



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 57/18

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

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

KONNI Gas 2.0

EnWG § 29 Abs. 2 Satz 1

Die Befugnis der Regulierungsbehörde, festgelegte Bedingungen und Methoden gemäß § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG nachträglich zu ändern, erstreckt sich auf sämtliche der Regulierungsbehörde nach § 29 Abs. 1 EnWG eröffnete Entscheidungen durch Festlegung.

GasNZV § 50 Abs. 1 Nr. 9

- a) Die Regulierungsbehörde ist bei Entscheidungen über die Bedingungen und Methoden für den Netzanschluss durch Festlegungen zum Bilanzierungssystem nicht darauf beschränkt, lediglich solche Festlegungen zu treffen, die von §§ 22 bis 26 GasNZV oder anderen Vorschriften ausdrücklich genannt werden.
- b) Die Festlegung eines Entgelts für die bilanzielle Konvertierung in der Konvertierungsrichtung H-Gas nach L-Gas stellt eine Festlegung zum Bilanzierungssystem dar.

GasNZV § 50 Abs. 1 Nr. 9

Der mit den Festlegungen zum Bilanzierungssystem nach §§ 22 bis 26 GasNZV betrauten Regulierungsbehörde steht bei der Auswahl der festzulegenden Bedingungen und Methoden ein Spielraum zu, der in einzelnen Aspekten einem Beurteilungsspielraum, in anderen Aspekten einem Regulierungsermessen gleichkommt.

ECLI:DE:BGH:2019:090419BENVR57.18.0

BGH, Beschluss vom 9. April 2019 - EnVR 57/18 - OLG Düsseldorf

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

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 25. April 2018 wird zurückgewiesen.

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

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 1.000.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

- 1 A. Die Beigeladene zu 5 (fortan: Beschwerdeführerin) ist ein kommunales Energieversorgungsunternehmen. Sie ist in ihrer Region größte Gaslieferantin und Grundversorgerin. Es handelt sich um ein Versorgungsgebiet mit L-Gas, das erst im Jahr 2028/2029 auf H-Gas umgestellt werden soll.

- 2 Die Bundesnetzagentur leitete am 19. Februar 2016 ein Verfahren zur Änderung der bestandskräftigen Festlegung zur Einführung eines Konvertierungssystems in qualitätsübergreifenden Gasmarktgebieten vom 27. März 2012 (BK7-11-002; fortan: KONNI Gas 1.0) ein. Die Einleitung des Abänderungsverfahrens gab die Bundesnetzagentur im Amtsblatt (Ausgabe 04/2016 vom 2. März 2016, S. 359) und auf ihrer Internetseite bekannt. Die Bundesnetzagentur lud die Beschwerdeführerin mit Beschluss vom 21. Mai 2016 zum Verwaltungsverfahren bei. Mit Beschluss vom 21. Dezember 2016 zur Anpassung der Festlegung zur Einführung eines Konvertierungssystems in qualitätsübergreifenden Gasmarktgebieten (BK7-16-050; Amtsblatt der Bundesnetzagentur 2017, S. 11; fortan: KONNI Gas 2.0) änderte die Bundesnetzagentur die Festlegung KONNI Gas 1.0. Der Beschluss vom 21. Dezember 2016 enthält einen teilweisen Widerruf der Festlegung KONNI Gas 1.0 sowie der mit KONNI Gas 1.0 festgelegten Bestimmungen des "Standardvertrag Konvertierung". Zudem verpflichtet die Festlegung KONNI Gas 2.0 die Betroffenen mit Wirkung zum 1. April 2017, in abgeschlossene oder neu abzuschließende Bilanzkreisverträge die mit KONNI Gas 2.0 im "Standardvertrag Konvertierung" neu festgelegten Regelungen aufzunehmen und diese unter Anwendung massengeschäftstauglicher Verfahren umzusetzen. Soweit die Festlegung KONNI Gas 1.0 widerrufen wurde, enthält die Festlegung KONNI Gas 2.0 geänderte und

ergänzte Bestimmungen. Die Festlegungen richten sich an die Marktgebietsverantwortlichen als Betroffene.

3 Die aufgrund von KONNI Gas 1.0 festgelegten Bestimmungen des "Standardvertrag Konvertierung" sahen ein Konvertierungsentgelt für die bilanzielle Konvertierung von einer in eine andere Gasqualität vor. Dieses Konvertierungsentgelt war gemäß § [5] des "Standardvertrag Konvertierung" in regelmäßigen Abständen abzusenken und sollte zum 1. Oktober 2016 vollständig entfallen. Die mit der Festlegung KONNI Gas 2.0 nunmehr festgelegten Regelungen des "Standardvertrag Konvertierung" sehen abweichend unter anderem vor, dass der Bilanzkreisverantwortliche bei einer bilanziellen Konvertierung von Gasmengen unterschiedlicher Gasqualität ein Konvertierungsentgelt für die Konvertierungsrichtung H- nach L-Gas zu entrichten hat. Dieses Konvertierungsentgelt für die Konvertierungsrichtung H- nach L-Gas hat der Marktgebietsverantwortliche vom Bilanzkreisverantwortlichen in ct pro kWh qualitätsübergreifend bilanzierte Gasmenge zu erheben. Für eine bilanzielle Konvertierung von L- nach H-Gas ist kein Konvertierungsentgelt zu entrichten. Die Obergrenze des Konvertierungsentgelts beträgt 0,045 ct pro kWh. § [5] des "Standardvertrag Konvertierung" ist ersatzlos gestrichen. Zusätzlich zum Konvertierungsentgelt kann der Marktgebietsverantwortliche vom Bilanzkreisverantwortlichen - wie bisher auch - eine Konvertierungsumlage in ct pro kWh auf alle täglich in einen Bilanzkreis eingebrachten physischen Einspeisemengen erheben.

