
Datum: 25.04.2018
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VI-3 Kart 22/17 (V)
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2018:0425.VI3KART22.17V.00

Leitsätze:

§§ 75 Abs. 2, 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG

Eine Lieferantin von H-Gas für den deutschen Markt ist durch die Festlegung der Bundesnetzagentur vom 21.12.2016 (BK7-16-050) über die Anpassung der Festlegung zur Einführung eines Konvertierungssystems in qualitätsübergreifenden Gasmarktgebieten vom 27.03.2012 (BK7-11-002), die die dauerhafte Beibehaltung eines Konvertierungsentgeltes für die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas dem Grunde nach vorgibt, in ihren wirtschaftlichen Interessen nicht unmittelbar und individuell betroffen und damit nicht materiell beschwert. Eine materielle Beschwer ergibt sich insbesondere nicht aus einer erwarteten Beeinträchtigung des Absatzes, da diese eine Marktreaktion voraussetzt, die als autonomer Umstand der Annahme einer Unmittelbarkeit der Betroffenheit entgegensteht.

Tenor:

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 06.02.2017 gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 21.12.2016, Az. BK7-16-050, wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur und der Betroffenen zu 1) und 2) trägt die Beschwerdeführerin. Die Beigeladenen tragen ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 1 Mio. EUR festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

G r ü n d e :

1

A.

2

Die Beschwerdeführerin ist ein Energieversorgungsunternehmen mit Sitz in ..., das bundesweit Endkunden mit Erdgas in beiden vorhandenen Gasqualitäten (H- und L-Gas) versorgt. Sie wendet sich gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 21.12.2016, Az. BK7-16-050 (im Folgenden: Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0), mit dem die Bundesnetzagentur die bestandskräftige Festlegung zur Einführung eines Konvertierungssystems in qualitätsübergreifenden Gasmarktgebieten vom 27.03.2012 (Az. BK7-11-002, im Folgenden: Festlegung KONNI Gas 1.0) abgeändert hat.

3

Zur Gewährleistung eines Großhandelsmarktes für Erdgas ist Deutschland derzeit in zwei Marktgebiete unterteilt, die von den Adressatinnen der angefochtenen Änderungsfestlegung, den Betroffenen zu 1) und 2), als Marktgebietsverantwortliche verwaltet werden. Diese zwei Gebiete, bezeichnet als NetConnect Germany (NCG) und Gaspool, bestehen aus jeweils zwei qualitätsspezifischen Bilanzzonen, bezogen auf H-Gas einerseits und auf L-Gas andererseits. L-Gas, das ca. 25 % der bundesdeutschen Endkunden beziehen, verfügt über einen niedrigeren Energiegehalt und stammt auf dem deutschen Markt im Wesentlichen aus Gasfeldern in den Niederlanden und der deutschen Produktion. Das höherkalorische H-Gas gelangt unter anderem aus Russland und aus Norwegen bzw. der Nordsee nach Deutschland. Die beiden Gasqualitäten werden – schon aus historischen Gründen - qualitätsscharf in technisch getrennten Netzen transportiert. Der Großhandelsmarkt für H-Gas ist deutlich entwickelter als der für L-Gas. Um den langfristig sinkenden Fördermengen in den niederländischen und deutschen Fördergebieten zu begegnen, werden die deutschen L-Gas-Netze und alle angeschlossenen Gasverbrauchsgeräte bis zum Jahr 2029 sukzessive auf H-Gas umgestellt (sog. Marktraumumstellung).

4

Am 27.03.2012 erließ die Beschlusskammer 7 der Bundesnetzagentur die Festlegung KONNI Gas 1.0 und führte damit ein bundesweit einheitliches Konvertierungssystem in qualitätsübergreifenden Marktgebieten ein. Bei einem qualitätsübergreifenden Marktgebiet werden die zusammengefassten H- und L-Gas-Netzbereiche physikalisch weiterhin in unterschiedlichen Gasqualitäten betrieben. Gleichwohl können die Transportkunden alle frei zuordenbaren Ein- und Ausspeisekapazitäten des gesamten Marktgebiets unabhängig von ihrer jeweiligen Gasqualität miteinander verbinden und somit Gas qualitätsübergreifend in dem gesamten Marktgebiet (bilanziell) transportieren. Um den physischen Ausgleich des Netzes zu gewährleisten, können entweder technische Maßnahmen (z.B. technische Gaskonvertierung oder Gasmischung) oder kommerzielle Maßnahmen (z.B. Einsatz von Regelenergie oder Lastflusszusagen) erforderlich werden. Im Rahmen des Beschlusses verpflichtete die Beschlusskammer die Betroffenen, in abgeschlossene sowie neu abzuschließende Bilanzkreisverträge die in der Anlage („Standardvertrag Konvertierung“) festgelegten Regelungen aufzunehmen und diese unter Anwendung massengeschäftstauglicher Verfahren umzusetzen (Tenor zu 1.). Wesentlicher Bestandteil dieser Regelungen war die Einführung eines Konvertierungsentgelts für in einem Marktgebiet qualitätsübergreifend bilanzierte Gasmengen und einer Konvertierungsumlage, wenn erwartet

5

wird, dass die Kosten der Konvertierung die aus dem Konvertierungsentgelt erzielbaren Erlöse übersteigen bzw. wenn Residualkosten aus vorhergehenden Geltungszeiträumen vorliegen (§ [2] Standardvertrag Konvertierung). Ferner wurden den Betroffenen bestimmte Datenerhebungs-, Evaluierungs- sowie Veröffentlichungspflichten (Tenor zu 2. bis 4.) auferlegt. Darüber hinaus enthielt die Festlegung eine Klausel zur Effizienzbetrachtung von Konvertierungsmaßnahmen (Tenor zu 5.), eine Klausel zum Schutz vor missbräuchlichen Arbitragegeschäften (Tenor zu 6.) sowie einen Widerrufsvorbehalt (Tenor zu 7.). Hinsichtlich des Konvertierungsentgelts sah § [5] Ziff. 2 Satz 1 Standardvertrag Konvertierung vor, dass dieses innerhalb von vier Jahren, folglich bis zum 30.09.2016, auf null abzusenken ist. § [5] Ziff. 2 Satz 3 eröffnete jedoch die Möglichkeit, die Obergrenze nach vier Jahren nicht komplett auf null absenken zu müssen, sondern eine eventuell auftretende Restabsenkungsnotwendigkeit im darauffolgenden Geltungszeitraum umzusetzen. Voraussetzung war, dass dies unter Berücksichtigung der Ergebnisse eines jährlichen Monitorings, der Entwicklung der zur Verfügung stehenden Konvertierungsanlagen, einer möglichen Marktraumumstellung und der Marktentwicklung nachweislich erforderlich ist und die Beschlusskammer der vorgesehenen Änderung des Absenkungsfaktors nicht widerspricht. Wegen der Einzelheiten der Festlegung KONNI Gas 1.0 wird auf die Anlage BF 3 Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 27.01.2016 bzw. vom 26.01.2016 reichten die Betroffenen bei der Bundesnetzagentur Anzeigen zur Beibehaltung des Konvertierungsentgelts anstelle der eigentlich vorgesehenen Absenkung auf null im Zeitraum vom 01.10.2016 bis zum 31.03.2017 ein. Die Betroffenen stellten zudem mit Schreiben vom 27.01.2016 (Anlage BF 15) bzw. vom 04.02.2016 (Anlage BF 18) Anträge zur Anpassung der Festlegung Konvertierung, um das Konvertierungsentgelt auch langfristig über den Zeitraum vom 31.03.2017 hinaus zu erhalten, und verwiesen zur Begründung auf veränderte Rahmenbedingungen.

