



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 78/20

Verkündet am:
5. Juli 2022
Barth
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Februar 2022 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kirchhoff, die Richterin Dr. Roloff, den Richter Dr. Tolkmitt sowie die Richterinnen Dr. Allgayer und Dr. Vogt-Beheim

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. September 2020 wird auf Kosten der Betroffenen zurückgewiesen, die auch die notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur sowie der weiteren Beteiligten zu 1 und zu 2 zu tragen hat.

Eine weitergehende Kostenerstattung findet nicht statt.

Gründe:

- 1 A. Die Betroffene, die russisches Erdgas in den deutschen Markt und in die Märkte angrenzender Staaten liefert, wendet sich gegen den Bescheid der Bundesnetzagentur, mit dem diese für die im deutschen Marktgebiet GASPOOL tätigen Fernleitungsnetzbetreiber als Methode für die Ermittlung von Referenzpreisen die Berechnung distanzunabhängiger Ein- und Ausspeiseentgelte ("einheitliche Briefmarke") festgelegt hat (REGENT-Festlegung).

- 2 Das deutsche Fernleitungsnetz für den Transport von Gas bestand aus den beiden Marktgebieten GASPOOL und NetConnect Germany (NCG), die mit Wirkung zum 1. Oktober 2021 zum gemeinsamen deutschen Marktgebiet Trading Hub Europe (THE) zusammengelegt worden sind. Es verfügt insgesamt

über eine Länge von 40.000 km und über 3.500 Ausspeisepunkte an Letztverbraucher, Weiterverteiler oder nachgelagerte Netze.

- 3 Zur Umsetzung der Bestimmungen des europäischen Netzkodex über harmonisierte Fernleitungsentgeltstrukturen gemäß Verordnung (EU) 2017/460 der Kommission vom 16. März 2017 (NC TAR oder Netzkodex) hat die Bundesnetzagentur nach Konsultation der Marktteilnehmer mit Bescheid vom 29. März 2019 die inhaltsgleichen Festlegungen REGENT-GP (Az.: BK9-18/611-GP) und REGENT-NCG (Az.: BK9-18/610-NCG) zur Referenzpreismethode sowie der weiteren in Art. 26 Abs. 1 NC TAR genannten Punkte für alle im Ein- und Ausspeisesystem GASPOOL und NCG tätigen Fernleitungsnetzbetreiber getroffen. Der Referenzpreis legt das Netzentgelt fest, das an einem bestimmten Ein- und Ausspeisepunkt für feste, frei zuordenbare Kapazität (FZK) mit einer Laufzeit von einem Jahr (Referenzprodukt) gilt.
- 4 Die in Tenorziffer 1 Satz 1 der REGENT-Festlegung vorgesehene Referenzpreismethode der Berechnung distanzunabhängiger Ein- und Ausspeiseentgelte (einheitliche Briefmarke) sieht vor, dass für die Zwecke der Entgeltberechnung die jeweiligen Erlösobergrenzen der Fernleitungsnetzbetreiber für Fernleitungsdienstleistungen addiert und durch die Summe sämtlicher für das Kalenderjahr prognostizierter Kapazitäten aller Fernleitungsnetzbetreiber an den Ein- und Ausspeisepunkte dividiert werden. Daraus ergibt sich im Unterschied zu der früheren Entgeltbildung, die auf einer Betrachtung der netzbetreiberindividuellen Kosten basierte, ein einheitliches Entgelt, das für jeden Fernleitungsnetzbetreiber Anwendung findet und das distanzunabhängig an allen Ein- und Ausspeisepunkten des jeweiligen Marktgebiets gilt.
- 5 Die Abweichungen zwischen den prognostizierten individuellen Erlösobergrenzen der jeweiligen Netzbetreiber und den auf Basis des Einheitstarifs tatsächlich von ihnen erwirtschafteten Beträgen werden in einem zweiten Schritt

unter den Fernleitungsnetzbetreibern ausgeglichen. Dieser Ausgleichsmechanismus ist Gegenstand der in einem weiteren Verfahren angegriffenen AMELIE-Festlegung der Bundesnetzagentur. Ergibt sich aus dem Vergleich der individuellen Erlösbergrenze mit den tatsächlich erwirtschafteten Beträgen ein Überschuss eines Fernleitungsnetzbetreibers und damit eine Ausgleichspflicht, hat er im jeweiligen Kalenderjahr monatliche Abschläge in zwölf gleichen Raten anteilig an alle Fernleitungsnetzbetreiber des Marktgebietes mit einem Fehlbetrag auszusahlen. Abweichungen zwischen den zulässigen und den tatsächlich erzielbaren Erlösen werden über das Regulierungskonto im Folgejahr ausgeglichen.

6 Die Betroffene nutzt für den Transport ihrer Gaslieferungen die Dienstleistungen der in den deutschen Marktgebieten tätigen Fernleitungsnetzbetreiber. Mit Einführung der Referenzpreismethode der einheitlichen Briefmarke haben sich die dafür zu entrichtenden Entgelte im Marktgebiet GASPOOL erhöht: an Grenzübergangspunkten (d.h. an den Grenzen des Marktgebiets) um 23 % (Einspeisepunkte) und um 30 % (Ausspeisepunkte), ebenso diejenigen an Marktübergangspunkten (um 23 % bei Ausspeisung) sowie die Entgelte für die Ein- und Ausspeisung an Speicheranlagen (Einspeisung um 15 %, Ausspeisung um 21 %). Demgegenüber haben sich die Entgelte für Ausspeisungen an internen Bestellpunkten zu nachgelagerten Netzbetreibern um 9 % verringert. Die Entgelte für Ausspeisungen an Letztverbraucher haben sich nur geringfügig erhöht.

7 Die verfahrensgegenständliche Festlegung trat am 1. Januar 2020 ohne zeitliche Befristung in Kraft. In Vorbereitung auf den Zusammenschluss der beiden Marktgebiete NETConnect und GASPOOL hat die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 11. September 2020, BK9-19/610 (REGENT 2021-Festlegung) für das neu geschaffene Marktgebiet THE die Referenzpreismethode für alle in Deutschland tätigen Fernleitungsnetzbetreiber mit Wirkung zum 1. Oktober 2021 einheitlich festgelegt und die Regelungen der angegriffenen Festlegung im Wesentlichen fortgeschrieben.

8 Die Betroffene hat die Festlegung REGENT-GP mit der Beschwerde angegriffen, die das Beschwerdegericht zurückgewiesen hat. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde, der die Bundesnetzagentur entgegnet, begehrt die Betroffene im Wesentlichen die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und desjenigen der Bundesnetzagentur hinsichtlich der regelmäßigen Entscheidung zur Referenzpreismethode für alle im Ein- und Auspeisesystem GASPOOL tätigen Fernleitungsnetzbetreiber. Nachdem aufgrund der Zusammenlegung der beiden deutschen Netzgebiete die Festlegung REGENT 2021 erlassen worden ist, ist die Rechtsbeschwerde hilfsweise auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Festlegung gerichtet.

9 B. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig, jedoch unbegründet.

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

11 Die Bundesnetzagentur sei zur Festlegung der gemeinsam anzuwendenden Referenzpreismethode der einheitlichen Briefmarke in Tenorziffer 1 gemäß §§ 29 Abs. 1, 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 und 3 EnWG i.V.m. Art. 27 Abs. 4 Satz 1 und Art. 26 Abs. 1 Buchst. a NC TAR ermächtigt gewesen. Die gewählte Referenzpreismethode verstoße nicht gegen das Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3, Art. 3 Abs. 3 EUV in Verbindung mit dem Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Energiesolidarität gemäß Art. 194 Abs. 1 AEUV liege ebenfalls nicht vor.

12 Zudem genüge die festgelegte Referenzpreismethode den Anforderungen der Art. 7 NC TAR und Art. 13 Verordnung (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005 (FerngasZVO). Insbesondere verstoße diese Methode nicht gegen das Gebot der Kostenverursachungsgerechtigkeit und das Verbot einer unzulässigen

Quersubventionierung gemäß Art. 7 Satz 2 Buchst. b und c NC TAR, Art. 13 Abs. 1 FerngasZVO. Ebenso liege kein Verstoß gegen Art. 7 Satz 2 Buchst. d NC TAR vor, weil kein erhebliches Mengenrisiko für Endkunden im Marktgebiet GASPOOL bestehe. Die festgelegte Referenzpreismethode stehe auch nicht in Widerspruch zu Art. 7 Satz 2 Buchst. e NC TAR, da sie zu keiner Verzerrung des grenzüberschreitenden Handels führe. Sie genüge ferner den Anforderungen an das Transparenzgebot nach Art. 7 Satz 2 Buchst. a NC TAR, Art. 13 Abs. 1 FerngasZVO.

13 Die Bundesnetzagentur habe ihr Regulierungsermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt, da sie den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt und sich bei der rechtlichen Beurteilung an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt habe. Schließlich sei auch die in Tenorziffer 3 der angegriffenen Festlegung enthaltene Regelung zur Rabattierung bedingt verbindlicher Kapazitätsprodukte rechtmäßig.

14 II. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig. Hinsichtlich des mit dem Hauptantrag verfolgten Begehrens ist keine Erledigung eingetreten.

15 Nach § 43 Abs. 2 VwVfG bleibt ein Verwaltungsakt wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist. Auf andere Weise erledigt ist ein Verwaltungsakt unter anderem dann, wenn er auf Grund einer nachträglichen Änderung der Sach- oder Rechtslage seinen Regelungszweck nicht mehr erreichen kann. Der Geltungsanspruch des Verwaltungsakts, der darauf gerichtet ist, ein Rechtsverhältnis zu begründen, aufzuheben, inhaltlich zu ändern oder festzustellen, muss erloschen sein (BVerwG, NVwZ 2014, 736 Rn. 14). Diese Voraussetzungen sind trotz der Zusammenlegung der beiden Marktgebiete und des dadurch erfolgten Wegfalls des Regelungsobjekts nicht gegeben. Die ange-

griffene Festlegung bildet die Rechtsgrundlage für die Entgelte, die die Fernleitungsnetzbetreiber anhand der festgelegten Referenzpreismethode berechnet und auf Grundlage der Transportverträge vereinnahmt haben. Insoweit belastet die Festlegung, solange sie nicht aufgehoben ist, die Betroffene (vgl. BVerwG, DVBl 2007, 181 Rn. 12). Im Fall des Erfolgs des Hauptantrags wird die Entgeltanordnung in dem angefochtenen Umfang mit Wirkung für die Vergangenheit aufgehoben, wodurch der Pflicht zur Zahlung der Entgelte insoweit nachträglich die Grundlage entzogen wird, sodass die Betroffene als Gaslieferantin möglicherweise Rückgewähr etwaig zu viel geleisteter Beträge verlangen könnte.

16 III. Die Rechtsbeschwerde hat jedoch in der Sache keinen Erfolg, die angegriffene Festlegung erweist sich als rechtmäßig. Die Festlegung beruht auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage (dazu nachfolgend 1.). Tenorziffer 1, mit der die Referenzpreismethode der einheitlichen Briefmarke festgelegt wird, verstößt weder gegen Art. 7 NC TAR, Art. 13 FerngasZVO (dazu nachfolgend 2.), noch gegen Vorgaben des primären Unionsrechts (dazu nachfolgend 3.). Tenorziffer 3, mit der eine Rabattierung von bedingten Kapazitätsprodukten festgelegt wird, ist ebenfalls rechtmäßig (dazu nachfolgend 4.).

17 1. Die angegriffene Festlegung beruht auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage. Die Bundesnetzagentur konnte sich auf Art. 6 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 Buchst. a und Art. 27 Abs. 4 Satz 1 NC TAR i.V.m. §§ 29 Abs. 1, 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 und 3 EnWG stützen. Bedenken gegen die formelle und materielle Rechtmäßigkeit des Netzkodexes bestehen nicht. Er steht in Einklang mit Art. 6 Abs. 11 i.V.m. Art. 8 Abs. 6 Buchst. k FerngasZVO (dazu nachfolgend a) und überschreitet nicht die Grenzen des seinen Erlass regelnden Basisrechtsaktes (dazu nachfolgend b). Schließlich ist die Festlegung auch nicht wegen eines Widerspruchs zum unionsrechtlichen Begriff des Fernleitungsnetzbetreibers rechtswidrig (dazu nachfolgend c).

18 a) Der Netzkodex ist verfahrensfehlerfrei zustande gekommen. Die Befugnis der Kommission zum Erlass des NC TAR ergibt sich aus Art. 6 Abs. 11 Unterabs. 1, Satz 1, Halbs. 1, 1. Alt. FerngasZVO.

19 Nach dieser Vorschrift kann die Kommission von sich aus - wenn der Europäische Verbund der Fernleitungsnetzbetreiber (ENTSO (Gas)) oder die Europäische Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER) - keinen Netzkodex gemäß Art. 6 Absatz 10 FerngasZVO ausgearbeitet hat, oder auf Empfehlung der Agentur gemäß Absatz 9 jenes Artikels einen oder mehrere Netzkodizes für die in Artikel 8 Abs. 6 FerngasZVO aufgeführten Bereiche erlassen. Diese Vorschrift regelt in Halbsatz 1 das Recht der Kommission zum Erlass eines Netzkodexes aus eigener Initiative, in Halbsatz 2 die Befugnis zum Erlass auf Empfehlung von ACER gemäß Absatz 9. Das Initiativrecht der Kommission nach Halbsatz 1 erfasst, wie sich unter Berücksichtigung der englischen, französischen, niederländischen und italienischen Sprachfassungen ergibt, zwei Fallgestaltungen. Zum einen kann die Kommission von sich aus einen Netzkodex erlassen, wenn ENTSO (Gas) keinen Netzkodex entwickelt hat. Zum anderen steht ihr das Initiativrecht zu, wenn ENTSO (Gas) innerhalb der ihr gesetzten Frist keinen Netzkodex erarbeitet hat und ACER trotz Aufforderung durch die Kommission keinen Entwurf für einen Netzkodex im Sinne des Absatzes 10 ausgearbeitet hat. Die zweite Alternative erfasst den Fall der Untätigkeit sowohl von ENTSO (Gas) als auch von ACER, der erste nach systematischer Auslegung hingegen auch den Fall, dass ENTSO (Gas) nach den Absätzen 6 bis 8 zwar einen Netzkodex entwickelt, dieser aber nach Prüfung durch ACER den inhaltlichen Anforderungen der Rahmenrichtlinien gemäß Art. 6, Abs. 2 bis 5 FerngasZVO nicht entspricht und ACER daher diesen Netzkodex weder der Kommission vorlegt noch ihn der Kommission zur Annahme im Sinne des Absatzes 9 empfiehlt. Stimmt der Netzkodex nach Prüfung durch ACER inhaltlich mit den Rahmenrichtlinien überein, ist nicht das Initiativrecht der Kommission gemäß

Art. 6 Abs. 10, Satz 1, Halbs. 1 FerngasZVO, sondern die Befugnis zum Erlass eines Netzkodexes nach Halbsatz 2 dieser Vorschrift betroffen.

20 Dieses Verständnis findet seine Grundlage darin, dass Art. 6 Abs. 11 Satz 1, Halbs. 1, 2. Alt. FerngasZVO - was allerdings in der deutschen Sprachfassung nicht wie in anderen Sprachfassungen deutlich zum Ausdruck kommt - nur auf das Untätigkeitsverfahren nach Absatz 10 Bezug nimmt, während Halbsatz 2 das Verfahren positiver Begutachtung durch ACER nach Absatz 9 betrifft, so dass das Initiativrecht nach Art. 6 Abs. 11, Satz 1, Halbs. 1, 1. Alt. NC TAR die Fälle einzubeziehen hat, in denen ENTSO (Gas) keinen oder einen inhaltlich unzureichenden und nicht in Einklang mit den Rahmenrichtlinien stehenden Netzkodex vorlegt. Damit ist sichergestellt, dass die Kommission zum Zweck der Konkretisierung und Harmonisierung der Modalitäten des Netzzugangs (vgl. Erwägungsgründe 13, 15 FerngasZVO) auch in den Fällen einen Netzkodex erlassen kann, in denen ENTSO (Gas) zwar tätig wird und einen Netzkodex ACER vorlegt, dieser aber die Prüfung durch ACER - gegebenenfalls auch nach Zurückverweisung gemäß Art. 6 Abs. 8 FerngasZVO - nicht besteht und der Kommission kein Netzkodex zur Annahme vorgelegt wird. Nur auf diese Weise kann verhindert werden, dass das Rechtsetzungsverfahren in einer solchen Fallgestaltung nicht zu Ende geführt werden kann und die angestrebte Harmonisierung der Wettbewerbsbedingungen ausbleibt.

