

VI-3 Kart 1202/16 (V)



Verkündet am: 10.01.2018

Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 06.12.2017 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Laubenstein und die Richterinnen am Oberlandesgericht Frister und Pastohr

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

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 05.10.2016, Az. BK4-16-160, wird als unzulässig verworfen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur trägt die Beschwerdeführerin.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 100.000 EUR festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Beschwerdeführerin ist ein bundesweit tätiger Strom- und Gasanbieter mit über ... Kunden und einem Gesamtumsatz von ... Euro im Jahr 2015.

Die Bundesnetzagentur leitete am 13.07.2016 ein Verfahren gemäß § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 7 Abs. 6 StromNEV zur Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für Alt- und Neuanlagen für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen für die dritte Regulierungsperiode der Anreizregulierung ein. Am 02.09.2016 beantragte die Beschwerdeführerin ihre Beiladung zu dem unter dem Az. BK4-16-160 geführten Festsetzungsverfahren. Die Bundesnetzagentur hörte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 27.09.2016 zunächst zur beabsichtigten Ablehnung des Beiladungsantrags an, lud diese dann aber nach deren Stellungnahme vom 30.09.2016 durch Beschluss vom 04.10.2016, wegen dessen Einzelheiten auf die Anlage BF 1 Bezug genommen wird, zum Verfahren bei.

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 05.10.2016, veröffentlicht im Amtsblatt der Bundesnetzagentur 19/2016 vom 12.10.2016, setzte die Bundesnetzagentur gemäß § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 7 Abs. 6 StromNEV den Eigenkapitalzinssatz für Neuanlagen auf 6,91 % und für Altanlagen auf 5,12 % fest.

Hiergegen wendet sich die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde. Sie ist der Ansicht, die Festlegung des Eigenkapitalzinssatzes sei unangemessen hoch, wobei die unangemessene Überhöhung im Wesentlichen auf der vorzeitigen Festlegung durch die Bundesnetzagentur und einer fehlerhaften Bestimmung der Marktrisikoprämie und des Risikofaktors beruhe, wozu sie im Einzelnen vorträgt.

Auf die Terminierungsverfügung des Vorsitzenden vom 18.05.2017 (Bl. 51 ff. GA) mit dem Hinweis, dass zunächst über die Zulässigkeit der Beschwerde verhandelt werden solle, da Bedenken gegen die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerin bestünden, trägt diese vor, sie sei durch die angefochtene Festlegung materiell beschwert, da ihre wirtschaftlichen und rechtlichen Interessen unmittelbar und individuell betroffen seien, ohne dass nach höchstrichterlicher Rechtsprechung eine Verletzung subjektiver Rechte erforderlich wäre.

Als Stromanbieterin sei sie in erheblichem Umfange Netznutzerin. Die Festlegung eines unangemessen hohen Eigenkapitalzinssatzes, der gemäß § 4 Abs. 2 StromNEV unmittelbar in die Netzkostenermittlung zur Festlegung der Netzentgelte im Rahmen der Netzentgeltgenehmigungen einfließe, habe erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen auf sie. Zu berücksichtigen sei insoweit, dass sie im Jahr 2015 Netzentgelte in Höhe von ... Euro habe zahlen müssen und im Jahr 2016 in Höhe von ... Euro. Gleichzeitig führten die von ihr geltend gemachten falschen Ansätze der Bundesnetzagentur bei der Berechnung des Eigenkapitalzinssatzes dazu, dass der ermittelte Eigenkapitalzinssatz um mindestens 1,05 Prozentpunkte überhöht sei; ein nicht unerheblicher Teil der Netznutzungsentgelte entfalle auf die Eigenkapitalverzinsung.

Die Eigenkapitalzinsfestlegung habe auch unter Berücksichtigung der Regelungen in der Festlegung der Bundesnetzagentur vom 16.04.2015 zum Muster-Netznutzungsvertrag (Az. BK6-13-042) unmittelbar Wirkung auf die Höhe der zu zahlenden Netzentgelte. Die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze sei notwendige Vorstufe für die Genehmigung der Erlösobergrenzen. Die Folgen eines unangemessen überhöhten Eigenkapitalzinssatzes wirkten sich nach § 7 Abs. 4, Abs. 5 des Muster-Netznutzungsvertrages zwingend auf die von den Netznutzern zu zahlenden Netznutzungsentgelte aus, da aus einer Anpassung der Erlösobergrenzen ein Recht bzw. eine Pflicht des Netzbetreibers zur Anpassung der Netzentgelte folge.