6

Darüber hinaus beantragte die Betroffene zu 1) mit Schreiben vom 15.02.2016 im Wege einer Eilentscheidung nach § 7 Ziff. 2 der Anlage zur Festlegung KONNI Gas 1.0 eine schnellstmögliche Anhebung des Konvertierungsentgelts für die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas auf bis zu 1,811 €/MWh. Hintergrund war ein deutlich erhöhtes Konvertierungsverhalten in Richtung von H- nach L-Gas und ein dadurch bedingter hoher Regelenergiebedarf im NCG-Marktgebiet im Zeitraum vom 27.01. bis 29.02.2016. Die Betroffene zu 1) musste in dem genannten Zeitraum im Durchschnitt ca. 60 % (in der Höchstphase bis ca. 90 %) der Ausspeisungen im L-Gasnetz durch Regelenergieeinkauf bereitstellen, da eine Vielzahl von Marktteilnehmern ihre L-Gas-Endkunden dergestalt versorgten, dass sie H-Gas einspeisten und die Möglichkeit der bilanziellen Konvertierung zu L-Gas nutzten. Die Bundesnetzagentur gab dem Antrag mit Beschluss vom 19.02.2016 (Az. 7-16-050-E1) statt und stimmte der Anhebung des Konvertierungsentgeltes zu. Da nach Erlass der vorläufigen Anordnung die bilanzielle Konvertierungsmenge der Marktteilnehmer ab März 2016 wieder abnahm, widerrief die Bundesnetzagentur die einstweilige Anordnung vom 19.02.2016 durch Beschluss vom 07.09.2016 mit Wirkung für die Zukunft.

7

Die Beschlusskammer 7 der Bundesnetzagentur hat am 19.02.2016 ein Verfahren zur Änderung der Festlegung KONNI Gas 1.0 eingeleitet. Die Einleitung des Verfahrens ist im Amtsblatt (ABl. BNetzA 04/2016 vom 02.03.2016, S. 359) und auf der Internetseite der Bundesnetzagentur bekannt gegeben worden. Im Rahmen der Einleitungsverfügung hat die Bundesnetzagentur den Marktbeteiligten die Gelegenheit gegeben, zu der Notwendigkeit und den Auswirkungen einer gegebenenfalls dauerhaften Beibehaltung eines Konvertierungsentgelts und dessen Ausgestaltung sowie der dabei berührten Interessen

8

Stellung zu nehmen. Im Rahmen dieser ersten Konsultation sind 31 Stellungnahmen von Unternehmen, Unternehmensgruppen und Verbänden eingegangen und hat am 06.04.2016 ein Verbändegespräch stattgefunden, bei dem gemeinsam mit den Verbänden und den Betroffenen sowie weiteren Marktteilnehmern die Notwendigkeit einer Beibehaltung des Konvertierungsentgelts bis zum 31.03.2017 bzw. darüber hinaus diskutiert worden ist. Nach der Auswertung der Ergebnisse der ersten Konsultationsrunde und des Verbändegesprächs hat die Bundesnetzagentur den beabsichtigten Festlegungstenor sowie zwei Entwürfe für die Änderungen an dem Standardvertrag für die Variante 1 (ex-ante) und die Variante 2 (ex-post) der Ausgestaltung des Konvertierungsentgelts entworfen. Dieser Tenor-Entwurf sowie die Änderungen an dem Standardvertrag sind am 12.07.2016 auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht und bis zum 24.08.2016 zur Konsultation gestellt worden. Im Rahmen dieser zweiten Konsultation sind 39 Stellungnahmen eingegangen und hat am 27.07.2016 ein weiteres Verbändegespräch stattgefunden.

Die Beschwerdeführerin ist mit Beschluss vom 25.07.2016, Az. BK 7-16-050-B9 (Anlage BF 2), zu dem Verwaltungsverfahren beigelegt worden. 9

Im Hinblick auf das laufende Änderungsverfahren legte die Bundesnetzagentur keinen Widerspruch gegen die Beibehaltung des Konvertierungsentgeltes für die Konvertierung von H-Gas nach L-Gas für den Zeitraum vom 01.10.2016 bis 31.03.2017 ein, wie den Marktbeteiligten mit der Mitteilung 1 zur Festlegung KONNI Gas 1.0 vom 09.05.2016 mitgeteilt wurde. 10

Durch die angefochtene Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0 hat die Beschlusskammer 7 der Bundesnetzagentur Tenor Ziff. 4 a), d) und e) sowie in der Anlage 1 der Festlegung KONNI Gas 1.0 (Standardvertrag Konvertierung) § [1], § [2], § [3] Ziff. 2a und 2b, § [4] Ziff. 1, 2, und 3, §, § [6] Ziff. 2, § [7] Ziff. 1 und 2 und § [8] mit Wirkung zum 01.04.2017 widerrufen (Ziff. 1) und die Betroffenen mit Wirkung zum 01.04.2017 verpflichtet, in abgeschlossene sowie in neu abzuschließende Bilanzkreisverträge die in der Anlage (Standardvertrag Konvertierung) festgelegten Regelungen aufzunehmen und diese unter Anwendung massengeschäftstauglicher Verfahren umzusetzen (Ziff. 2). Die Regelung in § [2] des Standardvertrags Konvertierung modifiziert dabei den Standardvertrag Konvertierung nach der Festlegung KONNI Gas 1.0 dahingehend, dass dauerhaft ein Konvertierungsentgelt für die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas erhoben wird und bei der Erhebung der Konvertierungsumlage ein Liquiditätspuffer zu berücksichtigen ist. Wie bereits im Standardvertrag Konvertierung nach der Festlegung KONNI Gas 1.0 umfasst § [1] ein Verbot der Nutzung des Konvertierungssystems zum Zwecke der Herbeiführung von Regelergiebedarf und gibt § [2] Nr. 2 vor, dass weder beim Marktgebietsverantwortlichen noch bei Netzbetreibern dauerhaft Kosten oder Erlöse aus dem System verbleiben. In Ziff. 3.-6. des Tenors hat die Bundesnetzagentur die Festlegung KONNI Gas 1.0 wie im Einzelnen aus der angefochtenen Entscheidung ersichtlich im Hinblick auf – von der Beschwerdeführerin für sich gesehen nicht beanstandete - Veröffentlichungs- und Evaluierungspflichten ergänzt bzw. abgeändert und in Ziff. 7 den Widerruf vorbehalten. 11

