



Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

...

hat der 5. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht v. R. und die Richterinnen am Oberlandesgericht K. und Dr. B.

im schriftlichen Verfahren mit einer Erklärungsfrist bis zum 24.04.2020

b e s c h l o s s e n :

Die Beschwerde der Betroffenen vom 11.07.2019 gegen die Festlegung der Landesregulierungsbehörde vom 4.06.2019 - VI B 6-83.26.02 - wird zurückgewiesen.

Die Betroffene hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens und die außergerichtlich entstandenen notwendigen Auslagen der Landesregulierungsbehörde und der beteiligten Bundesnetzagentur zu tragen.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 320.000 € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Betroffene betreibt ein regionales Strom- und Gasverteilernetz, an welches das ebenfalls von ihr betriebene Blockheizkraftwerk „Technologiezentrum“ angeschlossen ist. Zudem vertreibt sie Trinkwasser, Strom, Fernwärme und Erdgas zur Belieferung von Letztverbrauchern. Sie ist gesetzlich nicht verpflichtet, den Netzbetrieb in eine Tochtergesellschaft auszulagern.

Das Blockheizkraftwerk war seit seiner Inbetriebnahme im Jahr 1994 zunächst von der Fernwärme I. GmbH und nach deren vollständiger Übernahme und Umfirmierung im Mai 2006 von der ehemaligen F. – Wärme vor Ort GmbH (nachfolgend „F. Wärme“) betrieben worden. Zwischen der Betroffenen und der F. Wärme bestand ein Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag, mit dem die F. Wärme die Leitung ihrer Gesellschaft der Betroffenen – als herrschendem Unternehmen - unterstellt und sich verpflichtet hatte, deren Weisungen zu folgen. Darüber hinaus war sie verpflichtet, ihren gesamten Gewinn an die Betroffene abzuführen, die auf der Grundlage eines Betriebsführungsvertrages ihren Betrieb führte und ihr - seit dem Jahr 2009 - für die Versorgung des Blockheizkraftwerks mit Erdgas ein gesondertes Netzentgelt gewährte. Durch dieses sollte – gemäß den Vorgaben in § 20 Abs. 2 Satz 1 GasNEV - ein Direktleitungsbau an das vorgelagerte Gasfernleitungsnetz vermieden werden.

Mit Wirkung zum 1.10.2017 wurde die F. Wärme aufgrund Verschmelzungsvertrages vom 9.11.2017 auf die Betroffene – als übernehmendem Rechtsträger – unter Auflösung ohne Abwicklung verschmolzen (Verschmelzung durch Aufnahme). Da die Betroffene ihre alleinige Gesellschafterin war, wurde eine Gegenleistung für die Vermögensübertragung nicht gewährt (§ 54 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UmwG). Die jeweiligen Gesellschafterversammlungen stimmten der Verschmelzung zu, die am 28.12.2017 in das Handelsregister eingetragen wurde.

Mit Rundmail vom 18.01.2019 forderte die Landesregulierungsbehörde alle ihrer Zuständigkeit unterliegenden Gasverteilernetzbetreiber auf, ihr bis zum 15.02.2019 alle gewährten Sondernetzentgelte mitzuteilen, da sie – in Umsetzung von Ziff. 2.5 des von der Bundesnetzagentur veröffentlichten Leitfadens zur Ermittlung von Sonderentgelten nach § 20 Abs. 2 GasNEV (Stand: Juni 2012) - beabsichtigte, diese hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen und der Kalkulationsgrundlagen zu überprüfen.

