



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 51/09

Verkündet am:
5. Oktober 2010
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Juni 2010 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf und die Richter Dr. Raum, Dr. Strohn, Dr. Kirchhoff und Dr. Grüneberg

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 2. Oktober 2009 wird zurückgewiesen.

Die Beschwerdeführerin trägt die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens und die der Bundesnetzagentur entstandenen notwendigen Auslagen.

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 186.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Beschwerdeführerin ist Großverbraucherin von Gas, das sie teils selbst für das von ihr betriebene Kraftwerk verbraucht und teils an die in dem von ihr betriebenen Industriepark angesiedelten Unternehmen weiterveräußert. Sie beabsichtigt den Abschluss eines Bilanzkreisvertrages gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 3 GasNZV.

2

Die Bundesnetzagentur hatte im Februar 2008 ein Verfahren zur Festlegung von Ausgleichsleistungs- und Bilanzregeln im Gassektor eingeleitet und dies in ihrem Amtsblatt sowie im Internet veröffentlicht. Am 28. Mai 2008 erließ die Bundesnetzagentur die Festlegungen (GABi Gas). Diese enthalten in ihrem Entscheidungstenor folgende Regelungen:

1. Die Bilanzkreisnetzbetreiber sind mit Wirkung zum 1.10.2008 verpflichtet, in abgeschlossene sowie in neu abzuschließende Bilanzkreisverträge die in Anlage 1 ("Standardbilanzkreisvertrag Gas") festgelegten Regelungen aufzunehmen.

Hinweis: Die Sonderregelungen für die Einspeisung von Biogas in das Erdgasnetz (Teil 11a GasNZV) bleiben hiervon unberührt.

2. Der Prozentsatz der Toleranzgrenze wird ab dem 1.10.2008 abweichend von § 30 Abs. 1 GasNZV auf 0 % festgelegt.
3. Die Bilanzkreisnetzbetreiber sind verpflichtet, die folgenden Informationen in einem für die elektronische Weiterverarbeitung durch Standardsoftware nutzbaren Format im Internet zu veröffentlichen:
 - a) die täglich aktualisierten Ausgleichsenergiepreise einschließlich der als Basis für die Preisbildung dienenden Referenzpreise für den jeweiligen Gastag und zumindest für die letzten zwölf Monate;
 - b) im Falle der Erhebung von variablen Strukturierungsbeiträgen die für die verschiedenen Stunden eines Gastages festgesetzten Höhen der Strukturierungsbeiträge getrennt nach Über- und Unterspeisungen einschließlich einer Begründung der festgesetzten Höhen;
 - c) Informationen zu Umfang und Preis der eingesetzten Regelenergie, für externe Regelenergie unterschieden nach Dienstleistungen zur untertägigen Strukturierung und der Beschaffung oder Veräußerung von Gas-

mengen. Diese Informationen sind möglichst am Folgetag des Einsatzes der Regelenergie und mindestens für die letzten zwölf Monate zu veröffentlichen. Außerdem ist zu veröffentlichen, welcher Anteil der externen Regelenergie aufgrund lokaler oder räumlich begrenzter Ungleichgewichte eingesetzt wurde;

- d) monatlich den Saldo des Kontos für die Regel- und Ausgleichsenergieumlage zum Schluss des Vormonats;
- e) eine Liste derjenigen Ausspeisenetzbetreiber des jeweiligen Marktgebiets, die dem Bilanzkreisnetzbetreiber die für die Bilanzkreisabrechnung erforderlichen Daten nicht, nicht fristgerecht, unvollständig oder in unzureichender Qualität zur Verfügung stellen.

Die Verpflichtungen nach lit. a) bis d) gelten ab dem 01.10.2008, die Verpflichtung nach lit. e) ab dem 01.04.2009.

4. Ein Widerruf bleibt vorbehalten.

3 Die Beschwerdeführerin hatte am 23. Juni 2008 beantragt, zu dem Festlegungsverfahren beigelegt zu werden. Die Bundesnetzagentur hat diesen Antrag abgelehnt. Die dagegen gerichtete Beschwerde hat das Oberlandesgericht mit Beschluss vom 14. Januar 2009 zurückgewiesen.

4 Die Beschwerdeführerin greift nunmehr die Festlegungen der GABi Gas an. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde als unzulässig verworfen. Hiergegen richtet sich die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Beschwerdeführerin.

II.

