



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 55/16

Verkündet am:
27. Februar 2018
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

GaBi Gas 2.0

Verordnung (EU) Nr. 312/2014 Art. 39 Abs. 4, Art. 11 Abs. 4, Erwägungsgrund 6 und 11

Die Anordnung, dass die monatliche vorläufige Abrechnung der Differenz zwischen allokierten und tatsächlich ausgespeisten Gasmengen auf der Grundlage der festgestellten Tagesdifferenzmengen zu erfolgen hat, ist durch die Ermächtigungsgrundlage in Art. 39 Abs. 4 und Art. 11 Abs. 4 der Verordnung (EU) Nr. 312/2014 gedeckt und auch im Übrigen rechtlich nicht zu beanstanden.

BGH, Beschluss vom 27. Februar 2018 - EnVR 55/16 - OLG Düsseldorf

ECLI:DE:BGH:2018:270218BENVR55.16.0

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 2018 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg und die Richter Dr. Grüneberg, Dr. Bacher, Sunder und Dr. Deichfuß

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26. Oktober 2016 wird zurückgewiesen.

Die Betroffene trägt die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur.

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 250.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

- 1 A. Die Betroffene betreibt ein Gasverteilernetz, die weitere Beteiligte ist Marktgebietsverantwortliche im Sinne von § 20 GasNZV.

- 2 Mit Beschluss vom 19. Dezember 2014 (BK7-14-020) hat die Bundesnetzagentur eine Festlegung zur Bilanzierung in Gasnetzen (GaBi Gas 2.0) getroffen. Die Betroffene wendet sich gegen die darin enthaltene Anordnung, eine Netzkontenabrechnung für jeden einzelnen Tag zu erstellen.

- 3 In der Festlegung werden die Netzbetreiber unter Nr. 8 des Tenors verpflichtet, unter Mitwirkung der Marktgebietsverantwortlichen einen Anreizmechanismus für die Bereitstellung einer genauen Prognose bei Entnahmestellen mit Standard-Lastprofil vorzuschlagen, der Ausschüttungen und Zahlungen für den Fall einer Abweichung der tatsächlich ausgespeisten Gasmenge von den prognostizierten und allokierten Mengen vorsieht. Die Differenzmengen sind für jeden Tag gesondert zu ermitteln. Mindestens am Ende jedes Monats muss auf der Grundlage der festgestellten Tagesdifferenzmengen eine vorläufige Abrechnung erfolgen. Nach der zuvor geltenden Regelung wurden bei der Abrechnung die einzelnen Tageswerte saldiert und nur die sich daraus für den gesamten Monat ergebende Differenz berücksichtigt.

- 4 Unter Nr. 11 des Tenors werden Marktgebietsverantwortliche sowie Betreiber von Fernleitungs- und Verteilernetzen verpflichtet, die festgelegten Regelungen mit Wirkung zum 1. Oktober 2015 anzuwenden.

5 Die Betroffene hat beantragt, die Festlegung in Nr. 8 des Tenors vollständig und in Nr. 11 insoweit aufzuheben, als sie darin zur Anwendung der Regelung in Nr. 8 verpflichtet wird. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde zurückgewiesen.

6 Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Betroffene ihr Begehren hinsichtlich der Regelungen in Nr. 8 Buchst. a bis e und Nr. 11 weiter. Gegen die Regelung in Nr. 8 Buchst. f, wonach Verteilernetzbetreiber, die eine überdurchschnittliche Abweichung aufweisen, vom Marktgebietsverantwortlichen in einer Transparenzliste im Internet zu veröffentlichen sind, wendet sie sich nicht mehr. Die Bundesnetzagentur tritt dem Rechtsmittel entgegen.