Die Bundesnetzagentur stützt die Regelung in Ziff. 1 des Tenors auf § 49 Abs. 2 Ziff. 1, Abs. 4 und Abs. 5 i.V.m. § 36 Abs. 2 Ziff. 3 VwVfG und Ziff. 7 des Tenors der Festlegung KONNI Gas 1.0 bzw. § 29 Abs. 2 EnWG und die Festlegungen in Ziff. 2 des Tenors auf § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 50 Abs. 1 Nr. 9 und 10 GasNZV. 12

Zur Begründung der Beibehaltung eines Konvertierungsentgelts für die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas hat sie im Wesentlichen ausgeführt, dass die Anpassung der Festlegung KONNI Gas 1.0 erforderlich und geboten sei, da aufgrund von 13

veränderten Rahmenbedingungen die zum Zeitpunkt der Festlegung Konvertierung getroffenen Annahmen bezüglich der Entwicklung des Konvertierungssystems für die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas nicht eingetroffen seien und daher die Notwendigkeit der Verhaltenssteuerung über das Konvertierungsentgelt in Richtung H- nach L-Gas weiterhin bestehe. Sie sei ursprünglich davon ausgegangen, dass die Notwendigkeit der Verhaltenssteuerung und somit die Notwendigkeit zur Erhebung eines Konvertierungsentgelts im Laufe der Zeit abnehmen und schließlich nicht mehr bestehen würde. Die diesem Schluss zugrunde liegenden Annahmen, die von vornherein mit Unsicherheiten belastet gewesen seien, hätten sich für die Konvertierungsrichtung H- nach L-Gas nicht erfüllt. Vielmehr hätten sich veränderte Rahmenbedingungen auf dem Gasmarkt ergeben, die zum Zeitpunkt der Festlegung nicht absehbar gewesen seien, nämlich die stärkere Abnahme der Produktion von L-Gas sowohl in Deutschland als auch in den Niederlanden. Auch die Rolle der Marktgebietsverantwortlichen habe sich geändert. Insbesondere im L-Gas-Markt bestehe die Gefahr, dass bei einer vollständigen Absenkung des Konvertierungsentgelts eine Häufung derartiger Situationen wie Anfang 2016 auftreten könne und im Extremfall die Marktgebietsverantwortlichen dauerhaft zum Beschaffer von L-Gas im Wege der Regelenergiebeschaffung (sog. „single buyer“ im L-Gas Markt) werden könnten, was negative Auswirkungen auf die Struktur des L-Gas-Marktes hätte, die es zu vermeiden gelte. Auch sei die der Festlegung KONNI Gas 1.0 zugrunde liegende Annahme, dass die Gefahr negativer Arbitragegeschäfte durch ökonomische Optimierung zwischen dem Konvertierungs- und dem Regelenergiesystem im Zeitablauf sinken würden, nicht eingetroffen, was mit der grundsätzlich positiv zu bewertenden zunehmenden Regelenergiebeschaffung über die Börse statt über die Regelenergieplattform zusammenhänge. Zudem seien die zum Zeitpunkt der Festlegung KONNI Gas 1.0 getroffenen Annahmen bezüglich des Prozesses zur Marktraumumstellung zu relativieren, eine Beschleunigung der Marktraumumstellung sei nicht ohne weiteres möglich. Auch die Zunahme an technischen Konvertierungsmöglichkeiten habe sich nicht derart hoch eingestellt wie seinerzeit angenommen. Aufgrund der veränderten Rahmenbedingungen im L-Gas-Markt könnten bei Wegfall des Konvertierungsentgelts unvorhersehbare und unkontrollierbare Markt- und Lastflussverschiebungen und damit auch eine zukünftige Gefährdung der Versorgungssicherheit zumindest nicht ausgeschlossen werden. Die Beibehaltung des Konvertierungsentgelts in der Konvertierungsrichtung H- nach L-Gas sei geeignet und erforderlich zum Umgang mit den Folgen der veränderten Rahmenbedingungen auf dem Gasmarkt. Das Konvertierungsentgelt verfüge über eine Lenkungswirkung im qualitätsübergreifenden Marktgebiet. Die Gefahr einer sehr häufigen oder gar ausschließlichen Belieferung der L-Gas-Letzterverbraucher durch die Beschaffung von Regelenergie und somit eine dauerhafte „single buyer“-Position der Marktgebietsverantwortlichen sei bei Beibehaltung des Konvertierungsentgelts deutlich geringer. Auch werde der Gefahr von Arbitragegeschäften zu Lasten der im Konvertierungssystem entstehenden, durch die Allgemeinheit zu tragenden Gesamtkosten durch die Beibehaltung des Konvertierungsentgelts entgegengewirkt. Zusätzlich seien auch langfristige Effekte einer Verhaltenssteuerung durch das Konvertierungsentgelt zu erwarten, z.B. bezogen auf die Entscheidung der Bilanzkreisverantwortlichen zum weiteren Umgang mit bestehenden L-Gas-Lieferverträgen, da das Konvertierungsentgelt jedenfalls eine Einflussgröße auf die Entscheidung zur Beibehaltung der L-Gas-Lieferverträge darstelle. Diese Effekte der Verhaltenssteuerung über das Konvertierungsentgelt könnten die Versorgungssicherheit im L-Gas-Markt positiv fördern. Es handele sich um eine zügig umsetzbare Maßnahme und die Fortführung eines bereits bestehenden und vor über vier Jahren implementierten Systems, dass somit den geringstmöglichen Eingriff in den Konvertierungsmarkt darstelle. Ein milderer Mittel stehe nicht zur Verfügung. Insbesondere seien im Konsultationsverfahren adressierte Veränderungen des Marktdesigns nicht

kurzfristig realisierbar. Andere Vorschläge zielten nicht auf die geänderte Rolle der Marktgebietsverantwortlichen und auf die daraus resultierenden Nachteile für den Gasmarkt ab und hätten kein Potential zur Verringerung der Gefahr negativer Arbitragegeschäfte.

Vertrauensschutzgesichtspunkte stünden einer Anpassung der Festlegung nicht entgegen, da sich die Beschlusskammer gemäß Ziff. 7 des Tenors der Festlegung KONNI Gas 1.0 den Widerruf bei veränderten Rahmenbedingungen ausdrücklich vorbehalten habe. Selbst wenn man davon ausgehe, dass der Vertrauensschutz durch den Widerrufsvorbehalt lediglich eingeschränkt sei, ergebe sich kein anderes Ergebnis, da im Rahmen einer Abwägung die vorgenannten Interessen der Marktbeteiligten angesichts der aufgeführten negativen Folgen für die Wettbewerbssituation im Gasmarkt aufgrund der geänderten Rolle der Marktgebietsverantwortlichen und der weiterhin bestehenden Gefahr sogenannter negativer Arbitragegeschäfte sowie unvorhersehbarer und unkontrollierbarer Markt- und Lastflussverschiebungen und einer möglichen zukünftigen Gefährdung der Versorgungssicherheit zurückzustehen hätten.

14

Hiergegen wendet sich die Beschwerdeführerin mit ihrer am 06.02.2017 eingelegten und am 27.04.2017 begründeten Beschwerde.

