannungskabel der Beteiligten führt zu deren Umspannanlage B. Die Umspannanlage B. ist vom Umspannwerk C. ca. 12 km entfernt. Das Umspannwerk C. bildete in den Kalenderjahren 2004-2010 den Einspeisepunkt des nächsten Grundlastkraftwerks - AKW ... - in das Übertragungsnetz der D. Der Netzanschlusspunkt des Kraftwerks lag in dem genannten Umspannwerk. Das Kraftwerk selbst ist mit mehreren Blöcken betrieben worden.

Die Beschwerdeführerin bezog in den Kalenderjahren 2004 bis 2009 elektrische Energie für den eigenen Verbrauch aus dem Netz der Beteiligten. Auf der Grundlage der unstreitigen Verbrauchs- und Kapazitätswerte sowie der von der Beteiligten offengelegten und bei der Berechnung des physikalischen Pfades angesetzten Kosten ließ die Beschwerdeführerin im Mai 2012 energiewirtschaftliche Berechnungen durch das Büro ... durchführen. Dieses ermittelte individuelle Netzentgelte für den Zeitraum vom 01.08.2005 bis 31.12.2009, die deutlich unterhalb der veröffentlichten allgemeinen Netzentgelte liegen. Der Kostenermittlung lag die Annahme zugrunde, dass der physikalische Pfad erst an der Umspannanlage B. beginnt und die 380 kV-Maschinenleitung des AKW ... bis zum Umspannwerk C. nicht Teil des Übertragungsnetzes, sondern dem AKW-Betreiber zuzurechnen sei. Ferner beruhte die Berechnung auf der Prämisse, dass die Betriebsmittelkosten

sowie die Verlustenergiekosten nur anteilig, d.h. dem tatsächlich genutzten Umfang entsprechend, zu berücksichtigen sind. Netzreservekapazitätskosten wurden nicht angesetzt.

Die Beschwerdeführerin wandte sich erstmals im September 2005 mit dem Begehren an die Beteiligte, die zu zahlenden Netzentgelte mittels einer individuellen Entgeltvereinbarung zu reduzieren. Nachdem die Beteiligte bis Februar 2006 kein Angebot zum Abschluss einer individuellen Entgeltvereinbarung unterbreitet hatte, stellte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 27.02.2006 bei der Bundesnetzagentur einen Antrag auf Genehmigung eines individuellen Netzentgeltes nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV. Während des Genehmigungsverfahrens versuchte die Beschwerdeführerin weiterhin, mit der Beteiligten eine individuelle Netzentgeltvereinbarung zu treffen. Mit Schreiben vom 18.08.2009 verweigerte die Beteiligte den Abschluss einer solchen Vereinbarung.

Entsprechend den Vorgaben des Leitfadens der Bundesnetzagentur zur Genehmigung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 1 und 2 StromNEV aus dem Jahr 2009 hatte die Beteiligte bei der Ermittlung des individuellen Entgeltes Betriebsmittel und Verlustenergiekosten nicht nur anteilig angesetzt. Hierzu hieß es in dem Leitfaden:

4.2 Individuelles Netzentgelt

4.2.1 Modellherleitung

.... Um diesen Erwägungen gerecht zu werden, erfolgt die Berechnung eines individuellen Netzentgelts auf Basis eines sogenannten Physikalischen Pfads. Dabei wird ausgehend von dem Netzanschlusspunkt des Letztverbrauchers ein fiktiver Direktleitungsbau auf bereits bestehenden Trassen berechnet. Die Differenz zwischen den Kosten dieses fiktiven Direktleitungsbaus und den allgemeinen Netzentgelten, die der Letztverbraucher zu zahlen hätte, stellt den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten der jeweiligen Netzebene und aller vorgelagerter Netz- und Umspannebenen dar.

4.2.3 Berechnung des individuellen Netzentgelts

4.2.3.1 Kostenbestandteile des Physikalischen Pfads

Die Kosten des Physikalischen Pfads errechnen sich aus den Annuitäten der Betriebsmittel, den Kosten der Verlustenergie und im Falle der Bildung des Physikalischen Pfads bis zum nächstgelegenen Netzknotenpunkt aus den Netzentgelten der vorgelagerten Netzebene.

4.2.3.2 Betriebsmittel des Physikalischen Pfads

Die Betriebsmittel des Physikalischen Pfads richten sich in ihrer Art und Dimensionierung nach den vorhandenen Trassen und den Verbrauchswerten des Letztverbrauchers. Die Betriebsmittel des Physikalischen Pfads müssen geeignet sein, die zu erwartende maximale Leistung des Letztverbrauchers zu decken.

Bei der Bildung des Physikalischen Pfads mit einem Grundlastkraftwerk wird im Regelfall die ausschließliche Versorgung des Letztverbrauchers durch das Grundlastkraftwerk angenommen. Für den Ausfall des Grundlastkraftwerks ist deshalb Netzreservekapazität anzusetzen.“

Im Unterschied dazu enthielt der Leitfaden aus dem Jahr 2010, der ab dem Jahr 2011 zur Anwendung kommen sollte, die Vorgabe, dass Betriebsmittelkosten nur anteilig berücksichtigt und Verlustenergiekosten verursachungsgerecht ermittelt werden. Dort wird ausgeführt:

„ ...Nach derzeitiger Spruchpraxis erfolgt die Berechnung des physikalischen Pfads anhand der tatsächlichen Netzgegebenheiten und nicht lediglich nach Maßgabe der Ausnutzung durch den Letztverbraucher. Dies bedeutet, dass dem Letztverbraucher die Kosten des physikalischen Pfads und für die Beschaffung der Verlustenergie im vollen Umfang zugerechnet werden, und zwar auch dann, wenn die dem physikalischen Pfad zuzurechnenden technischen Anlagen so dimensioniert sind, dass sie neben der Versorgung des Letztverbrauchers auch die Versorgung der übrigen Netznutzer in der Region und den überregionalen Transport von Strom sicherstellen können.

Unter Berücksichtigung der in § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV enthaltenen Vorgabe, nach der das nach Satz 2 gebildete Netzentgelt den individuellen Beitrag zur Senkung oder zur Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten widerzuspiegeln hat, erscheint es nach Auffassung der Bundesnetzagentur sachgerechter, die Kosten der dem physikalischen Pfad zuzurechnenden technischen Anlagen und für die Beschaffung von Verlustenergie nur in dem Umfang zu berücksichtigen, in dem der betroffene Letztverbraucher die Betriebsmittel tatsächlich beansprucht.

...

Auch ist nicht erkennbar, dass die Ermittlung des Umfangs der anteiligen Nutzung zu einem unverhältnismäßig hohen Aufwand führen würde. Vielmehr lässt sich die anteilige Berechnung entsprechend dem Verhältnis von vereinbarter Anschlusskapazität zur Kapazität des betrachteten Betriebsmittels ermitteln. Allerdings erscheint es in diesem Zusammenhang als sachgerecht, bei der Berechnung des dem Letztverbraucher zurechenbaren Anteils der Betriebsmittelkosten einen pauschalen Sicherheitsabschlag für etwaige Leerkapazitäten in Höhe von 20% zu berücksichtigen.