7 B. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

8 I. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

9 Die Vorgaben für den Anreizmechanismus hielten sich im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage und der in Art. 39 Abs. 4 der Verordnung (EU) Nr. 312/2014 der Kommission vom 26. März 2014 zur Festlegung eines Netzkodex für die Gasbilanzierung in Fernleitungsnetzen (ABl. EU L 91, 15; nachfolgend: Netzkodex) vorgegebenen Grenzen. Die genannte Vorschrift ermächtigte nicht nur dazu, Netzbetreiber dazu aufzufordern, einen Anreizmechanismus vorzuschlagen, sondern auch zu Vorgaben für dessen Ausgestaltung. Die angegriffene Festlegung beachte auch die Vorgaben aus Art. 11 Abs. 4 des Netzkodex.

10 Die Festlegung sei auch im Übrigen formell rechtmäßig. Die Bundesnetzagentur habe nicht gegen ihre Amtsermittlungspflicht verstoßen. Die Fest-

legung sei hinreichend mit Gründen versehen und ihr Inhalt hinreichend bestimmt.

- 11 Der in Nr. 8 des Tenors vorgegebene Rahmen für den vorzuschlagenden Anreizmechanismus stehe in Einklang mit dem Netzkodex. Bei der Ausgestaltung dieser Vorgaben stehe der Bundesnetzagentur ein Regulierungsermessen zu. Vor diesem Hintergrund sei die Vorgabe einer tagesscharfen Abrechnung nicht zu beanstanden. Die Bundesnetzagentur gehe gut nachvollziehbar davon aus, dass mit dieser Vorgabe tendenziell die Prognosegenauigkeit verbessert werden könne. Die bislang praktizierte monatscharfe Abrechnung habe die stark schwankenden Wetter- und Temperaturverhältnisse nur grob und letztlich unzureichend abbilden können. Die neue Festlegung behalte die bisher geltenden Regeln in weiten Teilen bei und entwickle diese lediglich fort.
- 12 Entgegen der Auffassung der Betroffenen müsse die Bundesnetzagentur nicht den Nachweis erbringen, dass die Umstellung von einer monatlichen auf eine tägliche Abrechnung erforderlich sei. Vielmehr sei ausreichend, dass ein möglicher Regelenergiebedarf minimiert werden könne. Dass diese Voraussetzung erfüllt sei, habe die Bundesnetzagentur überzeugend dargelegt.
- 13 Ein Anreizmechanismus werde nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Prognoseschätzungen mit Unsicherheiten verbunden und viele Einflussfaktoren von den Verteilernetzbetreibern nicht exakt beeinflussbar seien. Die Festlegung verlange keine mit der tatsächlichen Ausspeisung übereinstimmende Prognose, sondern lediglich eine Optimierung der hierfür herangezogenen Profile.
- 14 Ein Verstoß gegen den Netzkodex ergebe sich nicht daraus, dass die Zahlungsverpflichtungen der Netzbetreiber und der Marktgebietsverantwortlichen asymmetrisch ausgestaltet seien. Art. 11 Abs. 4 lit. a des Netzkodex verlange nicht zwingend die Ausweisung einer einheitlich definierten Leistungsvorgabe.

- 15 Das geplante Anreizmodell berücksichtige auch bewährte nationale Bilanzierungspraktiken. Schon nach der bisherigen Praxis seien die Ein- und Ausspeisungen eines Netzbetreibers tagesscharf gegenübergestellt worden. Die nunmehr vorgesehene taggenaue Abrechnung sei eine in sich nachvollziehbare Verbesserung dieses Systems.
- 16 Dass die taggenaue Abrechnung zu einem Verlust an Liquidität führen könne, sei nicht zu beanstanden, weil gerade daraus ein Anreiz für eine möglichst genaue Prognose resultiere. Unabhängig davon habe eine Auswertung der Bundesnetzagentur ergeben, dass die Betroffene im Zeitraum von Oktober 2012 bis September 2015 bei Anwendung der neuen Regeln sogar besser gestellt gewesen wäre.
- 17 Die angefochtene Festlegung sei nicht als Pönale für Verteilernetzbetreiber anzusehen. Sie verletze weder die europarechtlichen Grundsätze der Diskriminierungsfreiheit und der Verhältnismäßigkeit noch das Grundrecht auf unternehmerische Freiheit nach Art. 16 und das Eigentumsrecht nach Art. 17 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.
- 18 II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung stand.
- 19 1. Rechtsfehlerfrei ist das Beschwerdegericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die angegriffene Festlegung durch die Ermächtigungsgrundlage in Art. 39 Abs. 4 des Netzkodex gedeckt ist.
- 20 Nach Art. 39 Abs. 4 des Netzkodex kann die nationale Regulierungsbehörde den Fernleitungsnetzbetreiber, den Verteilungsnetzbetreiber und die prognostizierende Partei auffordern, für die Bemessung einer genauen Prognose für die nicht täglich gemessenen Ausspeisungen eines Netznutzers einen Anreizmechanismus vorzuschlagen, der die für den Fernleitungsnetzbetreiber in Art. 11 Abs. 4 des Netzkodex festgelegten Kriterien erfüllt.