5 Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

- 6 1. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde als unzulässig angesehen, weil der Beschwerdeführerin die Beschwerdebefugnis fehle. Da sie im Verwaltungsverfahren verspätet einen Beiladungsantrag gestellt habe, bestehe bei ihr keine Beschwerdebefugnis nach § 75 Abs. 2 i.V.m. § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG. Sie könne auch nicht als notwendig Beizuladende angesehen werden, weil keine der Festlegungen in ihre rechtlich geschützten Interessen eingreife. Diese richteten sich gegen die Netzbetreiber. Inhaltlich beträfen die hierin enthaltenen Vorgaben lediglich die Methoden der Bilanzkreisabrechnungen und die Bildung der Ausgleichsentgelte. Gegenüber der Beschwerdeführerin bedürfe es noch einer Umsetzung durch einen mit dem Netzbetreiber abzuschließenden Vertrag. Dies gelte auch für die Absenkung der Toleranzgrenze nach § 30 Abs. 1 GasNZV. Damit sei zwar der Basisbilanzausgleich nach § 26 Abs. 2 Satz 1 GasNZV berührt. Diese Norm bezwecke jedoch nicht den Schutz der Transportkunden, sondern diene öffentlichen Interessen, nämlich der Ausgestaltung des Bilanzausgleichsverfahrens. Für eine weitere Ausdehnung des Beschwerderechts sei auch kein Raum. Sie werde auch nicht durch Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs geboten. Zudem fehle es der Beschwerdeführerin an einer materiellen Beschwer.
- 7 2. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde bleiben ohne Erfolg.
- 8 a) Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur ist allerdings die Beschwerde nicht schon deshalb unzulässig, weil die Entscheidung über die Beschwerde gegen die abgelehnte Beiladung der Beschwerdeführerin auch im Hinblick auf ihre gegen die Festlegungen der GABi Gas erhobene Beschwerde Rechtskraft entfaltet. Eine derartige Rechtskrafterstreckung besteht nicht. Es handelt sich um unterschiedliche Streitgegenstände, weil das Beschwerdege-

richt vorher lediglich über die abgelehnte Beiladung, nicht aber über den streitgegenständlichen Beschwerdeantrag entschieden hat.

9 b) Die Beschwerde ist jedoch unzulässig, weil der Beschwerdeführerin die Beschwerdebefugnis fehlt.

10 aa) Beschwerdebefugt ist nach § 75 Abs. 2 i.V.m. § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG jeder Dritte, der an dem Verfahren beteiligt ist. In erweiternder Auslegung dieser Vorschriften ist ein Dritter auch dann befugt, gegen die in der Hauptsache ergangene Entscheidung Beschwerde einzulegen, wenn in seiner Person die subjektiven Voraussetzungen für eine Beiladung vorliegen, sein Beiladungsantrag allein aus verfahrensökonomischen Gründen abgelehnt worden ist und er geltend machen kann, durch die Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen zu sein. Hierfür reichen erhebliche wirtschaftliche Interessen aus (BGH, Beschluss vom 11. November 2008 - EnVR 1/08, WuW/E DE-R 2535 Rn. 14 ff. - citiworks; vgl. auch BGH, Beschluss vom 7. November 2006 - KVR 37/05, BGHZ 169, 370 Rn. 11, 18 ff. - pepcom, für das Kartellverwaltungsverfahren). Ist der Beschwerdeführer durch die Regulierungsbehörde nicht beteiligt worden, hat er aber unverschuldet versäumt, den Beiladungsantrag rechtzeitig zu stellen, ist er gleichfalls beschwerdebefugt (BGH, WuW/E DE-R 2535 Rn. 16 - citiworks).

11 Die Beschwerdeführerin ist nicht beigeladen worden. Sie kann sich auch nicht auf ihren Beiladungsantrag berufen, weil sie ihre Beiladung erst nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens beantragt hat. Wie der Bundesgerichtshof zur Beschwerdebefugnis in Kartellverwaltungssachen entschieden hat, kann nur der rechtzeitige, mithin vor Abschluss des Verfahrens gestellte Beiladungsantrag dem Beiladungspetenten eine Beschwerdebefugnis eröffnen (BGH, Beschluss vom 7. April 2009 - KVR 34/08, WuW/E DE-R 2728 Rn. 9 ff. - Ver-

sicherergemeinschaft). Für die im Wesentlichen gleichlautenden Vorschriften im energiewirtschafts-rechtlichen Beschwerdeverfahren gelten dieselben Grundsätze.