Hinsichtlich der Verlustenergiekosten wird im Leitfaden nochmals klargestellt, dass eine Ermittlung der Verlustenergie möglichst verursachungsgerecht zu erfolgen habe. ...“

Die Bundesnetzagentur lehnte das Begehren der Beschwerdeführerin mit Beschluss vom 13.07.2010 ab. Zur Begründung führte sie aus, die Genehmigung eines individuellen Netzentgelts sei unabhängig vom Vorliegen der materiellen Voraussetzungen zu verweigern, weil dem Antrag keine mit der Beteiligten abgeschlossene Vereinbarung nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV zu Grunde liege. Unabhängig davon wäre der Antrag nicht genehmigungsfähig, da die Berechnung des individuellen Netzentgelts ein höheres Entgelt aufweise als das gültige allgemeine Netzentgelt. Nach den Berechnungen der Beteiligten im Schreiben vom 09.06.2009 ergäbe sich für die Antragstellerin am Standort ... im Falle der Gewährung eines individuellen Netzentgelts keine Netzentgeltabsenkung.

Die dagegen gerichtete Beschwerde wies der Senat mit Beschluss vom 11.12.2013 (VI - 3 Kart 107/10 (V)) zurück und bestätigte die Auffassung der Bundesnetzagentur, dass nur eine bestehende Vereinbarung über individuelle Netzentgelte genehmigt werden könne. Verweigere sich der Netzbetreiber dem Abschluss einer Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts zu Unrecht, stünden dem Letztverbraucher die Möglichkeiten des Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG oder der zivilrechtlichen Klage auf Zustimmung zur Vereinbarung offen. Parallel bemühte sich die Beschwerdeführerin weiterhin vergeblich um den Abschluss einer individuellen Netzentgeltvereinbarung mit der Beteiligten. Diese teilte mit Schreiben vom 23.05.2012 mit, dass für den Abschluss einer derartigen Vereinbarung keine rechtliche Grundlage erkennbar sei.

Mit Schreiben vom 30.12.2013 stellte die Beschwerdeführerin bei der Bundesnetzagentur einen Antrag auf Überprüfung des Verhaltens der Beteiligten. Im Verlaufe des Missbrauchsverfahrens verhandelten die Beschwerdeführerin und die Beteiligte erneut über die Möglichkeit einer einvernehmlichen Lösung. Angesichts dessen wurde unter dem 16.05.2014 das Missbrauchsverfahren vorläufig ruhend gestellt. Nachdem die Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 23.03.2015 darauf hingewiesen hatte, dass eine Genehmigung der beabsichtigten individuellen Netzentgeltvereinbarung für den Zeitraum von 2005 bis 2008 nach derzeitiger Einschätzung nicht möglich sei, stellte die Beteiligte unter Bezugnahme auf dieses Schreiben ihre Bereitschaft zum Abschluss einer individuellen Netzentgeltvereinbarung infrage.

Mit Beschluss vom 14.07.2015 lehnte die Bundesnetzagentur sowohl den von der

Beschwerdeführerin gestellten Antrag, die Betroffene zu verpflichten, eine Vereinbarung von individuellen Netzentgelten in konkret bezeichnetem Umfang abzuschließen, als auch den hilfsweise gestellten Feststellungsantrag ab, wonach die Weigerung der Beteiligten, der Beschwerdeführerin ein Angebot zum Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung zu unterbreiten, gegen die Bestimmungen des Energiewirtschaftsgesetzes verstoße. Zur Begründung verwies sie darauf, dass eine Verpflichtung zum Abschluss einer individuellen Netzentgeltvereinbarung nicht bestanden habe. Die im Rahmen des Genehmigungsverfahrens von der Beteiligten durchgeführten Berechnungen entsprächen den Vorgaben des seinerzeit geltenden Leitfadens zur Genehmigung individueller Netzentgelte aus dem Jahr 2009, die für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts maßgeblich seien. Aus dem im Jahr 2010 veröffentlichten Leitfaden lasse sich eine Verpflichtung zum Abschluss einer individuellen Netzentgeltvereinbarung nicht ableiten. Soweit danach abweichend von der bisherigen Genehmigungspraxis eine anteilige Berücksichtigung der Kosten der den physikalischen Pfad bildenden Betriebsmittel sowie der Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie vorgesehen sei, stehe einer rückwirkenden Anwendung dieser prinzipiell günstigeren Kalkulationsmethodik bereits entgegen, dass der Leitfaden ausdrücklich erst mit Wirkung ab dem 01.10.2011 zur Anwendung kommen solle. Die in den beiden Leitfäden enthaltenen unterschiedlichen Kalkulationshinweise entsprächen für sich genommen jeweils uneingeschränkt den Anforderungen des § 19 Abs. 2 S. 2 und 3 StromNEV.

Mit der dagegen gerichteten Beschwerde begehrt die Beschwerdeführerin die Verpflichtung der Bundesnetzagentur, der Beteiligten aufzuerlegen, ihr ein Angebot für eine individuelle Netzentgeltvereinbarung für den Zeitraum August 2005 bis Ende 2009 zu unterbreiten. Der Missbrauchsantrag sei zulässig, insbesondere liege eine gegenwärtige Interessenberührung vor, denn die Beteiligte weigere sich nach wie vor, die begehrte Vereinbarung abzuschließen. Insofern sei es unerheblich, dass eine Netzentgeltreduzierung für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum begehrt werde. Die Beschwerdeführerin verweist darauf, dass sie seit 2005 ununterbrochen versuche, den ihr nach § 19 Abs. 2 StromNEV zustehenden Anspruch durchzusetzen. Lehne man in diesen Fällen eine gegenwärtige Interessenberührung ab, könnte ein Netzbetreiber allein durch eine rechtsmissbräuchliche Verzögerung des Verfahrens die Unzulässigkeit eines Missbrauchsantrags bewirken.

Die Beschwerde sei auch begründet. Eine den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Berechnung führe zu einer Reduzierung der Netzentgelte. Deshalb sei die Beteiligte zum Abschluss einer Netzentgeltvereinbarung und die Bundesnetzagentur zur Genehmigung einer solchen Vereinbarung verpflichtet.

Die Beteiligte verstoße gegen die Vorgaben des § 19 Abs. 3 S. 2 und 3 StromNEV, denn die Voraussetzungen für das Angebot eines individuellen Netzentgelts lägen vor. Zwischen 2004 und 2009 seien nicht nur die gesetzlich geforderten Schwellenwerte überschritten worden, sondern sie – die Beschwerdeführerin – habe auch einen Entlastungsbeitrag im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 3 StromNEV geleistet, der durch die beantragten individuellen Netzentgelte widergespiegelt werde. Obgleich es sich bei dem „Entlastungsbeitrag“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff handele, seien die entsprechenden regulierungsbehördlichen Feststellungen gerichtlich voll überprüfbar. Der Entlastungsbeitrag sei auf Grundlage des physikalischen Pfads zu ermitteln. Entsprechend dem Gedanken einer fiktiven Direktleitung des Letztverbrauchers zu einer geeigneten Erzeugungsanlage beginne der physikalische Pfad grundsätzlich am Netzanschluss und ende bei der von dort aus nächstgelegenen Erzeugungsanlage, die in der Lage sei, mit ihrer installierten Leistung den Strombedarf des Letztverbrauchers kontinuierlich abzudecken. Danach beginne der physikalische Pfad im Streitfall erst an der Umspannanlage B. Sie nutze die Betriebsmittel von ihrem Netzanschlusspunkt bis zur Umspannanlage B. allein. Insofern werde bereits ein singuläres Netzentgelt gemäß § 19 Abs. 3 StromNEV entrichtet. Auch die 380 kV- Maschinenleitung des AKW ... bis zum Umspannwerk C. sei kein Teil des Übertragungsnetzes und damit des physikalischen Pfads, sondern dem Betreiber des AKW ... zuzurechnen. Die Kosten des physikalischen Pfads errechneten sich aus den anteiligen Annuitäten der tatsächlich genutzten Betriebsmittel und den anteiligen Verlustenergiekosten. Kosten für Netzreservekapazitäten seien nicht anzusetzen.

