



- Beschlusskammer 7 -

Beschluss

Az.: BK7-09-002

In dem Verwaltungsverfahren

wegen: Bilanzkreisvertrag

- 1) Industriepark Wolfgang GmbH, Rodenbacher Chaussee 4, 63457 Hanau, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Ritter Gent Collegen, Lüerstraße 3, 30175 Hannover –

- 2) NetConnect Germany GmbH & Co. KG, Kaiserswerther Straße 115, 40880 Ratingen, gesetzlich vertreten durch die NetConnect Germany Management GmbH, diese gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragsgegnerin,

hat die Beschlusskammer 7 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn, gesetzlich vertreten durch ihren Präsidenten Matthias Kurth,

durch den Vorsitzenden Dr. Frank-Peter Hansen,
ihren Beisitzer Christian Mielke
und ihren Beisitzer Dr. Chris Mögelin

am 04.05.2009 beschlossen:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

Gründe

I.

Das vorliegende Verwaltungsverfahren betrifft die Bedingungen des von der Antragsgegnerin angebotenen Bilanzkreisvertrages. Dieser ist erforderlich, um Gastransporte im Marktgebiet der Antragsgegnerin abzuwickeln.

Die Antragstellerin informierte sich zunächst über eine Konzernschwester über die Bilanzierungsbedingungen der E.ON Gastransport als Rechtsvorgängerin der Antragsgegnerin. Mit

Schreiben vom 03.02.2009 bat sie die Antragsgegnerin sodann um das Angebot eines Bilanzkreisvertrages, der anders als der im Internet veröffentlichte Muster-Bilanzkreisvertrag einen dem Wortlaut der §§ 26 ff. GasNZV entsprechenden kostenlosen Basisbilanzausgleich regelt. Der von der Antragsgegnerin angebotene Bilanzkreisvertrag enthält unter den §§ 6 ff. Regelungen zum Bilanzausgleich, die der Anlage 1 „Standardbilanzkreisvertrag Gas“ aus der „GABi Gas“-Festlegung der Beschlusskammer vom 28.05.2008 (Az.: BK7-08-002) entsprechen.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine Gesellschaft, die von den Fernleitungsnetzbetreibern E.ON Gastransport und bayernets im Zuge ihrer Marktgebietszusammenlegung zum 01.10.2008 gegründet wurde. Zweck der Gesellschaft ist die operative Abwicklung der Marktgebietskooperation in dem Marktgebiet NCG. Die Geschäftsfelder der Antragsgegnerin umfassen dabei neben dem Bilanzkreismanagement u.a. die Bereitstellung und den Betrieb eines virtuellen Handelspunktes sowie die Bereitstellung von Abrechnungs- und Regelenergie-daten.

Mit Schriftsatz vom 05.03.2009 hat die Antragstellerin beantragt, das Verhalten der Antragsgegnerin im Wege des besonderen Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG zu überprüfen. Der Schriftsatz ist ohne Anlagen vorab per Fax am 05.03.2009 eingegangen, die vollständige Fassung mit Anlagen am 06.03.2009.

Die Antragstellerin trägt vor:

Sie beabsichtige, einen eigenen Bilanzkreis zu betreiben. Die von ihr gerügten Regelungen des von der Antragsgegnerin angebotenen Bilanzkreisvertrages entsprächen zwar der Anlage 1 „Standardbilanzkreisvertrag Gas“ aus der Festlegung der Beschlusskammer vom 28.05.2008 (Az.: BK7-08-002). Da die Festlegung der Beschlusskammer jedoch gegen höherrangiges Recht verstoße, gelte dies auch für den der Antragsgegnerin angebotenen Bilanzkreisvertrag, der nicht den §§ 20, 23 EnWG i.V.m. §§ 3 Abs. 2, 5 Abs. 2 Nr. 11, 26 ff. GasNZV entspreche. Die Antragsgegnerin verhalte sich daher missbräuchlich i.S.v. § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EnWG. Der Antrag zielt auch darauf ab, die Antragsgegnerin zu einem Verhalten zu verpflichten, welches sich an der im Einklang mit den gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben abgeänderten Festlegung ausrichte. Ihrer Ansicht nach handele es sich bei der Antragsgegnerin auch um eine Netzbetreiberin in der Form einer Bilanzkreisnetzbetreiberin. Ggf. komme ihr als Betriebsführerin die Eigenschaft einer Netzbetreiberin zu. Durch eine bloße Ausgliederung einzelner Netzbetreiberfunktionen wie der Bilanzierung könne kein nach § 31 EnWG nicht überprüfbarer Raum geschaffen werden.