Dabei wies sie auch auf den am 18.07.2017 – und damit vor Abschluss des Verschmelzungsvertrags vom 9.11.2017 – ergangenen Beschluss des Bundesgerichtshofs hin, mit dem dieser – die Entscheidung des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 29.06.2016 (VI-3 Kart 95/15 (V), RdE 2017, 19) bestätigend - entschieden hatte, dass die Vereinbarung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV zwei übereinstimmende Willenserklärungen verschiedener Rechtssubjekte voraussetzt und gesonderte Netzentgelte zwischen zwei Sparten eines integrierten Versorgungsunternehmens im Wege eines In-Sich-Geschäfts ausgeschlossen sind (BGH Kartellsenat, Beschluss v. 18.07.2017 – EnVR 35/16 Rn. 10, RdE 2017, 541 „Individuelles Netzentgelt III“). Da die Entscheidung auf die Einräumung gesonderter Netzentgelte nach § 20 Abs. 2 GasNEV übertragbar sei, seien eingeräumte gesonderte Gasnetzentgelte, an denen ausschließlich gleiche Rechtssubjekte beteiligt sind, nicht mehr zulässig und vorhandene Vereinbarungen dieser Konstellation nach Ablauf des Jahres 2018 nicht mehr anzuwenden.

Die Betroffene teilte der Landesregulierungsbehörde mit Email vom 15.02.2019 mit, dass die F. Wärme mittlerweile auf sie verschmolzen sei. Da die Wärmeversorgung bei ihr jedoch nach der Verschmelzung „in einer eigenen Sparte“ geführt werde, beabsichtige sie, an der bisherigen Berechnung des gesonderten Netzentgelts festzuhalten. Die jährlichen Aufwendungen für eine Direktleitung seien noch immer deutlich geringer als die Aufwendungen für das theoretisch zu zahlende Netzentgelt nach den veröffentlichten Preisblättern.

Dem trat die Landesregulierungsbehörde entgegen. Eine „Spartenbetrachtung“ sei nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs unzulässig, weshalb die Betroffene auf die Einräumung des gesonderten Netzentgelts mit Ablauf des Jahres 2018 zu verzichten und gegebenenfalls eventuell bestehende Veröffentlichungen entsprechend anzupassen habe. Die Betroffene hielt an ihrer Auffassung fest. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs sei auf den Regelungsbereich der GasNEV nicht anwendbar, da diese „einen anderen philosophischen Ansatz“ als die Regelungen der StromNEV verfolge und sich im Wortlaut von diesen unterscheide. Da die Vereinbarung in der Vergangenheit zwischen zwei Rechtssubjekten geschlossen und eine entsprechende Kalkulation durchgeführt worden sei, bestehe auch keine Gefahr, dass Eigeninteressen verfolgt würden.

Die Landesregulierungsbehörde hat der Betroffenen unter Übermittlung eines Festlegungsentwurfs Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, wovon diese keinen Gebrauch gemacht hat.

Mit der angegriffenen Festlegung vom 4.06.2019 hat die Landesregulierungsbehörde der Betroffenen untersagt, ab dem 1.01.2019 gegenüber ihrer eigenen Sparte „Wärme-Versorgung“ ein gesondertes Netzentgelt nach § 20 Abs. 2 GasNEV zur Anwendung zu bringen. Zur Begründung hat sie u.a. ausgeführt, die Berechnung eines gesonderten Netzentgelts nach § 20 Abs. 2 GasNEV setze – wie das individuelle Netzentgelt nach § 19 Abs. 2 StromNEV – voraus, dass es einem Rechtssubjekt eingeräumt werde, das von dem Betreiber des Verteilernetzes personenverschieden sei. Gesonderte Netzentgelte zwischen zwei Sparten eines integrierten Versorgungsunternehmens im Wege eines In-Sich-Geschäfts seien nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 18.07.2017 (aaO) ausgeschlossen, die darin enthaltenen Erwägungen auf den Gassektor übertragbar. So beruhten trotz unterschiedlichen Wortlauts der Verordnungen auch im Gasbereich Sondernetzentgelte auf einer – nicht notwendigerweise schriftlichen – Vereinbarung zwischen Netzbetreiber und Letztverbraucher, von dem die Initiative für ein Sondernetzentgelt ausgehen müsse, auf die hin der Netzbetreiber dieses anbieten könne. Ebenso vergleichbar sei die Interessenlage. Könne ein Sondernetzentgelt „mit sich selbst“ vereinbart werden, bestehe die Gefahr, dass ausschließlich eigene Interessen verfolgt würden. Unabhängig davon sei eine entsprechende Vereinbarung zwischen der Betroffenen und der ehemaligen F. Wärme geschlossen worden, die durch die Verschmelzung zum 1.10.2017 in einer juristischen Person zusammengefallen seien. Die Festlegung sei geeignet, erforderlich und verhältnismäßig, insbesondere habe sie die – rechtlich beratene – Betroffene nicht überraschen können, da die o.g. Entscheidung des Bundesgerichtshofs vor der Verschmelzung ergangen sei.