15

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, sie sei beschwerdebefugt. Es komme insoweit allein darauf an, ob eine Person oder Personenvereinigung im Verwaltungsverfahren beigeladen gewesen sei, was bei ihr der Fall sei. Vorsorglich aber sei sie auch materiell beschwert. Sie übe die Marktrolle des Zugangsnachfragers zum deutschen Markt aus. Insoweit seien im Gegensatz zu einem herkömmlichen zivilrechtlichen Vertrag die Regelungen über das Konvertierungsentgelt von der Bundesnetzagentur im Wortlaut vorgegeben. Der Standardvertrag unterliege nicht der zivilrechtlichen Inhaltskontrolle, weil es sich um einen preisregulierten Markt handle, so dass die Festlegung für sie zwingend auf dem Verwaltungsrechtsweg überprüfbar sein müsse.

16

Sie trägt vor, die angefochtene Änderungsfestlegung sei bereits formell rechtswidrig, da die Bundesnetzagentur ihrer Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung nicht nachgekommen sei. Indem sie allein auf Grundlage von Auskünften der Marktgebietsverantwortlichen, also unabhängig von eigenen Nachforschungen, davon ausgegangen sei, dass die Verursacher eines erhöhten Regelenergiebedarfs an L-Gas und damit eines Bedürfnisses nach einer Neuregelung im Frühjahr 2016 nicht ermittelbar gewesen seien, habe die Bundesnetzagentur gegen § 24 Abs. 1 S. 1 VwVfG bzw. ihre allgemeine Ermittlungspflicht aus § 68 EnWG verstoßen. Eine neutrale Einschätzung der Sachlage sei von den Marktgebietsverantwortlichen, die in der Vergangenheit nicht die erforderlichen Vorkehrungen für eine technische Konvertierung getroffen hätten und nach wie vor zugunsten eines Konvertierungsentgelts auf die Erhebung einer Konvertierungsumlage verzichteten, nicht zu erwarten. Auch habe die NCG in ihrer Antwort auf die entsprechende Anfrage der Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 17.06.2017 (Anlage BF 10) von einem auffälligen Konvertierungsverhalten zahlreicher Marktteilnehmer berichtet, ohne eine missbräuchliche Absicht derselben feststellen zu können. Der Bundesnetzagentur hätten diesbezüglich zahlreiche weitere Aufklärungsmöglichkeiten, etwa nach §§ 69 f. EnWG oder mittels Instrumenten der europäischen Finanzmarktregulierung für die Energiewirtschaft, zur Verfügung gestanden. Auch die behördlichen Feststellungen zur Versorgungssicherheit genügten den Anforderungen des § 24 VwVfG nicht. Hierzu hätte auch die Aufklärung des Grads der Wahrscheinlichkeit der Realisierung einer Gefährdung gehört. Angesichts der Intensität des Eingriffs in die bestehende Rechtslage hätte eine hinreichende Wahrscheinlichkeit der Realisierung der Gefahr verlangt und notwendig substantiiert werden

17

müssen. Die von der Bundesnetzagentur festgestellte „nicht auszuschließende Möglichkeit“ genüge dem nicht.

Die angefochtene Änderungsfestlegung sei zudem in materieller Hinsicht rechtswidrig. Es hätten die Voraussetzungen für einen Widerruf weder nach der Festlegung KONNI Gas 1.0 noch nach dem ergänzend angeführten § 29 Abs. 2 EnWG vorgelegen. Die von der Festlegung KONNI Gas 1.0 ausgehende Feststellungswirkung gelte fort. Im Hinblick auf diese Feststellungswirkung begegne insbesondere der Ausspruch eines nur teilweisen Widerrufs Bedenken, soweit hierdurch – wie vorliegend - das „Marktdesign“ insgesamt verändert werde. Tenor 7) der Festlegung KONNI Gas 1.0 komme ein eigenständiger Regelungsgehalt zu, der eine weitergehende Widerrufsbefugnis ohne die durch die Regelung bewirkte Selbstbindung ausschließe. Der Widerrufsvorbehalt sei zu unbestimmt und damit zumindest rechtswidrig, wenn nicht sogar nichtig. Es lasse sich weder aus Wortlaut noch aus Begründung des Widerrufsvorbehalts erkennen, unter welchen Voraussetzungen ein Widerruf möglich sein solle, da keinerlei konkrete Anhaltspunkte oder Maßstäbe genannt würden, in welchen Fällen oder ab welcher Schwelle das Bedürfnis nach einer Ausübung des Widerrufsvorbehalts gerechtfertigt sein solle. Der Annahme der Rechtswidrigkeit des Widerrufs stehe nicht entgegen, dass die Festlegung KONNI Gas 1.0 bis heute bestandskräftig sei, da die Rechtswidrigkeit des Widerrufsvorbehalts einer rechtmäßigen Entscheidung der Bundesnetzagentur im Wege der Änderungsfestlegung insgesamt entgegenstehe. Hiervon abgesehen genüge der streitgegenständliche Widerruf nicht den Voraussetzungen des vorbehaltenen Widerrufs. Es lägen auch keine Veränderung der Sachlage oder neue Erkenntnisse vor, die eine Änderung der Festlegung KONNI Gas 1.0 nach § 29 Abs. 2 EnWG rechtfertigen könnten. Die von der Bundesnetzagentur als „Veränderungen der Rahmenbedingungen“ aufgeführten Umstände seien jedenfalls in ihrer wesentlichen Tendenz bereits bei Erlass der Festlegung KONNI Gas 1.0 bekannt gewesen. Das eigentliche Ziel der Festlegung KONNI Gas 1.0 sei ohnehin ein erhöhtes Konvertierungsverhalten der Marktteilnehmer gewesen, mit der eine gegebenenfalls verstärkte Rolle der Marktgebietsverantwortlichen als Beschaffer von Regelenergie einhergehe.

18

Der teilweise Widerruf der Festlegung KONNI Gas 1.0 sei auch ermessensfehlerhaft. Die Bundesnetzagentur hätte die Rechtswidrigkeit des Widerrufsvorbehalts im Rahmen des Widerrufsermessens berücksichtigen müssen. Sie hätte auch abwägen müssen, ob der Zweck des Widerrufs durch diesen erreicht werden könne, und auch weitere rechtliche Aspekte wie entgegenstehende Grundrechte der vom Widerruf Betroffenen berücksichtigen müssen. Es sei offensichtlich, dass der Widerrufsvorbehalt den rechtmäßig auf dem Markt handelnden Akteuren habe Vertrauen schenken sollen. Die möglichen Verursacher des Regelenergiebedarfs durch rechtswidrig durchgeführte Arbitragegeschäfte seien hingegen nicht schutzwürdig, würden aber auch nicht belastet.