- 21 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde hält sich die angefochtene Festlegung im Rahmen dieser Ermächtigung.
- 22 a) Die Anordnungen in Nr. 8 Buchst. a bis e des Tenors dienen, wie auch die Rechtsbeschwerde im Ansatz nicht in Zweifel zieht, dem Zweck, einen Anreizmechanismus zu schaffen, um die Prognose der Abnahmemenge von Kunden zu präzisieren, deren Abnahme nicht täglich oder sogar stündlich gemessen, sondern anhand von Standardlastprofilen im Sinne von § 24 GasNZV prognostiziert wird. Dies entspricht der Zielsetzung von Art. 39 Abs. 4 des Netzkodex und steht zugleich in Einklang mit dem in Erwägungsgrund 6 des Netzkodex angeführten Zweck, das Tagesbilanzierungssystem zu fördern.
- 23 Aus der Bezugnahme auf Art. 11 Abs. 4 des Netzkodex, der bestimmte inhaltliche Anforderungen an den Inhalt eines Anreizmechanismus definiert, ergibt sich des Weiteren, dass die Bundesnetzagentur ihre Aufforderung mit inhaltlichen Vorgaben versehen kann, um die Einhaltung dieser Anforderungen zu gewährleisten. Diesem Zweck dient die Vorgabe, die täglich ermittelten Differenzmengen taggenau abzurechnen.
- 24 b) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde sind die angefochtenen Anordnungen einschließlich der Vorgabe einer taggenauen Abrechnung zur Erreichung dieses Zwecks geeignet und erforderlich.
- 25 aa) Im Ansatz zutreffend macht die Rechtsbeschwerde allerdings geltend, dass eine auf Art. 39 Abs. 4 des Netzkodex gestützte Aufforderung - wie jedes Verwaltungshandeln - die Grenzen einhalten muss, die sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergeben. Eine Anordnung ist deshalb nach deutschem wie nach europäischem Recht nur dann rechtmäßig, wenn sie zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet und erforderlich ist und nicht zu einer unverhältnismäßigen Belastung führt (vgl. etwa BGH, Beschluss vom

27. Januar 2015 - EnVR 37/13, ZNER 2015, 133 Rn. 24 - ONTRAS Gastransport GmbH).

26 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde folgt hieraus indes nicht, dass die Bundesnetzagentur nur solche Maßnahmen vorgeben darf, die abstrakt gesehen zu einer möglichst geringen Belastung der Netzbetreiber führen. Die Prüfung, ob eine Maßnahme geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist, hat sich vielmehr an dem mit der Maßnahme angestrebten Ziel zu orientieren.

27 bb) Hinsichtlich dieser Zielvorgabe steht der Regulierungsbehörde, wie das Beschwerdegericht zu Recht entschieden hat, ebenso wie in vielen vergleichbaren Situationen ein Spielraum zu, der in einzelnen Aspekten einem Beurteilungsspielraum, in anderen Aspekten einem Regulierungsermessen gleichkommt (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 24 - Stadtwerke Konstanz GmbH).