- 12 bb) Darüber hinaus ist auch derjenige beschwerdebefugt, der durch den angegriffenen Verwaltungsakt unmittelbar in seinen Rechten berührt wird (BGH, Beschluss vom 22. Februar 2005 - KVZ 20/04, WuW/E DE-R 1544, 1545 - Zeiss/Leica). Denn in diesem Falle entfaltet der Verwaltungsakt ihm gegenüber eine Regelungswirkung im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG. Ein in diesem Sinne Drittbetroffener ist deshalb im gerichtlichen Verfahren notwendig beizuladen (vgl. § 65 Abs. 2 VwGO). Erforderlich ist hierfür aber, dass nicht nur eine Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen vorliegt. Der Beschwerdeführer muss durch die gegenüber einem oder mehreren Dritten ergangene Verfügung in seinem geschützten Rechtskreis unmittelbar betroffen sein (BGH, Beschluss vom 7. April 2009 - KVR 34/08, WuW/E DE-R 2728 Rn. 20 - Versicherergemeinschaft). Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur kann in den Fällen der notwendigen Beiladung - weil es insoweit an einer gesetzlichen Grundlage fehlt - der von der Entscheidung Betroffene nicht auf einen vorherigen Beiladungsantrag im Verwaltungsverfahren verwiesen werden (vgl. BGH aaO Rn. 16 - Versicherergemeinschaft).

- 13 (1) Eine rechtliche Betroffenheit lässt sich nicht schon daraus ableiten, dass die Beschwerdeführerin aktueller und potenzieller Vertragspartner der Bilanzkreisnetzbetreiber ist. Die Festlegungen der Bundesnetzagentur greifen nämlich nicht unmittelbar regelnd in die bestehende Privatrechtslage ein. Sie bedürfen vielmehr einer Umsetzung durch den Adressaten, hier der Bilanzkreisnetzbetreiber, die verpflichtet sind, ihre Verträge entsprechend anzupassen bzw. neue Verträge entsprechend den Vorgaben der Festlegungen abzuschließen. Auch wenn damit für den (potenziellen) Vertragspartner des Adressaten

absehbare Auswirkungen des Verwaltungsakts entstehen, begründet das in der Person des Vertragspartners keine eigene unmittelbare Rechtsbetroffenheit (BGH, Beschluss vom 7. April 2009 - KVR 34/08, WuW/E DE-R 2728 Rn. 19 - Versicherergemeinschaft; vgl. auch BVerwG, MMR 2003, 241, 242). Die Beschwerdeführerin zeigt auch nicht auf, durch welche der Vertragsbestimmungen des Standardbilanzkreisvertrages, die in Nummer 1 des Tenors der Festlegungen für verbindlich erklärt wurden, sie in ihrem Rechtskreis berührt sein könnte.

- 14 Der Transportkunde wird dadurch nicht rechtlos gestellt. Er hat gemäß § 20 Abs. 1 EnWG einen Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu den Netzen, wobei die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein müssen (§ 21 Abs.1 EnWG). Diesen Anspruch kann er zivilgerichtlich durchsetzen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juni 2003, BGHZ 155, 141, 159 ff.). Da die Festlegungen ihm gegenüber keine Regelungswirkung entfalten und mithin auch nicht in Bestandskraft erwachsen können, binden sie ihn im Zivilverfahren nur insoweit, als sie gesetzeskonform seinen Zugangsanspruch konkretisieren. Der Transportkunde kann deshalb dort im Verhältnis zum Netzbetreiber die ihn wirtschaftlich berührenden Festlegungen einer Überprüfung unterziehen lassen. Insoweit ist der Gaslieferant auch in der Lage, die dann in Übereinstimmung mit den Regeln des Standardbilanzkreisvertrags erfolgte Abrechnung anzugreifen und unmittelbar eine höhere Vergütung im Zivilverfahren gegen den Netzbetreiber durchzusetzen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juni 2003, BGHZ 155, 141, 159 ff.).

- 15 (2) Dies gilt auch für die in Nummer 2 der Festlegung angeordnete Absenkung der Toleranzgrenze des § 30 Abs. 1 GasNZV von bislang zehn auf nunmehr null Prozent. Diese Änderung bedingt zugleich, dass der entgeltfreie Basisbilanzausgleich für Transportkunden nach § 26 Abs. 2 Satz 1 GasNZV faktisch entfällt.

