



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 5/18

Verkündet am:
9. Juli 2019
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Lichtblick

EnWG § 75 Abs. 2; StromNEV § 7 Abs. 6

Die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für die dritte Regulierungsperiode der Anreizregulierung durch die Regulierungsbehörde betrifft ein zum Verwaltungsverfahren beigeladenes Stromversorgungsunternehmen in seinen erheblichen wirtschaftlichen Interessen unmittelbar und individuell.

BGH, Beschluss vom 9. Juli 2019 - EnVR 5/18 - OLG Düsseldorf

ECLI:DE:BGH:2019:090719BENVR5.18.0

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Juli 2019 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg, die Richter Prof. Dr. Kirchhoff, Dr. Bacher, Sunder und Dr. Schoppmeyer

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Betroffenen wird der Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 10. Januar 2018 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Beschwerdegericht zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 100.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

- 1 A. Die Beschwerdeführerin ist ein bundesweit tätiger Strom- und Gasanbieter. Die Bundesnetzagentur leitete am 13. Juli 2016 ein Verfahren gemäß § 29 Abs. 1 EnWG in Verbindung mit § 7 Abs. 6 StromNEV ein, um die Eigenkapitalzinssätze für Alt- und Neuanlagen für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen für die dritte Regulierungsperiode der Anreizregulierung gemäß § 21 Abs. 2 EnWG festzulegen. Zu diesem Verfahren lud die Bundesnetzagentur die Beschwerdeführerin mit Beschluss vom 4. Oktober 2016 bei.

- 2 Mit Beschluss vom 5. Oktober 2016 (BK4-16-160), veröffentlicht im Amtsblatt der Bundesnetzagentur 19/2016 vom 12. Oktober 2016, setzte die Bundesnetzagentur den Eigenkapitalzinssatz für Neuanlagen auf 6,91% und für Altanlagen auf 5,12% fest. Hiergegen hat die Beschwerdeführerin Beschwerde eingelegt. Sie meint, die Festlegung des Eigenkapitalzinssatzes sei unangemessen hoch. Sie sei durch die Festlegung materiell beschwert, weil sie als Stromanbieterin in erheblichem Umfang Netznutzerin sei. Der unangemessen hohe Eigenkapitalzinssatz, der unmittelbar in die Netzkostenermittlung einfließe, habe erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen auf sie. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde als unzulässig verworfen.

- 3 Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Betroffene ihr Begehren weiter. Die Bundesnetzagentur tritt dem Rechtsmittel entgegen.

- 4 B. Die Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

- 5 I. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung (OLG Düsseldorf, RdE 2018, 365) ausgeführt, die Beschwerde sei unzulässig, weil die Beschwerdeführerin nicht materiell beschwert sei. Zwar sei die Beschwerdeführerin Beteiligte im Sinne des § 75 Abs. 2 EnWG. Hinzukommen

müsse jedoch als materielle Beschwer, dass die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Verfügung in ihren - erheblichen - wirtschaftlichen Interessen unmittelbar und individuell betroffen sei. Dies könne nur bejaht werden, wenn sich die Entscheidung der Regulierungsbehörde ohne weitere Umsetzungserfordernisse auf die wirtschaftlichen Interessen auswirke oder regelnd oder gestaltend in den Rechtskreis eingreife.

6 Die Festsetzung der Eigenkapitalzinssätze durch die Bundesnetzagentur betreffe die Beschwerdeführerin nicht unmittelbar in ihren wirtschaftlichen Interessen. Es handele sich nur um eine für die Höhe der zu zahlenden Netzentgelte maßgebliche Vorfrage. Der Eigenkapitalzinssatz fließe in die Festlegung der Erlösobergrenzen ein. Diese bedürften ihrerseits der zivilrechtlichen Umsetzung durch den Netzbetreiber, die auf dessen unternehmerischer Entscheidung beruhe, für die ein zwar eingegrenzter, aber nicht vollständig vorgegebener Spielraum bestehe. Erst diese Umsetzung in Netzentgelte wirke sich unmittelbar auf die wirtschaftlichen Interessen der Netznutzer aus.