28 (1) Mit dem in Art. 39 Abs. 4 des Netzkodex vorgegebenen Ziel einer genauen Prognose der nicht täglich gemessenen Ausspeisungen hat der Verordnungsgeber eine Vorgabe aufgestellt, die der inhaltlichen Konkretisierung bedarf.

29 Die nicht täglich gemessenen Ausspeisungen können schon deshalb nicht mit absoluter Genauigkeit prognostiziert werden, weil ihr Umfang von der Außentemperatur und weiteren Faktoren abhängt, deren Entwicklung kurzfristigen Schwankungen unterworfen ist. Die Vorgabe einer "genauen" Prognose kann deshalb stets nur darauf gerichtet sein, einen möglichst hohen Grad an Genauigkeit zu erreichen. In welchem Umfang dies geschehen soll, ist in Art. 39 Abs. 4 und Art. 11 Abs. 4 des Netzkodex nicht im Einzelnen geregelt.

30 Eine Verbesserung der Genauigkeit kann darüber hinaus nicht nur auf einem bestimmten Weg erreicht werden. Zur Erreichung dieses Ziels kommen nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts mehrere unterschiedliche Mechanismen in Betracht, die jeder für sich aus einer komplexen Kombination aus Maßnahmen bestehen, deren Wirkungen ihrerseits nicht vollständig exakt prognostiziert werden können und die sich deshalb einer exakten Einordnung im Sinne eines "richtig" oder "falsch" entziehen.

31 (2) Deshalb können die angefochtenen Anordnungen nur darauf überprüft werden, ob sie geeignet sind, die Prognosegenauigkeit zu verbessern, und ob die Regulierungsbehörde bei der Auswahl unter mehreren in Betracht kommenden Maßnahmen die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat (BGH RdE 2014, 276 Rn. 27 - Stadtwerke Konstanz GmbH).

32 cc) Vor diesem Hintergrund hat das Beschwerdegericht die angefochtenen Anordnungen einschließlich der Vorgabe einer taggenauen Abrechnung zu Recht als geeignet und erforderlich angesehen.

33 (1) Das Beschwerdegericht hat im Einzelnen festgestellt, dass eine taggenaue Abrechnung eine Verbesserung der Prognosegenauigkeit bewirken kann, weil sie ein höheres Maß an Transparenz und eine in höherem Maße an der Verursachung orientierte Zuordnung der Kosten für Regelenergie ermöglicht. Bei der zuvor praktizierten monatsgenauen Abrechnung ergibt sich auch dann das rechnerische Bild einer "guten" Prognose, wenn die prognostizierte und dem Netz zugeordnete (allokierte) Menge an bestimmten Tagen erheblich unter und an anderen Tagen erheblich über der tatsächlich ausgespeisten

Menge liegt. Sowohl eine Unter- als auch eine Überdeckung verursachen aber Kosten für Regelenergie.

34 Aus diesen Feststellungen ergibt sich, dass eine taggenaue Abrechnung einen Anreiz bietet, eine Über- oder Unterdeckung nicht nur über einen Monat hinweg, sondern an jedem einzelnen Tag möglichst zu vermeiden.

35 (2) Das Beschwerdegericht hat darüber hinaus festgestellt, dass Betreiber von Verteilernetzen trotz der bereits erwähnten Unwägbarkeiten die Möglichkeit haben, die Genauigkeit einer auf den einzelnen Tag bezogenen Prognose zu erhöhen. Es hat hierbei berücksichtigt, dass in bestimmten Temperaturbereichen schon eine Abweichung von weniger als einem Grad Celsius zu einer Änderung der ausgespeisten Menge um 15 % führen kann. Nach seinen Feststellungen und den von ihm in Bezug genommenen Ausführungen im Statusbericht zum Standardlastprofilverfahren Gas vom November 2014 (Anlage BG2 S. 46 f.) tritt diese hohe Abweichung aber nur im Temperaturbereich um 15 °C auf, da hier die allokierten Mengen bereits relativ gering sind. Bei Temperaturen um 0 °C beträgt die Änderung nur noch 5 %, bei noch kälteren Temperaturen ist sie noch geringer.