19

Der angefochtene Beschluss sei hinsichtlich des Tenors zu 2) und insbesondere hinsichtlich der in den Standardvertrag Konvertierung als Anlage zur Änderungsfestlegung aufgenommenen Regelungen zur Beibehaltung eines Konvertierungsentgelts rechtswidrig, da die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 50 Abs. 1 Nr. 9, 10 GasNZV nicht vorlägen. Die Erhebung eines Konvertierungsentgelts stelle keine gesonderte Nutzung des Virtuellen Handelspunkts dar, für die nach § 50 Abs. 1 Nr. 10 GasNZV ein Entgelt erhoben werden könne, da durch die Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0 ein zweiter Handelspunkt pro Marktgebiet etabliert werde. Auch werde durch die angefochtene Änderungsfestlegung weder ein effizienter Netzzugang noch eine preisgünstige, verbraucherfreundliche und effiziente Versorgung mit Erdgas oder die Sicherstellung

20

wirksamen Wettbewerbs gewährleistet. Das Konvertierungsentgelt führe zu einer Beibehaltung der qualitätsscharfen Trennung der Marktgebiete, indem weiterhin zwei lediglich gegen Entgelt verbundene Bilanzzonen existierten, und untergrabe jede Aussicht auf qualitätsübergreifenden Handel. Es bestünden rechtlich relevante Unterschiede zwischen einer Interimsmaßnahme zur Einführung des qualitätsübergreifenden Handels, die der Integration der L-Gasgebiete diene, und dem hier Streitgegenständlichen dauerhaft erhobenen Konvertierungsentgelt. Die dauerhafte Beibehaltung des Konvertierungsentgelts für die Konvertierungsrichtung von H-Gas nach L-Gas verstoße deshalb gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen § 21 GasNZV. Dessen Neufassung untermauere die Annahme, dass der Ordnungsgeber von einem längst vollständig qualitätsübergreifend funktionierenden Marktgebiet ausgehe. Die Zulassung unterschiedlicher Bedingungen für den Gashandel je nach Qualität widerspräche den Motiven für die Neuregelung, zu denen die Erhöhung der Liquidität des gesamten Gasmarktes zähle. Für die L-Gas-Versorgung werde die Illiquidität des Marktes verschärft und das wettbewerbliche Tätigwerden der Marktteilnehmer erheblich erschwert.

Die Neuregelung des Konvertierungssystems durch die angefochtene Änderungsfestlegung sei ermessensfehlerhaft, dies gelte korrespondierend auch für die Ausübung des Widerrufsermessens. Es liege zunächst ein Ermessensfehlergebrauch darin, dass die Bundesnetzagentur wie aufgezeigt gegen den Untersuchungsgrundsatz verstoßen habe. Auch hätte die Bundesnetzagentur nicht auf die Verfolgung oder gar Durchsetzung der mit der technischen Konvertierung zusammenhängenden Pflichten der Marktgebietsverantwortlichen verzichten dürfen. Tenorziffer 5 der Festlegung KONNI Gas 1.0, wonach Marktgebietsverantwortliche und Fernleitungsnetzbetreiber erst dann, wenn die Kosten der kommerziellen Konvertierungsmaßnahmen über einen Zeitraum von einem Jahr über den Kosten technischer Konvertierungsmaßnahmen oder der Umstellung einzelner Netzteile von L- auf H-Gas lägen, die Möglichkeiten der Erweiterung technischer Konvertierungsmöglichkeiten bzw. Teilnetzumstellungen zu prüfen hätten, spreche dafür, dass das ursprüngliche Konvertierungsentgelt noch mindestens ein Jahr hätte beibehalten werden müssen. Weiter liege ein Ermessensnichtgebrauch darin, dass nicht geprüft worden sei, ob ein Vorgehen gegen die unmittelbaren Verursacher erhöhter Regelenergie kein besser geeignetes, milderer Mittel anstatt der Belastung einer Vielzahl von Marktteilnehmern gewesen wäre.

Schließlich habe die Bundesnetzagentur die Grenzen des ihr eingeräumten Ermessens überschritten. Die Vermeidung einer Rolle der Marktgebietsverantwortlichen als sog. „single buyer“ von L-Gas sei nicht mit den Zielsetzungen des § 1 EnWG und insbesondere mit § 21 GasNZV vereinbar. Hierfür dürfe der ordnungsrechtlich gewollte Ansatz qualitätsübergreifender Marktgebiete nicht aufgegeben und die Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs nicht vereitelt werden. Die Beibehaltung des Konvertierungsentgelts sei ungeeignet, eine sog. „single buyer“-Stellung der Marktgebietsverantwortlichen zu vereiteln, da durch die Aufgabe des qualitätsübergreifenden Handels durch ein Konvertierungssystem ohne Transaktionskosten auch der Preisdruck, der die Angleichung der Preise für H- und L-Gas bewirke, fehle. Der Netting-Effekt, der darauf abziele, dass bei annähernd gleichen Marktpreisen beider Gasqualitäten in beiden Richtungen jeweils die gleichen Mengen bilanziell konvertiert würden, werde durch die Erhebung des Konvertierungsentgelts in eine Richtung torpediert. Der negative Effekt der Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0 zeige sich am tatsächlichen Konvertierungsverhalten, das im Jahr 2017 eine überwiegende Konvertierung von L- nach H-Gas zeige, die durch die wegen des Konvertierungsentgelts gering ausfallenden Konvertierungsmengen in umgekehrter Konvertierungsrichtung nicht ausgeglichen werden könne. Es werde ohnehin zu

einer Konzentrierung der Nachfrage kommen, da sich bei Beibehaltung des Konvertierungsentgeltes die Nachfrager ausschließlich und dauerhaft den historisch überkommenen Importeuren zuwenden würden und im Zuge der voranschreitenden Marktraumumstellung immer weniger Abnehmer – bis hin zu „single buyern“ – der immer größeren Marktmacht dieser Importeure entgegenstünden. Im Übrigen zeigten die Ereignisse von Anfang 2016 gerade, dass ein Konvertierungsentgelt prinzipiell nicht geeignet sei, ein die Marktgebietsverantwortlichen über Gebühr belastendes Regelenergieaufkommen zu verhindern. Zur Verbesserung der Versorgungssicherheit sei die Beibehaltung des Konvertierungsentgeltes ersichtlich ungeeignet, da sie weder Einfluss auf die Fördermengen von L-Gas noch auf die Importmengen oder Konvertierungskapazitäten habe. Allerdings decke die Produktionsobergrenze in den Niederlanden in jedem Fall den Bedarf der Nachfrager von L-Gas (Anlagen BF 26 und 27). Ob das vorhandene L-Gas unmittelbar durch die Importeure oder als Regelenergie durch die Marktgebietsverantwortlichen bezogen werde, sei eine Kostenfrage und keine Frage der Versorgungssicherheit. Auch die Tatsache, dass seit Beginn des Konvertierungssystems 3 TWh mehr L- zu H-Gas konvertiert worden sei als in umgekehrter Richtung, zeige, dass die Annahmen, die zur angefochtenen Änderungsfestlegung geführt hätten, nicht tragfähig seien. Bei einer Sozialisierung der Konvertierungskosten durch Erhebung einer Konvertierungsumlage bestünde ein längerfristiger Anreiz für die Marktgebietsverantwortlichen, auf die Errichtung von Konvertierungsanlagen in Deutschland hinzuwirken.