4 Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihrer Beschwerde - soweit noch von Interesse - gegen die Festlegung eines dauerhaften Konvertierungsentgelts bei einer bilanziellen Konvertierung für die Konvertierungsrichtung H- nach L-Gas. Sie hält die Festlegung eines solchen Konvertierungsentgelts für rechtswidrig. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde zurückgewiesen.

5 Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beschwerdeführerin ihr Begehren weiter. Die Bundesnetzagentur tritt dem Rechtsmittel entgegen.

6 B. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

7 I. Das Beschwerdegericht hat ausgeführt, die Beschwerdeführerin sei beschwerdebefugt, insbesondere materiell beschwert. Die Festlegung betreffe die Beschwerdeführerin in ihren wirtschaftlichen Interessen unmittelbar und individuell. Sie habe gegebenenfalls ein Konvertierungsentgelt zu zahlen, das unmittelbar Einfluss auf die Beschaffungsart habe.

8 Die Beschwerde sei unbegründet, weil die Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0 formell und materiell rechtmäßig sei. Die Überprüfung der Rechtmäßigkeit sei von vornherein beschränkt, weil eine weitreichende Einschätzungsprärogative der Bundesnetzagentur bestehe. Diese habe den entscheidungserheblichen Sachverhalt zureichend ermittelt. Dies gelte sowohl für die gegenüber der Festlegung KONNI Gas 1.0 veränderten Rahmenbedingungen auf dem Gasmarkt als auch für die Gefährdung der Versorgungssicherheit.

9 Die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Teilwiderruf der Festlegung KONNI Gas 1.0 lägen vor. Zwar sei der Widerrufsvorbehalt in KONNI Gas 1.0 unwirksam, jedoch könne der Teilwiderruf auf § 29 Abs. 2 EnWG gestützt werden. Die zum Zeitpunkt der Festlegung KONNI Gas 1.0 getroffenen Annahmen bezüglich der Entwicklung des Konvertierungssystems für die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas seien aufgrund veränderter Rahmenbedingungen nicht eingetroffen. Die Produktion von L-Gas sei stärker zurückgegangen als angenommen. Die technischen Konvertierungsmöglichkeiten von H- zu

L-Gas hätten nicht in dem erwarteten Maß zugenommen. Bei der Beschleunigung der Marktraumumstellung bestünden Schwierigkeiten. Der Regelenergiebedarf an L-Gas sei damit erhöht und die Marktgebietsverantwortlichen könnten sich häufiger in der Lage des einzigen Ankäufers befinden. Die Gefahr missbräuchlicher Arbitragegeschäfte habe nicht abgenommen, weil die Regelenergiebeschaffung zunehmend über die Börse anstatt über die Regelenergieplattform erfolge. Es sei nicht ersichtlich, dass eine weitere Sachaufklärung dieser Annahmen möglich sei.

10 Es lägen auch die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 29 Abs. 1 EnWG in Verbindung mit § 50 Abs. 1 Nr. 9, 10 GasNZV für eine dauerhafte Beibehaltung eines Konvertierungsentgeltes für die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas vor. Die Festlegung diene der Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs. Eine bilanzielle Konvertierung werde nicht ausgeschlossen. Das Konvertierungsentgelt begründe lediglich einen negativen monetären Anreiz. Die Festlegung diene auch der Verwirklichung der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zwecke, indem sie den gegenüber der Festlegung KONNI Gas 1.0 veränderten Rahmenbedingungen Rechnung trage. Es handele sich beim Konvertierungsentgelt um eine Regelung des Bilanzierungssystems und gleichzeitig eine zu Entgelten und Gebühren für die Nutzung des Virtuellen Handelspunktes.

11 Die dauerhafte Festlegung eines Konvertierungsentgeltes verstoße nicht gegen sonstige energiewirtschaftsrechtliche Vorschriften. Zwar sehe § 21 Abs. 1 GasNZV eine Reduzierung der Marktgebiete vor. Doch seien im Rahmen des qualitätsübergreifenden Gashandels zwei energiewirtschaftliche Zielsetzungen zum Ausgleich zu bringen. Ein verhaltenssteuerndes Konvertierungsentgelt, das die Nutzung der bestehenden Konvertierungsmöglichkeiten

nicht ausschließen, verstoße daher nicht gegen das Gebot des Abbaus von Marktgrenzen.