Gleichzeitig würde sie die Ablehnung der Beschwerdebefugnis erheblich in der Durchsetzung ihrer Rechte beschränken. Darin läge eine Verletzung ihres Rechts auf effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG sowie des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit gemäß Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. mit dem Rechtsstaatsgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG. Bei einem zivilrechtlichen Vorgehen gegen die Netznutzungsentgelte eines Netzbetreibers auf Grundlage des § 315 BGB könne sie die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze nur noch mittelbar angreifen. Hinzu komme, dass die vom Bundesgerichtshof für das Zivilverfahren anerkannte Indizwirkung einer Netzentgeltgenehmigung der Bundesnetzagentur für die Billigkeit der genehmigten Entgelte im Ergebnis zu einer Umkehr der Beweislast führe. Der Bundesgerichtshof werde diese Grundsätze auch auf die Genehmigung von Erlösobergrenzen und die Vor-Festlegung der Eigenkapitalzinssätze anwenden. Es liege deshalb eine wesentliche und unmittelbare Verschlechterung der Position der Netznutzer vor. Auch prozessökonomisch sei es sinnvoller, dass ein Netznutzer die

Eigenkapitalzinsfestlegung durch die Bundesnetzagentur in einem Verfahren angreifen könne und nicht gegen jeden einzelnen Netzbetreiber ein Verfahren gemäß § 315 BGB führen müsse. Schließlich sei nach der jüngsten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 09.11.2017 (Rs. C-489/15), in der dieser zum Eisenbahnregulierungsrecht festgestellt habe, dass es mit der Richtlinie 2001/14/EG vom 26.02.2001 (Schienennetz-Nutzungsbedingungen-RL 2001) nicht vereinbar sei, wenn die deutschen Zivilgerichte die Billigkeit der erhobenen Wegeentgelte gemäß § 315 Abs. 3 BGB überprüfen würden, jedenfalls zweifelhaft, ob die höchstrichterlich bestätigte Kontrolle der Netznutzungsentgelte gemäß § 315 Abs. 3 BGB weiterhin Bestand haben könne. Die Erfolgsaussichten solcher Verfahren seien künftig auch deshalb mit erheblichen Unsicherheiten belastet. Sollte der Senat Bedenken hinsichtlich der materiellen Beschwer haben, regt die Beschwerdeführerin eine Vorlage beim Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 267 AEUV an.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 05.10.2016, Az. BK4-16-160, aufzuheben.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze sei rechtmäßig.

Zur Zulässigkeit der Beschwerde macht sie geltend, die Beschwerdeführerin sei aufgrund der im Verwaltungsverfahren erfolgten Beiladung gemäß § 75 Abs. 2 EnWG, wonach die Beschwerde den am Verfahren vor den Regulierungsbehörden Beteiligten zustehe, beschwerdeberechtigt. Weiter sei zu berücksichtigen, dass sie in dem Beiladungsbeschluss vom 04.10.2016 bezüglich der Frage der notwendigen Beiladung dargelegt habe, dass es im konkreten Fall an einer rechtsgestaltenden Wirkung fehle, da ihre Entscheidung im Festlegungsverfahren gemäß § 7 Abs. 6 StromNEV die Beschwerdeführerin nicht unmittelbar in ihren eigenen Rechten betreffe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang der Bundesnetzagentur sowie das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin als im Verwaltungsverfahren Beigeladener ist bereits unzulässig, da die Beschwerdeführerin durch die angegriffene Entscheidung nicht materiell beschwert ist.

1. Zwar steht die Beschwerde nach dem Wortlaut des § 75 Abs. 2 EnWG den am Verfahren vor den Regulierungsbehörden Beteiligten zu und ist die Beschwerdeführerin durch Beschluss vom 04.10.2016 zum Verwaltungsverfahren gemäß § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 7 Abs. 6 StromNEV zur Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für Alt- und Neuanlagen für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen für die dritte Regulierungsperiode beigelegt worden. Da der angefochtene Beschluss von ihrem dortigen Begehren negativ abweicht, ist sie formell beschwert.