21 Danach war die Kommission zum Erlass des Netzkodexes befugt, weil ACER den von ENTSO (Gas) ausgearbeiteten Netzkodex nach Prüfung, Zurückverweisung an ENTSO (Gas) und abermaliger Prüfung der Kommission weder vorgelegt noch zur Annahme empfohlen hat (näher dazu Commission Staff Working Document, Impact Assessment, SWD (2017) 107 final, S. 6). Eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union bedarf es vor diesem Hintergrund nicht. Es besteht kein Raum für vernünftige Zweifel (EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2021 - C-561/19, NJW 2021, 1766 Rn. 39 ff.

- Consorzio Italian Management, mwN) an dem durch sprachvergleichend grammatikalische, systematische und teleologische Auslegung gewonnenen Ergebnis. Gegenteilige Auffassungen werden für die vorliegende Fallgestaltung, soweit ersichtlich, mit Ausnahme von Parteien des vorliegenden Verfahrens nicht vertreten, insbesondere nicht von Gerichten anderer Mitgliedstaaten. Weder ENTSO (Gas) noch ACER sind, soweit ersichtlich, der Kompetenz der Kommission zum Erlass des in Rede stehenden Rechtsaktes entgegengetreten. Auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union wird die Wirksamkeit des Netzkodexes vorausgesetzt (EuGH, Urteil vom 2. September 2021 - C-718/18, juris Rn. 122 - Kommission/Deutschland).

22 b) Das Beschwerdegericht ist auch rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die Regelungen des Netzkodexes die Grenzen des aus Art. 8 Abs. 6 Buchst. k, Art. 13 FerngasZVO folgenden Ermächtigungsrahmens nicht überschreiten. Art. 10 Abs. 1 und 2 NC TAR enthalten keine nach Art. 6 Abs. 11 Unterabs. 2 Satz 2, Art. 28 Abs. 2 FerngasZVO in Verbindung mit Art. 202 EGV, Art. 2 Abs. 2 Beschluss des Rates vom 28. Juni 1999 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse (Komitologie-Beschluss) unzulässigen Änderungen wesentlicher Bestimmungen der FerngasZVO.

23 aa) Das Beschwerdegericht hat angenommen, der Netzkodex überschreite nicht die Grenzen seiner Ermächtigungsgrundlage. Die Rechtsgrundlage für seinen Erlass bilde Art. 6 Abs. 11 in Verbindung mit Art. 8 Abs. 6 Buchst. k FerngasZVO. Sowohl die Anordnung der gemeinsamen Anwendung der Referenzpreismethode nach Art. 10 Abs. 1 NC TAR als auch die zwingende Vorgabe von Ausgleichsmechanismen nach Art. 10 Abs. 3 NC TAR seien Regeln für harmonisierte Fernleitungsentgeltstrukturen. Weder lasse sich der Begriff der "Fernleitungsentgeltstrukturen" in dem Sinne verstehen, dass er die Festlegung einer

Berechnungsmethode zur Ermittlung der Netzentgelte nicht erfasse, noch handle es sich bei den in Art. 10 Abs. 1 und 3 NC TAR getroffenen Anordnungen bereits um konkrete methodische Vorgaben zur Bestimmung des Referenzpreises. Derartige, die Kompetenz der nationalen Regulierungsbehörde unzulässig beschneidende Methoden würden auch nicht dadurch vorgegeben, dass Art. 10 Abs. 1 NC TAR eine gemeinsame Anwendung der Referenzpreismethode vorsehe.

24 bb) Diese Ausführungen lassen im Ergebnis keine Rechtsfehler erkennen.

25 (1) Nach den Vorgaben des Art. 202 EGV in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 Komitologie-Beschluss, die im vorliegenden Fall zeitlich anwendbar sind (vgl. EuGH, Urteil vom 5. September 2012 - C-355/10, EuGRZ 2012, 625 Rn. 63 f. - Europäisches Parlament/Rat, zu einem vergleichbar gelagerten Fall der Delegation vor Inkrafttreten des Art. 290 AEUV und Ausübung der Delegationsbefugnis nach diesem Zeitpunkt; vgl. auch die Übergangsregelung in Art. 12 Abs. 2 Verordnung (EU) Nr. 182/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren), darf der Kommission in einem Basisrechtsakt keine Rechtssetzungsbefugnis erteilt werden, die wesentlichen Bestandteile einer Grundregelung zu ändern oder diese durch neue wesentliche Bestandteile zu ergänzen. Wesentlich sind nur solche Bestimmungen, durch die die grundsätzlichen Ausrichtungen der Gemeinschaftspolitik umgesetzt werden (EuGH, Urteil vom 27. Oktober 1992 - C-240/90, NJW 1993, 47 [juris Rn. 37] - Deutschland/Kommission; s.a. Gellermann in Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl., Art. 290 AEUV Rn. 7). Daher können Gegenstand einer Delegation an die Kommission keine Bestimmungen sein, deren Erlass politische Entscheidun-

gen erfordert, wobei einerseits angesichts der praktischen Bedürfnisse ein zugunsten der Delegationsbefugnis des Unionsgesetzgebers großzügiger, an den Hauptzielen der Marktorganisation ausgerichteter Maßstab angelegt wird (vgl. die ältere Rechtsprechung zu Art. 145, 155 EWG und Art. 202, 211 EGV: z.B. EuGH, Urteile vom 4. Februar 1997 - C-9/95 u.a. Rn. 35 f. - Belgien u.a./Kommission; vom 19. November 1998 - C-159/96, Rn. 40 f. - Portugal/Kommission), andererseits die Frage, welche Bestandteile einer Materie als wesentliche einzustufen sind, nicht in der alleinigen Beurteilung durch den Unionsgesetzgeber liegt, sondern sich nach objektiven Gesichtspunkten richtet, die Gegenstand gerichtlicher Kontrolle sein können; insoweit sind die Merkmale und die Besonderheiten des betreffenden Sachgebiets zu berücksichtigen (EuGH, Urteil vom 5. September 2012 - C-355/10, EuGRZ 2012, 625 Rn. 64 ff.).

26 (2) Art. 10 Abs. 1 und 3 NC TAR ändern keine wesentlichen Bestimmungen der Verordnung Nr. 715/2009, sondern ergänzen nicht wesentliche Bestimmungen dieser Verordnung. Bei den Methoden zur Berechnung der Tarife gemäß Art. 13 Abs. 1 FerngasZVO sowie den Regeln für harmonisierte Entgeltstrukturen im Sinne des Art. 8 Abs. 6 Buchst. k FerngasZVO handelt es sich nicht um wesentliche Bestimmungen der Verordnung Nr. 715/2009. Ihr Ziel ist es, den Erdgasbinnenmarkt fortzuentwickeln (vgl. Erwägungsgrund) und sein reibungsloses Funktionieren sicherzustellen (Art. 1 Unterabs. 1 Buchst. a FerngasZVO). Zu diesem Zweck sieht Art. 1 Unterabs. 1 die Festlegung nichtdiskriminierender Regeln für die Bedingungen des Zugangs zu den Fernleitungsnetzen unter Berücksichtigung der besonderen Merkmale nationaler und regionaler Märkte und die Schaffung von Mechanismen zur Harmonisierung der Regeln über den Netzzugang für den grenzüberschreitenden Handel vor. Davon umfasst ist die Festlegung von harmonisierten Grundsätzen für die Tarife oder für die ihrer Berechnung zugrundeliegenden Methoden. Im Hinblick auf die von den nationalen Regulierungsbehörden zu genehmigenden Tarife oder Berechnungsmethoden

beschränkt sich die Verordnung darauf, in Art. 13 NC TAR allgemeine Tarifgrundsätze vorzuschreiben, während sie in Art. 8 Abs. 6 Buchst. k FerngasZVO einen gesonderten Mechanismus zur Festlegung von Regeln für harmonisierte Fernleistungsentgeltstrukturen vorsieht. Diese sollen nach Art. 6 FerngasZVO unter Beteiligung des Europäischen Verbunds der Fernleitungsnetzbetreiber (ENTSO (Gas)), der Europäischen Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER) und der Kommission auf Grundlage von förmlichen Konsultationen der betroffenen Akteure entwickelt werden (vgl. auch Erwägungsgründe 15 f. FerngasZVO). Daraus wird deutlich, dass die Entwicklung von Regeln für die Harmonisierung der Entgeltstrukturen, auf deren Grundlage die nationalen Regulierungsbehörden Tarife oder Berechnungsmethoden genehmigen, keine politische, sondern eine fachliche Entscheidung erfordern. Dazu zählen nicht nur die Grundsätze für die - den nationalen Regulierungsbehörden überlassene - Erarbeitung einer Referenzpreismethode gemäß Art. 6 NC TAR, die in der Verordnung selbst nicht geregelt werden, sondern auch die in Art. 10 Abs. 1 NC TAR geregelte Frage, inwieweit eine Referenzpreismethode von den Fernleitungsnetzbetreibern gemeinsam oder separat anzuwenden ist. Dies kann der Unionsgesetzgeber angesichts der ökonomischen Besonderheiten der Gasmärkte, die eine Beteiligung der Marktakteure im Hinblick auf die zu entwickelnden Entgeltstrukturen erfordern, und der besonderen Ausgestaltung eines damit verbundenen Verfahrens weder voraussehen noch sinnvoll selbst regeln. Deshalb handelt es sich bei der Vorschrift über die Regelung von Entgeltstrukturen nach Art. 8 Abs. 6 Buchst. k FerngasZVO um eine nicht wesentliche Bestimmung der Verordnung, die der Netzkodex konkretisiert und ausarbeitet. Dem steht nicht entgegen, dass die Regelungen in Art. 10 Abs. 1 und 3 NC TAR an den allgemeinen Grundsatz des Ist-Kosten-Bezugs der Tarife und Berechnungsmethoden sowie an das Modell einer Entry-/Exit-Bepreisung, die in Art. 13 FerngasZVO geregelt sind, anknüpfen und diese Regelungen voraussetzen.

- 27 c) Die angegriffene Festlegung ist auch nicht deshalb zu beanstanden, weil sie sich an sämtliche Fernleitungsnetzbetreiber des betreffenden Marktgebiets richtet. Die Bundesnetzagentur hat entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde damit den Ermächtigungsrahmen des Art. 6 Abs. 1, Art. 10 Abs. 1 NC TAR i.V.m. Art. 2 Abs. 1 FerngasZVO nicht deshalb überschritten, weil mit der Festlegung Teile des deutschen Fernleitungsnetzes in die Referenzpreismethode einbezogen wären, die nach europäischem Rechtsverständnis keine Fernleitungen seien.
- 28 aa) Das Beschwerdegericht hat angenommen, es könne offenbleiben, ob die angegriffene Festlegung den Adressatenkreis überhaupt näher definiere und insoweit einen eigenständigen Regelungsgehalt aufweise. Die Erstreckung des Anwendungsbereichs der gewählten Referenzpreismethode auf sämtliche - nach der Festlegung erkennbar angesprochene - Fernleitungsnetzbetreiber des jeweiligen Marktgebiets bewege sich im Rahmen der Ermächtigung des Art. 6 Abs. 1 Satz 2, Art. 10 Abs. 1 NC TAR, Art. 2 Abs. 1 FerngasZVO. Zwischen dem unionsrechtlichen und dem nationalen Begriff des Fernleitungsnetzbetreibers bestehe keine Divergenz. Die als solche nach § 3 Nr. 31 Buchst. d EnWG zertifizierten Fernleitungsnetzbetreiber würden auch nach unionsrechtlichem Verständnis Fernleitungsnetze betreiben.
- 29 bb) Diese Erwägungen sind aus Rechtsgründen im Ergebnis nicht zu beanstanden. Die angegriffene Verfügung überschreitet die Ermächtigungsgrundlage deshalb nicht, weil sie die Referenzpreismethode nur abstrakt für die Berechnung der Entgelte von Fernleitungsdienstleistungen festlegt (vgl. Tenorziffer 1). Eine Regelung oder Ausgestaltung des sachlichen Anwendungsbereichs der Referenzpreismethode für Fernleitungsentgelte enthält die angegriffene Festlegung nicht; sie setzt den unionsrechtlichen Begriff der Fernleitung und des Fernleitungsnetzbetreibers (Art. 2 Nr. 3, 4 Richtlinie 2009/73/EG des Euro-

päischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG; Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 FerngasZVO) vielmehr voraus. Anders als die Rechtsbeschwerde meint, kommt es damit nicht auf die Frage an, ob der nationale Begriff des Fernleitungsnetzbetreibers Netzteile umfasst, die nach unionsrechtlichem Verständnis als Verteilernetze eingeordnet werden. Inwiefern bei der Berechnung der Fernleitungsdienstleistungsentgelte die nach dem maßgeblichen unionsrechtlichen Verständnis zutreffenden Kosten und Erlöse aus Ferndienstleistungen eingestellt werden, ist eine Frage der Anwendung der Referenzpreismethode im Einzelfall. Eine derartige Einzelfallbetrachtung kann im Übrigen nicht Gegenstand einer abstrakten Regelung durch Allgemeinverfügung in Form einer Festlegung sein, weil diese die Funktion hat, eine Regelung mit Verbindlichkeit gegenüber einem durch allgemeine Merkmale bestimmten Personenkreis zu treffen (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Dezember 2014 - EnVR 54/13, EnWZ 2015, 180 Rn. 19 - Festlegung der Tagesneuwerte II). Insofern könnten die Fernleitungsnetzbetreiber allenfalls gehalten sein, nur die auf diese Kategorie von Dienstleistungen entfallenden Kosten zu berücksichtigen. Soweit überhaupt Netzteile eines als Fernleitungsnetzbetreiber zertifizierten Unternehmens nach dem unionsrechtlichen Verständnis nicht dem unionsrechtlichen Fernleitungs begriff unterfallen sollten und daher die darauf bezogenen Kosten in den Erlösobergrenzen unzutreffend berücksichtigt wären, muss diese Frage den jeweiligen Zertifizierungsverfahren sowie den Verfahren zu Festsetzung der Erlösobergrenzen überlassen bleiben. Das vorliegende Verfahren zur Festlegung einer Referenzpreismethode betrifft eine andere Fragestellung, bei der die Kategorisierung einzelner Netzteile keine Regelung erfährt. Die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage nach Art. 6 NC TAR werden durch die angegriffene Festlegung jedenfalls nicht überschritten. Die von der Bundesnetzagentur herangezogene Ermächtigungsgrundlage erlaubt im Rahmen des Verfahrens zur Festlegung einer Referenzpreismethode keine (Neu-)Zuordnung einzelner Netzteile der als solche

- einheitlich - zertifizierten Fernleitungsnetzbetreiber. Insoweit kann zur Beachtung des Vorrangs des Unionsrechts auf entsprechenden Antrag die Bundesnetzagentur allenfalls zu der Überprüfung veranlasst werden, ob die Zertifizierungsentscheidung zu korrigieren ist. Eine unbedingte Pflicht zur Korrektur bestandskräftiger Verwaltungsentscheidungen kennt das Unionsrecht jedoch nicht (vgl. EuGH, Urteil vom 13. Januar 2003 - C-453/00, EuR 2004, 590 Rn. 24 - Kühne & Heitz NV). Solange keine Korrektur erfolgt, ist die Zertifizierungsentscheidung der Bundesnetzagentur nach § 4a EnWG in Verbindung mit Art. 3 FerngasZVO zugrunde zu legen. Gleiches gilt für die jeweilige Bestimmung der Erlösbergrenzen. Einer Aussetzung des Rechtsbeschwerdeverfahrens, um ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union zu richten, bedarf es daher nicht.

30 2. Tenorziffer 1 der angegriffenen Festlegung verstößt nicht gegen die Vorgaben nach Art. 7 NC TAR, Art. 13 FerngasZVO (zu diesen Vorgaben nachfolgend a). Unter Beachtung des der Bundesnetzagentur eingeräumten Regulierungsermessens (dazu nachfolgend b) steht die Referenzpreismethode der einheitlichen Briefmarke nicht im Widerspruch zum Gebot der Kostenorientierung nach Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR (dazu nachfolgend c), sie führt auch in Einklang mit Art. 7 Satz 2 Buchst. c NC TAR nicht zu unzulässigen Quersubventionen (dazu nachfolgend d), berücksichtigt gemäß Art. 7 Satz 2 Buchst. d NC TAR etwaige Mengenrisiken (dazu nachfolgend e) und beeinträchtigt nicht im Widerspruch zu Art. 7 Satz 2 Buchst. e NC TAR den grenzüberschreitenden Handel (dazu nachfolgend f).