12 Die Bundesnetzagentur habe ihr Ermessen fehlerfrei ausgeübt. Sie habe alle Belange in die Abwägung eingestellt, die nach Lage der Dinge in sie einzustellen gewesen seien. Es liege kein Abwägungsfehler vor. Das Konvertierungsentgelt von H- nach L-Gas verfüge sowohl kurz- als auch mittel- und langfristig über eine Lenkungswirkung, die geeignet sei, den nachteiligen Auswirkungen aus den festgestellten Veränderungen entgegenzuwirken. Ermessensfehlerfrei habe die Bundesnetzagentur angenommen, dass kein milderes Mittel zur Verfügung stehe. Es liege keine Rechtsbeeinträchtigung der Beschwerdeführerin vor, die zu dem mit der Maßnahme verfolgten Zweck außer Verhältnis stehe. Vertrauensschutzgesichtspunkte stünden dem Teilwiderruf der Festlegung KONNI Gas 1.0 nicht entgegen.

13 II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Rechtsbeschwerde stand.

14 1. Die Beschwerdeführerin ist beschwerdebefugt. Nach dem Wortlaut des § 75 Abs. 2 EnWG steht die Beschwerde den am Verfahren vor der Regulierungsbehörde Beteiligten zu. Die Vorschrift entspricht § 63 GWB; die zu § 63 GWB anerkannten Grundsätze gelten auch hier. Erforderlich ist daher neben der Rechtsstellung als Beteiligter eine materielle Beschwerde. Diese liegt vor, wenn der Betroffene durch die angefochtene Verfügung der Regulierungsbehörde in seinen wirtschaftlichen Interessen unmittelbar und individuell betroffen ist (BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2008 - EnVR 79/07, WuW/E DE-R 2512 Rn. 7 mwN; vom 11. November 2008 - EnVR 1/08, RdE 2009, 185 Rn. 14 - citiworks).

- 15 Die Beschwerdeführerin wird durch die Festlegung eines dauerhaften Konvertierungsentgelts in ihren wirtschaftlichen Interessen unmittelbar betroffen. Zwar verpflichtet der Bescheid unmittelbar die Marktgebietsverantwortlichen dazu, in abgeschlossene sowie neu abzuschließende Bilanzkreisverträge die in der Anlage "Standardvertrag Konvertierung" festgelegten Regelungen aufzunehmen. Diese Festlegung richtet sich nicht unmittelbar an die Beschwerdeführerin als Bilanzkreisverantwortliche. Jedoch haben die Marktgebietsverantwortlichen aufgrund dieser Verpflichtung ohne Spielraum und ohne eigenverantwortliche Umsetzungsschritte Bilanzkreisverträge mit den entsprechenden Bestimmungen über ein Konvertierungsentgelt zu versehen. Dementsprechend sind die Bilanzkreisverantwortlichen - wenn die Voraussetzungen erfüllt sind - verpflichtet, ein entsprechendes Konvertierungsentgelt zu zahlen. Zwar steht die Höhe des jeweiligen Konvertierungsentgelts mit der Festlegung KONNI Gas 2.0 nicht fest und ist es auch denkbar, dass ein Marktgebietsverantwortlicher kein Konvertierungsentgelt erhebt. Gleichwohl folgt daraus eine unmittelbare wirtschaftliche Betroffenheit der Bilanzkreisverantwortlichen, weil die Festlegung KONNI Gas 2.0 den Marktgebietsverantwortlichen eine ohne diese Festlegung nicht bestehende Möglichkeit einräumt, weiterhin ein Konvertierungsentgelt zu verlangen.
- 16 Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 5. Oktober 2010 (EnVR 51/09 - GABi Gas) steht dem nicht entgegen. Darin hat der Bundesgerichtshof nur die unmittelbare rechtliche Betroffenheit eines nicht zum Verwaltungsverfahren beigeladenen Unternehmens durch Festlegungen für Bilanzkreisverträge verneint, weil dafür nicht ausreicht, dass das Unternehmen aktueller und potenzieller Vertragspartner der Bilanzkreisnetzbetreiber (Marktgebietsverantwortlichen) ist. Dies schließt eine unmittelbare Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen nicht aus.