Die Annuitätenkosten der Betriebsmittel des physikalischen Pfads seien nur in dem Umfang anzusetzen, in dem die Betriebsmittel auch tatsächlich genutzt würden. Dies folge bereits aus der Methodik des physikalischen Pfads. Eine Direktleitung des Letztverbrauchers zu einer geeigneten Erzeugungsanlage wäre stets so dimensioniert, dass sie nur die zu erwartende maximale Leistung des Verbrauchers decke. Nicht erforderliche Betriebsmittel führten zu höheren Kosten, so dass sie aus betriebswirtschaftlichen Gründen vom Letztverbraucher nicht errichtet würden. Die

Kosten aufgrund eines individuellen Netzentgelts dürfen nicht höher sein als die Kosten aufgrund einer Direktleitung. Dies wäre jedoch der Fall, wenn der Letztverbraucher im Rahmen seines individuellen Netzentgelts auch Kosten für Betriebsmittel trüge, die allein für die Versorgung Dritter benötigt würden. Der anteilige Kostenansatz trage zudem dem Prinzip der Kostenverursachungsgerechtigkeit Rechnung. Seit dem Jahr 2010 gehe auch die Bundesnetzagentur davon aus, dass die Kosten anteilig anzusetzen seien und habe den Leitfadens dahingehend abgeändert.

Der Inhalt der Leitfäden 2009 und 2010 sei indes für ihren Anspruch unerheblich. Die Bundesnetzagentur könne nicht mittels Leitfäden die gesetzlichen Vorgaben zur Ermittlung sachgerechter individueller Netzentgelt konkretisieren. Der Gesetzgeber habe die Bundesnetzagentur vielmehr ermächtigt, eine entsprechende Festlegung zu erlassen. Damit habe er ihr eine konkrete Rechtsform zur Ausübung ihres Gestaltungsauftrages vorgegeben. Diese Ermächtigungsgrundlage habe der Bundesnetzagentur bereits im Jahr 2009 zur Verfügung gestanden, so dass sie den ihr zustehenden Ermächtigungsspielraum zum damaligen Zeitpunkt hätte nutzen können. Dies habe sie jedoch nicht getan, sondern stattdessen lediglich den Leitfaden veröffentlicht und sich zum damaligen Zeitpunkt bewusst gegen den Erlass einer Festlegung entschieden. Somit seien allein die Gerichte zur Auslegung und Ausgestaltung der gesetzlichen Regelungen, insbesondere der unbestimmten Rechtsbegriffe befugt. Die Bundesnetzagentur könne ihren Gestaltungsauftrag nicht dadurch wahrnehmen, dass sie anstatt einer Festlegung einen Leitfaden veröffentliche. Dies gelte schon allein deshalb, weil gegen die Veröffentlichung eines Leitfadens keine Rechtsmittel eingelegt werden könnten.

Maßgeblich sei, ob im Rahmen des nach § 19 Abs. 2 S. 2, 4 StromNEV zu ermittelnden Entlastungsbeitrags die Annuitäten der Betriebsmittelkosten und die Verlustenergiekosten anteilig oder vollständig anzurechnen seien und ob bei Vorliegen eines physikalischen Pfads zu einem Grundlastkraftwerk stets Netzreservekapazitätskosten in Ansatz zu bringen seien. Die Argumentation der Bundesnetzagentur, die unterschiedlichen Kalkulationsvorgaben in den Leitfäden 2009 und 2010 seien jeweils zutreffend, führe zu dem absurden Ergebnis, dass dieselbe Rechtsfrage durch sich widersprechende Antworten jeweils rechtlich zutreffend beantwortet würde. Die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs bleibe Rechtsanwendung, so dass es bei einem bestimmten Sachverhalt nur eine

richtige Lösung gebe.

Da es sich bei einem Leitfaden lediglich um informelles Verwaltungshandeln handele, das jedenfalls im Außenverhältnis rechtlich unverbindlich sei, müsse der von ihr geltend gemachte Anspruch entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur nicht aus dem Leitfaden 2010 abgeleitet werden, sondern ergebe sich unmittelbar aus den verordnungsrechtlichen Vorgaben. Somit sei es unerheblich, ob der Leitfaden 2010 erst ab dem 01.01.2011 gelte. Der Anspruch auf Verpflichtung der Beteiligten zur Vorlage eines Angebots beurteile sich ausschließlich nach § 19 Abs. 2 S. 3 StromNEV.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

1. die Bundesnetzagentur unter Aufhebung ihres Beschlusses vom 14.07.2015 (BK 4 - 14 - 001) zu verpflichten,
 - a) die Beteiligte zu verpflichten, gegenüber der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Abnahmestelle „A.“ in ... ein Angebot zum Abschluss einer Vereinbarung von individuellen Netzentgelten in folgendem Umfang vorzulegen:
 - aa) i.H.v. ... € für den Zeitraum vom 01.08.2005 bis 31.12.2005,
 - bb) i.H.v. ... € für den Zeitraum vom 01.01.2006 bis 31.12.2006,
 - cc) i.H.v. ... € für den Zeitraum vom 01.01.2007 bis 31.12.2007,
 - dd) i.H.v. ... € für den Zeitraum vom 01.01.2008 bis 31.12.2008,
 - ee) i.H.v. ... € für den Zeitraum vom 01.01.2009 bis 31.12.2009,
 - b) hilfsweise zu a): Den Antrag der Beschwerdeführerin auf Verpflichtung der Beteiligten, gegenüber der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Abnahmestelle „A.“ in ... ein

Angebot zum Abschluss einer Vereinbarung von individuellen Netzentgelten für die Jahre 2005-2009 vorzulegen, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt den angefochtenen Beschluss unter Wiederholung und Vertiefung seiner Gründe. Der Antrag der Beschwerdeführerin im Rahmen des besonderen Missbrauchsverfahrens sei zu Recht abgelehnt worden. Es dürften bereits die formellen Anspruchsvoraussetzungen nicht vorliegen. Insbesondere fehle es an einer Gegenwärtigkeit der Interessenberührung der Beschwerdeführerin. Die im Missbrauchsverfahren beantragte Überprüfung des Verhaltens der Beteiligten sei auf einen bereits abgeschlossenen Zeitraum gerichtet. Die nachträgliche Klärung abgeschlossener Abrechnungszeiträume widerspreche dem Sinn und Zweck des besonderen Missbrauchsverfahrens, das einer effektiven Streitbeilegung diene. Der gerügte Verstoß wirke auch nicht dadurch fort, dass sich die Beteiligte unverändert weigere, der Beschwerdeführerin individuelle Netzentgelte anzubieten. Ließe man eine Überprüfung im Rahmen des Missbrauchsverfahrens zu, hätte dies zur Folge, dass ein Verhalten eines Netzbetreibers auch noch Jahre später gerügt werden könnte. Damit werde der Anwendungsbereich des besonderen Missbrauchsverfahrens übermäßig ausgedehnt. Das Kriterium der Gegenwärtigkeit stelle dann kein einschränkendes Korrektiv mehr dar, was mit dem Charakter des besonderen Missbrauchsverfahrens als Ausnahmetatbestand nicht zu vereinbaren sei.