31 a) Nach Art. 7 NC TAR muss die Referenzpreismethode mit Art. 13 FerngasZVO im Einklang stehen und darauf abzielen, es den Netznutzern zu ermöglichen, die Berechnung der Referenzpreise sowie deren genaue Prognose nachzuvollziehen (Art. 7 Satz 2 Buchst. a NC TAR), den bei der Erbringung der

Fernleitungsdienstleistungen tatsächlich entstandenen Kosten unter Berücksichtigung der Komplexität des Fernleitungsnetzes Rechnung zu tragen (Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR), Diskriminierungsfreiheit zu gewährleisten und eine unzulässige Quersubventionierung zu verhindern, wobei unter anderem die Bewertungen der Kostenzuweisung gemäß Art. 5 NC TAR zu berücksichtigen sind (Art. 7 Satz 2 Buchst. c NC TAR). Darüber hinaus ist durch die Referenzpreismethode sicherzustellen, dass ein erhebliches Mengenrisiko, insbesondere in Verbindung mit dem Gastransport über ein Ein- und Ausspeisesystem hinweg, nicht von den Endkunden dieses Ein- und Ausspeisesystems zu tragen ist (Art. 7 Satz 2 Buchst. d NC TAR) und es ist zu gewährleisten, dass die resultierenden Referenzpreise den grenzüberschreitenden Handel nicht verzerren (Art. 7 Satz 2 Buchst. e NC TAR).

32 Diese Kriterien nehmen auf die Vorgaben des Art. 13 FerngasZVO Bezug, nach denen die genehmigten Tarife oder die Berechnungsmethoden unter anderem transparent sein müssen, der Notwendigkeit der Netzintegrität und deren Verbesserung Rechnung tragen, die Ist-Kosten widerspiegeln, soweit diese Kosten denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen, transparent sind und gleichzeitig eine angemessene Kapitalrendite umfassen; die Tarife oder Berechnungsmethoden müssen zudem auf nicht diskriminierende Weise angewandt werden (Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 1 FerngasZVO). Sie müssen darüber hinaus den effizienten Gashandel fördern und Wettbewerb erleichtern, gleichzeitig Quersubventionierungen zwischen den Netznutzern vermeiden und Anreize für Investitionen und zur Aufrechterhaltung oder Herstellung der Interoperabilität der Fernleitungsnetze bieten (Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 3 FerngasZVO). Die Tarife müssen für die Netznutzer nichtdiskriminierend sein und für Ein- und Ausspeisepunkte getrennt voneinander festgelegt werden, wobei Kostenaufteilungsmechanismen und Ratenfestlegungsmethoden bezüglich der Ein- und Ausspeisepunkte von den nationalen Regulierungsbehörden zu

billigen sind (Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 4 FerngasZVO). Schließlich dürfen durch die Tarife für den Netzzugang weder die Marktliquidität eingeschränkt noch der Handel über die Grenzen verschiedener Fernleitungsnetze hinweg verzerrt werden (Art. 13 Abs. 2 FerngasZVO).

33 b) Das Beschwerdegericht hat mit Recht angenommen, dass der Bundesnetzagentur bei der Festlegung der Referenzpreismethode nach Art. 6 NC TAR ein Regulierungsermessen zusteht, das einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung unterliegt.

34 aa) Die Regulierungsbehörde hat bei der nach Art. 6 Abs. 1 gebotenen Festlegung einer Referenzpreismethode die einschlägigen Vorgaben der Ferngaszugangsverordnung sowie des Netzkodexes zu beachten. Sie ist - auch wenn Art. 8 NC TAR nähere Regelungen zur Methode der kapazitätsgewichteten Distanz als einer in Betracht kommenden Referenzpreismethode enthält - jedoch frei, jede andere Referenzpreismethode festzulegen, solange diese den gesetzlich definierten Zielbestimmungen des Art. 7 NC TAR und Art. 13 FerngasZVO genügt. Der Bundesnetzagentur steht daher nach den unmittelbar anwendbaren, materiellen Regelungen des Unionsrechts ein weitreichender Spielraum bei der zu treffenden Regulierungsentscheidung zu, wobei die Entscheidungsfindung durch die Regulierungsbehörde nach Art. 39 Abs. 4 Buchst. a und Abs. 5, Buchst. a Richtlinie 73/2009/EG unabhängig von öffentlichen Einrichtungen oder politischen Stellen, selbständig, weisungsfrei und allein auf der Grundlage des öffentlichen Interesses erfolgt, um die Einhaltung der mit dieser Richtlinie verfolgten Ziele zu gewährleisten (EuGH, Urteil vom 2. September 2021 - C-718/18, juris Rn. 109).

35 bb) Das ändert allerdings nichts daran, dass Entscheidungen der Regulierungsbehörde einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen sind. Aus der Recht-

sprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union folgt, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 41 Abs. 17 Richtlinie 2009/72/EG verpflichtet sind sicherzustellen, 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. Ein solches Erfordernis leitet sich aus dem Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes ab; dabei handelt es sich um einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt und in Art. 47 GrCh verankert ist (EuGH, Urteile vom 16. Juli 2020 - C-771/18, juris Rn. 61 - Kommission/Ungarn; vom 2. September 2021 - C-718/18, juris Rn. 128 - Kommission/Deutschland). Da es an einer einschlägigen Unionsregelung fehlt, ist es Sache des innerstaatlichen Rechts der einzelnen Mitgliedstaaten, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und die Verfahrensmodalitäten für solche Verfahren zu regeln, die den Schutz der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten (EuGH, Urteil vom 16. Juli 2020 - C-771/18, juris Rn. 62 - Kommission/Ungarn). Nach diesen Grundsätzen sind die Maßstäbe, die die Gerichte nach §§ 81 ff. EnWG zu beachten haben, auch dann maßgeblich, wenn die Regulierungsbehörde unmittelbar geltende Vorschriften des Unionsrechts anwendet.

- 36 (1) Die vorliegend in Rede stehende Ausübung eines gesetzlich eröffneten Regulierungsermessens, das eine Abwägung zwischen unterschiedlichen gesetzlichen Zielvorgaben erfordert, ist vom Gericht grundsätzlich zu beanstanden, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat (Abwägungsausfall), wenn in die Abwägung nicht an Belangen eingestellt worden ist, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste (Abwägungsdefizit), wenn die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt worden ist (Abwägungsfehleinschätzung) oder wenn der Ausgleich zwischen ihnen zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität; vgl.

BGH, Beschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 27 - Stadtwerke Konstanz, mit Verweis auf BVerwGE 131, 41 Rn. 47).

37 (2) Ist die Auswahl einer Preisbildungsmethode - wie hier diejenige zur Berechnung von Referenzpreisen für Fernleitungsdienstleistungen - Gegenstand der Regulierungsentscheidung, sind der gerichtlichen Kontrolle weitergehende Grenzen gesetzt, weil der Regulierungsbehörde nach den maßgeblichen Vorschriften des Netzkodexes sowohl in methodischer als auch in tatsächlicher Hinsicht weitreichende Beurteilungsspielräume zustehen (vgl. zu den Vorgaben der ARegV BGH, Beschlüsse vom 22. Juli 2014 - EnVR 59/12, RdE 2014, 495 Rn. 24 - Stromnetz Berlin GmbH; vom 16. Oktober 2021 - EnVR 17/20, RdE 2022, 119 Rn. 16 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Vor diesem Hintergrund ist eine von der Bundesnetzagentur bei der Wahl der Referenzpreismethode getroffene Entscheidung von Rechts wegen darauf zu überprüfen, ob die Behörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs - hier insbesondere der für die Abwägung einschlägigen gesetzlichen Zielvorgaben nach Art. 7 NC TAR, Art. 13 FerngasZVO - 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 (vgl. BGH, Beschlüsse vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 495 Rn. 27 - Stadtwerke Konstanz; vom 26. Januar 2021, BGHZ 228, 286 Rn. 27 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor). Darüber hinaus darf die gewählte Referenzpreismethode nicht von vornherein ungeeignet sein, die Funktion zu erfüllen, die ihr nach dem durch die Entscheidung der Regulierungsbehörde auszufüllenden gesetzlichen Rahmen zukommt, und es darf auch keine andere Referenzpreismethode unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände so deutlich überlegen sein, dass die getroffene Auswahlentscheidung nicht mehr als mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden kann (vgl. BGH,

BGHZ 228, 286 Rn. 28 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor). Diese Grundsätze, die sowohl mit Art. 19 Abs. 4 GG als auch mit dem Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes vereinbar sind (BGHZ 228, 286 Rn. 28 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor; vgl. auch BGH, Beschluss vom 3. März 2020 - EnVR 26/18, ZNER 2020, 234 Rn. 33, 36 bis 38 - Eigenkapitalzinssatz III mwN; BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2021 - 1 BvR 1588/20 ua, juris), finden im vorliegenden Zusammenhang ihre Rechtfertigung in der - unter Beachtung der ökonomischen Zusammenhänge - nur beschränkten Determinierbarkeit des regulatorisch relevanten Sachverhalts, der daraus folgenden Komplexität der Gestaltungsaufgabe und in der Zurückhaltung, die die unionsrechtlichen Vorgaben gegenüber der Auswahlentscheidung der - unabhängigen - Regulierungsbehörde üben. Diese beschränken sich darauf, lediglich normative Zielvorgaben für die festzulegende Referenzpreismethode zu benennen, erkennen aber im Übrigen eine Methodenoffenheit zur Erreichung der mit der Regulierungsentscheidung zu erreichenden Ziele an.

38 c) Nach diesen Maßstäben, die das Beschwerdegericht nicht verkannt hat, steht die festgelegte Referenzpreismethode in Einklang mit Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR, Art. 13 Abs. 1 FerngasZVO. Sie trägt unter Berücksichtigung der besonderen Komplexität der deutschen Fernleitungsnetze den bei der Erbringung von Fernleitungsdienstleistungen tatsächlich entstandenen Kosten hinreichend Rechnung.

39 aa) Das Beschwerdegericht hat angenommen, die Bundesnetzagentur habe die Referenzpreismethode der einheitlichen Briefmarke zutreffend als methodisch geeignet angesehen, um angesichts eines komplexen, hochvermaschten Fernleitungsnetzes eine angemessenen kostenorientierte Entgeltbildung im Sinne des Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR, Art. 13 Abs. 1 FerngasZVO zu gewährleisten.

40 Die Bundesnetzagentur sei rechtsfehlerfrei von einer Einheitlichkeit der gaswirtschaftlichen Leistung in den deutschen Fernleitungsnetzen ausgegangen. Die Annahme, nach der das deutsche Fernleitungsnetz überwiegend einen Gemeinkostencharakter aufweise und eine direkte Kostenallokation angesichts der vermaschten Struktur und der wechselseitigen Leistungen zwischen den Fernleitungsnetzbetreibern nicht sachgerecht durchführbar sei, beruhe weder auf methodisch unzureichenden Untersuchungen noch auf einer methodisch nicht den Vorgaben des Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR entsprechenden Bewertung der Untersuchungsergebnisse. Zutreffend sei auch die Annahme der Bundesnetzagentur zur besonderen Komplexität der Netzstruktur des jeweiligen Marktgebiets. Eine weitergehende Unterscheidung zwischen systeminterner und systemübergreifender Nutzung des Fernleitungsnetzes habe die Bundesnetzagentur im Hinblick auf die Kostenallokation zutreffend für nicht erforderlich gehalten.

41 Die Bundesnetzagentur habe auch beurteilungsfehlerfrei verneint, dass es eine andere Referenzpreismethode gäbe, die der Referenzpreismethode der einheitlichen Briefmarke überlegen sei. Eine signifikant stärkere Annäherung an die Ist-Kosten der konkreten gaswirtschaftlichen Leistungen, die kostenverursachungsgerechter wäre als die einheitliche Briefmarke, zeige die vorgeschlagene Referenzpreismethode nicht auf. Einer weiteren Sachaufklärung habe es vor diesem Hintergrund weder durch die Bundesnetzagentur noch durch das Beschwerdegericht bedurft.

42 bb) Diese Erwägungen sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Beschwerdegericht hat ein zutreffendes Verständnis von den maßgeblichen Vorschriften zugrunde gelegt (dazu nachfolgend (1)) und ist zu Recht davon ausgegangen, dass die deutschen Fernleitungsstrukturen hochgradig komplex sind (dazu nachfolgend (2)).

- 43 (1) Das Beschwerdegericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, die Referenzpreismethode der einheitlichen Briefmarke sei nicht von vornherein ungeeignet, den bei der Erbringung von Fernleitungsdienstleistungen tatsächlich entstandenen Kosten unter Berücksichtigung der Komplexität des Fernleitungsnetzes gemäß Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR, Art. 13 Abs. 1 Rechnung zu tragen. Das Beschwerdegericht ist auch zutreffend davon ausgegangen, dass die Referenzpreismethode der einheitlichen Briefmarke eine nach Art. 13 Abs. 1 Ferngas-ZVO, Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR hinreichende Orientierung an den Ist-Kosten aufweist. Das Beschwerdegericht hat dabei weder ein unzutreffendes rechtliches Verständnis der maßgeblichen Vorschriften zugrunde gelegt, noch die Vorgabe der Kostenverursachungsgerechtigkeit insgesamt missachtet oder Art. 7 Abs. 2 Buchst. b NC TAR - wie die Rechtsbeschwerde geltend macht - seines Kerngehalts und seiner praktischen Wirksamkeit beraubt.
- 44 (a) Den Vorgaben des Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR ist kein abstrakt zu bestimmender Grad von Kostenverursachungsgerechtigkeit zu entnehmen. Das folgt bereits unmittelbar aus der einschränkenden Bedingung ("unter Berücksichtigung der Komplexität des Fernleitungsnetzes"), dem nachgiebigen Ziel, den tatsächlichen Kosten lediglich "Rechnung zu tragen" sowie aus Erwägungsgrund 3 NC TAR, wonach die Fernleitungsentgelte - um ein "angemessenes Maß an Verursachungsgerechtigkeit" und Vorhersehbarkeit zu gewährleisten - auf einer Referenzpreismethode beruhen müssen, die bestimmte Kostentreiber erfasst. Nähere Vorgaben im Hinblick auf die berücksichtigungsfähigen Kostentreiber enthalten die einschlägigen Vorschriften nicht.
- 45 Auch Quersubventionierungen zwischen unterschiedlichen Dienstleistungen der Fernleitungsnetzbetreiber, die Folge einer nicht hinreichenden Kostenverursachungsgerechtigkeit der gewählten Referenzpreismethode sein können, schließen die unionsrechtlichen Vorgaben nicht vollständig aus. Vielmehr sollen nach Art. 7 Satz 2 Buchst. c NC TAR nur unzulässige Quersubventionierungen

vermieden werden, wobei unter anderem die Bewertungen der Kostenzuweisung im Hinblick auf die Differenzierung nach systeminternen und systemübergreifenden Nutzungen gemäß Art. 5 Abs. 2 NC TAR zu berücksichtigen sind. Nach Art. 5 Abs. 6 NC TAR sind Quersubventionierungseffekte von bis zu 10 % nicht begründungsbedürftig, stärkere Effekte sind ebenfalls nicht ausgeschlossen, sondern bedürfen lediglich einer Begründung.

46 Aus dem Zusammenspiel von Art. 7 Satz 2 Buchst. b und c NC TAR ergibt sich demnach, dass die Herstellung von Kostenverursachungsgerechtigkeit zunächst die Möglichkeit voraussetzt, unter den Bedingungen der Komplexität des Leitungsnetzes und den dadurch begrenzten Möglichkeiten, Gasflüsse vorherzusagen, eine sachgerechte Kostenallokation vorzunehmen (vgl. Kommission/pwc, Study supporting the Impact Assessment concerning Rules on Harmonised Transmission Tariff Structures for Gas and Allocation of New Gas Transmission Capacity, S. 110; ENTSOG, Implementation Document for the Network Code on Harmonised Transmission Tariff Structures for Gas, 2. Aufl. (2018), S. 60; ACER, Analysis of the Consultation Document on the Gas Transmission Tariff Structure for Germany, 2019, S. 10 f. Rn. 40).