- 17 2. Die Bundesnetzagentur war berechtigt, die Festlegung KONNI Gas 1.0 zu ändern. Dies folgt aus § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG.
- 18 a) § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG berechtigt die Regulierungsbehörde, die nach § 29 Abs. 1 EnWG von ihr festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden nachträglich zu ändern, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass sie weiterhin den Voraussetzungen für eine Festlegung oder Genehmigung genügen. Auf dieser Grundlage konnte die Bundesnetzagentur die mit Beschluss vom 27. März 2012 erfolgte Festlegung eines Konvertierungssystems in qualitätsübergreifenden Gasmarktgebieten (KONNI Gas 1.0) ändern. Bei der Festlegung KONNI Gas 1.0 handelt es sich um eine Entscheidung über Bedingungen und Methoden für den Netzzugang im Sinne des § 29 Abs. 1 EnWG, welche die Bundesnetzagentur auf der Grundlage der § 50 Abs. 1 Nr. 5, 7, 9 und 10 GasNZV und damit einer in § 24 EnWG genannten Rechtsverordnung durch Festlegung erlassen hat.
- 19 § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG gestattet entgegen der Rechtsbeschwerde auch eine Änderung der Festlegung KONNI Gas 1.0. Bei § 29 Abs. 2 EnWG handelt es sich um eine allgemeine Bestimmung, die unter den dort genannten Voraussetzungen eine Änderung ermöglicht. Die Bestimmung enthält eine umfassende Änderungsbefugnis für sämtliche der Regulierungsbehörde nach § 29 Abs. 1 EnWG eröffneten Entscheidungen durch Festlegung. Entgegen der Rechtsbeschwerde kommt es nicht darauf an, dass § 29 Abs. 2 EnWG ursprünglich nur zur Umsetzung der nach den Art. 23 Abs. 4 Richtlinie 2003/54/EG und Art. 25 Abs. 4 Richtlinie 2003/55/EG vorgesehenen Änderungsbefugnisse der Regulierungsbehörde gedacht war (vgl. BT-Drucks. 15/3917 S. 62). Der Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich von § 29 Abs. 1 EnWG mit dem Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschrif-

ten vom 26. Juli 2011 (BGBl 2011 I, S. 1554) deutlich erweitert. In der Gesetzesbegründung hat er ausdrücklich ausgesprochen, dass das in § 29 EnWG geregelte Verfahren der Festlegung auf die erweiterten Befugnisse der Regulierungsbehörde Anwendung finden soll (vgl. BT-Drucks. 17/6072 S. 82). Dem liegt ein einheitliches Verständnis von Festlegungs- und Abänderungsverfahren zugrunde, so dass die Änderungsbefugnis nach § 29 Abs. 2 EnWG unter den darin festgelegten Voraussetzungen sämtliche nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten oder genehmigten Bedingungen oder Methoden erfasst (vgl. Britz/Herzmann in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., § 29 Rn. 17).

20 Die Bestimmung in § 29 Abs. 2 Satz 2 EnWG, wonach die §§ 48, 49 VwVfG unberührt bleiben, führt - anders als die Rechtsbeschwerde annimmt - nicht dazu, dass die Änderungsbefugnis nach § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG an zusätzliche Voraussetzungen geknüpft wird. § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG normiert vielmehr einen eigenständigen Tatbestand (BGH, Beschluss vom 12. Juli 2016 - EnVR 15/15, RdE 2016, 532 Rn. 24 ff - Unbefristete Genehmigung).

21 b) Die Voraussetzungen für eine Änderung der Festlegung nach § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG lagen nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts vor. Sinn und Zweck des § 29 Abs. 2 EnWG bestehen darin, der Regulierungsbehörde flexible Instrumente an die Hand zu geben, die notwendig sind, um die getroffenen Entscheidungen an veränderte tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse anzupassen und so die Effektivität der Regelung zu sichern (Kment/Wahlhäuser, EnWG, 2. Aufl., § 29 Rn. 35). Die Änderungsentscheidung darf gerade auch solche Fragen betreffen, die in der vorangegangenen Entscheidung eine Regelung gefunden haben (BGH, Beschluss vom 12. Juli 2016 - EnVR 15/15, RdE 2016, 532 Rn. 15 - Unbefristete Genehmigung). Eine solche Änderung ist auch dann zulässig, wenn die einschlägigen Rechtsvorschriften unverändert

geblieben sind, sich nach dem Erlass der betroffenen Regelung aber neue Erkenntnisse ergeben haben, die zu der Beurteilung führen, dass die bisherige Regelung den Anforderungen dieser Rechtsvorschriften nicht genügt (BGH, aaO Rn. 35 mwN). Hierzu genügt es, wenn die neue Einschätzung auf technischen, wirtschaftlichen oder sonstigen Gegebenheiten des Netzbetriebs beruht, die erst nachträglich zutage getreten sind und deshalb bei der ursprünglichen Entscheidung nicht berücksichtigt worden sind (BGH, aaO Rn. 37). Damit ermöglicht § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG, frühere Einschätzungen zu korrigieren, die sich im Lichte neuer Erkenntnisse als unzutreffend erweisen (BGH, aaO Rn. 40).

22 Rechtsfehlerfrei hat das Beschwerdegericht diese Voraussetzungen als erfüllt angesehen. Nach den von der Rechtsbeschwerde nicht in tauglicher Form angegriffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts haben sich die tatsächlichen Verhältnisse gegenüber der Festlegung KONNI Gas 1.0 insbesondere in fünf Punkten anders entwickelt als erwartet: Die L-Gas Produktion ist stärker zurückgegangen, die Marktraumumstellung kommt langsamer voran, die technischen Konvertierungsmöglichkeiten haben nicht so stark zugenommen, missbräuchliche Arbitragegeschäfte mit L-Gas sind in größerem Ausmaß vorgekommen und L-Gas wird in einem geringeren Umfang von Marktteilnehmern bereitgestellt, so dass es teilweise in erheblichem Maß vom Marktgebietsverantwortlichen beschafft werden muss. Diese Entwicklungen stellen gegenüber dem Kenntnisstand beim Erlass der Festlegung KONNI Gas 1.0 neue Erkenntnisse dar, aufgrund derer sich die früheren Einschätzungen über die zukünftige Entwicklung in wesentlichen Punkten als unzutreffend erweisen.