Darüber hinaus lägen auch die materiellen Voraussetzungen des § 31 EnWG nicht vor. Durch ihre Weigerung, der Beschwerdeführerin die Vereinbarung individueller Netzentgelte anzubieten, habe die Beteiligte nicht gegen § 19 Abs. 3 StromNEV aF verstoßen und sich daher nicht missbräuchlich im Sinne des § 31 Abs. 1 EnWG verhalten. Die Beschwerdeführerin habe keinen Anspruch auf eine solche Vereinbarung. Soweit der Ordnungsgeber mit den Regelungen in § 19 Abs. 2 StromNEV Voraussetzungen benannt habe, bei deren Vorliegen eine entsprechende

Vereinbarung zwischen Letztverbraucher und Netzbetreiber von der Bundesnetzagentur zu genehmigen sei, gehe damit der Auftrag einher, die Vorgaben für die sachgerechte Ermittlung der individuellen Netzentgelte auszugestalten. Mithin sei es ureigene Aufgabe der Regulierungsbehörden, die Vorgaben für die Ermittlung sachgerechter individueller Netzentgelte zu konkretisieren und eine konsistente Regulierungspraxis unter Berücksichtigung der höherrangigen Vorgaben zu etablieren. Aus diesem Grund habe sie in der Vergangenheit Leitfäden erarbeitet, die gewährleisten sollten, dass Letztverbraucher und Netzbetreiber möglichst genehmigungsfähige Vereinbarungen über individuelle Netzentgelte schließen. Um dieses Ziel zu erreichen habe auch sie sich als Genehmigungsbehörde den Vorgaben der Leitfäden unterwerfen müssen und nur aus sachlichen Gründen davon abweichen dürfen. Durch diese Form der Selbstbindung sei den Leitfäden unter dem Gesichtspunkt der grundrechtlich garantierten Gleichbehandlung eine Außenwirkung zu attestieren.

Zugleich müsse die Verwaltung bei sich ändernden Gegebenheiten handlungsfähig bleiben. Dies bedeute, dass die Bundesnetzagentur ihre Genehmigungspraxis für die Zukunft ändern können müsse. Vorliegend sei ein sachlicher Grund gegeben gewesen, die Verwaltungspraxis vom Leitfaden 2009 zum Leitfaden 2010 zu ändern. Anhand der Erfahrungen aus der Genehmigungspraxis habe sich herausgestellt, dass eine Herabsetzung der Anforderungen an die Genehmigung individueller Netzentgelte für die Zukunft im Hinblick auf die Gesamtbelastung des Netzentgeltsystems einerseits und unter Berücksichtigung des netzstabilisierenden Beitrags der intensiven Netznutzer andererseits sachgerecht sei.

Soweit die Beschwerdeführerin fordere, dass entgegen der für den Genehmigungszeitraum maßgeblichen Verwaltungspraxis die Annuitätenkosten der Betriebsmittel des physikalischen Pfades ebenso wie die Kosten für Verlustenergie nur anteilig und die Kosten für Netzreservekapazität gar nicht in Ansatz zu bringen seien, entspreche dies zwar den Vorgaben des Leitfadens 2010. Die Änderung dieser Gesichtspunkte in dem Leitfaden 2010 bzw. in der Festlegung BK 4 - 13 - 739 begründe jedoch nicht die Rechtswidrigkeit der vorherigen Verwaltungspraxis. Anderenfalls führe die zulässige Änderung einer Verwaltungspraxis für die Zukunft immer dazu, dass die vorangegangenen Entscheidungen auf Grundlage der abgelösten Verwaltungspraxis rechtswidrig seien.

Die maßgebliche Frage, ob das Verbrauchsverhalten der Beschwerdeführerin in den Jahren 2005 bis 2009 privilegierungsfähig bzw. privilegierungswürdig gewesen sei, beurteile sich auf der Grundlage der zum damaligen Zeitpunkt maßgeblichen Rechtslage und Verwaltungspraxis der Bundesnetzagentur. Schon unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes sei die Berücksichtigung einer bei Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen noch nicht anwendbaren Rechtslage und Verwaltungspraxis unzulässig. Zwar wäre unter Berücksichtigung der geänderten Verwaltungspraxis der Bundesnetzagentur in dem Leitfaden 2010 ein Anspruch auf ein individuelles Netzentgelt wohl gegeben. Der Leitfaden 2010 finde im Hinblick auf die von der Beschwerdeführerin begehrte Vereinbarung individueller Netzentgelte jedoch keine Anwendung, weil in dem Leitfaden ausdrücklich festgeschrieben sei, dass die Verwaltungspraxis erst ab dem Jahr 2011 zur Anwendung kommen werde. Auf den Leitfaden 2010 könne sich die Beschwerdeführerin mithin nicht erfolgreich berufen.

Auch eine rückwirkende Anwendung des Leitfadens 2010, wie sie die Beschwerdeführerin begehre, komme nach den Grundsätzen zur Zulässigkeit rückwirkender Gesetzgebung, die auf den vorliegenden Fall anwendbar seien, nicht in Betracht. Danach handele es sich um eine echte Rückwirkung, die grundsätzlich verboten sei. Die Beteiligte dürfe darauf vertrauen, dass sie die Berechnung der individuellen Netzentgelte für die Beschwerdeführerin in den Jahren 2005 bis 2009 auf Grundlage der damals maßgeblichen Verwaltungspraxis der Bundesnetzagentur habe durchführen dürfen und dass sie nicht dazu verpflichtet sei, nachträgliche Änderungen der Verwaltungspraxis zu berücksichtigen. Zudem hätte die Anwendung des Leitfadens 2010 zur Folge, dass die Beschwerdeführerin gegenüber allen Letztverbrauchern, die in den Jahren 2005 bis 2010 individuelle Netzentgelte vereinbart hätten, sachlich bessergestellt werde. Dies gelte für die Fälle, in denen eine Genehmigung erfolgt sei, jedoch keine rückwirkende Modifikation der Berechnung der Kosten des physikalischen Pfads und erst recht im Hinblick auf andere Letztverbraucher, die aus demselben Grund wie die Beschwerdeführerin keine Vereinbarung für die Jahre 2005 bis 2009 hätten erzielen können.