47 (b) Daraus leitet sich die Notwendigkeit einer wertenden Betrachtung ab, die nicht darauf reduziert werden kann, eine - nach dem Zweck der gesetzlichen Regelung im Ausgangspunkt für nachteilig erachtete - Quersubventionierung zwischen unterschiedlichen Nutzern des Fernleitungsnetzes, insbesondere zwischen Transitkunden und inländischen Abnehmern, vor dem Hintergrund technisch bedingter Kostenvorteile zu verhindern, sondern die auf Grundlage der jeweiligen tatsächlichen Besonderheiten des jeweiligen Fernleitungsnetzes einen sachgerechten Ausgleich zwischen den unterschiedlichen gesetzlichen Zielvorgaben anzustreben hat. Je nach Fallgestaltung kann das eine individuelle Kostenzuordnung, eine an Gruppen oder Clustern von Fernleitungsnetzbetreibern orientierte Allokation oder eine gleichmäßige Verteilung sämtlicher Kosten auf

alle Fernleitungsnetzbetreiber nach sich ziehen. Auch im letzteren Fall muss das keine Aufgabe des Prinzips der Kostenverursachungsgerechtigkeit bedeuten. Die Notwendigkeit, die Besonderheiten der jeweiligen Fernleitungsstrukturen bei der Ausgestaltung der Referenzpreismethode zu berücksichtigen, hebt Art. 1 Unterabs. 1 Buchst. a FerngasZVO hervor. Danach hat die Festlegung nichtdiskriminierender Regeln für die Bedingungen des Zugangs zu den Ferngasleitungen unter Berücksichtigung der besonderen Merkmale nationaler und regionaler Märkte zu erfolgen. Der Grad der Komplexität des betroffenen Fernleitungsnetzes setzt dem Grad der zu erreichenden Kostenverursachungsgerechtigkeit die maßgeblichen Grenzen. Dem Begriff der angemessenen Kostenverursachungsgerechtigkeit kann daher ebenso wenig wie dem Begriff der unzulässigen Quersubventionierung ein abstrakter, vom Einzelfall losgelöster Wertungsmaßstab entnommen werden. Danach verbietet sich die Annahme, dass Einheitstarife von vornherein allenfalls einen - allgemeinen - Kostenbezug, aber keine Kostenverursachungsgerechtigkeit herstellen können. Anders als die Rechtsbeschwerde meint, kann auch nicht angenommen werden, dass eine preisvereinheitlichende Referenzpreismethode nur dann zulässig ist, wenn die Ist-Kosten der im Marktgebiet angebotenen Fernleitungsdienstleistungen wegen homogener Netzstrukturen in etwa gleich hoch sind.

48 Ein abweichendes Verständnis ergibt sich auch nicht aus Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 1 FerngasZVO, wonach die Tarife die Ist-Kosten widerspiegeln müssen, soweit diese denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen, transparent sind und gleichzeitig eine angemessene Kapitalrendite umfassen. Damit ist allgemein der Maßstab für die nähere Bestimmung der Tarife oder Berechnungsmethoden angesprochen, wonach eine generelle Rückbindung der Entgelte für die Nutzung der Fernleitungsdienstleistungen an die durch diese Nutzung verursachten Kosten vorgesehen ist. Über das Maß

der zu erreichenden Kostenverursachungsgerechtigkeit enthält die Vorschrift keine Aussagen.

49 (c) Das Beschwerdegericht hat die Maßgabe des Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR nicht auf eine bloße Kostenorientierung reduziert, sondern ist in Zusammenschau mit dem Verbot unzulässiger Quersubventionierungen gemäß Art. 7 Satz 2 Buchst. c NC TAR von einem zutreffenden Begriff der Kostenverursachungsgerechtigkeit ausgegangen. Da die Referenzpreismethode der einheitlichen Briefmarke die prognostizierte kontrahierte Kapazität als maßgeblichen - wenn auch als alleinigen - Kostentreiber berücksichtigt, ist die Bundesnetzagentur ebenso wie das Beschwerdegericht - anders als die Rechtsbeschwerde geltend macht - zutreffend davon ausgegangen, dass diese Methode geeignet ist, dem Grundsatz der Verursachungsgerechtigkeit in hinreichendem Maß Rechnung zu tragen. Das Beschwerdegericht hat die kosten- und damit preisnivellierende Funktion der einheitlichen Briefmarke mit Blick auf den Gesichtspunkt Kostenverursachungsgerechtigkeit anerkannt, allerdings die Auswirkungen dieser Preisbildungsmethode angesichts der Besonderheiten der deutschen Fernleitungsnetze und der anderen gesetzlichen Zielvorgaben für gerechtfertigt gehalten. Vor diesem Hintergrund steht die vom Beschwerdegericht angenommene Kostenorientierung am Gesamtsystem weder von vornherein in Widerspruch zu Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR, Art. 13 Abs. 1 FerngasZVO, noch stellt sie sich als offenkundig willkürlich dar.

50 (d) Zudem hat das Beschwerdegericht dem Kriterium der Kostenverursachungsgerechtigkeit keinen unzutreffenden rechtlichen Stellenwert beigemessen. Weder aus dem Wortlaut des Art. 7 NC TAR oder des Art. 13 FerngasZVO, noch aus systematischen Gründen oder nach Sinn und Zweck dieser Vorgaben lässt sich schließen, dass diesem Gesichtspunkt eine gegenüber den anderen Zielvorgaben hervorgehobene Bedeutung zukommt. Zwar stellt die Frage nach der Zuordnung von Kosten - wie auch das Beschwerdegericht angenommen hat -

einen wesentlichen Gesichtspunkt für die behördliche Festlegung von Referenzpreisen dar, gleichwohl stehen die Zielvorgaben gleichrangig nebeneinander, ohne dass ihnen ein abstraktes Gewicht beigemessen werden kann. Das Beschwerdegericht hat in diesem Zusammenhang allerdings zutreffend darauf hingewiesen, dass das Gebot der Kostenverursachungsgerechtigkeit mit anderen, zum Teil gegenläufigen Zielen in Ausgleich zu bringen sei. So stehen die Vorgaben der Kostenverursachungsgerechtigkeit und der Minimierung quersubventionierender Effekte zwar nicht in Widerspruch zueinander, sondern verfolgen das gleiche Ziel; sie können aber im Einzelfall - wie das Beschwerdegericht zutreffend angenommen hat -, mit dem Ziel der Transparenz und Nachvollziehbarkeit (Art. 7 Satz 2 Buchst. a NC TAR, Art. 13 Abs. 1 FerngasZVO) in Konflikt geraten. Auch sind diesen Prinzipien durch den Verweis auf die Komplexität der Fernleitungsnetze inhärente Grenzen gesetzt. Diese Spannungsverhältnisse durch eine wertende Betrachtung aufzulösen, ist Aufgabe der Regulierungsbehörde nach Art. 7 NC TAR. Vor diesem Hintergrund kommt den im Zuge der Erarbeitung des Netzkodexes geäußerten allgemeinen Annahmen über die Vor- und Nachteile einer kostennivellierenden Briefmarke nur eine begrenzte Aussagekraft zu. Sie sind im Lichte der Besonderheiten des in Rede stehenden Marktgebiets zu würdigen.

- 51 (e) Die angegriffene Festlegung steht nicht schon deshalb von vornherein in Widerspruch zu Sinn und Zweck der Zielvorgabe des Art. 7 Abs. 2 Buchst. b NC TAR, weil sich das deutsche Fernleitungssystem, wie die Rechtsbeschwerde geltend macht, aufgrund der unterschiedlichen Leitungsdurchmesser besonders heterogen darstelle und sich daraus (exponentielle) Kostenunterschiede ergäben. Auch wenn sich die Kostenstrukturen von geringer und größer dimensionierten Leitungen (deutlich) unterscheiden, so sind derartige Kostenunterschiede nur dann ausschlaggebend für die Wahl der Referenzpreismethode, wenn andere sachliche Gesichtspunkte im Hinblick auf die Auswahl einer Referenzpreismethode dem im Einzelfall nicht entgegenstehen. Die Frage, ob der

Grad der Heterogenität des Fernleitungsnetzes und damit etwaig verbundene Kostenunterschiede der Bildung einer kostennivellierenden Referenzpreismethode entgegensteht, kann nur mit Hilfe einer Gesamtschau unter Berücksichtigung sämtlicher Besonderheiten des relevanten Marktgebiets und Abwägung der gesetzlichen Zielvorgaben beantwortet werden.

52 (f) Es bedarf keiner Aussetzung des Rechtsbeschwerdeverfahrens, um ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union zu richten. Über die rechtliche Bedeutung der Zielvorgaben nach Art. 7 NC TAR, Art. 13 FerngasZVO bestehen keine Zweifel. Solche macht die Rechtsbeschwerde auch nicht geltend.

53 (2) Die einheitliche Briefmarke steht unter Berücksichtigung der Besonderheiten des deutschen Fernleitungsnetzes in Einklang mit Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR. Das Beschwerdegericht konnte ohne Rechtsfehler annehmen, die Bundesnetzagentur sei bei der Wahl der Referenzpreismethode zutreffend von einer besonderen Komplexität des deutschen Fernleitungsnetzes ausgegangen, die eine Zuordnung der mit dem Betrieb der Fernleitungsstruktur verbundenen Kosten zu individuellen Kapazitätsbuchungen, unterschiedlichen Fernleitungsnetzdienstleistungen oder Netzteilen nur mit erheblichen Unschärfen erlaube. Ein Verstoß gegen das Gebot der Kostenverursachungsgerechtigkeit nach Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR, Art. 13 Abs. 1 FerngasZVO kann darin nicht erblickt werden.

54 (a) Das Beschwerdegericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR keine direkte, exakte und vollständige Zuordnung der bei der Erbringung der Fernleistungsdienstleistung entstandenen Kosten verlangt, sondern sich der Grad der erforderlichen Allokation in Abhängigkeit vom Grad der Komplexität des Fernleitungsnetzes bestimmt. In diesem Zusammen-

hang ist das Beschwerdegericht ohne Rechtsfehler von einer hochgradigen Komplexität des deutschen Fernleitungsnetzes ausgegangen und hat diese mit dem Verweis auf die Vielzahl der Leitungen, den hohen Vermaschungsgrad und den vielfältigen Kooperationsleistungen der Fernleitungsnetzbetreiber begründet.

55 Es hat festgestellt, die Bundesnetzagentur sei zutreffend davon ausgegangen, dass das Marktgebiet GASPOOL aus sechs Fernleitungsnetzbetreibern bestehe, die ein Leitungsnetz von mehr als 16.000 km Länge mit 121 physischen und 79 buchbaren Einspeisepunkten sowie 961 physischen und 360 buchbaren Ausspeisepunkten betrieben, wobei Anlagen in Gemeinschaftseigentum oder durch Leistungsgesellschaften gehaltene Anlagen aufgrund der gestiegenen Komplexität doppelt berücksichtigt würden. Das Netz verfüge über 1.197 Verzweigungen und 146 Vermaschungen. Daraus ergäben sich 116.381 mögliche Kombinationen von Ein- und Ausspeisepunkten.

56 Weiterhin hat das Beschwerdegericht angenommen, dass Transportleistungen in den deutschen Marktgebieten in der Regel nie allein durch eine Fernleitung, sondern systemübergreifend im Zusammenspiel mit anderen Fernleitungsnetzbetreibern erbracht würden. Es hat festgestellt, dass die Fernleitungsnetzbetreiber im Marktgebiet in allen Belangen kooperierten, um den Gastransport in dem hochgradig vermaschten Netz so zu organisieren, wie es die Kapazitätsbuchungen der Kunden und die Lastflüsse im Netz erforderten. Insoweit unterlägen die Gasflüsse den allgemeinen Kooperationspflichten der Fernleitungsnetzbetreiber. Dabei würden Gasmengen unabhängig von Buchungen flexibel abgenommen und abgegeben, könne der Transportweg von Mal zu Mal variieren, würden für den Gastransport auch die Leitungen anderer Fernleitungsnetzbetreiber in Anspruch genommen und stabilisierten selbst Leitungen, die nicht unmittelbar für systemübergreifende Transporte in Frage kämen, das Gesamtsystem und entlasteten die Leitungen für systemübergreifende Transporte. Angesichts dessen sei es nicht möglich, den physikalischen Gasfluss nachzuvollziehen und

im Einzelnen zu ermitteln, durch welche Leitungen Gas vom Einspeisepunkt zum Ausspeisepunkt geflossen sei. Das zur Steuerung der Kapazitäten erforderliche Maß an Kooperationen sei zwischen den Verfahrensbeteiligten unstreitig geblieben. Zu den Kooperationsleistungen zählten neben der Zurverfügungstellung des eigenen Gasfernleitungsnetzes zur Durchleitung der Einsatz von Verdichtern, die Abwicklung von Kapazitäten am virtuellen Kopplungspunkt und - im Marktgebiet GASPOOL - die Anwendung des gemeinsamen Fahrplantoools, durch das die Netze zu einem einheitlichen Gesamtnetz verknüpft würden. Kein Fernleitungssystem eines anderen Mitgliedstaats der Union weise eine so hohe Anzahl von einzelnen Fernleitungsnetzen, Vermaschungen und Kooperationsleistungen auf wie die deutsche Netzstruktur.

57 (b) Die Annahme des Beschwerdegerichts, dass es sich bei den deutschen Fernleitungsnetzen um hochgradig komplexe Strukturen handele, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Sie ist als tatsächliche Feststellung für das Rechtsbeschwerdegericht bindend. Rechtsfehler, insbesondere Verfahrensfehler, zeigt die Rechtsbeschwerde insoweit nicht auf.

58 (aa) Die Rechtsbeschwerde wendet dagegen ein, das Beschwerdegericht habe den Einfluss der Komplexität auf Auswahl und Gestaltung der Referenzpreismethode verkannt. Es habe nicht beachtet, dass die strukturelle Komplexität im deutschen Fernleitungsnetz, das wesentlich durch heterogene Leitungen geprägt werde, nachhaltig gegen eine preisnivellierende Referenzpreismethode spreche.

59 Damit vermag die Rechtsbeschwerde nicht durchzudringen. Das Beschwerdegericht hat die Komplexität der Leitungsnetze mit ihrem hohen Grad von Vermaschung, dem daraus folgenden flexiblen, physisch nicht nachvollziehbaren Gasfluss sowie der erforderlichen Kooperation zwischen den Fernleitungs-

netzbetreibern begründet. Die Heterogenität der Leitungsnetze steht dieser festgestellten Komplexität nicht entgegen, da auch ein heterogenes Netz komplex sein kann. Im Gegenteil kann die Heterogenität die hier bereits aus anderen Gründen festgestellte Komplexität der Marktgebiete zusätzlich steigern, wie die im Parteigutachten vorgenommenen Kostenschlüsselungen unter Berücksichtigung technischer Parameter ohne Weiteres belegen. Auch wenn in der Gaswirtschaft anerkannt sein mag, dass heterogene Leitungsstrukturen tendenziell gegen eine einheitliche Bepreisung von Transportdienstleistungen sprechen, lässt sich daraus für den vorliegenden Sachverhalt nichts Entscheidendes entnehmen, weil ebenso anerkannt ist, dass komplexe Leitungsstrukturen - wie sie das Beschwerdegericht für das hier in Rede stehende Marktgebiet festgestellt hat - wegen des dann nicht (mehr) bestimmbaren physischen Gasflusses einer sachgerechten Kostenzuordnung entgegen stehen können. Dementsprechend ist der Grad an Kostenverursachungsgerechtigkeit nach Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR im Wesentlichen abhängig vom Grad der Komplexität. Vorliegend hat das Beschwerdegericht die Heterogenität der Leitungen und etwaige daraus folgenden Kostenunterschiede anerkannt und bei der Beurteilung der unterschiedlichen Modelle berücksichtigt. Es hat - ersichtlich im Hinblick auf die Differenzierung zwischen systeminterner und systemübergreifender Nutzung - angenommen, dass sich die funktionsspezifische Briefmarke zwar stärker an den Ist-Kosten orientiere, dass sie aber gleichwohl wegen der fehlenden Berücksichtigung von Kooperationsleistungen kein der einheitlichen Briefmarke überlegenes Maß an Kostenorientierung aufweise. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Ein unterschiedlicher Grad von Heterogenität kann bei der Abgrenzung unterschiedlicher Transportaufgaben im Hinblick auf etwaige Kostenunterschiede Bedeutung erlangen, stellt aber die Komplexität des Gesamtsystems nicht in Frage.