23 Ebenso rechtsfehlerfrei hat das Beschwerdegericht angenommen, dass ein Teilwiderruf zulässig ist. Die betroffenen Regelungen der Festlegung KONNI

Gas 1.0 sind teilbar; insbesondere besteht zwischen den - fortbestehenden - Regelungen über die Konvertierungsumlage und der bisherigen Regelung des Konvertierungsentgelts kein unauflöslicher Zusammenhang. Der Teilwiderruf lässt keine sachlich unvereinbaren Regelungen entstehen.

24 3. Ohne Rechtsfehler hat das Beschwerdegericht angenommen, dass eine Rechtsgrundlage für den Erlass einer Regelung mit einem dauerhaften Konvertierungsentgelt besteht und die Bundesnetzagentur mit der Festlegung, dass zukünftig ein Konvertierungsentgelt beibehalten wird, die Grenzen der bestehenden Regulierungsbefugnis nicht überschritten hat.

25 a) Eine Ermächtigungsgrundlage für die Einführung eines Konvertierungsentgelts für die bilanzielle Konvertierung in Richtung H-Gas nach L-Gas ergibt sich jedenfalls aus § 50 Abs. 1 Nr. 9 GasNZV. Nach § 29 Abs. 1 EnWG darf die Regulierungsbehörde im Wege der Festlegung unter anderem über die Bedingungen und Methoden für den Netzanschluss oder den Netzzugang nach den in § 24 EnWG genannten Rechtsverordnungen entscheiden. Zu diesen Verordnungen gehört die Gasnetzzugangsverordnung, die auf der Grundlage von § 24 EnWG insbesondere die Bedingungen für den Netzzugang näher regelt.

26 § 50 Abs. 1 Nr. 9 GasNZV ermöglicht der Bundesnetzagentur, nach § 29 Abs. 1 EnWG Entscheidungen über die Bedingungen und Methoden für den Netzanschluss durch Festlegungen zum Bilanzierungssystem nach §§ 22 bis 26 GasNZV zu treffen. Dass diese Festlegungen sich auch auf die vertraglichen Abreden im Rahmen eines Bilanzkreisvertrags erstrecken können, ergibt sich aus § 50 Abs. 1 Nr. 1 GasNZV.

27 b) Die Festlegung eines verpflichtend zu verwendenden "Standardvertrag Konvertierung", wonach für die Konvertierungsrichtung H- nach L-Gas ein Konvertierungsentgelt in ct pro kWh qualitätsübergreifend bilanzierte Gasmenge zu entrichten ist und die Obergrenze dieses Konvertierungsentgelts 0,045 ct pro kWh beträgt, stellt eine Festlegung zum Bilanzierungssystem sowie zu Entgelten und Gebühren für die Nutzung des Virtuellen Handlungspunktes dar. Es ist dabei ohne Belang, dass weder §§ 22 bis 26 GasNZV noch andere Vorschriften ausdrückliche Bestimmungen zu einem Konvertierungsentgelt enthalten. Insbesondere ist die Bundesnetzagentur bei Festlegungen zum Bilanzierungssystem und zu Entgelten und Gebühren für die Nutzung des Virtuellen Handlungspunktes inhaltlich nicht darauf beschränkt, lediglich solche Festlegungen zu treffen, die von §§ 22 bis 26 GasNZV oder anderen Vorschriften ausdrücklich genannt werden.

28 Vielmehr steht der Regulierungsbehörde ein weiter Spielraum zu, welche Festlegungen sie zum Bilanzierungssystem trifft. Erforderlich ist grundsätzlich nur ein ausreichender Bezug zum Bilanzierungssystem nach §§ 22 bis 26 GasNZV. Entsprechendes gilt für die Ermächtigung, Festlegungen zu Entgelten und Gebühren für die Nutzung des Virtuellen Handlungspunktes zu treffen. Denn die vom Verordnungsgeber geschaffene Ermächtigung für die Bundesnetzagentur, Festlegungen zum Bilanzierungssystem zu treffen, dient vor allem dazu, innerhalb der gesetzlichen Bestimmungen und im von der Gasnetzzugangsverordnung geschaffenen Rahmen die notwendigen Regelungen für ein funktionierendes Bilanzierungssystem ausgestalten zu können. § 50 GasNZV zielt gerade darauf, eine Überregulierung durch den Verordnungsgeber zu vermeiden, weil dies zu einem starren, inflexiblen System führen würde. Daher erhält die Regulierungsbehörde die Befugnis, weitere Festlegungen in einzelnen Regelungsbereichen zu treffen (BR-Drucks. 312/10 S. 103).