36 (3) Diese im Wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet liegenden Feststellungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

37 Soweit die Rechtsbeschwerde geltend macht, den Betreibern von Verteilernetzen oder zumindest der Betroffenen stünden keine weiteren Optimierungsmaßnahmen zur Verfügung und die angegriffenen Anordnungen führten deshalb nur dazu, dass häufiger Abweichungen zwischen allokierten und ausgespeisten Mengen festgestellt würden, zeigt sie nicht auf, dass das Beschwerdegericht entscheidungserhebliches Vorbringen übergangen hat oder von unzutreffenden Beurteilungsmaßstäben ausgegangen ist. Dass das Beschwerdege-

richt dem Vorbringen der Betroffenen in der Sache nicht beigetreten ist, begründet für sich gesehen keinen Rechtsfehler.

38 Ohne Rechtsfehler ist das Beschwerdegericht zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Zusammenhang zwischen der Prognosequalität und dem Bedarf an Regelenergie besteht. Die abweichende Auffassung der Rechtsbeschwerde beruht auf ihrer Argumentation, dass der Betroffenen keine Mittel zur Verfügung stünden, um die Prognosequalität zu verbessern. Dieses Vorbringen steht in Widerspruch zu den rechtsfehlerfreien tatrichterlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts.

39 2. Ebenfalls zutreffend hat das Beschwerdegericht entschieden, dass die angefochtenen Anordnungen nicht deshalb rechtswidrig sind, weil die Bundesnetzagentur die Schwellenwerte, deren Überschreitung zu einer Ausgleichszahlung führt, nicht selbst vorgegeben hat.

40 a) Die Rechtsbeschwerde führt insoweit § 39 Abs. 1 Satz 2 VwVfG als Prüfungsmaßstab an. In der Sache macht sie indes geltend, mangels einer Vorgabe konkreter Schwellenwerte sei die Festlegung nicht hinreichend bestimmt. Einschlägiger Prüfungsmaßstab ist damit § 37 Abs. 1 VwVfG.

41 aa) Nach § 37 Abs. 1 VwVfG muss ein Verwaltungsakt inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Das bedeutet zum einen, dass der Adressat in die Lage versetzt werden muss zu erkennen, was von ihm gefordert wird. Zum anderen muss der Verwaltungsakt eine geeignete Grundlage für Maßnahmen zu seiner zwangsweisen Durchsetzung bilden. Im Einzelnen richten sich die Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit eines Verwaltungsakts nach den Besonderheiten des jeweils anzuwendenden und mit dem Verwaltungsakt umzusetzenden materiellen Rechts (BVerwGE 84, 335, juris Rn. 29).

42 bb) Diesen Anforderungen wird die angefochtene Anordnung gerecht.

43 Nach Art. 39 Abs. 4 des Netzkodex darf die Bundesnetzagentur einen Mechanismus zur Schaffung eines Anreizes für die Betreiber von Verteilernetzen nicht selbst anordnen. Sie darf lediglich Netzbetreiber und Marktverantwortliche zur Erstellung eines Vorschlags auffordern. Hierbei darf sie, wie bereits dargelegt, zwar einzelne inhaltliche Vorgaben machen. Den Adressaten der Aufforderung muss aber hinreichend Spielraum verbleiben, um in Ausfüllung des vorgegebenen Rahmens einen eigenen Vorschlag zu formulieren.

44 Angesichts dessen ist nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur lediglich eine taggenaue Abrechnung der Differenzen vorgegeben hat, nicht aber feste Schwellenwerte, deren Überschreitung zu einer Ausgleichszahlung führen muss. Wie auch die Rechtsbeschwerde in anderem Zusammenhang nicht in Zweifel zieht, führt die taggenaue Abrechnung dazu, dass es in einer größeren Zahl von Fällen zu Abweichungen der tatsächlich ausgespeisten von der allokierten Menge kommt. Damit ist ein wesentliches Element des Anreizmechanismus vorgegeben. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine festgestellte Abweichung zu einer Ausgleichspflicht führt, betrifft einen daran anknüpfenden Detailpunkt, der einer Gestaltung durch einen auf der Grundlage von Art. 39 Abs. 4 des Netzkodex erstellten Vorschlag und durch eine Kooperationsvereinbarung auf der Grundlage von § 20 Abs. 1b Satz 7 EnWG zugänglich ist. Hinreichende Anhaltspunkte für die Art und Weise dieser Ausgestaltung ergeben sich aus dem Zweck, einen Anreiz für eine genauere Prognose der nicht täglich gemessenen Ausspeisungen eines Netznutzers zu schaffen.