60 (bb) Soweit die Rechtsbeschwerde geltend macht, die Inanspruchnahme eines substantiellen Anteils bedingter Kapazitätsprodukte spreche gegen

eine Kostenkorrelation zwischen unterschiedlichen Fernleitungsdienstleistungen, vermag ihr das nicht zum Erfolg verhelfen. Das Beschwerdegericht hat angenommen, die Bundesnetzagentur habe auf Grundlage einer Analyse der Anteile bedingter Kapazitätsbuchungen deren starke Ausprägung in den deutschen Marktgebieten anerkannt. Gleichzeitig habe sie auf Grundlage einer Gesamtbetrachtung zutreffend angenommen, dass der ganz überwiegende Anteil der Buchungen an Ein- und Ausspeisepunkten über feste, frei zuordenbare Kapazitätsprodukte erfolge und nicht über bedingte Kapazitätsprodukte, auch wenn diese in erheblichem Umfang an Kopplungspunkten gebucht würden. Auch Transitleitungen, die die Kopplungspunkte bedienen, seien hinreichend in das Marktgebiet eingebunden. Einer weiteren systematischen Untersuchung habe es nicht bedurft.

61 Diese Ausführungen sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Anders als die Rechtsbeschwerde geltend macht, hat ACER die Nutzung von bedingten Kapazitätsprodukten nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Kostenkorrelation zwischen unterschiedlichen Fernleitungsdienstleistungen, sondern mit der Frage nach dem Vermaschungsgrad der Netze gestellt. Die umfangreiche Nutzung solcher Produkte könne gegen die Annahme sprechen, dass es sich um ein vermaschtes Netz handelt (vgl. ACER, Analysis of the Consultation Document on the Gas Transmission Tariff Structure for Germany, 2019 S. 3 Rn. 5; S. 10 f. Rn. 40). Das Beschwerdegericht hat die Nutzung von bedingten Kapazitäten in den Blick genommen und ist indes - auf Grundlage umfangreicher Ermittlungen der Bundesnetzagentur (vgl. Anlage 5 zur angegriffenen Festlegung) - zu dem Ergebnis gelangt, dass der nicht unerhebliche Umfang bedingter Kapazitätsprodukte wegen der hinreichenden Einbindung in das Marktgebiet der festgestellten Komplexität nicht entgegenstehe. Diese Einbindung hat das Beschwerdegericht mit dem Zugang zum virtuellen Handelspunkt, der eine geringe Unterbrechungswahrscheinlichkeit aufweist, und mit konkreten Beispielen der

Nutzung einzelner Transitleitungen belegt. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Eine Missachtung oder Verkennung gaswirtschaftlicher Erkenntnisse liegt darin nicht. Die Rechtsbeschwerde berücksichtigt nicht hinreichend, dass auch ein Großteil der Buchungen an Kopplungspunkten über frei zuordenbare Kapazitäten abgewickelt wird.

62 (cc) Auch ein unterschiedlich ausgeprägter Vermaschungsgrad vermag die Erkenntnisgrenzen bei der Erfassung von Kooperationsleistungen nicht aufzulösen. Dieser kann für die Frage nach der Abgrenzung unterschiedlicher Transportaufgaben Bedeutung erlangen, stellt aber die Komplexität des Gesamtsystems nicht in Frage.

63 (c) Das Beschwerdegericht konnte sich rechtsfehlerfrei auf das regulatorische Erfahrungswissen im Hinblick darauf stützen, dass die wechselseitigen Kooperationsleistungen für die Zwecke der Kostenzuordnung nicht sachgerecht erfasst werden können. Es war ebenso wenig wie die Bundesnetzagentur gehalten, weitere Ermittlungen, insbesondere zu deren Umfang und Wirkung, anzustellen.

64 Die Rechtsbeschwerde macht unter Verweis auf von ihr vorgebrachte Ansätze, insbesondere auf das Modell einer funktionspezifischen Briefmarke, geltend, eine sachgerechte Kostenzuordnung sei trotz der Komplexität der Leitungsstrukturen möglich. Sie rügt zudem, das Beschwerdegericht habe es im Hinblick auf die von ACER vorgebrachte Kritik und das vorgelegte Parteigutachten rechtsfehlerhaft unterlassen, der Frage nachzugehen, ob Kostenunterschiede zwischen unterschiedlichen Transportdienstleistungen systematisch erfasst und bewertet werden können. Zudem habe es unterlassen, Rolle und Umfang der Kooperationsleistungen systematisch zu erfassen und zu bewerten, um die Möglichkeiten ihrer sachgerechten Bepreisung zu erwägen. Damit vermag die Rechtsbeschwerde keine Rechtsfehler aufzuzeigen.

- 65 (aa) Zwar hat die Behörde den Sachverhalt nach § 68 Abs. 1 EnWG grundsätzlich umfassend zu ermitteln (BGH, Beschlüsse vom 27. Januar 2015 - EnVR 39/13, ZNER 2015, 116 Rn. 15 - Thyssengas GmbH; vom 9. Juli 2019 - EnVR 41/18, ZNER 2019, 431 Rn. 34 - Eigenkapitalzinssatz II; s. a. BVerfG, DVBl 2010, 250 Rn. 57 f., zu Art. 19 Abs. 4 GG). Bei der Ermittlung des Sachverhalts besteht im Grundsatz weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum. Darauf kommt es allerdings dann nicht an, wenn schon keine Ansatzpunkte für weitere tragfähige Sachverhaltsermittlungen bestehen, auf deren Grundlage eine andere als die von der Bundesnetzagentur gewählte Methode als deutlich überlegen bewertet werden könnte. Denn das Beschwerdegericht hat nach § 82 Abs. 1 EnWG nur dann weitere Ermittlungen anzustellen, wenn der Vortrag der Beteiligten oder der Sachverhalt als solcher bei sorgfältiger Überlegung der sich aufdrängenden Möglichkeiten dazu Anlass gibt (BGH, Beschluss vom 11. November 2008 - KVR 60/07, BGHZ 178, 285 Rn. 32 - E.ON/Eschwege, mwN [zum vergleichbaren § 75 GWB]; Johanns/Roesen in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 82 EnWG Rn. 5, § 88 EnWG Rn. 5; Lembach in Bunte, Kartellrecht 14. Aufl., § 75 GWB Rn. 3).
- 66 (bb) So liegt es hier jedoch nicht. Es fehlt vor dem Hintergrund der Erkenntnisse, die die Bundesnetzagentur aus anderen Verfahren gewonnen hat, an greifbaren Anhaltspunkten, die Anlass für weitere zielführende Ermittlungen geben könnten.
- 67 i. Es begegnet keinen rechtlichen Bedenken, dass das Beschwerdegericht - wie schon zuvor die Bundesnetzagentur - von weiteren Ermittlungen zur Erfassung und Bewertung der Kooperationsleistungen der Fernleitungsnetzbetreiber Abstand genommen hat. Das ist unter Hinweis auf die den Parteien bekannten Erfahrungen aus dem Verfahren zur Festlegung HoKoWä (vgl. Beschluss vom 22. Juni 2016 - BK9-13/607 - Festlegung HoKoWä) nachvollziehbar

und schlüssig begründet worden. In diesem Zusammenhang hat die Bundesnetzagentur ausgeführt, dass eine Ermittlung des konkreten Wertes der gegenseitigen gaswirtschaftlichen Leistungen "nahezu ausgeschlossen bzw. anhand der vorliegenden Daten nicht möglich" gewesen sei. Zudem hat sie auf die Erkenntnisse zur Komplexität der Netzsteuerung und der Flexibilität der Netze Bezug genommen, die sie bei den Ermittlungen zum Effizienzvergleich für die dritte Regulierungsperiode gewonnen hat. Danach sei abermals deutlich geworden, dass den Fernleitungsnetzbetreibern bei gemeinsam betriebenen Leitungen die Aufteilung von gemessenen Last- und Arbeitswerten kaum sachgerecht möglich gewesen sei.

68 Im Übrigen hat sie darauf hingewiesen, dass nach den Erfahrungen aus dem HoKoWä-Verfahren die Ermittlung der gaswirtschaftlichen Leistungen der Fernleitungsnetzbetreiber untereinander konsensual nicht möglich sei. Auch diesen Gesichtspunkt durfte die Bundesnetzagentur berücksichtigen, weil bei einer komplexen regulatorischen Gestaltungsaufgabe die Akzeptanz der von der Regulierung betroffenen Marktteilnehmer, wie die Notwendigkeit zur Konsultation nach Art. 26 NC TAR zeigt, nicht unerheblich ist, insbesondere angesichts der anspruchsvollen ökonomischen Aufgabe, des damit verbundenen Aufwands und der damit ebenso verbundenen Erkenntnisgrenzen sowie in Anbetracht der Notwendigkeit, eine Referenzpreismethode "mit ausreichend Vorlauf vor deren Inkrafttreten festzulegen" (Art. 41 Abs. 6 Buchst. a Richtlinie 2009/73/EG).

69 ii. Die Rechtsbeschwerde lässt demgegenüber nicht erkennen, dass die Erkenntnisgrenzen, die im Verfahren HoKoWä bei der netzbetreiberindividuellen Erfassung der Kooperationsleistungen zu Tage getreten sind, sich bei der für die Festlegung der Referenzpreismethode erforderlichen Kostenbetrachtung und -verteilung nicht in gleicher Weise stellen. Sie beschränkt sich darauf, eine Pflicht zu weiterer Sachverhaltsaufklärung zu postulieren. Indes zeigt sie nicht auf, wie eine dafür erforderliche Kostenzuordnung, die die Bundesnetzagentur in

einem mehrjährigen Verfahren (vgl. Beschluss vom 22. Juni 2016 - BK9-13/607 - Festlegung HoKoWä) unter erheblichen Anstrengungen nicht mit Erfolg zu erstellen vermocht hatte, sachgerecht durchzuführen wäre.

70 iii. Dem Beschwerdegericht kann dabei nicht vorgehalten werden, Rolle und Umfang der Kooperationsleistungen nicht systematisch erfasst und nicht wenigstens den Versuch unternommen zu haben, diese systematisch zu bewerten. Aus der Bezugnahme des Beschwerdegerichts auf das Verfahren HoKoWä ergibt sich, dass die Bundesnetzagentur von den Fernleitungsnetzbetreibern eine Vielzahl von Daten im Hinblick auf die von ihnen erbrachten wirtschaftlichen Leistungen, unter anderem alle Stundenwerte des gemessenen Lastflusses an allen physikalischen Netzkopplungspunkten, abgefragt hat. Die Bundesnetzagentur ist zu dem Ergebnis gelangt, dass die ermittelten Daten keine hinreichend belastbare Grundlage für eine Bepreisung der Kooperationsleistungen bieten. Soweit die Rechtsbeschwerde einwendet, es hätten selbstverständlich weitere Daten herangezogen werden können, lässt sie nicht erkennen, welche Daten hätten ermittelt werden sollen.

71 Das Beschwerdegericht hat es auch nicht unterlassen, den Umfang der Kooperationsleistungen zu bestimmen. Vielmehr ist es davon ausgegangen, dass das hohe Maß wechselseitiger Kooperationsleistungen zwischen den Verfahrensbeteiligten unstrittig geblieben ist. Auf Grundlage der durchgeführten Ermittlungen ist das Beschwerdegericht erkennbar davon ausgegangen, dass der Umfang der Kooperationsleistungen jedenfalls so erheblich ist, dass er bei der Betrachtung der Kosten einzelner Fernleitungsnetzbetreiber nicht außer Acht gelassen werden kann, ohne dass die Kostenbetrachtung verzerrt würde. Komplexere Leitungsstrukturen als in den deutschen Marktgebieten weisen andere Mitgliedstaaten nach den verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts nicht auf. Diese Würdigung ist aus Rechtsgründen nicht zu be-

anstanden. Einer näheren Untersuchung bedurfte es nicht. Es erweist sich, anders als die Rechtsbeschwerde meint, nicht als widersprüchlich, dass das Beschwerdegericht aufgrund der vorgenommenen Analyse von einem hohen Maß an Kooperationsleistungen ausgegangen ist, und gleichzeitig angenommen hat, diese ließen sich einzelnen Gasflüssen nicht sachgerecht zuordnen. Die Rechtsbeschwerde macht auch nicht geltend, dass die wechselseitigen Kooperationsleistungen zu vernachlässigen sind.

72 Die Rechtsbeschwerde zeigt ferner nicht auf, dass auf Grundlage einer quantitativen Untersuchung die Kosten individueller Fernleitungsnetzbetreiber in Bezug auf alle Leitungen und sämtliche Netzpunkte sinnvoll zu ermitteln sind, wenn dabei die wechselseitigen - und angesichts des festgestellten Umfangs nicht zu vernachlässigenden - Kooperationsleistungen nicht sachgerecht erfasst werden können. Insofern können auch den Stellungnahmen von ACER zum Konsultationsverfahren REGENT 2021, in denen nähere Darlegungen zur Komplexität des deutschen Fernleitungsnetzes im Hinblick auf den Umfang der Kooperationsleistungen und weitergehende quantitative Analysen dazu sowie in Bezug auf die spezifischen Stückkosten von systeminterner und systemübergreifender Netznutzung angeregt werden (vgl. u.a. Agency Report - Analysis of the Consultation Document for Germany, 15. Februar 2019, Rn. 23, 33, 39 ff.; Report on Tariffs - Country Assessment - The internal Gas Market in Europe: The role of transmission tariffs, Vol. II, S. 38; Agency Report - 2nd Analysis of the Consultation Document for Germany, 17. Juli 2020, Rn. 36 ff., 53), keine greifbaren Anhaltspunkte für weitere zielführende Ermittlungen entnommen werden.

73 Das Beschwerdegericht hat die verschiedenen Stellungnahmen von ACER berücksichtigt und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass es der vorgebrachten Kritik an der gewählten Referenzpreismethode nicht zu folgen vermochte. Es hat dabei zutreffend darauf hingewiesen, dass die Beurteilung durch ACER die - bindend festgestellte - besondere Komplexität der deutschen Fernleitungsstruktur

und die sich daraus ergebenden umfangreichen Kooperationsleistungen nicht hinreichend in den Blick nehme. Es hat vertretbar und ohne Rechtsfehler angenommen, dass aufgrund der in der Vergangenheit bereits durchgeführten Ermittlungen und der fehlenden Belastbarkeit der gewonnenen Daten weitere quantitative Analysen keinen Erkenntnisgewinn im Hinblick auf nutzungsartabhängige Kostenstrukturen erwarten ließen.

74 iv. Soweit die Rechtsbeschwerde geltend macht, der Verweis auf die Kooperationsleistungen verfange deshalb nicht, weil es andere Referenzpreismethoden gebe, die die gegenseitigen wirtschaftlichen Leistungen der Fernleitungsnetzbetreiber in sachgerechter Weise berücksichtigten, verhilft ihr das nicht zum Erfolg. Die Rechtsbeschwerde zeigt bereits keine Ansätze für eine solche alternative Referenzpreismethode auf. Auch auf Grundlage des vorgelegten Parteigutachtens und dessen Ergänzung ist nicht erkennbar, dass die von der Rechtsbeschwerde angeführte funktionsspezifische Briefmarke eine vollständige und sachgerechte Kostenzuordnung leistet, die die wechselseitigen Kooperationsleistungen hinreichend berücksichtigt. Bei der funktionsspezifischen Briefmarke werden zwei unterschiedliche Briefmarkenentgelte für die systeminterne und die systemübergreifende Funktion gebildet. Der Teil der Erlösobergrenze, der dabei auf eine der beiden vorgeschlagenen Nutzungsarten entfällt, berücksichtigt nicht die Kosten, die durch die Inanspruchnahme der gaswirtschaftlichen Leistungen anderer Fernleitungsnetzbetreiber anfallen. Das gilt im Hinblick auf die in Anhang D des Parteigutachtens vorgeschlagenen funktionsspezifischen Bestandteile der Referenzpreismethode jedenfalls für die systemübergreifende Briefmarke. Wie diese Kosten im Rahmen eines notwendigen Ausgleichs - der im Verfahren HoKoWä nicht gelang - erfasst werden könnten, lässt die Rechtsbeschwerde im Übrigen nicht nachvollziehbar erkennen. Auch eine Analyse der bedingten Kapazitäten vermag über dieses Problem nicht hinwegzuhelfen. Vor

diesem Hintergrund bestand keine Pflicht, Sachverständigengutachten einzuholen, insbesondere auch nicht zu der Frage, ob möglicherweise andere, im Konsultations- und Beschwerdeverfahren nicht erörterte Methoden für eine verursachungsgerechtere Kostenzuordnung gefunden werden können. Im Übrigen hat das Beschwerdegericht erläutert, dass ihm die verfahrensgegenständlichen Probleme aus anderen Verfahren bekannt sind und damit seine eigene Sachkunde dargelegt.