7 Eine unmittelbare Betroffenheit folge auch nicht aus den Regelungen des Netznutzungs- und Lieferantenrahmenvertrags (Strom). Soweit danach der Netzbetreiber berechtigt oder verpflichtet sei, Netzentgelte anzupassen, ändere dies nichts daran, dass solche Anpassungen einen autonomen Umsetzungsschritt des Netzbetreibers erforderten. Auch eine Änderung des Eigenkapitalzinssatzes gebe lediglich einen Anlass, die Netzentgelte anzupassen, ohne unmittelbar das Rechtsverhältnis zwischen Netzbetreiber und Netznutzer zu gestalten. Die erforderlichen Umsetzungsakte stünden einer unmittelbaren Betroffenheit entgegen.

8 Diese Auslegung des Merkmals der unmittelbaren Betroffenheit entspreche dem Zweck des regulierten Netzzugangs. Die Zielsetzung des § 1 EnWG und die Entgeltregulierung nach der Anreizregulierungsverordnung brächten zum Ausdruck, dass es dem Gesetzgeber nicht um die Interessen einzelner

Netznutzer oder Wettbewerber, sondern um die Förderung der gemeinsamen Nutzerinteressen durch Förderung des Wettbewerbs gehe. Daher sei weder ein Verzicht auf noch ein anderer Maßstab für das Kriterium der unmittelbaren Betroffenheit geboten.

9 Auch unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Klagebefugnis Drittbetroffener nach Art. 263 Abs. 4 AEUV fehle es an einer unmittelbaren und individuellen Betroffenheit. Danach müsse sich die beanstandete Maßnahme auf seine Rechtsstellung unmittelbar auswirken und ihren Adressaten, die mit ihrer Durchführung betraut sind, keinen Ermessensspielraum lassen, diese Durchführung vielmehr rein automatisch erfolgen und sich allein aus der Unionsregelung ergeben, ohne dass dabei weitere Vorschriften angewandt würden. Das von einem Netzbetreiber festzusetzende Entgelt für die Netznutzung werde jedoch nicht allein durch die Festlegung des Eigenkapitalzinssatzes determiniert. Es sei nur ein Aspekt einer Umsetzungsentscheidung, die dem Netzbetreiber zudem einen Ermessensspielraum lasse.

10 Weder das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG noch die Rechtsweggarantie aus Art. 19 Art. 4 GG erforderten es, der Beschwerdeführerin eine Beschwerdemöglichkeit gegen die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze einzuräumen. Der durch die Justizgewährungsgarantie gebotene Rechtsschutz erfasse nur Rechtsbeeinträchtigungen, so dass die hier gerügte Verletzung nur wirtschaftlicher Interessen nicht genüge. Im Übrigen stehe der Beschwerdeführerin ein anderweitiger Rechtsschutz zur Verfügung, weil sie auf dem Zivilrechtsweg eine Überprüfung der Netzentgelte gemäß § 315 BGB erreichen könne. Dass auf diesem Weg nur eine mittelbare Überprüfung der Eigenkapitalzinssätze ermöglicht werde und dies mit nicht unerheblichen Prozessrisiken verbunden sei, erfordere ebenfalls kein anderes Verständnis der unmittelbaren und individuellen Betroffenheit.

- 11 Es könne offenbleiben, ob die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Unzulässigkeit einer zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle auf den Bereich der Strompreisregulierung zu übertragen sei. Es fehle jedenfalls an der Entscheidungserheblichkeit dieser Frage. Eine durch das nationale Recht umzusetzende entsprechende Vorgabe durch den Gerichtshof würde die hier streitgegenständliche Ausfüllung des Merkmals der Beschwerdebefugnis gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörden nicht berühren.
- 12 II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Rechtsbeschwerde nicht stand. Eine materielle Beschwer der Beschwerdeführerin ist gegeben.
- 13 1. Nach dem Wortlaut des § 75 Abs. 2 EnWG steht die Beschwerde den am Verfahren vor der Regulierungsbehörde Beteiligten zu. Die Vorschrift entspricht § 63 GWB; die zu § 63 GWB anerkannten Grundsätze gelten auch hier. Erforderlich ist daher neben der Rechtsstellung als Beteiligter eine materielle Beschwer. Diese liegt vor, wenn der Betroffene durch die angefochtene Verfügung der Regulierungsbehörde in seinen wirtschaftlichen Interessen unmittelbar und individuell betroffen ist (BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2008 - EnVR 79/07, WuW/E DE-R 2512 Rn. 7 - Ulm/Neu-Ulm mwN; vom 11. November 2008 - EnVR 1/08, RdE 2009, 185 Rn. 14 - citiworks). Ob bei Unternehmen, die ein Stromnetz nutzen wollen, eine unmittelbare wirtschaftliche Betroffenheit durch die Genehmigung der Entgelte entsteht, hat der Bundesgerichtshof bislang offengelassen (vgl. BGH, WuW/E DE-R 2512 Rn. 9).
- 14 2. Diese Frage ist hinsichtlich der Festlegung des Eigenkapitalzinssatzes für eine Regulierungsperiode zu bejahen. Die Entscheidung der Bundesnetzagentur, mit der sie die für die Bildung der Entgelte für den Netzzugang nach § 21 Abs. 2 EnWG zu berücksichtigenden Eigenkapitalzinssätze nach § 7 Abs. 6 StromNEV für die dritte Regulierungsperiode der Anreizregulierung festgelegt hat, betrifft die Beschwerdeführerin in ihren wirtschaftlichen Interessen unmittelbar.