Die Antragstellerin beantragt,

die Antragsgegnerin durch behördliche Anordnung gemäß § 30 Abs. 2 S. 2 EnWG zu verpflichten, der Antragstellerin den Abschluss eines Bilanzkreisvertrages anzubieten, der mit den Bestimmungen der Abschnitte 2 und 3 des Teils 3 des EnWG und der auf Grundlage dieser Bestimmungen erlassenen Rechtsverordnungen vereinbar ist.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin trägt vor:

Der Antrag sei unzulässig. § 31 EnWG richte sich ausschließlich auf die Überprüfung des Verhaltens von Betreibern von Energieversorgungsnetzen, also Elektrizitäts- oder Gasversorgungsnetzen. Sie betreibe weder ein Energieversorgungsnetz noch sei sie Inhaberin einer Genehmigung nach § 4 EnWG. Unabhängig davon komme eine Überprüfung des Verhaltens nicht in Betracht, da es nicht von den nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten Bedingungen (§ 31 Abs. 1 S. 2 EnWG) abweiche. Wie die Antragstellerin selbst ausführe, entspreche das gerügte Verhalten gerade der Festlegung der Bundesnetzagentur vom 28.05.2008 (Az.: BK7-08-002).

Mit Schreiben vom 27.04.2009 hat die Beschlusskammer gemäß bzw. entsprechend § 58 Abs. 1 Satz 2 EnWG dem Bundeskartellamt sowie der zuständigen Landesregulierungsbehörde Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Entscheidungsentwurf gegeben. Stellungnahmen sind nicht eingegangen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Der Antrag war zurückzuweisen, da er unzulässig, jedenfalls aber unbegründet ist.

1. Formelle Rechtmäßigkeit der Entscheidung

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit der vorliegenden Entscheidung sind die gesetzlichen Verfahrensvorschriften gewahrt worden.

(1) Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die vorliegende auf § 31 EnWG beruhende Entscheidung ergibt sich aus § 54 Abs. 1 Hs. 1 EnWG, die der Beschlusskammer aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

(2) Gemäß bzw. entsprechend § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG haben sowohl das Bundeskartellamt als auch die zuständige Landesregulierungsbehörde rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten. Hinsichtlich der Landesregulierungsbehörde ist nach § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG auf diejenige Behörde abzustellen, in deren Bundesland der Sitz des betroffenen Netzbetreibers belegen ist. Dies ist vorliegend Nordrhein-Westfalen als Sitz der Antragsgegnerin.

Allerdings handelt es sich bei der Antragsgegnerin nicht um eine Netzbetreiberin, da sie keine Funktionsherrschaft oder vergleichbare Entscheidungsbefugnisse über ein – hier allein in

Betracht kommendes – Gasversorgungsnetz innehat. Sie ist weder für den technischen Betrieb der Netze ihrer Gesellschafter verantwortlich und entscheidungsbefugt noch für wesentliche, einen Netzbetreiber kennzeichnende Funktionen wie die Wartung oder den Ausbau des Netzes (vgl. § 3 Nr. 27 i.V.m. 3 Nr. 5 EnWG). Andererseits übernimmt sie mit der Bilanzierung im eigenen Namen eine Funktion für ihre Gesellschafter, die ansonsten gemeinschaftlich von den marktgebietsaufspannenden Netzbetreibern wahrzunehmen wäre. Der Antrag richtet sich auch allein gegen sie und nicht gegen die hinter ihr stehenden Netzbetreiber. Diese sind an dem Verfahren weder beteiligt noch notwendig zu beteiligen, da die Antragsgegnerin in eigenem Namen und nicht lediglich als Vertreterin handelt.

Zwar dürfte eine Beteiligung der Landesregulierungsbehörde nach § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG dann nicht erforderlich sein, wenn ein Antrag nach § 31 EnWG unzulässig ist, weil er sich offenkundig nicht gegen einen Netzbetreiber richtet. Im vorliegenden Fall erscheint jedoch zumindest eine Beteiligung entsprechend § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG geboten, da es an einer solchen Offenkundigkeit fehlt. So bezeichnet sich die Antragsgegnerin etwa selbst in dem von ihr angebotenen Vertrag als „Bilanzkreisnetzbetreiber“. Zudem erscheint eine analoge Anwendung von § 31 EnWG in Fällen wie dem vorliegenden, in dem ein Unternehmen wesentliche Teilfunktionen eines Netzbetreibers oder mehrerer Netzbetreibers in eigenem Namen übernimmt, zumindest nicht ausgeschlossen bzw. ggf. sogar erforderlich, damit das in § 31 EnWG eingeräumte Beschwerderecht durch die Ausgründung und Übertragung von Funktionen auf Gesellschaften, die selbst nicht Netzbetreiber sind, nicht umgangen oder in seinem Umfang maßgeblich geschmälert werden kann. Dies gebietet es vorliegend, die Landesregulierungsbehörde zu beteiligen und dabei auf den Sitz der Antragsgegnerin abzustellen.