75 v. Ein anderes Ergebnis vermag auch der Verweis auf Art. 10 Abs. 3 Satz 2 Buchst. a NC TAR nicht zu rechtfertigen, wonach bei getrennter Anwendung einer Referenzpreismethode ein wirksamer Ausgleichsmechanismus vorzusehen ist, der eine Quersubventionierung zwischen systeminterner und systemübergreifender Netznutzung vermeidet. Bei der Möglichkeit zur Anordnung einer separaten Anwendung handelt es sich um eine begründungsbedürftige Ausnahme zum Regelfall der gemeinsamen Anwendung der Referenzpreismethode. Daraus lässt sich nicht schließen, dass eine sachgerechte Erfassung von Kooperationsleistungen in jedem Fall und unabhängig von den besonderen netzspezifischen Gegebenheiten möglich ist. Dem steht bereits Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR entgegen, nach dem eine Kostenzuordnung nur im Rahmen des Möglichen - in Abhängigkeit von der Komplexität des Netzes - zu erfolgen hat. Vorliegend steht fest, dass die Fernleitungsstrukturen in den beiden Marktgebieten besonders komplex sind, die Fernleitungsnetzbetreiber in allen Belangen und in erheblichem Umfang miteinander kooperieren und kein bestimmtes Gasflussszenario bestimmbar ist, weil der physikalische Weg des Gases durch das Gesamtnetz nicht von den gebuchten Ein- und Ausspeisepunkten abhängt.

76 (cc) Angesichts dessen begegnet es keinen rechtlichen Bedenken, dass das Beschwerdegericht eine einheitliche gaswirtschaftliche Leistung der Fernleitungsnetzbetreiber angenommen hat und davon ausgegangen ist, dass das

Marktgebiet eine nutzungsartübergreifende Wirkungseinheit darstellt, die überwiegend Gemeinkostencharakter aufweist. Die dagegen vorgebrachten Rügen verfangen nicht.

- 77
- i. Sind Gasflüsse aufgrund der Komplexität der Leitungsstrukturen im Hinblick auf die Zuordnung zu bestimmten einzelnen Transportleistungen oder einzelnen Netzteilen nicht messbar und werden für den Transport des Gases in erheblichem Umfang sonstige Kooperationsleistungen in Anspruch genommen, die sich für die Zwecke der Kostenzuordnung nicht sachgerecht erfassen lassen (s.o. Rn. 63 ff.), erweist sich die Annahme einer einheitlichen Leistung, die im Wesentlichen Gemeinkostencharakter hat, jedenfalls als vertretbar. Die deutschen Marktgebiete weisen damit genau die Charakteristika auf, die nach den im Zuge der Erarbeitung des Netzkodexes erstellten gaswirtschaftlichen Analysen für die Eignung einer einheitlichen Briefmarke sprechen (s.o. Rn. 46, Kommission/pwc, Study supporting the Impact Assessment concerning Rules on Harmonised Transmission Tariff Structures for Gas and Allocation of New Gas Transmission Capacity, S. 110). Die Verpflichtung, diese Besonderheiten der deutschen Netzstruktur in den Blick zu nehmen, ergibt sich nicht nur aus Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR, sondern auch aus Art. 1 Unterabs. 1 Buchst. a FerngasZVO.
- 78
- ii. Das Beschwerdegericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, das Modell des Entry-/Exit-Systems spreche für die Einheitlichkeit der gaswirtschaftlichen Leistung. Dabei hat es zutreffend darauf hingewiesen, dass der Netzkunde keinen konkreten Transportpfad buche, sondern das Recht erhalte, Gas an einem bestimmten Punkt ein- und an einem anderen auszuspeisen oder am virtuellen Handlungspunkt (VHP) zu handeln. Vor diesem Hintergrund konnte das Beschwerdegericht - auch wenn jede Referenzpreismethode das Entry-/Exit-System als gegeben voraussetzen hat und Kostenverursachungsgerechtigkeit im jeweiligen Regelungsrahmen herzustellen ist - rechtsfehlerfrei davon ausgehen,

dass die Referenzpreismethode der einheitlichen Briefmarke sowohl die Nutzungsflexibilität für die Transportkunden als auch die in dem Entry-/Exit-System angelegte Abstrahierung der Buchungen vom Netzbetrieb in Rechnung stelle. Anders als die Rechtsbeschwerde meint, stellt der Verweis des Beschwerdegerichts auf dieses System allerdings kein unverzichtbares Begründungselement zur Rechtfertigung des marktgebietsweiten Einheitsentgelts dar. Es hat diesen Gesichtspunkt ersichtlich nur ergänzend herangezogen, um die Einheitlichkeit der gaswirtschaftlichen Leistung zu erläutern. Tragend hat sich das Beschwerdegericht vielmehr auf die Komplexität des Fernleitungssystems und die sich daraus ergebenden Grenzen gestützt, individuelle Kosten direkt einzelnen Fernleitungsnetzbetreibern zuordnen zu können.

79 iii. Die Rechtsbeschwerde macht ohne Erfolg geltend, das Beschwerdegericht sei auf Grundlage einer verfahrensfehlerhaft festgestellten Tatsachengrundlage von einer Gleichwertigkeit der im deutschen Fernleitungsnetz erbrachten Transportdienstleistungen ausgegangen, insbesondere habe es rechtsfehlerhaft die Beurteilung der Bundesnetzagentur übernommen, wonach die systeminterne Nutzung gegenüber der systemübergreifenden Nutzung effizienzsteigernd wirke, eine funktionale Trennung des Fernleitungsnetzes in zwei virtuelle Teilsysteme nicht oder jedenfalls nur mit erheblichen Schwierigkeiten möglich sei und keine greifbaren Unterschiede in der Netztopologie ersichtlich seien, die eine Zuordnung von Fernleitungsstrukturen oder Gruppen von Fernleitungsnetzbetreibern nach unterschiedlichen Transportaufgaben erlaubten. Auf diese Umstände kommt es indes nicht entscheidend an.

80 Das Beschwerdegericht hat - selbständig tragend - angenommen, dass die funktionsspezifische Briefmarke selbst dann keine deutlich überlegenere Methode darstelle, wenn es gelänge, unterschiedliche Funktionen der Fernleitungsnetze durch eine Betrachtung verschiedener Parameter abzubilden. Das Beschwerdegericht hat sich in diesem Zusammenhang - und ohne dass das aus

Rechtsgründen zu beanstanden wäre - auf den Standpunkt gestellt, dass die funktionsspezifische Briefmarke zwar stärker an den Ist-Kosten orientiert sei, aber etwaige Kostenunterschiede zwischen systeminterner und -übergreifender Funktion ebenfalls pauschalierend und - insbesondere wegen mangelnder Erfassung der Kooperationsleistungen - nur unzureichend abbilde. Damit hat es unter Berücksichtigung der von den Betroffenen vorgelegten Parteigutachten die Möglichkeit der Abgrenzung von Netzteilen nach Transportfunktionen unterstellt, eine darauf aufbauende pauschalierende Zuordnung von Kosten jedoch nicht als überlegen angesehen. Auch die Rechtsbeschwerde macht nicht geltend, dass eine Differenzierung nach Transportfunktionen eine trennscharfe Kostenzuordnung ermöglicht, sondern verlangt nur eine systematische Aufarbeitung der Transportkosten, durch die zumindest eine quantitativ-annähernde Trennung von Kosten erreicht wird, ohne zugleich den Anspruch einer exakten Kostenallokation zu erheben. Soweit sie meint, dass die Berücksichtigung struktureller Kostenunterschiede eine gesteigerte Kostenverursachungsgerechtigkeit bewirke, berücksichtigt sie allerdings nicht, dass die Methode der funktionsspezifischen Briefmarke nach den insoweit nicht zu beanstandenden Feststellungen des Beschwerdegerichts (oben Rn. 67 ff.) die Kooperationsleistungen für die Zwecke der Kostenzuordnung unberücksichtigt lässt und insofern eine unvollständige Kostenzuordnung unternimmt. Angesichts dessen musste das Beschwerdegericht im Rahmen der Amtsermittlung weder auf Grundlage der vorgelegten Parteigutachten noch auf die Anregung von ACER der Frage nachgehen, ob aufgrund einer Differenzierung nach Transportfunktionen eine Berücksichtigung etwaiger struktureller Kostenunterschiede möglich ist. Insoweit kommt es auch nicht darauf an, ob Voraussetzung einer an unterschiedliche Transportfunktionen anknüpfenden Kostentrennung die Identifikation autarker, scharf abgrenzbarer oder idealtypischer Netzteile der systeminternen und systemübergreifenden Netznutzung ist. Das Beschwerdegericht musste daher auch nicht aus der Mög-

lichkeit, strukturelle Kostenunterschiede zwischen den Fernleitungsnetzbetreibern zumindest pauschalierend zu erfassen, auf die Ungeeignetheit eines preisnivellierenden Einheitsentgelts schließen.

81 iv. Soweit sich das Beschwerdegericht für die Annahme einer einheitlichen Leistung auch auf den mit den Kapazitätsprodukten eröffneten Zugang zum virtuellen Handlungspunkt gestützt hat, ist das aus Rechtsgründen ebenfalls nicht zu beanstanden. Dabei handelt es sich um einen integralen Bestandteil des Referenzprodukts einer fest, frei zuordenbaren Kapazität (FZK) und insgesamt eines jeden Entry-/Exit-Systems, in dem sich eine Abstraktion von konkreten Transportpfaden ausdrückt. Da die Referenzpreismethode nach Art. 3 Satz 2 Nr. 1, Art. 4 Abs. 2 NC TAR den Preis für ein solches Kapazitätsprodukt mit Zugang zum virtuellen Handlungspunkt (VHP) bestimmt, sind dessen Charakteristika in Rechnung zu stellen. Im Übrigen hat das Beschwerdegericht mit Recht darauf hingewiesen, dass sich die Bundesnetzagentur bei ihrer Beurteilung nicht allein auf diesen Gesichtspunkt gestützt, sondern maßgeblich auf die hohe Komplexität des deutschen Fernleitungsnetzes abgestellt hat.

82 (d) Das Beschwerdegericht hat auf dieser Grundlage die alternativen Referenzpreismethoden im Hinblick auf den Grad der damit zu erreichenden Kostenverursachungsgerechtigkeit gemäß Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR abgewogen und ist dabei rechtsfehlerfrei zu dem Schluss gekommen, dass die netzpunktspezifische wie auch die funktionsspezifische Briefmarke der einheitlichen Briefmarke nicht deutlich überlegen seien (bei der netzpunktspezifischen Briefmarke werden für vier unterschiedliche Netzpunkttypen unterschiedliche Briefmarkenentgelte gebildet). Die dagegen von der Rechtsbeschwerde erhobenen Einwände greifen nicht durch.

83 (aa) Soweit die Rechtsbeschwerde geltend macht, die funktionspezifische Briefmarke könne ein deutlich größeres Maß an Kostenorientierung erreichen, setzt sie damit in unzulässiger Weise ihre eigene Würdigung an die Stelle derjenigen des Beschwerdegerichts. Zudem trifft die Annahme nicht zu, dass die Methode der einheitlichen Briefmarke keine Kostenzuordnung vornehme (oben Rn. 47). Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR keine direkte Kostenzuordnung im Sinne einer auf den individuellen Netzbetreiber bezogenen Preisbildung verlangt, sondern eine wertende Betrachtung vorzunehmen ist. Dabei hat das Beschwerdegericht auch in Rechnung gestellt, dass die funktionspezifische Briefmarke sich stärker an den Ist-Kosten der Netznutzung orientiere als die einheitliche Briefmarke. Es hat aber zutreffend auf die Schwächen der funktionspezifischen Briefmarke hingewiesen (s.o. Rn. 80). Vor diesem Hintergrund konnte das Beschwerdegericht ohne Rechtsfehler zu der Annahme gelangen, dass auch die funktionspezifische Briefmarke Kosten nur mit erheblichen Unschärfen zuordne und angesichts der geringeren Transparenz der einheitlichen Briefmarke insgesamt nicht deutlich überlegen sei.

84 (bb) Die Rechtsbeschwerde vermag dagegen nicht mit Erfolg einzuwenden, das Beschwerdegericht habe keinen Nachweis erbracht, dass eine effizienzsteigernde Wirkung der systeminternen Nutzung gegenüber der systemübergreifenden Nutzung überhaupt in relevantem Umfang besteht. Das Beschwerdegericht hat festgestellt, dass die Fernleitungsstrukturen in den beiden Marktgebieten besonders komplex sind, die Fernleitungsnetzbetreiber in allen Belangen und - unstreitig - in hohem Umfang miteinander kooperieren und dass die ausgewiesenen Kapazitäten zum Teil nur unter Nutzung der Infrastruktur der anderen Netzbetreiber bereitgestellt werden könnten, weil der Transport des Gases nicht isoliert, sondern immer im Zusammenspiel mit den Leitungen anderer Fernleitungsnetzbetreiber erfolgt. Damit hat das Beschwerdegericht die Erheblichkeit

der wechselseitigen Kooperationsleistungen für die Kostenzuordnung festgestellt. Dass diese Kooperationsleistungen in relevantem Umfang nur zugunsten der systeminternen Nutzung erbracht würden, zeigt die Rechtsbeschwerde nicht auf. Lassen sich die mit den Kooperationsleistungen verbundenen Kosten aufgrund der Komplexität des Netzes für die Zwecke der Kostenzuordnung erfahrungsgemäß nicht sachgerecht erfassen, so kann weder der konkrete Umfang in Bezug auf eine Art von Transportleistungen noch eine Parität von Kooperationsleistungen unterschiedlicher Gruppen von Fernleitungsnetzbetreibern festgestellt werden. Derartiges legt die Rechtsbeschwerde auch nicht dar. Sie vermag auch nicht näher aufzuzeigen, dass die Referenzpreismethode der funktionspezifischen Briefmarke die wechselseitigen Kooperationsleistungen sachgerecht erfasst und wie diese Leistungen zwischen den Fernleitungsnetzbetreibern ausgeglichen werden können.

85 (cc) Das Beschwerdegericht hat damit auch geprüft, ob die Anordnung der einheitlichen Briefmarke erforderlich ist. Anders als die Rechtsbeschwerde geltend macht, hat es die Schwächen dieser Methode im Hinblick auf den Grad an Kostenorientierung und -verursachungsgerechtigkeit in den Blick genommen, gleichzeitig aber sachliche Gründe angeführt, weshalb die Methode der funktionspezifischen Briefmarke keine deutlich überlegene Referenzpreismethode darstellt und - wie von der Rechtsbeschwerde verlangt - eine wertende Abwägung zwischen der Komplexität der Netzstrukturen einerseits und dem erreichbaren Maß an Kostenverursachungsgerechtigkeit andererseits vorgenommen.

86 Das Beschwerdegericht musste die gewählte Referenzmethode nicht deshalb als untauglich verwerfen, weil sich bereits auf Grundlage des festgestellten Sachverhalts deutliche Hinweise darauf ergeben haben, dass nach eingehender Prüfung die einheitliche Briefmarke nicht hinreichend kostengerecht gewesen sei. Weder die Heterogenität des Leitungsnetzes und die daraus folgende unter-

schiedliche Kostenstruktur individueller Fernleitungsnetzbetreiber noch der Umstand, dass auf Grundlage bedingter Kapazitätsprodukte Gasmengen zu einem erheblichen Teil durch die Marktgebiete durchgeleitet werden, mussten dem Beschwerdegericht Anlass geben, eine andere als die gewählte Referenzpreismethode als deutlich überlegen zu bewerten.

87 (dd) Nicht zu beanstanden ist auch die Annahme des Beschwerdegerichts, die funktionsspezifische Briefmarke sei im Vergleich zur Einheitsbriefmarke deutlich intransparenter. Es hat die Anforderungen, die Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR an die Auswahlentscheidung im Hinblick auf Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Referenzpreismethode stellt, nicht verkannt. Wie der Wortlaut der Vorschrift zu erkennen gibt, dient das Transparenzgebot dazu, dass Netznutzer die Bildung der von ihnen zu entrichtenden Preise nachvollziehen und deren Höhe vorhersehen können (vgl. auch Art. 13 Abs. 1 FerngasZVO). Ob die von der Regulierungsbehörde für die Wahl einer bestimmten Referenzpreismethode angeführten Erwägungen nachvollziehbar sind, ist demgegenüber eine Frage ihrer sachlichen Rechtfertigung und im Hinblick auf das von der Rechtsbeschwerde angeführte Spannungsverhältnis zwischen heterogenem Leitungsnetz und Einheitstarif Gegenstand der Prüfung der Zielvorgaben des Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR.