Die bloße Beteiligung am Verfahren vor der Bundesnetzagentur ist indes nicht ausreichend, eine Zulässigkeit der Beschwerde zu begründen. Hinzukommen muss vielmehr eine materielle Beschwer als eine besondere Form des Rechtsschutzinteresses, die durch die Verfahrensbeteiligung nicht als Zulässigkeitsvoraussetzung ersetzt wird (BGH, Beschl. v. Beschl. v. 14.10.2008, EnVR 79/07; Beschl. v. 11.11.2008, EnVR 1/08; Senat, Beschl. v. 09.06.2010, VI-3 Kart 193/09 (V), BeckRS 2011, 21501; Beschl. v. 01.09.2016, VI-3 Kart 202/15 (V), BeckRS 2016, 120768; Beschl. v. 15.02.2017, VI-3 Kart 84/15 (V), BeckRS 2017, 108486) Beschl. v. 15.03.2017, VI-3 Kart 106/15 (V), BeckRS 2017, 115477; Boos in: Danner/Theobald, Energierecht, 92. EL, § 75 EnWG Rn. 40; Huber in: Kment, EnWG, 2015, § 75 Rn. 14; Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., § 75 Rn. 7; Roesen/Johanns in: Säcker, EnergieR, 3. Aufl., § 75 EnWG, Rn. 34).

2. Die hiernach erforderliche materielle Beschwer der Beschwerdeführerin liegt nicht vor.

Eine materielle Beschwer setzt voraus, dass der Betroffene durch die angefochtene Verfügung der Regulierungsbehörde in seinen – erheblichen - wirtschaftlichen Interessen unmittelbar und individuell betroffen ist, (BGH, Beschl. v. 11.11.2008, EnVR 1/08 – citiworks; BeckRS 2009, 01766; Senat, Beschl. v. 18.03.2015, VI-3 Kart 186/14 (V); Beschl. v. 15.02.2017, VI-3 Kart 84/15 (V); Beschl. v. 01.09.2016, VI-3 Kart 202/15 (V), BeckRS 2016, 120768; Beschl. v. 15.03.2017, VI-3 Kart 106/15 (V) BeckRS 2017, 115477; Roesen/Johanns in Säcker, a.a.O., § 75, Rn. 36). Eine gegenwärtige unmittelbare Betroffenheit ist nur zu bejahen, wenn sich die Entscheidung der Regulierungsbehörde ohne weitere Umsetzungserfordernisse auf die wirtschaftlichen Interessen auswirkt bzw. regelnd oder gestaltend in den Rechtskreis eingreift.

Dagegen scheidet eine unmittelbare Betroffenheit und damit eine die Beschwerdebefugnis begründende materielle Beschwer aus, wenn von der angefochtenen Entscheidung nur eine „Fernwirkung“ ausgeht oder lediglich die Möglichkeit einer zukünftigen Betroffenheit besteht (vgl. Senat, Beschl. v. 01.09.2016, VI-3 Kart 202/15 (V), BeckRS 2016, 120768 und Beschl. v. 15.03.2017, VI-3 Kart 106/15 (V), BeckRS 2017, 115477).

a) Die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze durch die Bundesnetzagentur betrifft die Beschwerdeführerin nicht unmittelbar in ihren wirtschaftlichen Interessen. Die angefochtene Entscheidung betrifft eine für die Höhe der von der Beschwerdeführerin zu zahlenden Netzentgelte maßgebliche Vorfrage und entfaltet damit nur eine mittelbare, über mehrere Umsetzungsakte transportierte Wirkung. Die Festsetzung der Eigenkapitalzinssätze fließt in einem ersten Schritt in die Festlegung der Erlösobergrenzen ein. In einem weiteren Umsetzungsschritt wird die zulässige Erlösobergrenze als ein regulatorisch ermitteltes Höchstentgelt durch den Netzbetreiber umgesetzt. Die Erlösobergrenze bedarf damit – ebenso wie zuvor die Netzentgeltgenehmigung nach § 23 a ARegV – der zivilrechtlichen Umsetzung. Diese Umsetzung beruht auf einer unternehmerischen Entscheidung des Netzbetreibers, deren Spielraum durch die festgelegte Erlösobergrenze für die Gesamterlöse und die regulatorischen Vorgaben bei der Entgeltermittlung lediglich eingegrenzt, nicht aber vollständig vorgegeben wird. Weder die Festsetzung der Erlösobergrenze noch die vorgelagerte Entscheidung über die Eigenkapitalzinssätze, sondern erst die Umsetzung in Netzentgelte durch die unternehmerische Entscheidung des Netzbetreibers wirken sich unmittelbar auf die wirtschaftlichen Interessen der

Netznutzer aus (vgl. Senat, Beschl. v. 24.10.2007, VI-Kart 8/07 (V) für die Entgeltgenehmigung nach § 23 a EnWG).