Zudem sei die Beibehaltung des Konvertierungsentgeltes nicht erforderlich. Es hätte auch die Möglichkeit der bewussten Umstellung der Rolle der Marktgebietsverantwortlichen auf die Rolle des „single buyers“ berücksichtigt werden müssen, ebenso die Identifizierung und Pönalisierung der einzelnen Marktteilnehmer, die für den erhöhten Regelenergiebedarf Anfang 2016 verantwortlich gewesen seien. Der Regelenergiebedarf Anfang 2016 könne im Übrigen als Beleg dafür gesehen werden, dass es gemäß den ursprünglichen Annahmen in der Festlegung KONNI Gas 1.0 auf der letzten Stufe des Absenkungspfades zu der von dieser gerade intendierten Akzeptanz der bilanziellen Konvertierung gekommen sei. 23

Auch stehe die Rechtsbeeinträchtigung der Beschwerdeführerin außer Verhältnis zu dem mit der Maßnahme verfolgten Zweck. Sie sei in ihrem Grundrecht aus Art. 12 GG betroffen. Gleichzeitig bestünden die von der Bundesnetzagentur angeführten Gründe des Gemeinwohls nicht bzw. würden – bezogen auf den bloßen „Verdacht“ der Gefährdung der Versorgungssicherheit - den Eingriff nicht rechtfertigen. Gleichzeitig sei sie auch in ihrem Grundrecht aus Art. 14 GG betroffen. Sie sei infolge einer bislang „stabilen“ öffentlich-rechtlichen Grundposition ihrer gewerblichen Tätigkeit nachgegangen und habe im Vertrauen auf das hierdurch entstandene eigentumschutzfähige Substrat in branchenüblicher Weise Dispositionen getätigt, die mit konkreten und bezifferten Erwerbserwartungen verbunden gewesen seien. So sei der Anteil der Neuabschlüsse von L-Gas-Lieferverträgen im Jahr 2016 deutlich gestiegen, wobei sie sich zu deren Erfüllung mit dem günstigeren H-Gas eingedeckt und dabei Konvertierungsentgelte nur bis September 2016 einkalkuliert habe. Die kurzfristige und für die Marktteilnehmer nicht vorhersehbare Entscheidung der Bundesnetzagentur bringe erhebliche Mehrkosten mit sich, die pro Kunde teilweise ... lägen, wie im Einzelnen aus der Anlage B 21 ersichtlich, und teilweise nicht an die Kunden weitergereicht werden könnten. Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) sei verletzt, da die Versorger (und Gasverbraucher) in einem L-Gasgebiet gegenüber denjenigen in einem H-Gas-Gebiet sachwidrig ungleich behandelt würden. Hier sei insbesondere der gesetzgeberische Wille zu berücksichtigen, die unterschiedlichen Gasqualitäten unterschiedslos zu behandeln. Zudem verstoße die Beibehaltung des Konvertierungsentgeltes gegen den aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Grundsatz des Vertrauensschutzes. Auch im Fall einer grundsätzlich zulässigen 24

tatbestandlichen Rückanknüpfung könne – wie vorliegend der Fall - die Abwägung des öffentlichen Interesses an einer einheitlichen Neuregelung mit der Vertrauensschutzposition des Betroffenen zu einer Verfassungswidrigkeit der Norm führen. Denn da der Widerrufsvorbehalt aufgrund mangelnder Bestimmtheit nichtig sei, stehe er auch nicht einem Vertrauen der Marktteilnehmer auf die in der Festlegung KONNI Gas 1.0 getroffenen Regelungen entgegen.

Sie sei durch den rechtswidrigen Widerruf und die rechtswidrige Änderungsfestlegung auch in ihren subjektiven Rechten verletzt. § 20 Abs. 1b EnWG, wonach die Bundesnetzagentur verpflichtet sei, als staatliche Verwaltungsbehörde die Voraussetzungen für einen Wettbewerb zu schaffen, der einen diskriminierungsfreien und effektiven Netzzugang für jedermann ermögliche, sei hinsichtlich aller an dem von der Bundesnetzagentur geschaffenen Wettbewerbsrahmen teilnehmenden Marktakteure drittschützend. Das Ziel einer möglichst barrierefreien Markt- und Wettbewerbsteilnahme gelte auch für den bilanziellen Netzzugang und insbesondere die effiziente Erreichbarkeit des Virtuellen Handlungspunktes. Jedenfalls sei sie wie aufgezeigt in ihren Grundrechten verletzt. 25

Die Beigeladene zu 6) ist ebenfalls der Ansicht, dass die Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0 formell und materiell rechtswidrig sei. Sie verletze nicht nur deutsches Recht, sondern auch Unionsrecht. Sowohl Konvertierungsumlage als auch Konvertierungsentgelt verstießen gegen den primärrechtlichen Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) und gegen die Verordnung (EG) Nr. 1775/2005, die Richtlinie 2009/73/EG und die Verordnung (EU) Nr. 312/2014. Zur Unverhältnismäßigkeit der streitgegenständlichen Festlegung sei zu berücksichtigen, dass der Bundesnetzagentur mit dem Ex-post-Konvertierungsentgelt ein weiteres Mittel zur Verfügung gestanden hätte, das milder gewesen wäre als das letztlich beschlossene Ex-ante-Konvertierungsentgelt. Ergänzend verweist die Beigeladene zu 6) auf ihren Vortrag in dem von ihr gegen die Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0 geführten Beschwerdeverfahren vor dem Senat zum Az. VI-3 Kart 22/17 [V]. 26

Die Beschwerdeführerin beantragt, 27

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 21.12.2016, Az. BK7-16-050, aufzuheben. 28

Die Bundesnetzagentur beantragt, 29

die Beschwerde zurückzuweisen. 30

Die Bundesnetzagentur trägt vor, dass die Beschwerde mangels Beschwer der Beschwerdeführerin bereits unzulässig sei. Die Beschwerdeführerin sei von der angegriffenen Festlegung nur mittelbar in ihren wirtschaftlichen Interessen betroffen, da die Vorgaben der Festlegung einer Umsetzung durch die adressierten Betroffenen, die Marktgebietsverantwortlichen, bedürfe. Gerade in Bezug auf das von der Beschwerdeführerin angegriffene Konvertierungsentgelt für die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas gebe die angefochtene Änderungsfestlegung den Rahmen, insbesondere eine Obergrenze, vor, die aber noch von den Marktgebietsverantwortlichen ausgefüllt werden müsse, insbesondere durch die Bemessung des Entgelts. 31

Die Änderungsfestlegung sei formell rechtmäßig ergangen. Die Beschwerdeführerin wehre sich letztlich gegen die Bewertung verschiedener, von ihr nicht bestrittener Umstände durch die Bundesnetzagentur und die daraus gezogenen Konsequenzen. Auch habe sie, die Bundesnetzagentur, in mehreren Konsultationsrunden Sachaufklärung betrieben. Keine noch so intensive Sachaufklärung aber hätte sie in die Lage versetzt, die mit einer 32

Prognoseentscheidung verbundenen Unwägbarkeiten auszuräumen.