Gegen diese, ihr am 11.06.2019 zugestellte Festlegung wendet sich die Betroffene mit ihrer am 11.07.2019 eingelegten Beschwerde, mit der sie weiter geltend macht, für die Einräumung eines gesonderten Netzentgelts nach § 20 Abs. 2 GasNEV sei – anders als im Strombereich – keine Vereinbarung zwischen zwei verschiedenen Rechtssubjekten erforderlich. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 18.07.2017 (aaO)

sei auf die Einräumung eines gesonderten Netzentgelts nach § 20 Abs. 2 GasNEV nicht übertragbar.

Bereits der Wortlaut der Regelungen unterscheide sich in erheblicher Weise. Während § 19 Abs. 2 StromNEV das Angebot eines individuellen Netzentgelts durch den Netzbetreiber an den Letztverbraucher explizit vorsehe, besage § 20 Abs. 2 GasNEV lediglich, dass der Gasverteilernetzbetreiber ein gesondertes Netzentgelt „berechnen“ könne. Daraus folge, dass im Gasbereich eine einseitige Entscheidung, die im Ermessen des Netzbetreibers liege, ausreiche. Dafür spreche auch, dass gesonderte Netzentgelte der Regulierungsbehörde lediglich anzuzeigen und nach § 27 Abs. 1 GasNEV zu veröffentlichen seien.

Die Intention für die Einräumung des gesonderten Netzentgelts im Gassektor sei mit der im Stromsektor nicht vergleichbar. Anders als im Strombereich werde mit dem gesonderten Netzentgelt im Gassektor ein Ausgleich etwaiger widerstreitender Interessen von Netzbetreibern und Kunden nicht bezweckt; es sollten ausschließlich überflüssige Leitungsinfrastrukturen durch einen Direktleitungsbau vermieden werden, da diese zusätzliche Kosten verursachten, ohne einen Zuwachs an Kapazität zu bewirken.

Auch die Systematik spreche gegen das Erfordernis von zwei übereinstimmenden Willenserklärungen verschiedener Rechtssubjekte. Der „Gesetzgeber“ habe mit der Bestimmung des § 20 Abs. 2 GasNEV den Besonderheiten der Gasversorgung Rechnung tragen und der Errichtung von Direktleitungen von oder für Gaskunden entgegengetreten wollen, da ausreichende Netzkapazitäten vorhanden und eine Erweiterung des Netzes volkswirtschaftlich schädlich gewesen sei. Vor diesem Hintergrund könne es nicht von Bedeutung sein, ob an der Netzentgelt-Vereinbarung zwei Rechtssubjekte beteiligt seien oder es sich lediglich um unterschiedliche Sparten eines Unternehmens handele. Das volkswirtschaftliche Problem bestehe in beiden Konstellationen darin, dass weitere Netzkapazitäten zu insgesamt höheren Kosten führen würden, die dann zum Teil auf die anderen Netznutzer abgewälzt würden, aber nicht zu einer höheren Leistung führten. Der „Gesetzgeber“ habe deshalb das Sondernetzentgelt als Alternative zu dem Direktleitungsbau ermöglicht, so dass der potentielle Direktleitungsbauer

nur in etwa so viel an Entgelt zu entrichten habe, wie er für eine eigene Leitung aufbringen müsste und das von den anderen Netznutzern zu deckende Kostenvolumen zumindest geschmälert werde. Eigeninteressen würden dadurch nicht begünstigt, da der Mechanismus für die Ermittlung des Sondernetzentgelts gleichermaßen auf den Kosten des alternativen Direktleitungsbaus basiere. Ein Ermessensspielraum bestehe insoweit nicht.