- 16 Die Verfügung enthält in ihrer Nummer 2 eine abstrakte Festlegung der Änderung der Toleranzgrenze. Regelungen dieser Art dienen dazu, in dem durch das Energiewirtschaftsgesetz und die Gasnetzzugangsverordnung vorgegebenen Rahmen durch generelle Handlungsanweisungen das Verhalten der Marktteilnehmer in typischerweise im Rahmen ihrer geschäftlichen Betätigung häufig wiederkehrenden einzelnen Situationen so zu steuern, dass sich die Wettbewerbskräfte auf dem Gasmarkt bestmöglich entfalten können (vgl. BGH, Beschluss vom 29. April 2008 - KVR 28/07, RdE 2008, 362 Rn. 13 - Edifact). Zu solchen Festlegungen ist die Bundesnetzagentur ermächtigt (§ 42 Abs. 6 GasNZV). Der Gesetzgeber hat nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EnWG dem Verordnungsgeber die Möglichkeit eröffnet, der Bundesnetzagentur auch die allgemeine Festlegung von Netzzugangsbedingungen zu übertragen, die von der Bundesnetzagentur dann in Form von Allgemeinverfügungen ausgeübt wird (BGH aaO Rn. 12 - Edifact). Die Bundesnetzagentur kann damit Netzzugangsbedingungen in abstrakt-genereller Form festlegen. Dazu zählt auch eine Absenkung der Toleranzgrenze durch eine auf § 42 Abs. 6 GasNZV gestützte Allgemeinverfügung.
- 17 Solche abstrakten Festlegungen bedürfen aber der Umsetzung in das konkrete Leistungsverhältnis, das zwischen dem Netzbetreiber und den durchleitenden Transportkunden besteht. Dies gilt auch für die Bestimmung der Toleranzgrenze nach § 30 Abs. 1 Satz 1 GasNZV. Die Toleranzgrenze enthält kein absolutes Ge- oder Verbot, sie bildet lediglich eine Bezugsgröße für den Basisbilanzausgleich. Innerhalb der Toleranzgrenze haben die in der Verordnung näher bezeichneten Netzbetreiber einen Ausgleich ohne gesondertes Entgelt anzubieten (§ 26 Abs. 2 GasNZV). Wie sich die Toleranzgrenze für die durchleitenden Gasversorger auswirkt, ergibt sich aber letztlich aus der einzelnen Abrechnung zwischen Netzbetreiber und Transportkunden. Erst wenn die konkrete Abrechnung erfolgt, lässt sich feststellen, ob der Transportkunde im Einzelfall

durch die Änderung der Toleranzgrenze belastet ist. Im Übrigen stehen die vom Netzbetreiber zu tragenden Kosten für die Ausgleichsenergie in einem unmittelbaren Zusammenhang zu den für die Berechnung der Netznutzungsentgelte maßgeblichen Netzkosten im Sinne des § 5 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 3 GasNEV. Ein höherer Bezug von durch den Netzbetreiber zu bezahlender Ausgleichsenergie wirkt sich nämlich auf die Höhe der Netznutzungsentgelte aus. Auch unter diesem Gesichtspunkt bewirkt die Festlegung der Toleranzgrenze auf Null noch keine unmittelbare Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen der Beschwerdeführerin.

18 Die von der Bundesnetzagentur nach § 42 Abs. 6 GasNZV vorgenommene Absenkung der Toleranzgrenze auf null Prozent berührt mithin den Transportkunden nicht unmittelbar. Sie wird in dem Vertragsverhältnis zwischen Netzbetreiber und Transportkunden erst erheblich, soweit Abweichungen von Einspeise- und Ausspeisemengen konkret ermittelt werden. Damit fehlt der Festlegung gegenüber der Beschwerdeführerin die Regelungswirkung (vgl. BGH, Beschluss vom 7. April 2009 - KVR 37/08, WuW/E DE-R 2728 Rn. 19 - Versicherergemeinschaft). Das Privatrechtsverhältnis wird hierdurch nicht unmittelbar gestaltet, weil die Festlegung der Toleranzgrenze lediglich eine Vorgabe für die Abrechnung innerhalb der Leistungsbeziehung betrifft. Diese Vorgabe ist dann von dem Netzbetreiber, der den Basisbilanzausgleich unter Beachtung der Toleranzgrenze zu vollziehen hat, erst in der konkreten Einzelabrechnung umzusetzen.