- 29 c) Der erforderliche Bezug des Konvertierungsentgelts zum Bilanzierungssystem liegt nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Beschwerdegerichts vor. Die Festlegung eines Konvertierungsentgelts betrifft die bilanzielle Konvertierung verschiedener Gasqualitäten innerhalb eines Bilanzkreises. Sie dient damit der Ausgestaltung insbesondere der sich aus §§ 22, 23 GasNZV ergebenden Regeln.
- 30 4. Der Teilwiderruf der Festlegung KONNI Gas 1.0 und die Festlegung KONNI Gas 2.0 sind ermessensfehlerfrei. Im Rahmen des § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG besteht ein Entschließungs- und ein Auswahlermessen (vgl. Kment/Wahlhäuser, EnWG, 2. Aufl., § 29 Rn. 42). Sowohl die Änderungsbefugnis nach § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG als auch die Entscheidungsbefugnis für Festlegungen aufgrund von § 50 Abs. 1 Nr. 9 GasNZV räumen der Regulierungsbehörde einen weiten Gestaltungsraum ein. Es besteht ein dementsprechender Entscheidungsspielraum für die zu treffenden Festlegungen.
- 31 a) Rechtsfehlerfrei hat das Beschwerdegericht angenommen, dass die Entscheidung zur Änderung der Festlegung KONNI Gas 1.0 ermessensfehlerfrei erfolgte.
- 32 aa) § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG soll sicherstellen, dass die festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden für den Netzanschluss oder den Netzzugang angemessen sind und nichtdiskriminierend angewendet werden (BT-Drucks. 15/3917 S. 62; vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juli 2016 - EnVR 15/15, RdE 2016, 532 Rn. 17 - Unbefristete Genehmigung). Die Beurteilung dieser Frage kann von zahlreichen Faktoren abhängen, die aufgrund der komplexen Strukturen des Netzbetriebs häufig schwer zu beurteilen sind und raschem zeitlichem Wandel unterliegen können. Angesichts dessen ist ein mög-

lichst flexibles Instrumentarium erforderlich, das es der Regulierungsbehörde ermöglicht, möglichst angemessen reagieren zu können (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juli 2016 - EnVR 15/15, RdE 2016, 532 Rn. 27 - Unbefristete Genehmigung). Die Ermessensausübung und -kontrolle hat sich an diesen Maßstäben auszurichten.

- 33 bb) Zu Recht hat das Beschwerdegericht angenommen, dass die Bundesnetzagentur das ihr in § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG eingeräumte Ermessen fehlerfrei ausgeübt hat. Die Bundesnetzagentur hat ihre Entscheidung maßgeblich darauf gestützt, dass die geänderten Verhältnisse eine Anpassung der bisherigen Festlegung KONNI Gas 1.0 erfordern. Diese Erwägungen stehen im Einklang mit dem Zweck der Ermächtigungsgrundlage und lassen auch im übrigen keinen Ermessensfehler erkennen. Soweit die Beschwerdeführerin unzureichende Ermittlungen beanstandet, übersieht sie, dass die Änderungsbefugnis bereits dann besteht, wenn die neue Einschätzung auf technischen, wirtschaftlichen oder sonstigen Gegebenheiten des Netzbetriebs beruht, die erst nachträglich zutage getreten sind und deshalb bei der ursprünglichen Entscheidung nicht berücksichtigt worden sind (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juli 2016 - EnVR 15/15, RdE 2016, 532 Rn. 37 - Unbefristete Genehmigung). Diese Voraussetzung ist erfüllt.

- 34 Ebensowenig liegt eine Verletzung des Rücksichtnahmegebots im Hinblick auf Investitionen der Beschwerdeführerin vor, soweit diese auf den Wegfall des Konvertierungsentgelts vertraut haben sollte. Allerdings muss den Erfordernissen des Vertrauensschutzes bei der Ausübung des der Regulierungsbehörde in § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG eingeräumten Ermessens sorgfältig Rechnung getragen werden (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juli 2016 - EnVR 15/15, RdE 2016, 532 Rn. 32 mwN - Unbefristete Genehmigung). Im Streitfall betrifft

die Festlegung KONNI Gas 2.0 Änderungen für die Zukunft. Gerade weil es an einer Befristung fehlte, musste die Beschwerdeführerin damit rechnen, dass die Festlegung KONNI Gas 1.0 bei einer Änderung von maßgeblichen Umständen mit Wirkung für die Zukunft geändert wird.

35 b) Ebenso hat das Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Entscheidung für ein dauerhaftes Konvertierungsentgelt in der Festlegung KONNI Gas 2.0 ermessensfehlerfrei erfolgte.