Die Beteiligte macht geltend, dass der von der Beschwerdeführerin gestellte Missbrauchsantrag von der Bundesnetzagentur bereits als unzulässig hätte

zurückgewiesen werden müssen. Es fehle an der erforderlichen gegenwärtigen Interessenberührung, da die im Missbrauchsverfahren erhobenen Rügen einen abgeschlossenen, vergangenen Zeitraum betreffen. Der Missbrauchsantrag sei jedenfalls unbegründet. Das von der Beschwerdeführerin begehrte individuelle Netzentgelt hätte im relevanten Zeitraum nicht zu einer Entgeltreduzierung geführt, so dass die Voraussetzungen des § 19 Abs. 3 StromNEV aF nicht gegeben gewesen seien. Die von ihr durchgeführten Berechnungen hätten den von der Bundesnetzagentur veröffentlichten Hinweisen entsprochen. Die Bundesnetzagentur sei durch die von ihr selbst formulierten Leitfäden gebunden. Sie habe dadurch eine ständige Verwaltungsübung begründet, die zu einer Bindung im Außenverhältnis führe.

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 form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde hat aus den mit den Beteiligten in der mündlichen Verhandlung im Einzelnen erörterten Gründen in der Sache Erfolg.

I. Die mit dem Hauptantrag erhobene Verpflichtungsbeschwerde, mit der die Beschwerdeführerin die Verpflichtung der Bundesnetzagentur erstrebt, der Beteiligten aufzuerlegen, ihr gegenüber hinsichtlich der Abnahmestelle „A“ in ein Angebot zum Abschluss einer Vereinbarung von individuellen Netzentgelten in dem konkret bezeichneten Umfang vorzulegen, ist zulässig. Handelt es sich bei der beantragten Entscheidung - wie im Streitfall - um eine im Ermessen der Behörde stehende Entscheidung, kann das Gericht entsprechend § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO zwar grundsätzlich nur die Verpflichtung zur Neubescheidung aussprechen, weil es nicht in den Ermessensspielraum der Behörde eingreifen kann (Senat, Beschl. v. 14.12.2011, VI-3 Kart 25/11 (V); zum Antrag nach § 31 auch Weyer, in BerlKomm. zum EnergieR, 3. Aufl. 2014, Rn. 9 f. zu § 31).

Allerdings hat die Beschwerdeführerin vorgetragen, dass sich bei rechtsfehlerfreier Ermittlung individuelle Netzentgelte in der von ihr bezeichneten genannten Höhe ergäben, so dass nur eine Verpflichtung der Beteiligten, den Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung anzubieten, das missbräuchliche Verhalten wirksam

abstellen könne und ein Ermessensspielraum der Bundesnetzagentur im Streitfall nicht bestehe. Diesem Vorbringen ist die Bundesnetzagentur inhaltlich nicht entgegen getreten. Insbesondere hat sie nicht dargetan, dass zur Abstellung des angegriffenen Verhaltens auch andere Maßnahmen in Betracht kämen. Für die Bejahung der Zulässigkeit einer Verpflichtungsbeschwerde ist es ausreichend, dass die Beschwerdeführerin sich darauf beruft, das Ermessen habe sich gerade auf die begehrte Verpflichtung verdichtet und eine solche Ermessensreduzierung nicht aussichtslos erscheint.

II. Die Beschwerde ist auch begründet. Die Bundesnetzagentur hat es zu Unrecht abgelehnt, die Beteiligte zur Vorlage eines Angebots auf Abschluss der begehrten individuellen Netzentgeltvereinbarung zu verpflichten.

1. Der Missbrauchsantrag ist zulässig.

Entgegen der Auffassung der Beteiligten und der im Rahmen des Beschwerdeverfahrens erstmals vertretenen Rechtsansicht der Bundesnetzagentur fehlt es nicht an einer gegenwärtigen Interessenberührung der Beschwerdeführerin. Zwar begehrt sie die Verpflichtung der Beteiligten zum Angebot einer Netzentgeltvereinbarung für die Jahre 2005 bis 2009. Jedoch richtet sich die Überprüfung des Verhaltens der Beteiligten damit nicht auf einen bereits abgeschlossenen Zeitraum. Eine gegenwärtige Interessenberührung liegt vielmehr bereits deswegen vor, weil die Beteiligte den Abschluss einer Vereinbarung über ein individuelles Netzentgelt nach wie vor verweigert. Da die Beschwerdeführerin unstreitig seit 2005 versucht, eine derartige Vereinbarung abzuschließen, ist es unerheblich, dass die angestrebte Vereinbarung über individuelle Netzentgelte sich auf einen – nunmehr - vergangenen Zeitraum bezieht. Würde der Umstand, dass die Beteiligte dies während des gesamten Zeitraums ablehnte, dazu führen, dass die Gegenwartigkeit der Interessenberührung verneint wird, hätte es der Netzbetreiber in der Hand, die Überprüfung seines Verhaltens im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens durch Einnahme einer nachhaltigen Verweigerungshaltung zu verhindern.

Die Argumentation der Bundesnetzagentur, eine Zulassung der Missbrauchsaufsicht in derartigen Fällen überdehne den Anwendungsbereich des besonderen Missbrauchsverfahrens, geht fehl. Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur handelt es sich bei dem Missbrauchsverfahren nicht um einen „Ausnahmetatbestand“, dessen Anwendungsbereich mittels „einschränkender

Korrektive“ zu begrenzen sei. Vielmehr ist § 31 EnWG nach seinem eindeutigen Wortlaut als Jedermann-Recht ausgestaltet und setzt damit die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der Art. 23 Abs. 5 EIRL 2003 und Art. 25 Abs. 5 GasRL 2003 um. Diese Richtlinien verlangen, jedem Betroffenen ein Beschwerderecht gegen einen Betreiber von Energieversorgungsnetzen einzuräumen. Nach § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG können natürliche wie juristische Personen und Personenvereinigungen ein besonderes Missbrauchserfahren unter der Voraussetzung beantragen, dass ihre Interessen durch das Verhalten eines Betreibers von Energieversorgungsnetzen erheblich berührt sind. Auch Verbraucherzentralen und andere Verbraucherverbände, die mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, sind gemäß § 31 Abs. 1 S. 4 EnWG antragsbefugt. Zudem ist keine Betroffenheit rechtlicher Interessen erforderlich, sondern es genügt eine Berührung in wirtschaftlichen Interessen (vgl. dazu Wahlhäuser, in: Kment, EnWG, 2015, § 31 Rn. 7 ff.; Robert, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 31 Rn. 8; Weyer, in: BK-EnR, 3. Aufl. 2014, § 31 Rn. 6; BGH, Beschl. v. 11.11.2008, EnVR 1/08). Angesichts dieses weiten persönlichen wie sachlichen Anwendungsbereichs scheidet die Bewertung als einschränkend anzuwendender Ausnahmetatbestand aus.

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 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.

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 ist. Steht der Beschwerdeführerin ein Anspruch auf Abschluss einer individuellen Netzentgeltvereinbarung gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 und 3 StromNEV zu, stellt sich die

unberechtigte Weigerung der Beteiligten als eine andauernde, die Interessen der Beteiligten gegenwärtig beeinträchtigende Zuwiderhandlung dar, die die Bundesnetzagentur durch eine entsprechende Verpflichtung abstellen kann.