(3) Der Beschluss ist auch innerhalb der Entscheidungsfrist des § 31 Abs. 3 S. 1 EnWG ergangen. Die Frist endete am 06.05.2009. Maßgeblich für die Fristberechnung ist erst der Eingang des vollständigen Antrags in einer Fassung, die der Antragsgegnerin zur Anhörung übersandt werden kann, d.h. einschließlich aller Anlagen und ggf. in einer um Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse bereinigten Fassung. Da vorliegend der Antrag nebst den in Bezug genommenen Anlagen am 06.03.2009 einging, fällt der Fristbeginn auf diesen Tag.

2. Zurückweisung des Antrags (Tenor zu 1.)

Der Antrag ist unzulässig, jedenfalls aber unbegründet.

(1) Soweit die Antragstellerin vorträgt, die Antragsgegnerin verhalte sich missbräuchlich i.S.v. § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EnWG und dementsprechend beantragt, die Antragsgegnerin durch behördliche Anordnung gemäß § 30 Abs. 2 S. 2 EnWG zu einem näher bezeichneten Verhalten zu verpflichten, ist der Antrag bereits unstatthaft.

Zwar orientieren sich die Befugnisse der Beschlusskammer im besonderen Missbrauchsverfahren nach § 31 EnWG an den Befugnissen für das allgemeine Missbrauchsverfahren nach § 30

Abs. 2 EnWG, die durch das besondere Verfahren nach § 31 EnWG nicht derogiert werden. Hiernach steht der Behörde ein Auswahlermessen hinsichtlich der möglichen Maßnahmen zu, mit denen der Missbrauch abgestellt werden soll (vgl. BNetzA, Beschluss vom 17.11.2006, Az. BK7-04-074, Bl. 71 des amtl. Umdrucks). Die Einhaltung von § 30 EnWG selbst ist jedoch kein im Rahmen von § 31 EnWG überprüfbarer Verfahrensgegenstand. Nach § 31 Abs. 1 S. 2 EnWG kann die Behörde das nach § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG zur Überprüfung gestellte Verhalten des Netzbetreibers lediglich daraufhin überprüfen, ob es mit den Vorgaben in den Bestimmungen der Abschnitte 2 und 3 oder der auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen sowie der nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden übereinstimmt. Dies umfasst nicht § 30 EnWG, eine Vorschrift in Abschnitt 4 des Gesetzes.

(2) Soweit die Antragstellerin eine Verletzung der §§ 20, 23 EnWG i.V.m. §§ 3 Abs. 2, 5 Abs. 2 Nr. 11, 26 ff. GasNZV rügt, handelt es sich demgegenüber um Vorschriften, die vom Prüfungskatalog des § 31 Abs. 1 S. 2 EnWG umfasst sind. Insoweit könnte der Statthaftigkeit des Antrags allerdings entgegenstehen, dass die Antragstellerin nicht das Verhalten eines „betroffenen Netzbetreibers“ (§ 31 Abs. 2 Nr. 2 EnWG i.V.m. § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG) rügt, sondern das Verhalten einer Gesellschaft, die für die Netzbetreiber in dem entsprechenden Marktgebiet tätig wird.

Obwohl dies im vorliegenden Fall letztlich dahinstehen kann, tendiert die Beschlusskammer dazu, den Antrag nicht bereits deswegen für unstatthaft zu erklären, weil es sich bei der Antragsgegnerin nicht selbst um eine Netzbetreiberin handelt. Als Marktgebietsgesellschaft der marktgebietsaufspannenden Netzbetreiber übernimmt sie für diese wesentliche Funktionen, die im betroffenen Marktgebiet nur zentral und nach einheitlichen und nichtdiskriminierenden Regeln abgewickelt werden können. Die Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft ist hierfür nicht die einzig mögliche Kooperationsform, aber eine rechtliche Gestaltung, in welcher der Kooperationswille der beteiligten Netzbetreiber besonders deutlich und rechtsverbindlich zutage tritt. Bei einem Antrag auf das Angebot eines Bilanzkreisvertrages, der unmittelbar gegen einen oder beide der an der Antragsgegnerin beteiligten Netzbetreiber gerichtet wäre, müsste die Antragstellerin daher befürchten, auf die Dienstleistungen der Antragsgegnerin des vorliegenden Verfahrens verwiesen zu werden.