19 (3) Hinzu kommt, dass die Festlegung der Toleranzgrenze - worauf das Beschwerdegericht zutreffend hinweist - gegenüber den einzelnen Transportkunden auch keine unmittelbar drittschützende Wirkung hat.

20

Maßgeblich ist für die Frage der drittschützenden Wirkung (vgl. hierzu auch BVerwGE 117, 93, 99), welchen Schutzinteressen die Toleranzgrenze dienen soll. Dies beantwortet sich im Wesentlichen danach, unter welchen Voraussetzungen eine Änderung vorgenommen werden darf. Das entscheidende Kriterium hierfür ist gemäß § 42 Abs. 6 GasNZV die Marktsituation. Diese ist im Licht der energiewirtschaftsrechtlichen Zielsetzungen (§ 1 EnWG) zu bewerten. Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben hat die Bundesnetzagentur eine Entscheidung über die Toleranzgrenze zu treffen. Damit wird aber deutlich, dass Schutzgut auch dieser Regelung die Sicherstellung einer leistungsfähigen, kostengünstigen und transparenten Energieversorgung für den Letztverbraucher ist. Um ein transparentes Abrechnungssystem zu sichern und versteckte Netzkosten zu vermeiden, die dann umgelegt werden müssen, soll die Nominierung der in Anspruch genommenen Ein- und Ausspeisekapazitäten (§ 27 GasNZV) möglichst realitätsnah erfolgen. Ein- und Ausspeisungen sind durch die Transportkunden nach § 26 Abs. 1 GasNZV zeitgleich aufeinander anzupassen; Abweichungen zwischen eingespeisten und zum Verbrauch entnommenen Gas-mengen sollen so möglichst gering gehalten werden (vgl. BR-Drucks. 256/05 S. 47 f.). Auch dies dient dem strukturpolitischen Ziel transparenter Netzentgelte (§ 21 Abs. 1 EnWG) und erleichtert es, entsprechend den Vorgaben des § 20 Abs. 1b EnWG in möglichst hohem Umfang miteinander verbundene Netze ausweisen und entsprechende Verträge anbieten zu können. Mithin kommt im Hinblick auf ihren vom Normgeber verfolgten Zweck der Festlegung der Toleranzgrenze allein eine energiewirtschaftlich steuernde, aber keine unmittelbar drittschützende Wirkung zu.

21

c) Die vorstehenden Grundsätze bezüglich der Beschwerdebefugnis solcher Dritter, die durch die Entscheidung der Regulierungsbehörde potenziell betroffen sein können, bedürfen im Blick auf das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 24. April 2008 (C-55/06 - Arcor) keiner Korrektur. Der

Gerichtshof hat - bezüglich einer Anpassungsanordnung im Bereich der Telekommunikationsleistungen - ausgeführt, dass bei Regulierungsentscheidungen, die Preise betreffen, auch der Vertragspartner des Adressaten der Regulierungsentscheidung in seinen Rechten berührt wird und ihm deshalb Rechtsschutz zu gewähren ist. Es bedürfe nicht einmal einer Vertragsbeziehung, damit die Rechte eines Begünstigten von einer solchen Entscheidung potenziell betroffen sind (EuGH aaO Rn. 177). Ungeachtet dessen, ob für bloße vertragliche Abrechnungsregelungen - wie hier gegeben - dieselben Grundsätze gelten, erfüllt das deutsche Recht dieses Erfordernis. Die Beschwerdeführerin hätte nämlich nur rechtzeitig einen Beiladungsantrag stellen müssen, dann wäre sie im Falle einer unmittelbaren und individuellen Betroffenheit beschwerdebefugt, auch wenn sie von der Regulierungsbehörde nicht beigeladen worden wäre. Mit einer solchen auch hier bestehenden Beschwerdemöglichkeit hat Deutschland das sich aus der Gasbinnenmarktrichtlinie ergebende Rechtsschutzgebot

(Art. 25 Abs. 6 der Richtlinie EG 2003/55/EG, die mittlerweile durch die inhaltsgleiche Regelung des Art. 41 Abs. 12 der Richtlinie 2009/73/EG abgelöst wurde) in ausreichendem Maße umgesetzt.

Tolksdorf

Raum

Strohn

Kirchhoff

Grüneberg

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 02.10.2009 - VI-3 Kart 26/08 (V) -