- 15 a) Allerdings verletzt die Festlegung der nach § 21 Abs. 2 EnWG zu berücksichtigenden Eigenkapitalzinssätze die Beschwerdeführerin nicht in ihren Rechten. Eine Beschwerdebefugnis aufgrund einer Rechtsverletzung setzt voraus, dass eigene, subjektive Rechte der Beschwerdeführerin verletzt worden sind. Daran fehlt es.
- 16 Die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze nach § 21 Abs. 2 EnWG betrifft die Rechtsstellung der Netzbetreiber. § 21 Abs. 2 EnWG richtet sich an die Betreiber von Energieversorgungsnetzen und legt Maßstäbe fest, nach denen die den Betreibern zu zahlenden Entgelte für den Netzzugang zu bilden sind. Gleiches gilt, soweit die Festlegung des Eigenkapitalzinssatzes Einfluss auf die Erlösobergrenzen hat. Auch diese richten sich an die Betreiber von Energieversorgungsnetzen. Die Beschwerdeführerin ist keine Netzbetreiberin. Sie ist Kundin, die ein Netzentgelt als Gegenleistung an die Netzbetreiber zu entrichten hat. Der Eigenkapitalzinssatz ist nur ein Bestandteil, den die Netzbetreiber bei der Preisbildung zu berücksichtigen haben; seine Festlegung berührt daher die Beschwerdeführerin nicht in ihren Rechten.
- 17 Eine rechtliche Betroffenheit lässt sich nicht schon daraus ableiten, dass die Beschwerdeführerin aktueller und potenzieller Vertragspartner der Netzbetreiber ist. Die Festlegung des Eigenkapitalzinssatzes durch die Bundesnetzagentur greift nämlich nicht unmittelbar regelnd in die bestehende Privatrechtslage ein. Sie bedarf vielmehr der Umsetzung durch die Adressaten, hier die Netzbetreiber. Auch wenn damit für den (potenziellen) Vertragspartner der Netzbetreiber absehbare Auswirkungen entstehen, begründet das in der Person des Vertragspartners keine eigene unmittelbare Rechtsbetroffenheit (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010 - EnVR 51/09, juris Rn. 13 - GABi Gas; vom 7. April 2009 – KVR 34/08, WuW/E DE-R 2728 Rn. 19 - Versicherergemeinschaft; vgl. auch BVerwG, MMR 2003, 241, 242).

- 18 b) Die Festlegung des Eigenkapitalzinssatzes für die Netzbetreiber betrifft die Beschwerdeführerin jedoch unmittelbar in ihren wirtschaftlichen Interessen.
- 19 aa) Eine materielle Beschwer für zum Verfahren vor der Regulierungsbehörde beigeladene Personen oder Personenvereinigungen liegt vor, wenn diese geltend machen können, durch die Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen zu sein. Hierfür reichen erhebliche wirtschaftliche Interessen aus (BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010 - EnVR 51/09, juris Rn. 10 - GABi Gas; vom 11. November 2008 - EnVR 1/08, RdE 2009, 185 Rn. 16 f. - citiworks; vgl. auch BGH, Beschluss vom 7. November 2006 - KVR 37/05, BGHZ 169, 370 Rn. 11, 18 ff. - pepcom, für das Kartellverwaltungsverfahren). Eine solche Auslegung der materiellen Beschwer stimmt mit Art. 37 Abs. 17 der Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG (ABl. L 211 vom 14. August 2009, S. 55; fortan: ElektrizitätsRL) überein. Danach stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass auf nationaler Ebene geeignete Verfahren bestehen, die einer betroffenen Partei das Recht geben, gegen eine Entscheidung einer Regulierungsbehörde bei einer von den beteiligten Parteien und Regierungen unabhängigen Stelle Beschwerde einzulegen.
- 20 bb) Die Beschwerdeführerin ist in diesem Sinne durch die Entscheidung unmittelbar und individuell in ihren erheblichen wirtschaftlichen Interessen betroffen.
- 21 (1) Die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze richtet sich allerdings nicht unmittelbar an die Beschwerdeführerin, sondern an die Netzbetreiber. Im Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Beschwerdegericht an, dass eine Maßnahme einen Dritten nicht unmittelbar in seinen wirtschaftlichen Interessen betrifft, wenn diese Maßnahme erst noch einer weiteren zivilrechtlichen Umsetzung