Eine unmittelbare Betroffenheit kann auch nicht daraus hergeleitet werden, dass die Eigenkapitalzinssätze einheitlich für alle Netzbetreiber festgelegt werden und damit ihr Einfluss auf die jeweiligen Netzentgelte gleichbleibend ist. Maßgeblich ist, dass es sich unabhängig davon, ob eine für alle Netzbetreiber geltende einheitliche Festlegung erfolgt, bei der Eigenkapitalverzinsung um einen in die jeweilige Erlösobergrenze und vermittelt durch diese in die Festsetzung der Netzentgelte eingehenden Faktor handelt. Die angefochtene Festlegung betrifft damit eine von der individuellen Betroffenheit durch die Höhe der Netzentgelte vorgelagerte Ebene, die die Netzentgeltermittlung beeinflusst, aber nicht determiniert.

Eine unmittelbare Betroffenheit folgt auch nicht aus der Festlegung eines Netznutzungs- und Lieferantenrahmenvertrages (Strom) durch die Bundesnetzagentur vom 16.04.2015 (BK6-13-042). Zwar ist dort nach § 7 Abs. 4 des Muster-Netznutzungsvertrages der Netzbetreiber zur Anpassung der Entgelte berechtigt oder verpflichtet, soweit sich eine solche aus gesetzlicher, behördlicher oder gerichtlicher Vorgabe ergibt. § 7 Abs. 5 sieht vor, dass der Netzbetreiber bei einer Festlegung oder Anpassung der Erlösobergrenzen nach Maßgabe der Anreizregulierungsverordnung (ARegV) berechtigt ist, die Netzentgelte anzupassen, soweit sich daraus eine Erhöhung der Netzentgelte ergibt. Er ist zur Anpassung der Netzentgelte verpflichtet, soweit sich daraus eine Absenkung der Netzentgelte ergibt. Dies ändert aber nichts daran, dass auch die Anpassungen einen im Rahmen der verordnungsrechtlichen Vorgaben autonomen Umsetzungsschritt des Netzbetreibers erfordern, der das Verhältnis Netzbetreiber – Netznutzer zivilrechtlich eigenständig prägt. Der Muster-Netznutzungsvertrag sieht gerade keinen Automatismus dahingehend vor, dass sich Anpassungen der Erlösobergrenzen – oder gar der in die Erlösobergrenze einfließenden Festlegung der Eigenkapitalzinssätze nach § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 7 Abs. 6 StromNEV – ohne weitere Umsetzungsschritte unmittelbar auf die Höhe der Netzentgelte auswirken. Der Netzbetreiber wird vielmehr gemäß § 7 Abs. 5 S. 3 des Muster-Netznutzungsvertrags in den genannten Fällen die Netzentgelte jeweils gemäß den Vorschriften der ARegV sowie des Teils 2, Abschnitte 2 und 3 StromNEV anpassen. Eine Änderung des Eigenkapitalzinssatzes gibt mithin lediglich Anlass zu einer Anpassung der Netzentgelte, ohne unmittelbar das Rechtsverhältnis zwischen Netzbetreiber und Netznutzer zu gestalten.

Durch das Erfordernis weiterer Umsetzungsakte, die der Annahme einer unmittelbaren Wirkung entgegenstehen, unterscheidet sich die vorliegende Fallgestaltung grundlegend von denen, in denen eine unmittelbare Betroffenheit von Netznutzern angenommen worden ist. So hat der Bundesgerichtshof im Beschluss vom 11.11.2008 (EnVR 1/08, BeckRS 2009, 01766 - citiworks) festgestellt, dass die durch die Qualifizierung als geschlossenes Verteilernetz i.S.d. § 110 EnWG erfolgte Freistellung des Netzbetreibers von den Vorschriften der Regulierung des Netzbetriebs einen Netznutzer, der das Netz im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrages nutzt, wirtschaftlich unmittelbar betrifft. Die dort streitgegenständliche Entscheidung der Bundesnetzagentur bezüglich der Rechtsqualität des Netzes wirkte sich unmittelbar auf die Verpflichtungen des Netzbetreibers und damit auf dessen Verhältnis zum Netznutzer aus.