88 d) Eine unzulässige Quersubventionierung im Sinne von Art. 7 Satz 2 Buchst. c NC TAR, Art. 13 Abs. 1 FerngasZVO steht angesichts der vorangehenden Ausführungen nicht in Rede. Diese Vorschriften verbieten nicht jede Quersubventionierung, sondern nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut nur eine unzulässige. Nichts anderes folgt aus Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 3 FerngasZVO, wonach die Methode zur Berechnung von Entgelten Quersubventionierungen lediglich vermeiden, aber nicht ausschließen muss (oben Rn. 45).

89 Das Beschwerdegericht hat den nach Art. 5 Abs. 2 NC TAR erforderlichen Kostenzuweisungstest durchgeführt und hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Quersubventionierung bestehen. Es ist dabei von zutreffenden rechtlichen Maßstäben ausgegangen. Insbesondere hat es nicht verkannt, dass dem Gebot des Art. 7 Satz 2 Buchst. c NC TAR eine eigenständige Bedeutung zukommt. Während Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR eine Orientierung der Referenzpreismethode an den Ist-Kosten einer Fernleitungsdienstleistung verlangt, will Art. 7 Buchst. c NC TAR Diskriminierungsfreiheit gewährleisten und unzulässige Quersubventionen verhindern. Zwar sind Ist-Kosten-Bezug und Verhinderung von Quersubventionierung eng miteinander verknüpft. Art. 7 Satz 2 Buchst. c NC TAR stellt jedoch klar, dass nicht jede Quersubventionierung, sondern nur eine unzulässige verhindert werden soll (s.o. Rn. 45). Das Beschwerdegericht ist danach rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass eine wegen der besonderen Komplexität der Netzstrukturen angemessene Abstraktion der Netzentgelte von den individuellen Kosten keine unzulässige Quersubvention begründen kann. Das gilt schon deshalb, weil die Grenzen für eine individuelle sachgerechte Kostenzuordnung auch den Umfang zulässiger Quersubventionen notwendigerweise bestimmen. Weitergehende als die bereits vorstehend unter dem Gesichtspunkt der Kostenverursachungsgerechtigkeit nach Art. 7 Satz 2 Buchst. b NC TAR, Art. 13 Abs. 1 FerngasZVO behandelten Einwände macht die Rechtsbeschwerde hierzu nicht geltend.

90 e) Ebenfalls ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde geltend, das Beschwerdegericht habe die mit der festgelegten Methode der einheitlichen Briefmarke verbundenen Mengenrisiken unter Verstoß gegen Art. 7 Satz 2 Buchst. d NC TAR unzutreffend eingeschätzt. Nach dieser Vorschrift soll bei der Wahl der Referenzmethode sichergestellt werden, dass ein erhebliches Mengen-

risiko, insbesondere in Verbindung mit dem Gastransport über ein Ein- und Ausspeisesystem hinweg, nicht von Endkunden dieses Ein- und Ausspeisesystems zu tragen ist.

91 Diese Erwägungen sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Es kann offenbleiben, ob ein erhebliches Mengenrisiko bereits deswegen nicht besteht, weil weniger Gas in andere Systeme als zu Verbrauchszwecken im eigenen Ein- und Ausspeisesystem transportiert werde. Die weiteren, selbständig tragenden Erwägungen des Beschwerdegerichts zeigen keine Rechtsfehler auf. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass das Beschwerdegericht die rechtlichen Anforderungen an die Darlegung eines Mengenrisikos überspannt hat. Das Beschwerdegericht war - angesichts der fehlenden Erfahrungen mit der Anwendung der Referenzpreismethode und deren Auswirkung auf die Liquidität im Markt - nicht gehalten, aus bestehenden Kapazitätskündigungen oder aufgrund bestehender alternativer Transportrouten auf ein erhebliches Mengenrisiko zu schließen. Die Prognose des Beschwerdegerichts erweist sich vielmehr als vertretbar. Die wegen der Marktzusammenlegung absehbar kurze Geltungsdauer der Festlegung und die in Tenorziffer 10 vorgesehenen Berichtspflichten gewährleisten im Übrigen, dass die Bundesnetzagentur gleichwohl möglichen, durch die Referenzpreismethode verursachten Mengenrisiken entgegenwirken kann.

92 f) Das Beschwerdegericht hat die Vorgaben nach Art. 7 Satz 2 Buchst. e NC TAR, Art. 13 Abs. 2 Satz 1 FerngasZVO beachtet. Danach soll die Referenzpreismethode gewährleisten, dass die resultierenden Referenzpreise den grenzüberschreitenden Handel nicht verzerren (Art. 7 Satz 2 Buchst. e NC TAR). Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 2 FerngasZVO schreibt vor, dass die Tarife oder die Methoden zu ihrer Berechnung den effizienten Gashandel und Wettbewerb erleichtern müssen. Nach Art 13 Abs. 2 Satz FerngasZVO darf durch die Tarife weder die Marktliquidität eingeschränkt noch der Handel über die Grenzen verschiedener Fernleitungsnetze hinweg verzerrt werden.

93 aa) Das Beschwerdegericht hat angenommen, ein Verstoß gegen Art. 7 Satz 2 Buchst. e NC TAR liege nicht vor. Da spezifische Kosten der systemübergreifenden Nutzung dieser Nutzungsart nicht sachgerecht zugeordnet werden könnten, liege keine unzulässige Quersubventionierung vor. Aus diesem Grund stelle die Referenzpreismethode der einheitlichen Briefmarke eine einfache, nachvollziehbare Methode dar, die Netznutzern die Berechnung der Entgelte sowie die Prognose künftiger Entgelte erleichtere, die Transaktionskosten im Vergleich zu einer komplexeren Referenzpreismethode senke und zu einer sachgerechten Preisbildung führe. Eine solche Methode könne aber den grenzüberschreitenden Handel nicht verzerren, weil kein Anspruch auf bestimmte Preise bestehe. Art. 7 Satz 2 Buchst. e NC TAR könne kein Gebot entnommen werden, wonach Netznutzungsentgelte in Transitländern überobligatorisch niedrig sein müssten. Damit diene die Vorschrift dem in Art. 13 Abs. 1 FerngasZVO verankerten Ziel der Förderung des effizienten Gashandels und trage dem in Erwägungsgrund 19 FerngasZVO hervorgehobenem Gesichtspunkt Rechnung, wonach es für die Verbesserung des Wettbewerbs durch liquide Großhandelsmärkte von entscheidender Bedeutung sei, dass Gas unabhängig davon, wo es sich im Netz befinde, gehandelt werden könne. Auf die Frage, ob der durch die Festlegung bewirkte generelle Anstieg des Preisniveaus an den Grenzübergangspunkten überhaupt nennenswerte Folgen auf andere Märkte habe, komme es mithin nicht an. Im Übrigen sei die Preisentwicklung auf den europäischen Märkten aufgrund des Anstiegs der Fernleitungsentgelte nicht zuverlässig zu prognostizieren. Möglicherweise entwickelten sich die Preise an den einzelnen Handelsplätzen auch unterschiedlich, so dass sich neue Möglichkeiten zur Arbitrage ergeben könnten.

94 bb) Diese Erwägungen lassen keine Rechtsfehler erkennen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb eine Referenzpreismethode, die die Kosten angesichts der Komplexität des Fernleitungsnetzes einheitlich auf alle Fernleitungsnetzbetreiber

verteilt, ohne dass eine deutlich überlegene Methode ersichtlich ist, geeignet wäre, den grenzüberschreitenden Handel zu verzerren. Eine Pflicht zur Subventionierung des grenzüberschreitenden Handels durch inländische Nutzer lässt sich weder Art. 7 Satz 2 Buchst. e NC TAR noch Art. 13 Abs. 1 und 2 FerngasZVO entnehmen. Auch der Kostenzuweisungstest nach Art. 5 NC TAR enthält keinen Hinweis darauf, dass eine solche Verschiebung der Kostenlast geboten wäre. Soweit im Zusammenhang mit der Beachtung des Gebots der Energiesolidarität darauf verwiesen wird, dass die Entgeltsteigerung an Grenzkopplungspunkten andere Mitgliedstaaten belastete, vermag sie damit nicht durchzudringen. Das Beschwerdegericht hat rechtsfehlerfrei auf die Feststellungen der Bundesnetzagentur verwiesen, wonach die bislang erhobenen netzbetreiberindividuellen Fernleitungsnetzentgelte wegen eines fehlenden Ausgleichsmechanismus keine sachgerechte Kostenallokation gewährleistet hätten, weil diese Entgelte die durch die notwendige Kooperation mit anderen Fernleitungsnetzbetreibern verursachten Kosten nicht berücksichtigt hätten.

95 3. Tenorziffer 1 der angegriffenen Festlegung ist auch im Übrigen mit höherrangigem Recht vereinbar. Das Beschwerdegericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die angegriffene Festlegung weder gegen Art. 101 AEUV noch gegen Art. 4 Abs. 3 EUV verstößt. Ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV scheidet bereits deshalb aus, weil die Bundesnetzagentur nicht Normadressat der Vorschrift ist. Diese richtet sich nur an Unternehmen. Es liegt auch kein Verstoß gegen Art. 4 Abs. 3 EUV vor.

96 a) Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde geltend, das Beschwerdegericht habe den Grundsatz der Energiesolidarität nach Art. 194 Abs. 1 AEUV (EuGH, Urteil vom 15. Juli 2021 - C-848/19 P, juris Rn. 37 - Deutschland/Polen) nicht ausreichend beachtet.

97 Das Beschwerdegericht hat angenommen, die bei der Festlegung einer Referenzpreismethode zu beachtenden unionsrechtlichen Vorgaben seien im Netzkodex über harmonisierte Fernleitungsentgeltstrukturen konkretisiert. Aus diesem Grund habe die Bundesnetzagentur die unter dem Gesichtspunkt der Energiesolidarität maßgeblichen Interessen der Mitgliedstaaten nicht gesondert berücksichtigen müssen.

98 Diese Erwägungen lassen keine Rechtsfehler erkennen. Soweit geltend gemacht wird, die Referenzpreismethode der einheitlichen Briefmarke führe zu erheblichen Steigerungen der Endverbraucherpreise für Gas in anderen Mitgliedstaaten, insbesondere in Italien und Frankreich, hat die Bundesnetzagentur diesen Umstand in der Sache - wenn auch nicht ausdrücklich unter dem Gesichtspunkt der Energiesolidarität nach Art. 194 AEUV - berücksichtigt. Sie hat die Auswirkungen der einheitlichen Briefmarke auf die Ein- und Ausspeisentgelte an den Grenzübergangspunkten, die zu höheren Vorleistungskosten für diejenigen Netznutzer führt, die Gas aus den deutschen Marktgebieten importieren, in den Blick genommen und diese Wirkungen bei ihrer Prüfung, ob die gewählte Referenzpreismethode zu einer Verzerrung des grenzüberschreitenden Handels im Erdgasbinnenmarkt führe, in Rechnung gestellt. Sie ist zu dem Ergebnis gekommen, dass angesichts der mit der einheitlichen Briefmarke verbundenen kostenverursachungsgerechten Fernleitungsnetzentgelte eine Verzerrung des grenzüberschreitenden Handels nicht angenommen werden könne. Weder aus Art. 7 Satz 2 Buchst. e NC TAR noch aus Art. 13 Abs. 2 Satz 1 FerngasZVO könne eine Pflicht zu einer Quersubventionierung des grenzüberschreitenden Gashandels zulasten der systeminternen Nutzung entnommen werden. Dies widerspricht nicht dem Grundsatz der Energiesolidarität. Danach kann auch nicht angenommen werden, die festgelegte Referenzpreismethode setze unzutreffende Investitionssignale im Sinne des Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 3 FerngasZVO.

99 b) Das Beschwerdegericht hat angenommen, ein Verstoß gegen das Loyalitätsgebot nach Art. 4 Abs. 3 EUV sei nicht gegeben. Die angegriffene Festlegung hebe die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln nicht auf. Es könne offenbleiben, ob zwischen den deutschen Fernleitungsnetzbetreibern schützenswerter Restwettbewerb bestehe, der durch die Preisvereinheitlichung beseitigt werde. Es fehle jedenfalls an einem wettbewerbsrechtlich relevanten Handeln der Fernleitungsnetzbetreiber. Ihre Mitwirkungshandlungen, die sich auf die Zusammenführung der jeweiligen Erlösbergrenzen und die prognostizierten Kapazitätsbuchungen beschränkten, bewirkten keine Wettbewerbsbeschränkung. Die wettbewerbslich relevante Wirkung gehe allein von der Festlegung der Referenzpreismethode aus. Diese stehe auch nicht im Widerspruch zu dem in Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb zu den Verträgen verankerten Wettbewerbsschutz.

100 c) Das lässt keine Rechtsfehler erkennen.

101 aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Unionsgerichtshofs betrifft Art. 101 AEUV zwar nur das Verhalten von Unternehmen und nicht als Gesetz oder Verordnung ergangene Maßnahmen der Mitgliedstaaten. Aus Art. 4 Abs. 3 EUV ergibt sich jedoch eine Pflicht zur Zusammenarbeit zwischen der Union und den Mitgliedstaaten, die es den Mitgliedstaaten verbietet, Maßnahmen, auch in Form von Gesetzen oder Verordnungen, zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten. Danach liegt eine Verletzung von Art. 101 AEUV in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 EUV nur vor, wenn ein Mitgliedstaat gegen Art. 101 AEUV verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert oder die Auswirkungen solcher Absprachen verstärkt oder wenn er seiner eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt (st. Rspr., EuGH, Urteil vom 21. September 2016 - C-221/15, juris

Rn. 43 f. - Kommission/Deutschland mwN). Hingegen verstößt eine Regelung, die nicht darauf gerichtet ist, den Abschluss von Vereinbarungen zwischen Lieferanten und Einzelhändlern oder andere der in Art. 101 Abs. 1 AEUV genannten Verhaltensweisen vorzuschreiben, sondern es den Behörden überlässt, Endverkaufspreise festzusetzen, nicht gegen diese Vorschrift in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 EUV. Ebenso wird der Abschluss wettbewerbswidriger Vereinbarungen durch eine Regelung, die ein aus sich heraus wirksames Verbot ausspricht, weder vorgeschrieben noch erleichtert (vgl. EuGH, ebd. Rn. 45, mwN).

102 bb) Nach diesen Grundsätzen liegt kein Verstoß gegen Art. 4 Abs. 3 EUV vor. Die preisvereinheitlichende Wirkung folgt unmittelbar aus der gemeinsamen Anwendung der Referenzpreismethode. Die gemeinsame Anwendung ordnet Art. 10 Abs. 1 NC TAR an, um auf diese Weise einen funktionsfähigen Wettbewerb für die Nutzer der Fernleitungen in Gebieten sicherzustellen, in denen mehrere Fernleitungsnetzbetreiber aktiv sind. Soweit die Wahl der Referenzpreismethode der einheitlichen Briefmarke durch die Bundesnetzagentur die preisvereinheitlichende Wirkung verstärkt, beruht diese Wirkung unmittelbar auf der ihr durch Art. 6 Abs. 1 NC TAR zugewiesenen Kompetenz. Ein eigenständiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten der Fernleitungsnetzbetreiber ist angesichts des fehlenden eigenständigen Handlungsspielraums ausgeschlossen. Das gilt jedenfalls für das Preissetzungsverhalten, das durch Art. 10 NC TAR in Verbindung mit der nach Art. 6 NC TAR regulierungsbehördlich festgelegten Referenzpreismethode vollständig determiniert ist. Ist es nach der maßgeblichen Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht zu beanstanden, wenn staatliche Stellen Preise einheitlich festsetzen, begegnet es ebenso wenig Bedenken, wenn eine staatliche Stelle eine Methode zur Preisbildung festlegt, deren zwingende gemeinsame Anwendung durch die Fernleitungsnetzbetreiber eine Preisvereinheitlichung bewirkt und den betroffenen Unternehmen insoweit keine Handlungs-

spielräume verbleiben. Vor diesem Hintergrund kommt es weder auf Erwägungsgrund 10 NC TAR an, wonach die Anwendung der Art. 101, 102 AEUV unberührt bleibt, noch auf die Bedenken des Bundeskartellamts im Hinblick auf die Übereinstimmung der festgelegten Referenzpreismethode mit Art. 101 AEUV. Einen Verstoß gegen das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV hat das Beschwerdegericht danach ebenfalls zutreffend verneint.