45 cc) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde hat die Bundesnetzagentur durch das Absehen von detaillierteren Vorgaben nicht gegen ihre Pflicht zur Amtsermittlung verstoßen.

- 46 Die Pflicht zur Amtsermittlung bezieht sich nur auf Umstände, die für den Inhalt der zu treffenden Entscheidung von Bedeutung sind. Nähere Ermittlungen zu den möglichen Wirkungen eines bestimmten Schwellenwerts hätte die Bundesnetzagentur deshalb allenfalls dann anstellen müssen, wenn sie insofern nähere Vorgaben gemacht hätte. Hiervon hat sie indes rechtsfehlerfrei abgesehen.
- 47 Dass die Entscheidung über die Schwellenwerte und sonstige Voraussetzungen für eine Zahlungspflicht damit in bestimmtem Umfang den Adressaten der Festlegung überlassen bleibt, begründet entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde keinen Rechtsfehler. Dieser Umstand steht vielmehr in Einklang mit Art. 39 Abs. 4 des Netzkodex, der die Regulierungsbehörde lediglich dazu ermächtigt, die Betroffenen zur Unterbreitung eines Vorschlags aufzufordern, die inhaltliche Ausgestaltung dieses Vorschlags innerhalb des durch die Verordnung vorgegebenen Rahmens aber den Betroffenen überlässt.
- 48 b) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde sind die angefochtenen Anordnungen auch nicht deshalb rechtswidrig, weil die Bundesnetzagentur es nicht ausgeschlossen hat, dass für Unterspeisungen und Überspeisungen unterschiedliche Schwellenwerte festgelegt werden.
- 49 aa) Nach Art. 11 Abs. 4 des Netzkodex muss der Anreizmechanismus begrenzte Zahlungen an den Fernleitungsnetzbetreiber für eine höhere Leistung sowie begrenzte Zahlungen des Fernleitungsnetzbetreibers bei einer geringeren Leistung vorsehen.
- 50 Damit ist, wie das Beschwerdegericht zutreffend ausgeführt hat, zwar zwingend vorgeschrieben, dass sowohl eine Unterspeisung als auch eine Überspeisung unter bestimmten Voraussetzungen zu einer Zahlungspflicht führen müssen, nicht aber, dass Voraussetzungen und Höhe dieser Zahlungspflicht für die beiden Konstellationen einander spiegelbildlich entsprechen müssen. Aus

dem Zweck von Art. 39 Abs. 4 des Netzkodex ergibt sich vielmehr, dass für die beiden Konstellationen unterschiedliche Regelungen vorgesehen werden können, sofern dies geeignet ist, das in Art. 39 Abs. 4 des Netzkodex vorgegebene Ziel zu erreichen.

51 bb) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde lässt sich der angefochtenen Festlegung nicht entnehmen, dass die Bundesnetzagentur eine Zahlungspflicht nur für den Fall der Unterspeisung vorgegeben hat.

52 An der von der Rechtsbeschwerde zitierten Stelle der Begründung wird zwar ausgeführt, Fehlmengen seien bislang zumindest in der Übergangszeit und im Winter sehr stark von Unterspeisungen dominiert, weshalb das Anreizsystem auch daraufhin ausgerichtet werden müsse (S. 122 f. unter (b)). Im gleichen Zusammenhang wird aber ausdrücklich klargestellt, dass auch eine Auszahlung von überspeisten Fehlmengen zu erfolgen hat und dass ein ausschließlich auf Unterspeisung ausgerichtetes Anreizsystem nicht den Anforderungen des Netzkodex entspricht (S. 122 unter (a)).