bedarf, die auf der unternehmerischen Entscheidung des Vertragspartners beruht und für die dem Vertragspartner ein Entscheidungsspielraum zusteht. Unter diesen Voraussetzungen wirkt sich erst die Umsetzung durch den Vertragspartner unmittelbar auf die wirtschaftlichen Interessen aus. Anders sieht dies hingegen aus, wenn die Festlegung direkt in die unternehmerische Entscheidung des Vertragspartners einfließt und dem Vertragspartner angesichts der rechtlichen Vorgaben für die Preiskalkulation kein nennenswerter Entscheidungsspielraum für eine eigenständige Entscheidung mehr zukommt, auf welche Weise er die Festlegung umsetzen will.

22 (2) Diese Voraussetzungen sind bei der Festlegung der Eigenkapitalzinssätze durch die Bundesnetzagentur erfüllt. Die Beschwerdeführerin hat als Stromanbieter für die Nutzung des Stromnetzes die von den Netzbetreibern verlangten Netzentgelte zu bezahlen. Grundlage ist der verbindliche Muster-Netznutzungsvertrag. Die Höhe des von der Bundesnetzagentur mit dem angegriffenen Beschluss festgelegten Eigenkapitalzinssatzes für die dritte Regulierungsperiode fließt maßgeblich in die Netzentgelte ein. Ein niedrigerer Eigenkapitalzinssatz führt dazu, dass die Beschwerdeführerin geringere Netzentgelte zu zahlen hätte; ist die Festlegung überhöht, ermöglicht dies den Netzbetreibern, höhere Entgelte zu verlangen als wirtschaftlich angemessen.

23 Den Netzbetreibern steht hinsichtlich des von der Bundesnetzagentur festgelegten Eigenkapitalzinssatzes kein rechtlich erheblicher Entscheidungsspielraum zu, inwieweit sie diese Festlegung bei der Kalkulation ihrer Netzentgelte berücksichtigen. Der Netzbetreiber hat die Kalkulation für die von ihm verlangten Netzentgelte gemäß § 15 Abs. 2 StromNEV so durchzuführen, dass nach dem Ende der bevorstehenden Kalkulationsperiode die Differenz zwischen den aus Netzentgelten tatsächlich erzielten Erlösen und den nach § 4 StromNEV ermittelten und in der bevorstehenden Kalkulationsperiode zu deckenden Netzkosten möglichst gering ist. Die Netzkosten setzen sich gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 StromNEV unter anderem aus der kalkulatorischen Eigenka-

pitalverzinsung nach § 7 StromNEV zusammen; auch wenn die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze nur die Obergrenze des von den Netzbetreibern bei ihrer Kalkulation einzustellenden Eigenkapitalzinssatzes betrifft (vgl. § 7 Abs. 4 Satz 1 StromNEV: "darf [...] nicht überschreiten"), steht dies einer unmittelbaren Betroffenheit der Beschwerdeführerin in ihren wirtschaftlichen Interessen nicht entgegen. Die Beschwerdeführerin macht zutreffend geltend, dass der Netzbetreiber bereits aus unternehmerischen Gründen und zur Gewinnoptimierung regelmäßig den festgesetzten Eigenkapitalzinssatz seiner Kalkulation zugrunde legen wird, zumal diese kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung nicht zwangsläufig der Rendite des einzelnen Netzbetreibers entspricht.