In dem Beschluss vom 15.02.2017 (VI-3 Kart 84/15 (V), BeckRS 2017, 108486) hat der Senat die materielle Beschwer der dortigen Beschwerdeführerin bejaht, weil aus dem angefochtenen Beschluss der Bundesnetzagentur zur Verlagerung von Anschlusskapazität einer Windenergieanlage auf See die ernsthafte Möglichkeit folge, dass ein Projekt der Beschwerdeführerin erst mit erheblicher Verzögerung gebaut werde oder gar endgültig scheitere. Die Risiken für die Realisierbarkeit des Projektes der Beschwerdeführerin und damit ihre Interessenbeeinträchtigung ergaben sich als unmittelbare, faktische Konsequenz der Verlagerung von Anschlusskapazität, ohne dass es dazu weiterer Umsetzungsakte bedurfte.

b) Das Erfordernis einer unmittelbaren Betroffenheit als Voraussetzung einer materiellen Beschwer entspricht schließlich auch dem bei der inhaltlichen Ausfüllung dieses Merkmals zu berücksichtigenden Zweck des regulierten Netzzugangs (so bereits Senat, Beschl. v. 09.06.2010, 3 Kart 193/09, BeckRS 2011, 21501). Die Netzregulierung dient neben der Sicherheit, Preisgünstigkeit, Verbraucherfreundlichkeit, Effizienz und Umweltverträglichkeit der leitungsgebundenen Energieversorgung insgesamt (§ 1 Abs. 1 EnWG) dem wirksamen und unverfälschten Wettbewerb und einem leistungsfähigen und zuverlässigen Netzbetrieb (§ 1 Abs. 2 EnWG). Diese Zielsetzung wie auch die nunmehr in der ARegV geregelte Entgeltregulierung bringen zum Ausdruck, dass es dem Gesetzgeber nicht um die Interessen einzelner Netznutzer oder Wettbewerber, sondern um die Förderung der gemeinsamen Nutzerinteressen durch Förderung des Wettbewerbs geht (Senat, Beschl. v. 24.10.2007, VI-3 Kart 8/07 (V), zur

Entgeltgenehmigung nach § 23a ARegV). Angesichts dieser Zielsetzung und des Zwecks des regulierten Netzzugangs ist ein anderes als das hier zugrunde gelegte Verständnis oder der Verzicht auf das Kriterium der unmittelbaren Betroffenheit nicht geboten. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sich im Bereich der Netznutzung die hoheitliche Regulierung der Netznutzungsentgelte als besonders bedeutsame Ausprägung der Verwirklichung des Gesetzeszweckes der Preisgünstigkeit darstellt (so Theobald, in: Danner/Theobald, a.a.O., § 1, Rn. 20; Hellermann/Hermes in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 1 Rn. 30). Dem Gesetzeszweck der Preisgünstigkeit wird bereits durch die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze durch die (neutrale) Bundesnetzagentur gemäß § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 7 Abs. 6 StromNEV Genüge getan. Der Grundsatz, dass im Rahmen der Anreizregulierung nur eine angemessene, wettbewerbsfähige und risikoangepasste Verzinsung des eingesetzten Kapitals erfolgen kann, ergibt sich unmittelbar aus § 20 Abs. 2 EnWG.