Ihre Wärmesparte stehe im Wettbewerb zu anderen Energieträgern und sei darauf angewiesen, ihre Kosten zu minimieren. Daher müsse sie den Direktleitungsbau durchführen, wenn sie nicht in den Genuss eines Sondernetzentgelts komme. Die Festlegung der Landesregulierungsbehörde treibe sie - im Widerspruch zu der gesetzgeberischen Intention - in den Direktleitungsbau. Für die verbleibenden Netzkunden im Gasnetz führe dies zu einer Erhöhung der spezifischen Netzkosten, da der Deckungsbetrag, den ihre Wärmesparte ansonsten leisten würde, zukünftig fehlen würde.

Daran ändere sich auch nichts dadurch, dass sie die Wärmeversorgung in eine eigene Tochtergesellschaft auslagern könne. Der Gesetzgeber sehe eine Differenzierung zwischen beiden Konstellationen nicht vor, diese sei willkürlich und mit zusätzlichen Kosten verbunden. Der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 18.07.2017 (aaO) führe dazu, dass ein Netzbetreiber seiner eigenen Sparte nur ungünstigere Bedingungen zugestehen dürfe als fremden Dritten. Darin liege eine Diskriminierung, die vom Gesetzgeber nicht gewollt sei.

Die sonstigen Voraussetzungen für die Einräumung eines gesonderten Netzentgelts lägen vor. Das üblicherweise zu zahlende Netzentgelt sei deutlich höher als die Kosten eines Direktleitungsbaus. Daran habe sich - abgesehen von der Verschmelzung der F. Wärme auf die Betroffene - nichts geändert.

Die Betroffene beantragt,

die Festlegung der Landesregulierungsbehörde vom 4.06.2019 - VI B 6-83.26.02 - aufzuheben.

Die Landesregulierungsbehörde bittet um Zurückweisung der Beschwerde.

Sie meint, die Untersagung des Sondernetzentgelts sei rechtmäßig, da es an der dafür erforderlichen Vereinbarung zweier verschiedener Rechtssubjekte fehle. Mit ihrer Festlegung knüpfe sie – die Landesregulierungsbehörde - lediglich zwangsläufige Rechtsfolgen an den Verschmelzungsvorgang vom 1.10.2017, für den sich die Betroffene - nach dem o.g. Beschluss des Bundesgerichtshofs - entschieden habe. An ihrer unternehmerischen Entscheidung müsse sie sich festhalten lassen.

Die beteiligte Bundesnetzagentur beantragt ebenfalls,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Auch sie meint, für die Einräumung des Sonderentgelts sei nach der Verschmelzung der F. Wärme auf die Betroffene kein Raum.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen und den Verwaltungsvorgang Bezug genommen.

II.

Über die Beschwerde kann der Senat gemäß § 81 Abs. 1 Hs. 2 EnWG ohne mündliche Verhandlung entscheiden, nachdem sich sämtliche Beteiligten mit dieser Verfahrensweise einverstanden erklärt haben.

In der Sache bleibt die zulässige – insbesondere form- und fristgerecht eingelegte – Beschwerde ohne Erfolg. Die Landesregulierungsbehörde hat der Betroffenen zu Recht untersagt, ab dem 1.01.2019 gegenüber ihrer eigenen Sparte „Wärme-Versorgung“ ein gesondertes Netzentgelt nach § 20 Abs. 2 GasNEV zur Anwendung zu bringen.

Die Berechnung eines gesonderten Netzentgelts nach § 20 Abs. 2 GasNEV setzt – wie die Einräumung eines individuellen Netzentgelts nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV – übereinstimmende Willenserklärungen verschiedener Rechtssubjekte voraus (vgl. BGH, Beschluss v. 18.07.2017 - EnVR 35/16 Rn. 10, RdE 2017, 541 ff. „Individuelles Netzentgelt III“). Für eine Netzentgeltreduktion im Wege eines In-Sich-Geschäfts gegenüber der bei der Betroffenen gebildeten Wärmesparte ist danach kein

Raum. Weder Wortlaut, Systematik noch Sinn und Zweck der hier betroffenen Vorschriften der Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (Gasnetzentgeltverordnung – GasNEV) gebieten eine abweichende Auslegung.