53 cc) Dass die Bundesnetzagentur hierbei nicht ausgeschlossen hat, die Auszahlungen in unterschiedlicher Weise zu begrenzen, ist ebenfalls nicht zu beanstanden.

54 Art. 11 Abs. 4 des Netzkodex sieht begrenzte Zahlungen ausdrücklich vor. Dass die Begrenzung für Unter- und Überschreitungen in gleicher Weise vorzunehmen sei, lässt sich der Vorschrift hingegen nicht entnehmen.

55 3. Zu Recht hat das Beschwerdegericht entschieden, dass die angefochtenen Anordnungen bewährte nationale Bilanzierungspraktiken in der gebotenen Weise berücksichtigen.

- 56 a) Nach Erwägungsgrund 11 des Netzkodex sollen die nationalen Regulierungsbehörden und die Fernleitungsnetzbetreiber den bewährten Praktiken und Bemühungen zur Harmonisierung der Prozesse für die Durchführung dieser Verordnung Rechnung tragen.
- 57 b) Zu den bewährten nationalen Praktiken in diesem Sinne gehört, wie auch die Rechtsbeschwerde nicht in Zweifel zieht, die frühere Festlegung in Sachen Ausgleichsleistung Gas vom 28. Mai 2008 (BK7-08-002, GaBi Gas 1.0), die eine Abrechnung auf der Basis monatlich saldierter Tageswerte vorsah.
- 58 Im Vergleich zu dieser Regelung stellen die angefochtenen Anordnungen, wie das Beschwerdegericht im Einzelnen zutreffend dargelegt hat, keine vollständige Neuregelung, sondern eine punktuelle Weiterentwicklung dar. Soweit die Rechtsbeschwerde eine Weiterentwicklung mit der Begründung in Abrede stellt, die Umstellung auf eine taggenaue Abrechnung sei nicht geeignet, die Prognosequalität zu erhöhen, setzt sie sich erneut in Widerspruch zu den rechtsfehlerfrei getroffenen tatrichterlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts.
- 59 c) Aus denselben Gründen vermag die Rechtsbeschwerde auch mit ihren Rügen, die angefochtenen Anordnungen leisteten keinen Beitrag zur Liquidität auf dem Gasmarkt und führten im Ergebnis zu einer Pönale für die Betreiber von Verteilernetzen, keinen Rechtsfehler aufzuzeigen. Diese Rügen beruhen ebenfalls auf der Prämisse, der Übergang zu einer taggenauen Abrechnung sei nicht geeignet, eine Erhöhung der Prognosequalität zu bewirken.
- 60 Unabhängig davon ist der Einwand, die neue Regelung führe zu einer Pönalisierung, schon deshalb nicht hinreichend substantiiert, weil die Neuregelung nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts auf der Grundlage der Daten für Oktober 2012 bis September 2015 sogar zu einer Besserstellung der Betroffenen geführt hat und die Rechtsbeschwerde

keinen Vortrag der Betroffenen aufzeigt, aus dem sich konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass für die Zukunft mit abweichenden Ergebnissen zu rechnen ist.

61 4. Vor diesem Hintergrund hat das Beschwerdegericht zu Recht einen Verstoß gegen allgemeine Vorgaben des Unionsrechts verneint.

62 a) Die von der Rechtsbeschwerde erhobene Rüge, die angefochtenen Anordnungen verstießen gegen das Diskriminierungsverbot, beruht im Kern auf der Prämisse, die Betreiber von Verteilernetzen hätten keine Möglichkeit, die Prognosequalität zu verbessern. Dies steht in Widerspruch zu den tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts.