c) Auch unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Klagebefugnis Drittbetroffener nach Art. 269 Abs. 4 AEUV, deren Voraussetzungen sich dem Bundesgerichtshof folgend mit den Anforderungen an die materielle Beschwer decken (zur Vorgängervorschrift des Art. 230 Abs. 4 EG: BGH, Beschl. v. 07.11.2006, KVR 37/05 - pepcom), fehlt es an einer unmittelbaren und individuellen Betroffenheit der Netznutzer durch die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist der Kläger dann unmittelbar betroffen, wenn die beanstandete Maßnahme „sich auf seine Rechtsstellung unmittelbar auswirkt und ihren Adressaten, die mit ihrer Durchführung betraut sind, keinen Ermessensspielraum lässt, diese Durchführung vielmehr rein automatisch erfolgt und sich allein aus der Unionsregelung ergibt, ohne dass dabei weitere Vorschriften angewandt werden“ (so grundlegend EuGH, Urteile v. 05.05.1998, Rs. C-386/96 P, Dreyfus/Kommission, Slg. 1998, I-2309, Rn. 43, und Rs. 404/96 P, Glencore Grain/Kommission, Slg. 1998, I-2435 Rn. 41; siehe auch Dörr in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 62. EL, Art. 263 Rn. 62 m.w.N. aus der jüngeren Rechtsprechung des EuGH). Wie aufgezeigt, wirkt sich die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze nicht unmittelbar auf die Netzkunden aus, sondern bedarf erst der Umsetzung zunächst in die zulässige jährliche Erlösobergrenze und sodann – unter Bestehen eines Ermessensspielraums des

jeweiligen Netzbetreibers – der Umsetzung in ein Netzentgelt. Das von der Beschwerdeführerin zu entrichtende Netzentgelt wird damit nicht durch die angefochtene Entscheidung zur Höhe des Eigenkapitalzinssatzes determiniert, so dass sich die auf einer der Umsetzung in konkrete Netzentgelte vorgelagerten Ebene erfolgende Festlegung der Eigenkapitalzinssätze nicht unmittelbar auf ihre wirtschaftlichen Interessen auswirkt.

d) Der Annahme, dass die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze die Beschwerdeführerin nicht unmittelbar und individuell in ihren wirtschaftlichen Interessen betrifft, steht auch nicht das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 24.04.2008 in Sachen „TAL-Entgelte“ (Rs. C-55/06, MMR 2008, 523) entgegen. Der Europäische Gerichtshof hat dort bezogen auf eine regulierungsbehördliche Entscheidung über den Zugang zur jeweiligen Teilnehmeranschlussleitung (TAL) im TK-Netz, die die Erfordernisse der Kostenorientierung der Preise für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss betraf, ausgeführt, dass das nationale Recht nach Art. 5a Abs. 3 der Richtlinie 90/387 geeignete Verfahren vorsehen muss, um der von dieser Entscheidung „betroffenen Partei“ das Recht zu gewähren, bei einer unabhängigen Stelle dagegen Einspruch einzulegen. Ein Begünstigter im Sinne der Verordnung Nr. 2887/2000, der nicht Adressat einer Entscheidung der Regulierungsbehörde sei, erwerbe die Eigenschaft einer „betroffenen Partei“, wenn seine Rechte von einer Entscheidung potentiell betroffen seien, und zwar zum einen wegen ihres Inhalts und zum anderen wegen der von ihm ausgeübten oder beabsichtigten Tätigkeit (EuGH a.a.O., Rn. 174 ff.). In dem vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen Fall bestand aber die Besonderheit, dass die Verordnung Nr. 2887/2000 den zugangsberechtigten Wettbewerber in Art. 3 Abs. 2 als „Begünstigten“ definiert, d.h. sich die Entscheidung schon im Ausgangspunkt nur auf solche zugangsberechtigten Wettbewerber bezieht. Ein derartiges unmittelbares Wettbewerbsverhältnis zwischen den Adressaten der angegriffenen Festlegung, d.h. den Verteilernetzbetreiber, einerseits und den Netzkunden andererseits, das bereits verordnungsrechtlich vorgegeben wäre, liegt in dem zu entscheidenden Fall indes nicht vor.

3. Weder das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG noch die Rechtsweggarantie aus Art. 19 Art. 4 GG erfordern es

entgegen der von der Beschwerdeführerin vertretenen Auffassung, ihr eine Beschwerdemöglichkeit gegen die Festlegung der Eigenkapitalzins-sätze einzuräumen.