1. Entgegen der Einschätzung der Betroffenen lässt der Wortlaut des § 20 Abs. 2 GasNEV nicht allein darauf schließen, dass Gasverteilternetzbetreiber – anders als Netzbetreiber im Strombereich – bestimmten Netzkunden ein gesondertes Netzentgelt im Wege einer einseitigen, in ihrem Ermessen liegenden Entscheidung gewähren können. Nach dem Wortlaut der Vorschrift kann der Gasverteilternetzbetreiber ein gesondertes Netzentgelt „berechnen“. Damit kann indes ebenso allein die rechnerische Ermittlung des - kraft Vereinbarung reduzierten – gesonderten Netzentgelts gemeint sein. Für die letztere Auslegung spricht, dass nach der Konzeption des Energiewirtschaftsrechts im Grundsatz zwischen Netzbetreiber und Netznutzer ein privatrechtlicher Netznutzungsvertrag geschlossen wird, der auch die Höhe des Netzentgelts regelt und gemäß §§ 145 ff. BGB die übereinstimmenden Willenserklärungen von mindestens zwei Rechtssubjekten voraussetzt (vgl. BGH, Beschluss v. 18.07.2017 Rn. 11, 13, 18 aaO „Individuelles Netzentgelt III“; Urteil v. 15.12.2015 – EnZR 70/14 Rn. 16, RdE 2016, 134 ff. „Singular genutzte Betriebsmittel I“; Beschlüsse v. 9.10.2012 – EnVR 47/11 Rn. 8, RdE 2013, 169 ff. „Pumpspeicherkraftwerke II“ und EnVR 42/11 Rn. 11, RdE 2013, 171 f. „Pumpspeicherkraftwerke III“; v. 17.11.2009 – EnVR 15/09 Rn. 8, RdE 2010, 183 ff. „Individuelles Netzentgelt I“). Folglich ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch die in § 19 Abs. 3 StromNEV - wie in § 18 GasNEV betreffend die Entgeltbildung für örtliche Gasverteilternetze – verwendete Formulierung der gesonderten „Festlegung“ eines angemessenen Entgelts nicht im Sinne einer einseitigen Festlegungsbefugnis des Netzbetreibers zu verstehen. Vielmehr setzt auch diese eine Vereinbarung zwischen Netzbetreiber und Netznutzer – und damit eine Absprache zwischen zwei selbständigen Rechtssubjekten - voraus (vgl. BGH, Beschluss v. 15.12.2015 aaO „Singular genutzte Betriebsmittel I“).

Eine andere Interpretation lässt sich nicht mit den Anzeige- oder Veröffentlichungspflichten in §§ 20 Abs. 3, 27 Abs. 1 GasNEV begründen. Der Wortlaut der Vorschriften lässt schon im Ansatz keinen Rückschluss auf die Erfordernisse für die Einräumung gesonderter Netzentgelte nach § 20 Abs. 2 GasNEV zu, sondern setzt deren Zustandekommen voraus. Bei § 27 Abs. 1 GasNEV handelt es sich nach der Verordnungs-

begründung um eine reine Transparenzvorschrift (BR-Drs. 247/05, S. 38). Zudem besteht für Betreiber von Stromnetzen eine wortgleiche Regelung für individuelle Netzentgelte (§ 27 Abs. 1 StromNEV).

2. Auch nach der Systematik erfordert die Berechnung eines gesonderten Netzentgelts nach § 20 Abs. 2 GasNEV – wie die Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts nach § 19 Abs. 2 StromNEV – zwei übereinstimmende Willenserklärungen verschiedener Rechtssubjekte. Entgegen der Ansicht der Betroffenen sind die dafür angeführten Gründe im Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 18.07.2017 (Rn. 11 ff. aaO) auf das gesonderte Netzentgelt nach § 20 Abs. 2 GasNEV übertragbar.