Die Änderungsfestlegung sei aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung auch materiell rechtmäßig. Es bestünden keine generellen Bedenken gegen den Teilwiderruf einer Festlegung, der ausweislich des Wortlauts des § 49 Abs. 2 VwVfG möglich sei. Sie sei nach § 29 Abs. 2 EnWG zur Änderung der Festlegung KONNI Gas 1.0 berechtigt gewesen, da sich sowohl die Sachlage aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen als auch ihre eigene Einschätzung geändert hätten. Die Voraussetzungen des § 49 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 VwVfG seien ebenfalls erfüllt, insbesondere sei der Widerrufsvorbehalt in Ziff. 7 des Tenors der Festlegung KONNI Gas 1.0 hinreichend bestimmt, da kein unverhältnismäßiges Risiko einer Unklarheit über die Rechtslage bestanden habe. 33

Bezüglich des Teilwiderrufs habe sie ihr Ermessen erkannt und rechtmäßig ausgeübt. Vertrauensschutzgesichtspunkte hätten dem Widerruf nicht entgegengestanden, da die Marktbeteiligten wegen des Widerrufsvorbehalts mit einer Anpassung der Festlegung bei erheblicher Veränderung der Rahmenbedingungen hätten rechnen müssen. Jedenfalls müssten etwaige Vertrauensschutzgesichtspunkte angesichts der ausgeführten, sonst zu befürchtenden negativen Folgen für den Wettbewerb auf dem Gasmarkt zurücktreten. Das geänderte Konvertierungsentgelt sei der kleinstmögliche Eingriff in das bisherige Konvertierungssystem, da kein Ex-post-Konvertierungsentgelt vorgesehen und das Entgelt für die Konvertierungsrichtung von L- zu H-Gas vollständig gestrichen worden sei. 34

Die Anordnungen der Änderungsfestlegung seien rechtmäßig und beruhten auf § 50 Abs. 1 GasNZV. Die Beibehaltung des Konvertierungsentgeltes diene der Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs. Dass es seit dem 01.04.2017 in den Wintermonaten Dezember 2017 und Januar 2018 in beiden Marktgebieten eine nennenswerte bilanzielle Konvertierung von H- nach L-Gas gegeben habe (Anlage BG 1), zeige, dass das Konvertierungsentgelt keine verhindernde Wirkung auf den qualitätsübergreifenden Handel habe. Die Entwicklung der bilanziellen Konvertierungsmengen in beiden Marktgebieten spreche weiter dafür, dass es gerade keine zeitgleiche bilanzielle Konvertierung in beide Flussrichtungen gebe und der von der Beschwerdeführerin vorgetragene „Netting-Effekt“ rein theoretisch sei. Die angefochtene Änderungsfestlegung diene auch einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen und effizienten Versorgung der Allgemeinheit mit Gas. Dies gelte insbesondere in Verbindung mit dem durch die Änderungsfestlegung eingeführten Liquiditätspuffer und der festgelegten Obergrenze des Konvertierungsentgeltes, die eine prohibitive Höhe des Konvertierungsentgeltes ausschliesse und – wie die Erfahrung zeige – die tatsächlich durchgeführte bilanzielle Konvertierung nicht einschränke. 35

Die beanstandete Beibehaltung des Konvertierungsentgeltes sei ermessensfehlerfrei. Sie sei die einzige Lösung, die alle Auswirkungen der veränderten Rahmenbedingungen positiv fördern könne und gleichzeitig ermögliche, die mit der Festlegung KONNI Gas 1.0 verfolgten Ziele weiter zu verfolgen. Ob es sich bei dem Verhalten einzelner Marktteilnehmer um negative Arbitragegeschäfte gehandelt habe, sei für die Frage der fehlerfreien Sachverhaltsermittlung irrelevant, sofern sie, die Bundesnetzagentur, überhaupt gegen ein solches Verhalten vorgehen könne. Der Nachweis einer gezielten Herbeiführung von Netzungleichgewichten sei aufwändig und bis zur bestandskräftigen Entscheidung vergangen unter Umständen Jahre. Das Verhalten einzelner Marktteilnehmer im Februar 2016 sei im Übrigen Grundlage für die Eilentscheidung vom 19.02.2016, nicht aber für die angefochtene Änderungsfestlegung gewesen. Auch seien ex post wirkende Maßnahmen weniger geeignet, strukturellen Problemen wie den vorliegenden zu begegnen. Die Frage der Erweiterung technischer Konvertierungsanlagen betreffe Fragen der Marktraumumstellung bzw. der 36

Netzentwicklungsplanung und der Investitionsmaßnahmen, die eigenen gesetzlichen Rahmen- und Verfahrensvorschriften unterliegen würden. Die Festlegung KONNI Gas 1.0 sehe diesbezüglich nur Prüfpflichten bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen vor. Es lägen auch keine Grundrechtsverletzungen vor. Art. 12 GG sei nicht berührt. Das Konvertierungsentgelt betreffe lediglich einen Teilaspekt der Berufungsausübung der Beschwerdeführerin, die sich insoweit am Markt nach denselben Grundsätzen des Wettbewerbs betätige wie ihre Mitbewerber. Da das Konvertierungsentgelt allenfalls Auswirkungen auf die zukünftige Tätigkeit der Beschwerdeführerin haben könne und kein Vertrauenstatbestand bestehe, sei die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG ebenfalls nicht verletzt. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG sei wegen der Unterschiedlichkeit der verschiedenen Sachverhalte nicht verletzt. Das Konvertierungssystem ermögliche erst eine „bilanzielle Gleichbehandlung“ der physikalisch verschiedenen Gasqualitäten. Jedenfalls aber seien die Regelungen sachlich gerechtfertigt. Da die Beschwerdeführerin nicht auf das Abschmelzen des Konvertierungsentgeltes habe vertrauen dürfen, sei auch der verfassungsrechtliche Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht berührt.

Auch eine Ermessensüberschreitung liege nicht vor. Ursprünglicher Zweck des Konvertierungssystems sei nicht allein die Finanzierung des Konvertierungssystems gewesen, sondern von Anfang an auch die Verhaltenssteuerung der Marktbeteiligten. Die Verhinderung einer „single buyer“-Stellung der Marktgebietsverantwortlichen sei ein legitimer Zweck der Regelung und ergebe sich nicht schon zwangsläufig früher oder später infolge der Marktraumumstellung. Die Änderungsfestlegung sei auch ein geeignetes Mittel insbesondere zur Verhinderung einer „single buyer“-Stellung. Prohibitiv hohe Konvertierungsentgelte seien schon angesichts des Grundsatzes der Ergebnisneutralität für das Konvertierungssystem nicht zu erwarten. Die Situation Anfang 2016 habe gezeigt, dass ein etwas höheres Konvertierungsentgelt in Verbindung mit der Option, dieses noch weiter zu erhöhen, disziplinierend auf die Händler wirke, so dass derartige außergewöhnliche Entwicklungen und Störungen sich nicht häufen könnten. Es gäbe auch kein milderes Mittel. Eine bewusste Umstellung der Rolle der Marktgebietsverantwortlichen zum „single buyer“ würde zu Verwerfungen des regulatorischen Gefüges führen und entbehre einer Ermächtigungsgrundlage. Die angefochtene Änderungsfestlegung sei schließlich angemessen. Sie verstoße nicht gegen geltendes Recht, insbesondere handele es sich bei den derzeitigen Marktgebieten von NGC und Gaspool um zwei Marktgebiete i.S.d. § 21 GasNZV, daran ändere die Beibehaltung des Konvertierungsentgeltes nichts. Dass der Gesetzgeber ihre diesbezügliche Festlegungskompetenz infolge der Anpassung des § 21 GasNZV habe einschränken wollen, sei nicht ersichtlich, zumal § 50 Abs. 1 Nr. 9 und Nr. 10 GasNZV soweit hier relevant unverändert geblieben seien.