36 aa) Der mit den Festlegungen zum Bilanzierungssystem nach §§ 22 bis 26 GasNZV und zu Entgelten und Gebühren für die Nutzung des Virtuellen Handlungspunkts in Abweichung von § 22 Absatz 1 Satz 6 GasNZV betrauten Regulierungsbehörde steht bei der Auswahl der festzulegenden Bedingungen und Methoden ein Spielraum zu, der in einzelnen Aspekten einem Beurteilungsspielraum, in anderen Aspekten einem Regulierungsermessen gleichkommt. Die von der Regulierungsbehörde aufgrund von § 50 Abs. 1 Nr. 9 GasNZV zur Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs und der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zwecke unter Beachtung der Anforderungen eines sicheren Netzbetriebs nach § 29 Abs. 1 EnWG zu treffenden Festlegungen sind durch Gesetz und Verordnung nicht in jeder Einzelheit vorgegeben. Insoweit gilt nichts anderes, als was der Bundesgerichtshof etwa für den nach § 12 ARegV durchzuführenden Effizienzvergleich (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 10, 24 ff - Stadtwerke Konstanz) oder für die Ausgestaltung des nach §§ 19, 20 ARegV zu bestimmenden Qualitätselements wie auch den Beginn seiner Anwendung und das Verfahren (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juli 2014 - EnVR 59/12, RdE 2014, 495 Rn. 13 ff - Stromnetz Berlin GmbH) bereits entschieden hat. Auch bei der näheren Ausgestaltung

insbesondere des Bilanzierungssystems bleiben im Einzelnen notwendigerweise erhebliche Spielräume.

37 bb) Die Festlegung KONNI Gas 2.0 hält sich innerhalb der gesetzlichen Grenzen des eingeräumten Ermessens.

38 (1) Die das Auswahlermessen für die Festlegungen leitenden Gesichtspunkte ergeben sich aus § 50 Abs. 1 GasNZV. Danach hat die Regulierungsbehörde zunächst einen effizienten Netzzugang zu verwirklichen. Die Festlegungen haben zugleich für eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Gas zu sorgen (vgl. § 1 Abs. 1 EnWG). Dabei hat die Regulierungsbehörde weiter die Anforderungen eines sicheren Netzbetriebs zu beachten. Die Festlegungen der Regulierungsbehörde gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 9 GasNZV zum Bilanzierungssystem bezwecken zudem, berechnete Bedürfnisse des Marktes angemessen zu berücksichtigen.

39 (2) Zur Verwirklichung dieser Ziele hat die Bundesnetzagentur eine Abwägungsentscheidung zu treffen. Das Beschwerdegericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Bundesnetzagentur mit der Festlegung eines in der absoluten Höhe begrenzten Konvertierungsentgeltes für die bilanzielle Konvertierung in der Konvertierungsrichtung H-Gas nach L-Gas das ihr zustehende Entschließungs- und Auswahlermessen im Rahmen dieser Zielsetzungen fehlerfrei ausgeübt hat. Die von der Rechtsbeschwerde erhobenen Einwände greifen nicht durch. Sie setzt an die Stelle des Gestaltungsspielraums der Bundesnetzagentur im Rahmen der Festlegungen zum Bilanzierungssystem nach §§ 22 bis 26 GasNZV nur ihre eigene Abwägung.

40 (a) Die Bundesnetzagentur reagiert mit der Festlegung KONNI Gas 2.0 auf die von der bei der Festlegung KONNI Gas 1.0 erwarteten Entwicklung in fünf Punkten abweichende tatsächliche Entwicklung. Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts ergeben sich daraus strukturelle Unterschiede zwischen dem H-Gas und dem L-Gasmarkt. Der weite Gestaltungsspielraum gestattet es, auf diese strukturellen Unterschiede zu reagieren. Dabei hat die Bundesnetzagentur bei den Festlegungen die von den einschlägigen Rechtsverordnungen, insbesondere der GasNZV, und dem Gesetz gezogenen Grenzen beachtet. Die Festlegung eines der Höhe nach oben begrenzten Konvertierungsentgelts widerspricht keinen energiewirtschaftlichen Vorschriften. Zutreffend hat das Beschwerdegericht angenommen, dass die von § 21 GasNZV vorgesehene Reduzierung der Anzahl der Marktgebiete und der angestrebte schrankenlose qualitätsübergreifende Gashandel nur im Rahmen der übrigen energiewirtschaftlichen Ziele zu berücksichtigen ist und daher der Einführung eines Konvertierungsentgelts nicht entgegenstehen. Gleiches gilt für das von § 20 Abs. 1b Satz 7 EnWG genannte Ziel, die Zahl der Netze oder Teilnetze sowie der Bilanzzonen möglichst gering zu halten.

41 Auch aus den übrigen von der Rechtsbeschwerde genannten Vorschriften lässt sich nicht entnehmen, dass ein Entgelt für die bilanzielle Konvertierung ausgeschlossen wäre. § 19a EnWG bezieht sich nur auf die Kosten der notwendigen technischen Anpassungen bei einer dauerhaften Umstellung von L-Gas auf H-Gas, nicht auf die bilanzielle Konvertierung. Weder § 8 Abs. 1 Satz 2 GasNZV noch die Grundsätze zur Bilanzierung nach § 22 GasNZV stehen einem Konvertierungsentgelt entgegen und hindern nicht, im Rahmen des Bilanzierungssystems unterschiedliche Gasqualitäten zu berücksichtigen. Sie zeigen im Gegenteil, dass auch der Bilanzkreisverantwortliche gegen Abweichungen hinsichtlich der eingespeisten Gasqualitäten vorzusorgen hat. Ein

Konvertierungsentgelt begründet nicht faktisch zwei nach Gasqualitäten getrennte Bilanzkreise. Zu Recht hat das Beschwerdegericht angenommen, dass die Festlegungen zum Bilanzierungssystem sich auch auf die qualitätsbezogene Bilanzierung beziehen. Das Konvertierungsentgelt stellt das Modell einheitlicher Bilanzkreise nicht in Frage, sondern ergänzt es um einen gesonderten Qualitätsabgleich.