Wie bereits ausgeführt wurde, gehen die allgemeinen Vorschriften über den Netzzugang (§ 20 EnWG) und die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang (§ 21 EnWG) im Grundsatz übereinstimmend von einem zwischen Netzbetreiber und Netznutzer geschlossenen privatrechtlichen Netznutzungsvertrag und damit einem Zwei-Personen-Verhältnis aus (vgl. BGH, Beschluss v. 18.07.2017 „Individuelles Netzentgelt III“; Urteil v. 15.12.2015 „Singular genutzte Betriebsmittel I“; Beschlüsse v. 9.10.2012 „Pumpspeicherkraftwerke II und III“; v. 17.11.2009 „Individuelles Netzentgelt I“, jeweils aaO). Dies gilt (gleichermaßen) für die die Einräumung gesonderter Netzentgelte betreffenden Regelungen der GasNEV, die wie die der Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzentgeltverordnung – StromNEV) auf der Grundlage der Ermächtigungsnorm des § 24 S. 2 Nr. 4 EnWG erlassen wurden. Die GasNEV regelt parallel zur StromNEV die Methode zur Ermittlung der Gasnetzentgelte; der Verordnungsgeber ist bei ihr grundsätzlich von der Übereinstimmung der Grundlagen im Bereich der Strom- und Gasversorgungsnetze ausgegangen (Missling in: Danner/Theobald, Energierecht, Stand 102. EL (August 2019) Energiepreisrecht B. B 3. Einführung Rn. 1-4). Daher ist nicht ersichtlich, weshalb für die Netzentgeltreduzierung nach § 20 Abs. 2 GasNEV etwas anderes gelten sollte als für die parallele Vorschrift in § 19 Abs. 2 StromNEV. Die Möglichkeit einer Netzentgeltreduktion ist in beiden Verordnungen – insbesondere vor dem Hintergrund der übereinstimmenden Intention, wirksamen und unverfälschten Wettbewerb zu ermöglichen (vgl. BR-Drs. 245/05 S. 1, 247/05 S. 1) - als eng auszulegender Ausnah-

metatbestand formuliert. Dafür, dass der Ordnungsgeber für die Netzentgeltreduktion im Gasbereich nach § 20 Abs. 2 GasNEV auf das Erfordernis einer Vereinbarung des Netzentgelts – anders als im Strombereich – verzichten wollte, fehlt jeder Anhalt.

Auch kann es nicht überzeugen, dass zwar – wie sich für den Bereich Gas insbesondere aus den §§ 20 Abs. 1b EnWG, §§ 2 ff. NDAV ergibt und die Betroffene nicht in Abrede stellt – im Grundsatz eine vertragliche Vereinbarung zwischen Netzbetreiber und Netznutzer bestehen soll, die u.a. die Höhe des Netzentgelts regelt, dessen *Reduzierung* jedoch im Bereich der Gasversorgungsnetze der einseitigen Entscheidungsbefugnis des Netzbetreibers unterliegen soll. Da die Netzentgeltreduzierung nach § 20 Abs. 2 GasNEV – im Gleichklang mit der parallelen Vorschrift in § 19 Abs. 2 StromNEV - auf den allgemeinen Vorschriften der §§ 20, 21 EnWG aufbaut, wäre es widersprüchlich, lediglich für die Einräumung eines gesonderten Netzentgelts nach § 20 Abs. 2 GasNEV zugunsten einzelner Netznutzer von der ansonsten vorausgesetzten Vereinbarung zwischen zwei verschiedenen Rechtssubjekten abzusehen. Ein sachlicher Grund für eine solche Abweichung ist auch unter Berücksichtigung des in § 21 Abs. 1 EnWG normierten Diskriminierungsverbots nicht ersichtlich, zumal die Netzentgeltreduktion zu Gunsten der Betroffenen durch die übrigen Netznutzer refinanziert werden müsste. Aufgrund dessen ist vielmehr davon auszugehen, dass der Ordnungsgeber auch für das gesonderte Netzentgelt nach § 20 Abs. 2 GasNEV – wie für die im Strombereich vorgesehenen Fallgestaltungen nach § 19 Abs. 2 und 3 StromNEV – die Vereinbarung des (reduzierten) Netzentgelts den Vertragsparteien überlassen und kein einseitiges Bestimmungsrecht des Netzbetreibers normieren wollte. Die Initiative für die Beantragung eines Sonderentgelts muss daher – auch im Gasbereich - von dem durch das Sonderentgelt begünstigten Petenten ausgehen, auf dessen Antrag hin der örtliche Verteilernetzbetreiber ausschließlich Sonderentgelte nach § 20 Abs. 2 GasNEV anbieten darf (vgl. Leitfaden der Regulierungsbehörden zur Ermittlung von Sonderentgelten nach § 20 Abs. 2 GasNEV, Stand Juni 2012, S. 5; ebenso BerlKommEnR/Fabritius, Bd. 3, 4. A., §§ 13-20b GasNEV Rn. 18). Daher setzt die Einräumung eines Sonderentgelts einen entsprechenden Antrag des Netznutzers voraus, erst dann kommt dem Betreiber des Verteilernetzes ein Ermessen („kann“) bei der Ausweisung des individuellen Netzentgelts zu (vgl. Leitfaden, Fabritius und i.E. übereinstimmend Missling, jeweils aaO).