a) Art. 19 Abs. 4 GG sichert den Rechtsweg gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt. Eine Berufung auf Art. 19 Abs. 4 GG ist nur dann möglich, wenn subjektive Rechte betroffen sind, nicht dagegen, wenn – wie im Streitfall - lediglich wirtschaftliche Interessen berührt werden. Art. 20 Abs. 3 GG gewährt zwar als Kehrseite des staatlichen Gewaltmonopols prinzipiell einen Justizgewährungsanspruch, der über die Rechtswegeröffnung gegen Maßnahmen staatlicher Gewalt aus Art. 19 Abs. 4 GG hinausgeht. Im rechtsstaatlichen Kerngehalt unterscheiden sich der allgemeine Justizgewährungsanspruch und die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG allerdings nicht (BVerfG, Beschl. v. 30.04.2003, 1 PBvU 1/02, zitiert nach: juris). Der durch die Justizgewährungsgarantie gebotene Rechtsschutz erfasst somit ebenfalls nur Rechtsbeeinträchtigungen (vgl. Burghart in: Leibholz/Rinck, GG, 75. Lieferung, Art. 209 Rn. 1201, jeweils zitiert nach juris, m.w.N.), so dass die hier gerügte Verletzung nur wirtschaftlicher Interessen nicht genügt.

b) Die Beschwerdeführerin kann sich auch nicht erfolgreich darauf berufen, das Gebot effektiven Rechtsschutzes sei deshalb verletzt, weil ihr kein anderweitiger Rechtsschutz zur Verfügung stehe. Nach der gegenwärtigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Beschwerdeführerin auf die zivilrechtliche Überprüfung der Billigkeit der geltend gemachten Netzentgelte nach dem Maßstab des § 315 Abs. 3 BGB verwiesen werden (vgl. BGH, Ur. v. 15.05.2012, EnZR 105/10, RdE 2012, 382 Rn. 33 m.w.N. - Stromnetznutzungsentgelt V). Diese Rechtsprechung begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 26.09.2017 (1 BvR 1486/16, 1487/16, 2490/16 und 2491/16, zitiert nach: juris) ausgeführt, dass die dortige – mit der hiesigen identische – Beschwerdeführerin nicht hinreichend substantiiert aufgezeigt habe, dass diese Rechtsprechung eine mögliche Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten darstelle. Insbesondere sei eine unzumutbare, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigende Erschwerung ihres gerichtlichen Zugangs durch unerfüllbar hohe Anforderungen an die Darlegungslast nicht hinreichend substantiiert dargelegt worden (BVerfG a.a.O., Rn. 34). Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Zusammenhang unter anderem auf Sinn und

Zweck der Ex-ante-Entgeltgenehmigung sowie darauf verwiesen, dass die Annahme, dass die Erteilung der Genehmigung nach § 23a EnWG ein gewichtiges Indiz für die Billigkeit und Angemessenheit der genehmigten Entgelte darstelle, in erster Linie darauf beruhe, dass die Genehmigungsentscheidung aufgrund der engen Vorgaben der Entgeltkontrolle nach den energiewirtschaftlichen Vorschriften und in der damit verbundenen Prüftiefe durch die (neutrale) Regulierungsbehörde getroffen werde. Der Gesetzgeber habe mit der Entscheidung für die Ex-ante-Regulierung der Rechtssicherheit im Gegensatz zum individuellen Kostenfeststellungsinteresse ein größeres Gewicht zugebilligt. Diese Erwägungen lassen sich auch auf die zwischenzeitlich eingeführte Anreizregulierung übertragen.

c) Der Senat verkennt nicht, dass in Folge der Verneinung der Beschwerdebefugnis die Beschwerdeführerin die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze nur noch mittelbar im Rahmen eines Zivilverfahrens angreifen kann. Auch ist ein zivilrechtliches Vorgehen angesichts der zu erwartenden Anwendung der vom Bundesgerichtshof anerkannten Indizwirkung einer Netzentgeltgenehmigung für die Billigkeit der genehmigten Entgelte auf die Genehmigung von Erlösobergrenzen und die vorgelagerte Festlegung der Eigenkapitalzinssätze mit nicht unerheblichen Prozessrisiken verbunden. Diese Umstände vermögen jedoch weder einen Verzicht auf das Erfordernis einer unmittelbaren Betroffenheit als Voraussetzung einer materiellen Beschwerde noch ein abweichendes Verständnis dieses Merkmals zu rechtfertigen. Die von der Beschwerdeführerin geforderten Ausweitung der Beschwerdemöglichkeit gegen die der eigentlichen Netzentgeltbildung vorgelagerten, allgemeinen Festlegungen der Regulierungsbehörden zugunsten der davon nur mittelbar betroffenen Netznutzer stünde mit dem höchstrichterlich bestätigten Rechtsschutzsystem nicht in Einklang. Der Verweis auf eine zivilrechtliche Überprüfung der Netzentgelte beinhaltet gerade, dass für die Netzentgelthöhe maßgebliche Vorfragen nur inzidenter im Rahmen der Billigkeitskontrolle geprüft werden.