24 Soweit die Netzentgelte im Wege der Anreizregulierung bestimmt werden, steht dies einer unmittelbaren Betroffenheit ebenfalls nicht entgegen. Gemäß § 6 Abs. 1 ARegV ermittelt die Regulierungsbehörde das Ausgangsniveau für die Bestimmung der Erlösobergrenzen durch eine Kostenprüfung nach den Vorschriften des Teils 2 Abschnitt 1 der Stromnetzentgeltverordnung. Teil dieser Ermittlung ist auch die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung gemäß § 7 StromNEV; soweit die Regulierungsbehörde gemäß § 7 Abs. 6 StromNEV die Eigenkapitalzinssätze festsetzt, gehen diese Eigenkapitalzinssätze in gleicher Weise in die Bemessung jeder Erlösobergrenze für sämtliche Stromnetzbetreiber ein. Gemäß § 17 Abs. 1 ARegV werden die festgelegten Erlösobergrenzen entsprechend den Vorschriften des Teils 2 Abschnitt 2 und 3 der Stromnetzentgeltverordnung in Entgelte für den Zugang zu den Energieversorgungsnetzen umgesetzt.

25 Soweit es auch denkbar ist, dass ein Netzbetreiber für die Bildung der Netzentgelte mit einem niedrigeren als dem von der Regulierungsbehörde festgelegten Eigenkapitalzinssatz kalkuliert, steht dies einer unmittelbaren wirtschaftlichen Betroffenheit eines Stromversorgungsunternehmens nicht entgegen. Gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG werden die Entgelte für den Netzzugang "unter Berücksichtigung [...] einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risi-

koangepassten Verzinsung des eingesetzten Kapitals gebildet." Die Festlegung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung soll sicherstellen, dass einem durchschnittlich effizienten Netzbetreiber ermöglicht wird, eine durchschnittliche Rendite zu erzielen (vgl. BR-Drucks. 245/05 S. 36). Sie ist eine entscheidende und wesentliche Grundlage für die zu erzielende Rendite; auch wenn die Festlegung nur den kalkulatorisch zugrunde zu legenden Eigenkapitalzins betrifft, ist es für jeden Netzbetreiber betriebswirtschaftlich angezeigt, die Netzentgelte nach der festgelegten Höhe des Eigenkapitalzinssatzes zu bilden. Die Festlegung eröffnet somit den Netzbetreibern eine ohne diese Festlegung nicht bestehende Möglichkeit, ihrer Kalkulation die Eigenkapitalzinssätze in der vollen festgelegten Höhe zugrunde zu legen (vgl. auch BGH, Beschluss vom 9. April 2019 - EnVR 57/18, juris Rn. 15 - KONNI Gas 2.0 zu Festlegungen in Bilanzkreisverträgen).

26

Damit führt die Festlegung eines für alle Netzbetreiber einheitlichen und von diesen in ihre Kalkulation einzustellenden Eigenkapitalzinssatzes bei Unternehmen, welche die Netzentgelte zu bezahlen haben, unmittelbar und individuell zu einem wirtschaftlichen Nachteil. Die Höhe eines solchen Eigenkapitalzinssatzes berührt die wirtschaftlichen Interessen eines Stromversorgungsunternehmens, welches Zugang zum Stromnetz benötigt, erheblich. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob auch andere Überprüfungsmöglichkeiten für ein Stromversorgungsunternehmen bestehen. Insbesondere die Überprüfung der Netzentgelte auf Billigkeit nach § 315 BGB enthält zusätzliche Tatbestandsmerkmale, die nicht erfüllt sein müssen, wenn die Rechtmäßigkeit der Höhe des Eigenkapitalzinssatzes im behördlichen Verfahren überprüft wird (ebenso für die Entscheidung, ein Netz als Objektnetz im Sinne des § 110 EnWG anzuerkennen BGH, Beschluss vom 11. November 2008 - EnVR 1/08, RdE 2009, 185 Rn. 17 - citiworks).

27 3. Ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV an den Gerichtshof der Europäischen Union ist im Streitfall nicht erforderlich. Die Frage, ob aus Art. 37 Abs. 17 ElektrizitätsRL in weiterem Umfang als nach § 75 Abs. 2 EnWG ein Beschwerderecht folgt, stellt sich nicht.

28 III. Nachdem das Beschwerdegericht bislang nur über die Zulässigkeit der Beschwerde entschieden hat, ist die Sache an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen. Das Beschwerdegericht wird über die Begründetheit der Beschwerde zu entscheiden haben.

29 C. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG und § 3 ZPO.

Limperg

Kirchhoff

Bacher

Sunder

Schoppmeyer

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 10.01.2018 - VI-3 Kart 1202/16 (V) -