3. Entgegen der Auffassung der Betroffenen sprechen für ihr Verständnis auch nicht etwa die Intention des Ordnungsgebers oder Sinn und Zweck der gesonderten Netzentgelte im Gasbereich.

Wie schon ausgeführt wurde, besteht das Ziel der Verordnung vor allem in der Ermöglichung wirksamen Wettbewerbs durch diskriminierungsfreien Netzzugang für Dritte im Gasmarkt (BR-Drs. 247/05 S. 1). Dabei ermöglicht § 20 Abs. 2 GasNEV den Betreibern von Verteilnetzen, im Einzelfall, sofern wettbewerblich erforderlich, gesonderte Netzentgelte zur Vermeidung eines Direktleitungsbaus auszuweisen (BR-Drs. 247/05 S. 36). Wie die Betroffene richtig sieht, führt das Abwandern eines Großverbrauchers aus dem Verteilnetz im Gasbereich dazu, dass die dort weitgehend unverändert bleibenden Netzkosten auf eine geringere Gasmenge und einen kleineren Nutzerkreis verteilt werden müssen, was das spezifische Netzentgelt ansteigen lässt. Daher werden durch den Bau von Direktleitungen zur höher gelagerten Netzebene auf der einen Seite zusätzliche Kosten generiert; auf der anderen Seite bleiben die Kosten des verbliebenen Netzes gleich und sind in der Folge von der verbleibenden Solidargemeinschaft der Netznutzer zu tragen, für die sich das zu zahlende Entgelt erhöht. Eine ohne Anpassung der übrigen Entgelte resultierende Kostenunterdeckung wird vermieden, indem die Mindereinnahmen bei der Entgeltermittlung der allgemeinen Netzentgelte berücksichtigt werden (Henn in: Holznagel/Schütz, ARegV, 2. A., § 17 Rn. 76; BerlKommEnR/Fabritius, aaO §§ 13-20b GasNEV Rn. 18; ähnlich auch Magna in: Strom- & Gasversorgung: Handbuch zur Ermittlung der Netzkosten und Netzwerte, Stand: 31.12.2019, Ziff. 9.3.2.2).

Danach kann die Auffassung der Betroffenen, die Regelung diene allein dem Zweck, überflüssige Leitungsinfrastrukturen bzw. aus diesen resultierende Kosten zu vermeiden und ein Ausgleich etwaiger widerstreitender Interessen von Netzbetreibern und Kunden werde nicht bezweckt, nicht überzeugen. Eine Netzentgeltreduktion – hier: zu Gunsten ihrer Wärmesparte und damit der Betroffenen selbst - müsste nach den obigen Maßgaben durch die übrigen Netznutzer refinanziert werden, während die Refinanzierung der durch das gesonderte Netzentgelt entgangenen Erlöse aus Sicht der Betroffenen gesichert bleibt. In Anbetracht dessen wird mit der angestrebten Vermeidung ineffizienter Doppelstrukturen im Gasbereich - neben dem Ziel, keinen Anreiz für