2. Der Missbrauchsantrag ist auch begründet.

Die Beschwerdeführerin hat gegen die Beteiligte einen Anspruch auf Abschluss einer Vereinbarung über ein individuelles Entgelt nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV für den streitgegenständlichen Zeitraum. Die Weigerung der Beteiligten, der Beschwerdeführerin ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten, verstößt gegen § 19 Abs. 2 StromNEV und stellt sich damit als missbräuchlich im Sinne des § 31 EnWG dar.

2.1. Gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV in den für den streitgegenständlichen Zeitraum maßgeblichen Fassungen vom 25.07.2005 und 26.08.2009 ist ein individuelles Netzentgelt anzubieten, wenn die Stromabnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch an einer Abnahmestelle pro Kalenderjahr sowohl die Benutzungsstundenzahl von mindestens 7500 (bzw. 7000) Stunden im Jahr erreicht als auch der Stromverbrauch an dieser Abnahmestelle pro Kalenderjahr zehn Gigawattstunden übersteigt. Das in Rede stehende Netznutzungsverhalten, das nicht nur die Kosten des Netzbetriebs senkt, sondern auch zur Netzstabilität beiträgt, soll honoriert werden, wobei dem Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Kosten der betroffenen und der vorgelagerten Netzebenen Rechnung getragen werden soll.

Liegen die materiellen Voraussetzungen vor, hat der Netzbetreiber dem Letztverbraucher ein individuelles Netzentgelt anzubieten. Die Vereinbarung erfolgt unter dem Vorbehalt, dass die Voraussetzungen nach Satz 2 auch tatsächlich eintreten. Zusätzlich bedarf die Vereinbarung der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde. Der entsprechende Antrag kann sowohl durch den Netzbetreiber als auch durch den Letztverbraucher gestellt werden; der Netzbetreiber hat der Regulierungsbehörde unverzüglich die zur Beurteilung erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Treten die Voraussetzungen des Absatzes 2 S. 2 nicht ein, erfolgt die Abrechnung nach den allgemein gültigen Netzentgelten.

Die Genehmigung bezieht sich nicht auf die Höhe des Entgelts, sondern auf die zwischen Letztverbraucher und Netzbetreiber geschlossene Vereinbarung. Das individuelle Netzentgelt des Letztverbrauchers ergibt sich somit nicht unmittelbar aus der Genehmigung, sondern aus der der Vereinbarung zugrundeliegenden Berech-

nungsmethode sowie den tatsächlichen Daten für den Genehmigungszeitraum. Das bedeutet, dass lediglich die Vereinbarung und nicht die dem prognostizierten individuellen Netzentgelt zu Grunde liegende Berechnung genehmigt wird.

2.2. Die Beschwerdeführerin erfüllt unstreitig die anspruchsbegründenden Voraussetzungen, denn sie hat als Letztverbraucherin in dem relevanten Zeitraum die in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV genannten Schwellenwerte von 7.500 Benutzungsstunden und einem Stromverbrauch von 10 GWh/a überschritten. Zudem ergibt sich bei rechtsfehlerfreier Ermittlung des Entlastungsbeitrags entgegen der Berechnung der Beteiligten eine Absenkung gegenüber den regulären Netzentgelten. Die Beteiligte ist somit nicht berechtigt, ein Angebot zum Abschluss einer individuellen Netzentgeltvereinbarung mit der Begründung abzulehnen, ein solches führe nicht zu einer wirtschaftlichen Verbesserung der Beschwerdeführerin. Ihre Weigerung verstößt gegen § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV und ist damit missbräuchlich im Sinne des § 31 EnWG.

2.2.1. Zwar entsprachen die von der Beteiligten durchgeführten Berechnungen, wonach sich für die Beschwerdeführerin keine Netzentgeltabsenkung ergab, den hierzu von der Bundesnetzagentur in ihrem Leitfaden 2009 veröffentlichten Hinweisen zur Ausfüllung der Vorgaben des § 19 Abs. 2 StromNEV. Insoweit handelt es sich jedoch nicht um eine verordnungskonforme, mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift übereinstimmende Auslegung.

In Übereinstimmung mit den Vorgaben des Leitfadens hat die Beteiligte die Kosten des physikalischen Pfades nicht anteilig nach dem Ausmaß der Ausnutzung durch die Beschwerdeführerin in Ansatz gebracht, sondern die Berechnung des physikalischen Pfades anhand der tatsächlichen Netzgegebenheiten vorgenommen. Zudem hat sie auch die Kosten für die Beschaffung der Verlustenergie in vollem Umfang angerechnet sowie Kosten für Netzreservekapazitäten in Ansatz gebracht.

Hätte die Beteiligte dagegen – wie im Leitfaden 2010 vorgegeben und von der Beschwerdeführerin gefordert – die Kosten der dem physikalischen Pfad zuzurechnenden technischen Anlagen sowie für die Beschaffung der Verlustenergie nur anteilig berücksichtigt und keine Kosten für Netzreservekapazität angesetzt, hätte sie der Beschwerdeführerin ein individuelles Netzentgelt anbieten müssen. Dies stellt weder die Beteiligte noch die Bundesnetzagentur in Abrede. In der Beschwerdeerwiderung vom 13.05.2016 hat letztere vielmehr ausdrücklich zugestanden, dass nach Maßga-

be der von der Beschwerdeführerin geforderten Berechnungs- und Ermittlungsmethodik, wie sie in dem Leitfaden 2010 und auch in der Festlegung hinsichtlich der sachgerechten Ermittlung der Entgelte nach § 19 Abs. 2 StromNEV (BK4-13-739) vorgesehen ist, ein Anspruch auf ein individuelles Netzentgelt gegeben sein dürfte.

2.2.2. Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur folgt die Rechtmäßigkeit der Berechnung nicht schon daraus, dass die Beteiligte ihre Berechnung unstreitig an den Vorgaben des Leitfadens 2009 orientiert hat. Die Rechtmäßigkeit der von der Bundesnetzagentur bestätigten Ablehnung eines Angebots über ein individuelles Netzentgelt hängt nicht davon ab, ob die Vorgaben des Leitfadens zutreffend umgesetzt und rechnerisch wie inhaltlich richtig angewandt wurden. Maßgeblich ist vielmehr, wie die Anspruchsvoraussetzungen des § 19 Abs. 2 StromNEV auf der Basis der geltenden Rechtslage zu verstehen sind und ob die Berechnung der Beteiligten den verordnungsrechtlichen Vorgaben entspricht.

Die Rechtslage wird durch die Leitfäden der Bundesnetzagentur zur Bildung individueller Netzentgelte weder determiniert 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 i.V.m. § 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV ein Gestaltungsauftrag im Hinblick auf die Konkretisierung und Ausfüllung der gesetzlichen Vorgaben zur Ermittlung sachgerechter individueller Netzentgelte verbunden ist, in dessen Rahmen die Regulierungsbehörde die ihr durch höherrangiges Recht und insbesondere durch § 19 Abs. 2 StromNEV vorgegebenen Grenzen zu beachten hat, kommt den Äußerungen der Regulierungsbehörde in Leitfäden eine rechtlich verbindliche Konkretisierungswirkung nicht zu. Insoweit verkennt die Bundesnetzagentur, dass bei Bejahung einer Bindungswirkung der Hinweise in dem Leitfaden 2009 dieser in seiner Wirkung einer Festlegung gleichkäme. 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 demnach auch nicht in Bestandskraft.