63 Soweit die Rechtsbeschwerde geltend macht, größere Netzbetreiber könnten einen vorgegebenen Schwellenwert leichter einhalten als kleinere Netzbetreiber mit einer inhomogenen Kundenstruktur, ist ihr Vorbringen schon deshalb nicht hinreichend substantiiert, weil sie im gleichen Zusammenhang geltend macht, in jedem Netz gebe es unabhängig von der Größe stets eine Mischung aus Kunden mit Standardlastprofil und Kunden mit Leistungsmessung, und nicht aufzeigt, aus welchem Grund die Größe des Netzes dennoch für die erreichbare Prognosegenauigkeit von Bedeutung sein soll.

64 Selbst wenn insoweit signifikante Unterschiede zwischen größeren und kleineren Netzen bestünden, wäre eine daraus resultierende Ungleichbehandlung zudem sachlich gerechtfertigt, weil Unterschiede in der finanziellen Belastung gegebenenfalls nicht aus der Netzgröße resultieren, sondern aus den unterschiedlichen Differenzen zwischen allozierter und tatsächlich ausgespeister Menge. Eine abweichende Beurteilung käme auch insoweit allenfalls dann in Betracht, wenn entgegen den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts keine Möglichkeit zur Verbesserung der Prognosequalität bestünde.

65 b) Die Rüge, die angefochtenen Regelungen verstießen gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, beruht ebenfalls auf der Prämisse, der Übergang zu einer taggenauen Abrechnung sei nicht geeignet, die Prognosequalität zu verbessern. Sie ist deshalb aus den bereits angeführten Gründen ebenfalls unbegründet.

66 Unabhängig davon ist das Vorbringen, die neue Regelung führe zu Liquiditätsengpässen bei der Betroffenen, schon deshalb nicht hinreichend substantiiert, weil die Umstellung für sie nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts sogar zu einer Besserstellung führt.

67 5. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde besteht kein Anlass, eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen.

68 a) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde besteht eine Vorlagepflicht nicht schon dann, wenn das Gericht eines Mitgliedstaats eine einzelstaatliche Regelung als mit den einschlägigen Vorgaben des Unionsrechts vereinbar ansieht. Eine Vorlage ist vielmehr nur dann geboten, wenn die Auslegung der für die Entscheidung erheblichen Vorschriften des Unionsrechts klärungsbedürftig ist.

69 b) Diese Voraussetzungen sind im Streitfall nicht erfüllt.

70 aa) Aus Wortlaut und Zweck von Art. 39 Abs. 4 und Art. 11 Abs. 4 des Netzkodex ergibt sich zweifelsfrei, dass die angefochtenen Anordnungen aus den oben aufgezeigten Gründen rechtmäßig sind.

71 Die hiergegen von der Rechtsbeschwerde erhobenen Einwendungen beruhen im Kern auf einer abweichenden Bewertung der für die Beurteilung maßgeblichen Tatsachengrundlage. Deren Feststellung ist ohnehin dem nationalen

Richter - im vorliegenden Zusammenhang in erster Linie dem Beschwerdegericht - vorbehalten. Soweit die Rechtsbeschwerde rügt, einzelne Anordnungen seien mit den Vorgaben der beiden genannten Bestimmungen nicht vereinbar, findet dies weder im Wortlaut der Vorschriften noch in sonstigen konkreten Umständen eine Grundlage. Entsprechendes gilt für die von der Rechtsbeschwerde vertretene Auffassung, die Regulierungsbehörde müsse den Anreizmechanismus abweichend vom Wortlaut von Art. 39 Abs. 4 des Netzkodex in allen Punkten selbst festlegen.

72

bb) Gegenstand und Reichweite der unionsrechtlichen Grundsätze der Diskriminierungsfreiheit und der Verhältnismäßigkeit sind durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union hinreichend geklärt. Die Entscheidung des Streitfalls hängt allein davon ab, ob die danach für einen Verstoß erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen gegeben sind. Dies ist von den nationalen Gerichten zu entscheiden.

73

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG, die Festsetzung des Gegenstandswerts auf § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG und § 3 ZPO.

Limberg

Grüneberg

Bacher

Sunder

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 26.10.2016 - VI-3 Kart 18/15 [V] -