volkswirtschaftlich sinnlose Investitionen zu schaffen – auch ein Ausgleich der hinsichtlich der Höhe des Netzentgelts widerstreitenden Interessen von Netzbetreiber und Netznutzern bezweckt (vgl. Henn aaO § 17 Rn. 73). Insoweit weist die beteiligte Bundesnetzagentur zu Recht darauf hin, dass auch bei der Entgeltreduktion nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 13.12.2016 – EnVR 38/15 Rn. 17, RdE 2017, 185 ff. „Individuelles Netzentgelt II“) in vergleichbarer Weise nicht nur der Beitrag bestimmter Großverbraucher zur Netzstabilität, sondern auch zur Dämpfung der Netzkosten – und damit letztlich ebenfalls ein Ausgleich der hinsichtlich der Höhe des Netzentgelts widerstreitenden Interessen von Netzbetreiber und Netznutzern - bezweckt wird (allg. zur netzstabilisierenden Wirkung Magna aaO Ziff. 9.3.1.3).

4. Der Diskriminierungseinwand der Betroffenen geht fehl. Die von ihr selbst - nach dem Beschluss des Bundesgerichtshofs v. 18.07.2017 – beschlossene Umstrukturierungsmaßnahme gibt keinen Anlass, sie mit entflochtenen Betreibern von Blockheizkraftwerken gleich zu behandeln oder mit der Verschmelzung einhergehende negative wirtschaftliche Folgen im Wege der regulativen Ausgestaltung eines Privilegierungsstatbestands für Netzentgelte zu kompensieren (vgl. OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, Beschluss v. 29.06.2016 – VI-3 Kart 95/15 (V) Rn. 30, RdE 2017, 19, bestätigt durch BGH, Beschluss v. 18.07.2017 Rn. 14 ff. aaO). Dies gilt umso mehr, als die Entgeltreduktion durch die übrigen Netznutzer refinanziert werden müsste.

5. Mit ihrer ab dem Jahr 2019 wirkenden Festlegung hat die Landesregulierungsbehörde ihr Ermessen fehlerfrei ausgeübt, insbesondere hat sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt. Das von der Betroffenen gegenüber ihrer Wärmesparte angewendete Sondernetzentgelt erfüllt die Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 GasNEV nicht, so dass die Festlegung geeignet ist, das Verbot anderer als in der GasNEV geregelter Entgelte durchzusetzen. Die Festlegung war erforderlich, nachdem die Betroffene mit Email-Schreiben vom 15.02.2019 und 01.04.2019 explizit angekündigt hatte, das Sondernetzentgelt auch nach der Verschmelzung weiterhin anwenden zu wollen. Schließlich war die Festlegung auch angemessen. Wie bereits aufgezeigt, hat sich die Betroffene - rechtlich beraten - für die Verschmelzung entschieden, so dass eine besondere Schutzbedürftigkeit nicht ersichtlich ist.

6. In Anbetracht dessen kommt es auf die Darlegungen der Betroffenen zur Berechnung des gesonderten Netzentgelts und deren Grundlagen nicht weiter an.

Die mit der Beschwerde angegriffene Festlegung erweist sich somit als rechtmäßig.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG.

Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Da das ausgewiesene Sonderentgelt nach Ziff. 2.5 des Leitfadens zur Ermittlung von Sonderentgelten nach § 20 Abs. 2 GasNEV (Stand: Juni 2012) grundsätzlich fünf Jahre wirksam bzw. jeweils zum 1.01. einer neuen Regulierungsperiode zu rekalkulieren ist, bemisst der Senat das mit der Beschwerde gegen die Festlegung verbundene Interesse der Betroffenen mit dem 5-fachen Jahreswert der Differenz von regulärem und Sondernetzentgelt. Nach dieser Maßgabe war der Beschwerdewert entsprechend den Angaben der Verfahrensbeteiligten auf ... € (... € x 5) festzusetzen.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen die Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat und die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem

sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).

v. R.

K.

Dr. B.