103 cc) An diesem Ergebnis vermag auch Art. 3 Abs. 3 EUV in Verbindung mit dem Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt nichts zu ändern. Das gilt unabhängig von der Frage, ob sich diese Vorschrift unmittelbar - oder nur vermittelt über das Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV - an die Mitgliedstaaten richtet (vgl. Terhechte in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 75. Ergänzungslieferung, Art. 3 EUV Rn. 27; Becker in Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 4. Aufl., Art. 3 EUV Rn. 1). Art. 3 Abs. 3 EUV formuliert im Hinblick auf die Errichtung eines Binnenmarktes ein politisches Ziel, das mit anderen politischen Zielen der Union, insbesondere mit denen der Energiepolitik gemäß Art. 194 AEUV zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Energiemarktes (Art. 194 Abs. 1 Buchst. s AEUV), in Ausgleich zu bringen ist. Fehlt es nach Maßgabe der diese Ziele ausgestaltenden Vorschriften des Unionsrechts und unter Berücksichtigung der Besonderheiten der deutschen Fernleitungsnetze an einer alternativen, überlegeneren Referenzpreismethode und verstößt die staatliche Anordnung der Methode bereits nicht gegen Art. 4 Abs. 3 EUV in Verbindung mit Art. 101, 102 AEUV, so ist nicht ersichtlich, dass die festgelegte Referenzpreismethode in Konflikt mit der Wahrung der wettbewerbspolitischen Ziele der Union gemäß Art. 3 Abs. 3 EUV gerät. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Unionsgesetzgeber bei der Umsetzung der Politiken ein weiter Ermessensspielraum zusteht (EuGH, Urteile vom 8 Juni 2010 - C-58/08, EuZW 2010, 539 Rn. 52 - Vodafone, zur telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung;

vom 18. Juni 2015 - C-508/13, juris Rn. 29 - Republik Estland/Europäisches Parlament u.a., mwN) und dass die einschlägigen unionsrechtlichen Vorschriften des Sekundärrechts der Regulierungsbehörde die Wahl der Referenzpreismethode überlassen und zudem die Festlegung von Einheitsentgelten nicht ausschließen.

104 Ein etwaiger in der Vergangenheit bestehender Preiswettbewerb, der auf Grundlage netzbetreiberindividueller Entgelte und - in Ermangelung eines kostenrelevanten Ausgleichsmechanismus - einer unvollständigen Kostenzuordnung erfolgte, kann keinen geeigneten Maßstab für einen unverfälschten (Rest-)Wettbewerb bilden. Wie ein zwingend vorzunehmender Ausgleichsmechanismus bei getrennter Anwendung einer (funktionsspezifischen) Briefmarke durchzuführen sein sollte, zeigt die Rechtsbeschwerde nicht auf. Vor diesem Hintergrund vermag auch der Verweis auf die besondere Heterogenität des Leitungsnetzes kein anderes Ergebnis zu rechtfertigen. Zudem zeigt die Rechtsbeschwerde nicht auf, dass der Wettbewerb zwischen den Fernleitungsnetzbetreibern im Hinblick auf andere Wettbewerbsparameter nicht weiterbestünde. Dafür ist auch nichts ersichtlich.

105 dd) Soweit die gemeinsame Anwendung der Referenzpreismethode eine Kooperation zwischen den Fernleitungsnetzbetreibern erforderlich macht, indem sie Informationen über ihre individuellen Erlösbergrenzen sowie die prognostizierten Kapazitätsbuchungen aggregieren, folgt auch diese Notwendigkeit unmittelbar aus der Pflicht zur gemeinsamen Anwendung der Referenzpreismethode. Mit deren Anordnung ist kein zwangsläufig nach Art. 101 AEUV verbotener Informationsaustausch verbunden. Vielmehr sind Verfahrensweisen denkbar, mit deren Hilfe diese Daten - etwa bei einem zur Verschwiegenheit verpflichteten Wirtschaftsprüfer - zusammengeführt werden, ohne dass ein Fernleitungsnetzbetreiber Kenntnis von den individuellen Kapazitätsprognosen der anderen Fernleitungsnetzbetreiber erlangt. Soweit im Zuge der Referenzpreisbildung sodann der

Austausch aggregierter Informationen erforderlich ist, steht dieser nicht im Widerspruch zu dem in Art. 101 AEUV verankerten Prinzip des Geheimwettbewerbs.

106 ee) Da die Grundsätze zur Auslegung der aus Art. 4 Abs. 3 EUV in Verbindung mit Art. 101 AEUV folgenden Pflichten der Mitgliedstaaten in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union - soweit hier von Interesse - bereits hinreichend geklärt sind, stellen sich auch insoweit im Fall keine Fragen zur Auslegung des Unionsrechts, die es erforderten, das Rechtsbeschwerdeverfahren auszusetzen, um ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union zu richten.

107 4. Rechtsfehlerfrei ist das Beschwerdegericht schließlich davon ausgegangen, die Bundesnetzagentur habe die Rabattierung von bedingt verbindlichen Kapazitätsprodukten gemäß Tenorziffer 3 Satz 2 ermessensfehlerfrei und in Einklang mit Art. 4 Abs. 2, Art. 7 NC TAR, Art. 13 Abs. 1 VO FerngasZVO auf den Preis für das am geringsten rabattierte unterbrechbare Standardkapazitätsprodukt an diesem Punkt begrenzt. Nach Art. 4 Abs. 2 NC TAR können bei der Festlegung der Fernleitungsentgelte die Bedingungen für verbindliche Kapazitätsprodukte berücksichtigt werden. Nähere Vorgaben dazu, wie eine Rabattierung vorzunehmen ist, lassen sich dem NC TAR nicht entnehmen. Art. 13 Abs. 1 Satz 2 FerngasZVO sieht vor, dass die Tarife oder die Methoden zu ihrer Berechnung diskriminierungsfrei anzuwenden sind.

108 a) Der Netzkodex sieht in Art. 4 Abs. 2, Art. 16 NC TAR Regelungen vor, die unterschiedliche Preise für unterschiedliche Kapazitätsprodukte gestatten. Feste, freizuordenbare Kapazitäten (FZK) sind verbindliche, d.h. nicht unterbrechbare Kapazitätsprodukte, die keine einschränkenden Bedingungen für den Gastransport aufweisen. Bedingte Kapazitätsprodukte sind feste, dynamische

zuordenbare Kapazitäten (DZK), feste, beschränkte Kapazitäten (BZK) sowie bedingt feste, frei zuordenbare Kapazitäten (bFZK). Sie weisen unterschiedliche Arten von Bedingungen auf, wobei DZK-Produkte neben dem bedingt verbindlichen Anteil einen unterbrechbaren Zugang zum virtuellen Handelspunkt ermöglichen. Schließlich können Transportkunden auch unterbrechbare Kapazitätsprodukte (uFZK) buchen, bei denen ein Gastransport nicht verbindlich ist.

- 109 b) Das Beschwerdegericht hat angenommen, die festgelegte Rabattierung beruhe auf der zutreffenden Erwägung, eine unterbrechbare Kapazität stelle bei objektiver Betrachtung im Vergleich zu den übrigen Kapazitätsprodukten ein minderwertiges Produkt dar. Weder sei festzustellen, dass die Limitierung der Rabattierung des DZK-Produktes auf das am geringsten rabattierte unterbrechbare Produkt sachlich unangemessen sei, noch habe die Bundesnetzagentur insoweit ihr Regulierungsermessen fehlerhaft ausgeübt. Sie habe insbesondere die Rangfolge der wirtschaftlichen Werthaltigkeit der Kapazitätsprodukte zutreffend bestimmt. Bei der Buchung von uFZK-Produkten müsse der Netzkunde - auch wenn dies unwahrscheinlich sei - damit rechnen, dass er die gebuchte Kapazität nicht nutzen könne. Hingegen stehe bei DZK-Produkten die Nutzungsmöglichkeit im Rahmen der Bedingung fest. Das DZK-Produkt biete im Vergleich mit einem uFZK-Produkt daher die sicherere Möglichkeit, das Netz zum Transport von Gas von einem fest gewählten Einspeisepunkt zu einem feststehenden Ausspeisepunkt nutzen zu können. Darüber hinaus bestehe - auch wenn für bestimmte (Transit-)Kunden diese Option nicht von Interesse sei - beim DZK-Produkt die Möglichkeit der Nutzung des VHP auf unterbrechbarer Basis. Es liege daher auf der Hand, dass diese dem DZK-Produkt immanenten Optionen werthaltiger seien als die eines uFZK-Produktes, bei dem grundsätzlich die Gefahr eines Totalausfalls drohe. Es sei auch nicht erkennbar, dass die festgelegte Rabattierung zu Fehlanreizen führe, weil Transportkunden eher das mit geringem

Aufschlag versehene FZK-Produkt erwerben würden. Ein wirtschaftlicher denkender Kunde werde immer das für die Erreichung seiner Zwecke günstigere Produkt erwerben. Eine systematische Untersuchung der DZK-Produkte sei nicht erforderlich gewesen.

110 c) Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Beschwerdegericht hat die Begrenzung der höchsten Rabattierung auf den Wert eines unterbrechbaren Kapazitätsprodukts (uFZK) mit Recht unbeanstandet gelassen. Es konnte ohne Rechtsfehler annehmen, dass die Werthaltigkeit des DZK-Produkts zwischen dem Wert eines FZK- und dem eines uFZK-Produkts liegt. Es hat seiner Beurteilung keine sachwidrige ökonomische Bewertung zugrunde gelegt.

111 Art. 4 Abs. 2 NC TAR gestattet es, die Bedingungen für verbindliche Produkte bei der Festlegung der Höhe der Fernleitungsnetzentgelte im Verhältnis zum Referenzprodukt der festen und frei zuordenbaren Kapazitäten zu berücksichtigen. Eine Pflicht zur Berücksichtigung dieser Bedingungen ist der Vorschrift nicht zu entnehmen, ebenso wenig gibt sie nähere Auskunft darüber, in welcher Weise und mit welchem Gewicht diese Bedingungen gegebenenfalls berücksichtigt werden können. Insofern steht der Regulierungsbehörde auch in diesem Punkt ein Regulierungsermessen zu. Ausgangspunkt für die zu berücksichtigenden Bedingungen ist das konkret zu bepreisende Produkt. Art. 4 Abs. 2 NC TAR schließt demnach eine Bezugnahme auf den Preis eines unterbrechbaren Produkts als Höchstgrenze für den Rabatt nicht aus. Eine weitergehende Rabattierung würde, wie das Beschwerdegericht zutreffend angenommen hat, zu einer unzutreffenden Wertrelation gegenüber dem nur auf unterbrechbarer Basis frei zuordenbaren Kapazitätsprodukt (uFZK) führen. Dieses Produkt weist die geringste Verbindlichkeit des Gastransports auf, weil es zu einem Totalausfall kommen könnte. Daher ist es nach der aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Würdigung des Beschwerdegerichts insgesamt am geringwertigsten, was sich im

Vergleich zum DZK-Produkt auch daran zeigt, dass nach der KASPAR-Festlegung uFZK-Buchungen vorrangig vor DZK-Buchungen unterbrochen werden müssen. Dem kann die Rechtsbeschwerde nicht mit Erfolg entgegenhalten, das Beschwerdegericht hätte berücksichtigen müssen, dass Transitkunden ein netznützlich Verhalten an den Tag legten, indem sie festgelegte Punkt-zu-Punkt-Verbindungen buchten, dadurch die Unterbrechungswahrscheinlichkeiten für das Netz insgesamt reduzierten, weshalb ein Entgelt sachgerechter wäre, das sich an den konkreten Kosten eines Punkt-zu-Punkt-Transports orientierte. Soweit sie damit geltend macht, der mögliche Höchststrabatt von 11 % fange diesen Vorteil nicht hinreichend auf, setzt sie ihre eigene Wertung an die Stelle derjenigen des Beschwerdegerichts. Dieser von der Rechtsbeschwerde als zu gering beanstandete Preiskorridor ergibt sich im Übrigen nicht aus der angegriffenen Festlegung, weil die Höhe des zulässigen Rabatts für uFZK-Produkte Gegenstand der Festlegung MARGIT ist. Soweit die Beschwerdeführerin meint, dieser Rabattkorridor sei zu gering, kann sie diese Frage auch in jenem Verfahren klären.

112 Selbst wenn bestimmte Gruppen von Nutzern dem unterbrechbaren Zugang zum VHP keinen entscheidenden Wert beimessen, steht ihnen diese Möglichkeit, wie das Beschwerdegericht zutreffend angenommen hat, gleichwohl objektiv zur Verfügung und kann daher bei der Wertbestimmung berücksichtigt werden. Zudem kommt es nach der nicht zu beanstandenden Auffassung des Beschwerdegerichts für die Bestimmung des Wertes eines Kapazitätsprodukts maßgeblich darauf an, mit welcher Sicherheit der gebuchte Transport durchgeführt werden kann. Diese Sicherheit ist für Kunden, die DZK-Produkte buchen (und damit auch für Kunden, für die der Zugang zum VHP keinen entscheidenden Wert hat), zweifellos größer als bei Kunden, die ein uFZK-Produkt buchen. Insofern ist es nicht zu beanstanden, dass der Preis eines DZK-Produkts - ungeachtet des nur nachrangig unterbrechbaren Zugangs zum VHP - jedenfalls nicht niedriger sein darf als der eines uFZK-Produkts. Damit knüpft die Bewertung auch an

ein Interesse der Nachfrager an; um einen sachfremden Bewertungsmaßstab handelt es sich dabei nicht. Soweit die Rechtsbeschwerde unter Bezugnahme auf eine Stellungnahme im Konsultationsverfahren zur Festlegung REGENT 2021 geltend macht, dass aufgrund physischer Engpässe der Zugang zum VHP allenfalls für einen geringen Teil der DZK gegeben sei, vermag sie damit nicht durchzudringen. Das Beschwerdegericht hat festgestellt, dass sich eine geringere Werthaltigkeit des DZK-Produkts gegenüber dem uFZK-Produkt wegen der vorrangigen Unterbrechung des uFZK-Produkts nicht begründen ließe und auch im Übrigen keine Anhaltspunkte für eine höhere Unterbrechungswahrscheinlichkeit bestünden. Die von der Rechtsbeschwerde in Bezug genommene pauschale Stellungnahme im Konsultationsverfahren lässt solche tatsächlichen Anhaltspunkte ebenfalls nicht erkennen.

113 C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 und 2, Alt. 1 EnWG, die Festsetzung des Gegenstandswerts auf § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG und § 3 ZPO. Es entspricht der Billigkeit, der Beschwerdeführerin auch die außergerichtlichen Kosten der im Tenor genannten weiteren Beteiligten aufzuerlegen, weil diese ein besonderes Interesse am Verfahrensausgang (vgl. BGH, Beschluss vom 14. März 1990 - KVR 4/88, WuW/E BGH 2627, 2643 - Sportübertragungen, insoweit nicht in BGHZ 110, 371 abgedruckt), das Verfahren wesentlich gefördert (BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2019 - EnVR 28/18, juris Rn. 2) und die obsiegende Bundesnetzagentur unterstützt haben. Das besondere Interesse am Verfahrensausgang ist bei den beteiligten Fernleitungsnetzbetreibern bereits deshalb gegeben, weil deren Interessen von der angegriffenen Festlegung gleichermaßen wie diejenigen der Betroffenen berührt werden. Ohne dass entschieden werden muss, ob eine Kostenerstattung - wie das Beschwerdegericht gemeint hat - nur bei einem Interessengegensatz zu gewähren ist, folgt dieser im Verhältnis bereits daraus, dass die im Tenor genannten weiteren Beteiligten die Rechtsposition der Bundesnetzagentur unterstützt haben und damit - anders als

die übrigen weiteren Beteiligten - für den Bestand der festgelegten Referenzpreismethode gestritten haben.

Kirchhoff

Roloff

Tolkmitt

Allgayer

Vogt-Beheim

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 16.09.2020 - VI-3 Kart 759/19 (V) -