d) Es kann insoweit offenbleiben, ob die Rechtsprechung zur zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle der Netznutzungsentgelte auch unter Berücksichtigung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 09.11.2017 (C-489/15) uneingeschränkt aufrechterhalten bleiben kann. Nachdem der Europäische Gerichtshof die Billigkeitsprüfung der Wegeentgelte im Eisenbahnverkehr vor den ordentlichen Gerichten nach § 315 BGB für unvereinbar mit den Vorgaben der Schienennetz-

Nutzungsbedingungen-RL 2001 erklärt hat, ist zwar zweifelhaft, ob die zivilgerichtliche Überprüfung der Billigkeit der Netznutzungsentgelte anhand des Maßstabs des § 315 Abs. 3 BGB vollumfänglich mit den Vorgaben der Richtlinien 2009/72/EG (Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009) bzw. 2003/54/EG (Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2003) vereinbar ist. Der Senat als erstinstanzliches Beschwerdegericht sieht sich jedoch nicht veranlasst, diese Frage im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens dem Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 267 AEUV vorzulegen. Es fehlt bereits an der Entscheidungserheblichkeit für die hier relevanten Rechtsfragen. Selbst wenn der Europäische Gerichtshof die derzeitige erfolgreiche Billigkeitsprüfung der zivilrechtlichen Nutzungsentgelte am Maßstab des § 315 Abs. 3 BGB ganz oder teilweise für nicht europarechtskonform erklären würde, so beträfe dies den Rechtsschutz der Netznutzer gegen die Netznutzungsentgelte, der gegebenenfalls anders ausgestaltet werden müsste. Eine durch das nationale Recht umzusetzende entsprechende Vorgabe durch den Europäischen Gerichtshof würde indes die hier streitgegenständliche Ausfüllung des Merkmals der Beschwerdebefugnis gegen Entscheidungen der Regulierungsentscheidungen nicht berühren.

e) Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit gerügt hat, so käme dies allenfalls im Hinblick auf das zivilrechtliche Vorgehen gegen die Billigkeit des Netzentgelts in Betracht. In der diesbezüglichen Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht wie bereits ausgeführt indes keinen Grundrechtsverstoß gesehen.

Prozessökonomische Erwägungen vermögen für sich gesehen schließlich nicht die Annahme einer materiellen Beschwerde trotz der fehlenden unmittelbaren Betroffenheit der Beschwerdeführerin zu begründen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG.

Die Festsetzung des Gegenstandswertes für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Maßgeblich für den Beschwerdewert sind das Interesse der Beschwerdeführerin an der Änderung bzw. Aufhebung der Entscheidung der Regulierungsbehörde und die wirtschaftlichen Konsequenzen, die aus dem streitigen

Rechtsverhältnis resultieren (Senat, Beschl. v. 09.03.2016, VI-3 Kart 17/14 Rn. 74, zitiert nach juris m.w.N.). Letztere sind zwar nicht konkret bezifferbar, aber im Hinblick auf die von der Beschwerdeführerin vorgetragene, jährlich zu zahlenden Netznutzungsentgelte erheblich, so dass der von der Beschwerdeführerin angeregte Rückgriff auf den sog. Mindest- oder Auffangstreitwert von 50.000 EUR, auf den der Senat in geeigneten Fällen zurückgreift (vgl. etwa Beschlüsse v. 27.04.2014, VI-3 Kart 61/11), vorliegend nicht in Betracht kommt. Der Senat geht vielmehr davon aus, dass dem wirtschaftlichen Interesse der Beschwerdeführerin mit dem festgesetzten Streitwert von 100.000 EUR in angemessener Weise Rechnung getragen wird.

IV.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zugelassen, weil die maßgeblichen Fragen des Rechtsstreits grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG haben.

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 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 S. 2, 80 S. 2 EnWG).

Laubenstein

Vorsitzender Richter am OLG

Frister

Richterin am OLG

Pastohr

Richterin am OLG