Sofern sich in solchen Fällen Verstöße gegen die von § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG erfassten Vorschriften herausstellen, liegt ein unmittelbares Vorgehen gegen die Marktgebietsgesellschaft auch im öffentlichen Interesse. Andernfalls bliebe die Beschlusskammer auf der Rechtsfolgenreise darauf beschränkt, die Netzbetreiber in ihrer Rolle als Gesellschafter zu verpflichten, auf die Marktgebietsgesellschaft einzuwirken, die Verstöße abzustellen. Es spricht daher vieles dafür, in solchen Fällen gegen die Marktgebietsgesellschaft gerichtete Anträge grundsätzlich als zulässig zu erachten, was jedoch nicht ausschließt, dass die Beschlusskammer im Rahmen amtswegiger Verfahren nach § 30 EnWG ggf. ergänzend oder ausschließlich gegen die

Gesellschafter in ihrer Rolle als Netzbetreiber vorgeht. Die Verlagerung der gemeinschaftlich zu erbringenden Pflichten auf eine gemeinsame Gesellschaft entbindet die Netzbetreiber in Ansehung von § 30 EnWG nicht davon, nach Maßgabe des öffentlichen Rechts ihre eigenen Verpflichtungen als Netzbetreiber zu erfüllen und für das Verhalten der von ihnen konstituierten Marktgebietsgesellschaft eintreten zu müssen.

(3) Der vorliegende Antrag ist jedoch aus einem anderen Grund unzulässig. Die von der Antragstellerin gerügten Regeln des Bilanzkreisvertrages weichen entgegen § 31 Abs. 1 S. 2 EnWG nicht von den u.a. nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten Bedingungen ab, sondern entsprechen diesen gerade, da sie im Einklang mit der Festlegung der Bundesnetzagentur vom 28.05.2008 (Az.: BK7-08-002) stehen. Dies ist der Antragstellerin auch bewusst. Die Antragstellerin meint zwar, die Festlegung stehe ihrerseits nicht im Einklang mit den §§ 20, 23 EnWG i.V.m. § 3 Abs. 2, 5 Abs. 2 Nr. 11, 26 ff. GasNZV, was auf das Verhalten der Antragsgegnerin durchschlage. Damit geht es ihr aber offenkundig nicht um eine Überprüfung des Verhaltens der Antragsgegnerin, sondern um eine Überprüfung des Beschlusses der Bundesnetzagentur. M.a.W. erstrebt sie keine Streitschlichtung durch die Beschlusskammer, sondern möchte das vorliegende Verfahren dazu instrumentalisieren, eine Korrektur der Festlegungsentscheidung zu erreichen. Hierfür steht jedoch nicht das Missbrauchsverfahren nach § 31 EnWG offen, sondern allenfalls das gerichtliche Beschwerdeverfahren gegen den von der Antragstellerin missbilligten Beschluss, welches die Antragstellerin bereits vor dem OLG Düsseldorf (Az.: VI-3-Kart 26/08) anhängig gemacht hat. Nachdem die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde gegen die von der Beschlusskammer abgelehnte Beiladung zu dem Festlegungsverfahren gescheitert ist (OLG Düsseldorf, Az.: VI-3-Kart 36/08), versucht sie nun offenbar auf diesem Wege, ihre Aussichten im gerichtlichen Hauptsacheverfahren zu verbessern. Dies ist zwar nicht grundsätzlich zu missbilligen, begründet jedoch kein Rechtsschutzinteresse für das vorliegende Verwaltungsverfahren.

Sinn und Zweck des Missbrauchsverfahrens ist die Klärung und Beilegung eines konkreten Streits mit einem Netzbetreiber im Hinblick auf ein bestimmtes, vom Antragsteller beanstandetes Verhalten des Netzbetreibers, hingegen nicht die des Streits mit der Bundesnetzagentur über die Rechtmäßigkeit der Festlegung vom 28.05.2008 (Az.: BK7-08-002). Für die Überprüfung solcher abstrakter Rechtsfragen dient das als Streitbeilegungsverfahren ausgestaltete besondere Missbrauchsverfahren nicht.

(4) Der Antrag ist schließlich auch unbegründet. Die Antragsgegnerin verstößt mit dem Angebot eines Bilanzkreisvertrages, welcher der Festlegung der Beschlusskammer vom 28.05.2008 (Az.: BK7-08-002) entspricht, nicht gegen die von der Antragstellerin angeführten Normen. Die Festlegung ist nicht nur gegenüber den Gesellschaftern der Antragsgegnerin bestandskräftig geworden und damit mittelbar auch für die Antragsgegnerin verbindlich, sondern steht auch ihrerseits im Einklang mit den Regelungen, welche die Antragstellerin verletzt sieht. Hierzu wird

im Einzelnen auf die Begründung des o.g. Beschlusses verwiesen, die den Beteiligten bekannt ist.

3. Kosten (Tenor zu 2.)

Hinsichtlich der Kosten ergeht ein gesonderter Bescheid nach § 91 EnWG.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann binnen einer Frist von einem Monat ab Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist schriftlich bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf) eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (§ 76 Abs. 1 EnWG).

Dr. Frank-Peter Hansen
Vorsitzender

Christian Mielke
Beisitzer

Dr. Chris Mögelin
Beisitzer