Bei den Leitfäden 2009 und 2010 handelt es sich um eine schriftlich geäußerte Rechtsansicht der Behörde, welche Berechnungsmethode der verordnungsrechtlichen Anforderung, wonach das Netzentgelt den Entlastungsbeitrag widerzuspiegeln habe, gerecht wird. Die Hinweise dienen – wie die Bundesnetzagentur in dem Leitfa-

den 2009 wörtlich ausführt - dazu, den Letztverbrauchern und Netzbetreibern „transparente und nachvollziehbare Auslegungsgrundsätze an die Hand zu geben, die es ihnen ermöglichen, die konkreten Anforderungen für eine Genehmigungserteilung nach § 19 Abs. 2 S. 1 oder 2 StromNEV Strom bereits im Vorfeld einer Antragstellung beurteilen zu können.“ Der Leitfaden stellt somit zum einen eine Auslegungshilfe dar, zum anderen dient er als Bearbeitungshilfe, anhand derer die Beteiligten erkennen sollen, welche Angaben und Unterlagen die Bundesnetzagentur konkret benötigt, um eine entsprechende Prüfung der nach § 19 Abs. 2 StromNEV gestellten Anträge vornehmen zu können.

Im Rahmen des Missbrauchsverfahrens durfte die Bundesnetzagentur sich nicht darauf beschränken, die Berechnung der Beteiligten daraufhin zu überprüfen, ob die Vorgaben des Leitfadens 2009 korrekt umgesetzt worden sind, sondern sie hätte überprüfen müssen, ob auf der Basis der geltenden Rechts, d.h. bei materiell rechtsfehlerfreiem Verständnis der verordnungsrechtlichen Vorgaben ein individuelles Netzentgelt tatsächlich höher ausgefallen wäre als das reguläre. Die Annahme der Bundesnetzagentur, daran sei sie 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, 8. Aufl. 2014, § 40, Rdn. 105 f.) Eine Selbstbindung tritt nach Art. 3 Abs. 1 GG aufgrund einer ständigen gleichmäßigen Übung der Verwaltungspraxis ein (vgl. BVerwGE 31, 212 ff.; 57, 174, 182; 75, 86, 93). 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.

Maßgeblich ist allein, ob die Beteiligte bei ihrer Berechnung die Vorgaben des § 19 Abs. 2 StromNEV beachtet hat, d.h. ob die Berechnungsmethode den Entlastungsbeitrag rechtsfehlerfrei erfasst. Im Hinblick auf diese Frage steht der Bundesnetzagentur indes weder ein Ermessens- noch ein Beurteilungsspielraum zu, der durch einen Leitfaden bindend ausgestaltet werden kann. Soweit der Senat in der Entscheidung vom 15.07.2015 (VI-3 Kart 84/14) einen Gestaltungsauftrag der Bundesnetzagentur im Hinblick auf die sachgerechte Ermittlung individueller Netzentgelte angenommen hat, beruht dieser auf der Ermächtigungsgrundlage in § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV und bezieht sich auf eine Konkretisierung der sachgerechten Ermittlung individueller Netzentgelte mittels Festlegung. Eine einer bestandskräftigen Festlegung entsprechende Bindungswirkung, die einer Kontrolle der materiellen Richtigkeit der Berechnungen der Beteiligten sowie einer von den Hinweisen des Leitfadens abweichenden Beurteilung der Rechtslage entgegensteht, entfaltet der Leitfaden 2009 dagegen nicht.

Aus den voranstehenden Ausführungen folgt zugleich, dass für die Bewertung der Berechnungen der Beteiligten nicht der zeitliche Anwendungsbereich des Leitfadens 2010, sondern allein die materiell-rechtliche Ausfüllung der Vorgaben des § 19 Abs. 2 StromNEV ausschlaggebend ist. Es erfolgt keine rückwirkende Anwendung des Leitfadens 2010, so dass entgegen der Annahme der Bundesnetzagentur keine Rückwirkungsproblematik vorliegt.

2.3. Die von der Beteiligten ihrer Ermittlung der individuellen Netzentgelte zugrunde gelegte Berechnungsmethodik, wonach die Kosten des physikalischen Pfads und für die Beschaffung von Verlustenergie dem Letztverbraucher in vollem und nicht lediglich anteilig nach Maßgabe der individuellen Ausnutzung zugerechnet werden, wird der in § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV enthaltenen Vorgabe, nach der das nach Satz 2 gebildete Netzentgelt den individuellen Beitrag zur Senkung oder zur Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten widerzuspiegeln hat, nicht gerecht.

Zwar ist der Umfang der netzstabilisierenden bzw. netzdienlichen Wirkung des konkreten Letztverbrauchers nicht in einer Weise messbar oder quantifizierbar, dass sich die Wirkungen des Abnahmeverhaltens unmittelbar auf eine angemessene Netzent-

geltreduzierung übertragen ließen. Für den Umfang der netzdienlichen Wirkung sind neben den in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV genannten Kriterien des Jahresstromverbrauchs und der Benutzungszahl eine Vielzahl weiterer Umstände, wie die den einzelnen Bandlastkunden umgebende Netzstruktur, von Bedeutung, so dass nur eine Annäherung möglich ist. Jedoch wird durch den vollständigen Ansatz von Betriebsmittel- und Verlustenergiekosten der individuelle Entlastungsbeitrag nicht mit der dem zugrunde liegenden methodischen Berechnungsansatz des physikalischen Pfads genügender Genauigkeit und Konkretheit ermittelt. Auch wenn nur eine annäherungsweise Erfassung des Entlastungsbeitrags erfolgen kann, wird der mögliche und erforderliche Genauigkeitsgrad offenkundig unterschritten, wenn dem Letztverbraucher die vollständigen Betriebsmittel- und Verlustenergiekosten von technischen Anlagen zugerechnet werden, die so dimensioniert sind, dass sie neben dem betroffenen Letztverbraucher auch andere Netznutzer versorgen.

Bei der Abbildung des Entlastungsbeitrags mittels des physikalischen Pfads handelt es sich um einen Opportunitätskostenansatz, der die individuelle Bereitschaft des Letztverbrauchers quantifiziert, einen individuellen Beitrag zur Netzstabilität zu leisten. Gerade stromintensive Unternehmen mit netzdienlicher Wirkung könnten aus Gründen der Kostenersparnis erwägen, aus der Netznutzergemeinschaft auszubrechen und eine Direktleitung zum nächstgelegenen Grundlastkraftwerk zu errichten. Dies hätte zur Folge, dass diese Kapazitätsanteile als Deckungsbeitrag für das Netz der allgemeinen Versorgung gänzlich entfielen und dem Zugriff der Netzsteuerung der allgemeinen Versorgung entzogen würden. Der rationale stromintensive Kunde sieht aber von der Errichtung einer eigenen Direktleitung ab, wenn seine Kosten für den Anschluss an das Netz der allgemeinen Versorgung nicht höher sind als die Kosten der Selbsterstellung eines Anschlusses. Die Methode des physikalischen Pfads will erreichen, dass stromintensive Letztverbraucher nur noch Netzentgelte in der Höhe der Kosten zahlen, die anfallen würden, wenn sie sich direkt an eine Erzeugungsanlage anschließen würden. Dem Letztverbraucher werden gleichsam als Gegenleistung für seinen Beitrag zur Netzstabilität diejenigen Kosten erstattet, die er einsparen würde, wenn er sich unmittelbar über eine Direktleitung an eine in seiner Nähe befindliche Erzeugungsanlage anschließen würde. Die konsistente Umsetzung dieses Ansatzes erfordert indes die nur anteilmäßige Erfassung, denn der rationale Letztverbraucher würde gerade keine für seinen Versorgungsbedarf überdimensionierte Leitung bauen, von der noch

andere Letztverbraucher profitieren.

Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur ist die in dem Leitfaden 2010 und auch in der Festlegung BK4-13-739 vorgesehene anteilmäßige Berücksichtigung der Betriebsmittel – und Verlustenergiekosten nicht nur sachgerechter als der ebenfalls rechtmäßige volle Ansatz dieser Kosten. Ihre Argumentation, wonach eine Herabsetzung der Anforderung für die Genehmigung individueller Netzentgelte im Hinblick auf die Gesamtbelastung des Netzentgeltsystems und unter Berücksichtigung des netzstabilisierenden Beitrags der intensiven Netznutzer nunmehr als sachgerecht erscheine, jedoch die in dem Leitfaden 2009 vorgesehene abweichende Berechnung der individuellen Entgelte gleichfalls rechtmäßig gewesen sei, verkennt, dass für die Frage, ob das Netzentgelt die individuell erbrachte Entlastung eines Letztverbrauchers widerspiegelt, die Gesamtbelastung des Netzentgeltsystems kein sachgerechter Gesichtspunkt sein kann. Die Vorschrift lässt nach ihrem Sinn und Zweck nicht zu, dass die Methodik zur Erfassung des individuellen Beitrags des Letztverbrauchers darauf abzielt, mit Rücksicht auf das Gesamtentgeltaufkommen den Anwendungsbereich möglichst klein zu halten.

Andere Gesichtspunkte, die einen vollständigen Kostenansatz rechtfertigen, hat weder die Bundesnetzagentur noch die Beteiligte aufgezeigt. Insbesondere ist die anteilmäßige Ermittlung nicht mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden. Dies hat die Bundesnetzagentur in dem Leitfaden 2010 ausdrücklich ausgeführt. Danach lässt sich die anteilige Berechnung entsprechend dem Verhältnis von vereinbarter Anschlusskapazität zur Kapazität des betrachteten Betriebsmittels ermitteln. Diese Erwägungen gelten auch für den streitgegenständlichen Zeitraum.

Bei der Berechnung eines individuellen Netzentgelts sind im Streitfall Kosten für die Nutzung von Netzreservekapazität nicht in Ansatz zu bringen. Die Beschwerdeführerin hat unstreitig vorgetragen, dass in dem relevanten Zeitraum das Grundlastkraftwerk AKW ... mit mehreren Blöcken betrieben worden sei. Während der Leitfaden 2009 sich zu dem Ansatz von Kosten für Netzreservekapazität nicht verhält, wird in dem Leitfaden 2010 ausdrücklich ausgeführt, dass es sachgerecht sei, für den möglichen Ausfall des Grundlastkraftwerks Kosten für die Nutzung der Netzreservekapazität anzusetzen, da bei der Bildung des physikalischen Pfads zum nächstgelegenen Grundlastkraftwerk hypothetisch davon ausgegangen werde, dass der betreffende Letztverbraucher ausschließlich durch dieses versorgt werde. In der

Festlegung BK4-13-739 hat die Bundesnetzagentur einen Verzicht auf den Ansatz von Netzreservekapazität für den Fall vorgesehen, in dem das Grundlastkraftwerk über mehrere Blöcke verfügt. Nach Maßgabe dieser Vorgaben bestand somit aufgrund der spezifischen tatsächlichen Bedingungen kein Bedürfnis für Netzreservekapazität, weil bei einem Ausfall oder einer Revision des einen Blockes noch der andere Block zur Verfügung gestanden hätte. Anderweitige Gesichtspunkte, die eine von dem Vorgaben des Leitfadens 2010 bzw. der Festlegung abweichende Behandlung des Streitfalls rechtfertigen könnten, sind weder ersichtlich noch von der Bundesnetzagentur bzw. der Beteiligten dargetan worden.

Schließlich sind die Bundesnetzagentur und die Beteiligte auch den Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Verlauf des physikalischen Pfads nicht entgegengetreten, so dass davon auszugehen ist, dass die Berechnung individueller Netzentgelte auf dieser Grundlage erfolgen muss.

2.4. Die Bundesnetzagentur ist antragsgemäß zu verpflichten, die Beteiligte zur Vorlage des begehrten Angebots zu verpflichten. In § 31 Abs. 1 S. 2 EnWG sind die Entscheidungsbefugnisse der Bundesnetzagentur nicht näher geregelt. Aus dem systematischen Zusammenhang der Regelungen des § 31 EnWG und des § 30 EnWG ergibt sich jedoch, dass der Entscheidungsrahmen des § 30 Abs. 2 EnWG Anwendung findet. Grundsätzlich kann die Bundesnetzagentur den Netzbetreiber nicht nur verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen, sondern kann auch konkret diejenigen Maßnahmen aufgeben, die erforderlich sind, um die Zuwiderhandlung abzustellen (Vergleich Waldhäuser, in: Kment, EnWG, 2015, § 31, Rn. 22). Bei der Auswahl der geeigneten Maßnahmen hat die Regulierungsbehörde ermessensfehlerfrei zu entscheiden, ob sie einschreitet und welche Maßnahmen sie ergreift. Dabei hat sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

Vorliegend besteht das missbräuchliche Verhalten der Beteiligten darin, trotz entgegenstehender Verpflichtung aus § 19 Abs. 3 die Vorlage eines Angebots auf Abschluss einer Vereinbarung über ein individuelles Netzentgelt abzulehnen. Dieses missbräuchliche Verhalten kann nur die Verpflichtung zur Vorlage eines entsprechenden Angebots abgestellt werden. Andere Maßnahmen, die diese Zuwiderhandlung in gleicher Weise abstellen könnten, scheiden erkennbar aus. Da das Vorbringen der Beschwerdeführerin zur Höhe der sich bei rechtsfehlerfreier Berechnung und Ermittlung ergebenden individuellen Netzentgelte von der Bundesnetzagentur und

der Beteiligten unstreitig ist, verdicthet sich das der Bundesnetzagentur grundsätzlich zustehende Ermessen auf die beantragte Anordnung.

C.

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG. Da die Beschwerde vollumfänglich Erfolg hat, entspricht es der Billigkeit, der Bundesnetzagentur die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Angesichts des Verfahrensausgangs scheidet eine Erstattung der Auslagen der Beteiligten aus Billigkeitsgründen von vornherein aus.

II. Der Senat hat den Beschwerdewert im Termin zur mündlichen Verhandlung im Einvernehmen mit den Beteiligten 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.