42

(b) Schließlich gibt es keinen Grundsatz, dass die bei einer einheitlichen Bilanzierung entstehenden Kosten der tatsächlich notwendigen Beschaffung von Gas einer bestimmten Qualität ausschließlich über die Beschaffung von Regelenergie abzurechnen sind. Ebenso wenig ist der Gestaltungsspielraum darauf beschränkt, diese Kosten ausschließlich über die Konvertierungsumlage zu finanzieren. Das Gesetz betont stets das Ziel einer möglichst preisgünstigen Energieversorgung (§ 1 Abs. 1 EnWG), so auch bei der Verpflichtung zur Beschaffung von Regelenergie (vgl. § 22 Abs. 1 Satz 2 EnWG). Mit der von § 23 Abs. 3 Satz 1 GasNZV eröffneten Möglichkeit, bei der Ermittlung der Entgelte angemessene Zu- und Abschläge auf diese Entgelte zu erheben, wenn und soweit dies erforderlich und angemessen ist, um die Netzstabilität zu sichern oder eine missbräuchliche Ausnutzung des Bilanzierungssystems zu vermeiden, zielt der Verordnungsgeber darauf, den Bilanzkreisverantwortlichen ausreichende Anreize zu geben, ihren Bilanzkreis in einem ausgeglichenen Zustand zu halten (BR-Drucks. 312/10 S. 85). Um dies zu gewährleisten, hat der Verordnungsgeber der Regulierungsbehörde in § 50 GasNZV die Befugnis verschafft, die Methoden der Bildung der Entgelte für Bilanzungleichgewichte festzulegen (vgl. BR-Drucks. aaO). Ziel des Verordnungsgebers ist es insbesondere, die letztlich von allen Gasverbrauchern zu tragenden Kosten für Regelenergie im Gasbereich zu verringern (vgl. BR-Drucks. 312/10 S. 88). Hierzu trägt das Konvertierungsentgelt bei, das einen Kostenanreiz für eine Beschaffung

des benötigten L-Gases außerhalb der Beschaffung von Regelenergie darstellt. § 29 Satz 1 GasNZV bestimmt nur, dass die Kosten für die Beschaffung und den Einsatz von Regelenergie vorrangig aus den Erlösen des Marktgebietsverantwortlichen aus der Bilanzierung zu decken ist. Ein Entgelt für die bilanzielle Konvertierung wird hierdurch nicht ausgeschlossen, zumal dieses ebenfalls zu Einkünften des Marktgebietsverantwortlichen aus der Bilanzierung führt.

43

(c) Das Konvertierungsentgelt steht mit berechtigten Bedürfnissen des Marktes im Einklang (§ 50 Abs. 1 Nr. 9 GasNZV) und dient dazu, eine sichere und effiziente Gasversorgung zu verwirklichen. Der Gasmarkt stellt keinen vollkommenen Markt dar, weil H-Gas und L-Gas Qualitätsunterschiede aufweisen. Es fehlt somit an homogenen Gütern. Angesichts der vom Beschwerdegericht festgestellten und von der Erwartung bei der Festlegung KONNI Gas 1.0 abweichenden tatsächlichen Entwicklungen in Bezug auf L-Gas konnte die Bundesnetzagentur rechtsfehlerfrei zur Einschätzung gelangen, dass zusätzliche Anreize für die tatsächliche Beschaffung von L-Gas die aufgrund der tatsächlichen Entwicklungen befürchteten nachteiligen Auswirkungen auf den Gasmarkt abfedern können. Das Konvertierungsentgelt trägt diesen Umständen Rechnung. Die bei der Versorgung mit und der Beschaffung von L-Gas eingetretenen Entwicklungen berechtigten die Bundesnetzagentur im Rahmen ihres Gestaltungsspielraums, für die bilanzielle Konvertierung von H-Gas nach L-Gas ein zusätzliches Entgelt als grundsätzlich marktconforme Anordnung einzuführen. Insbesondere besteht die Gefahr, dass aufgrund der qualitätsübergreifend möglichen Bilanzierung zwischen H-Gas und L-Gas der Marktgebietsverantwortliche in die Rolle desjenigen gerät, der zum Ausgleich von Schwankungen der Netzlast als einziger tatsächlich L-Gas zwingend erwerben und somit auch überhöhte Preise zahlen muss. Damit stellt das Konvertierungsentgelt eine im Interesse eines funktionierenden Gasmarktes mögliche Festlegung dar.

44

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 und 2 EnWG; eine weitergehende Kostenerstattung erschien nicht angemessen. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG und § 3 ZPO.

Limperg

Kirchhoff

Bacher

Sunder

Schoppmeyer

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 25.04.2018 - VI-3 Kart 21/17 [V] -