37

Die Betroffenen zu 1) und 2) sind ebenfalls der Ansicht, dass sowohl der teilweise Widerruf der Festlegung KONNI Gas 1.0 als auch die streitgegenständliche Änderungsfestlegung rechtmäßig seien. Die Beschwerdeführerin lasse unberücksichtigt, dass sie, die Marktgebietsverantwortlichen, kein kommerzielles Eigeninteresse an der Aufrechterhaltung des Konvertierungsentgeltes hätten und deshalb die von ihnen gestellten Anträge sowie ihre Ermittlungen und Auskünfte zu den Vorgängen im Zeitraum 27.01. bis 29.02.2016 allein der Sicherstellung der Versorgung der Allgemeinheit gedient hätten. Diese sei aber, wie die Deckung der mit dem qualitätsübergreifenden Gastransport und –handel unvermeidbar entstehenden zusätzlichen Kosten und die Verhinderung missbräuchlicher Arbitragegeschäfte, gerade Ziel der Festlegung KONNI Gas 1.0 gewesen. Das ab dem 27.01.2016 festzustellende deutlich erhöhte Konvertierungsverhalten der Marktteilnehmer sei ersichtlich nicht Anlass für die schon am 26. bzw. 27.01.2016 gestellten Anträge zur Anpassung des Absenkungsfaktors gewesen. Die Beibehaltung des Konvertierungsentgeltes

38

sei vor dem Hintergrund des deutlich langsamer abnehmenden L-Gas-Leistungsbedarfs bei gleichzeitig zunehmender Bilanzierung von H- nach L-Gas beantragt worden, d.h. wegen der Anfang 2016 absehbaren langfristigen Entwicklung des L-Gasmarktes. Wie aus der Stellungnahme der NCG vom 17.06.2016 nebst beigefügter Übersicht über das Konvertierungsverhalten (Anlagen MGV 1 und 2) ersichtlich, habe die Betroffene zu 1) hiervon unabhängig die Hintergründe des erhöhten Konvertierungsverhaltens Anfang 2016 zunächst durch eine interne und sodann durch eine externe Untersuchung durch eine Rechtsanwaltskanzlei gründlich aufgeklärt, ohne dass einzelnen Marktgebietsverantwortlichen die gezielte Herbeiführung des Regelenergiebedarfs hätte nachgewiesen werden können.

Es liege gegenüber der Festlegung KONNI Gas 1.0 die von der Bundesnetzagentur aufgezeigte Änderung der tatsächlichen Umstände vor, namentlich der Rückgang der L-Gas-Produktion in den Niederlanden. Im Vergleich zum 10-Jahres-Förderplan für die Region Groningen im Zeitpunkt des Erlasses der Festlegung KONNI Gas 1.0 habe sich die jährliche Förderobergrenze de facto halbiert, wie im Einzelnen aus den Anlagen MGV 4-7 ersichtlich sei. Für die inländische Produktion liege der Förderrückgang immerhin bei ca. 15 % (Anlagen MGV 8-10), wobei die geplanten Produktionskapazitäten regelmäßig nicht erreicht würden und durch das faktische Verbot des unkonventionellen Frackings und Einschränkungen des konventionellen Frackings weiter eingeschränkt würden. 39

Das Konvertierungssystem mit einem Konvertierungsentgelt sei auch zur Beeinflussung der Marktteilnehmer und zur Gewährleistung der Sicherheit der Versorgung mit L-Gas in Deutschland geeignet. Bei Wegfall des Konvertierungsentgelts würde für deutsche Gasversorger, die derzeit aufgrund langfristiger Lieferverträge L-Gas aus den Niederlanden bezögen, aus kommerzieller und regulatorischer Sicht kein Grund mehr bestehen, ihre Lieferanten an diesen Lieferverpflichtungen festzuhalten. Die einvernehmliche Aufhebung langfristiger Lieferverträge könne zu einem weiteren Produktionsrückgang in den Niederlanden führen. Dem wirke es entgegen, wenn der physische Bezug von L-Gas wegen des Konvertierungsentgeltes wirtschaftlich sinnvoll bleibe. Gleichzeitig schließe das Konvertierungsentgelt die Preisdifferenz zwischen den beiden Gasqualitäten. Auch wenn die Preisstellung von L- und H-Gas im Markt dynamisch und damit nicht genau prognostizierbar sei, die Anreizwirkung des Konvertierungsentgeltes in einer bestimmten Höhe mithin nicht absolut und zu allen Zeitpunkten gleich, so sei sie doch vom Grundsatz her vorhanden. Gerade die Möglichkeit zur außerordentlichen Anhebung des Konvertierungsentgeltes, so bei außergewöhnlichen Konvertierungsaktivitäten, behafte die Aufhebung eines Langfristvertrages für L-Gas mit einem weiteren Risiko. Die aufgezeigte Steuerungswirkung sei aber nur in die Konvertierungsrichtung von H- zu L-Gas erforderlich. 40

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 vom 14.03.2018 Bezug genommen. 41

B.

Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet.

I. 43

Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist die Beschwerdeführerin beschwerdebefugt. 44

1. Beschwerdebefugt ist nach § 75 Abs. 2 i.V.m. § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG jeder Dritte, der an dem Verfahren beteiligt ist. Die Beschwerdeführerin ist durch Beschluss vom 12.05.2016 (BK7-16-040-B5, Anlage BF 2) zum Verwaltungsverfahren beigelegt worden. Da der angefochtene Beschluss von ihrem dortigen Begehren negativ abweicht, ist sie formell beschwert. 45

2. Die Beschwerdeführerin ist auch materiell beschwert. 46

a) Die bloße Beteiligung am Verfahren vor der Bundesnetzagentur ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht ausreichend, eine Zulässigkeit der Beschwerde zu begründen. Erforderlich ist vielmehr auch eine materielle Beschwerde als eine besondere Form des Rechtsschutzinteresses, die durch die Verfahrensbeteiligung nicht als Zulässigkeitsvoraussetzung ersetzt wird (BGH, Beschl. v. 14.10.2008, EnVR 79/07, BeckRS 2009, 21134; Beschl. v. 11.11.2008, EnVR 1/08 – citiworks, BeckRS 2009, 01766; Senat, Beschl. v. 09.06.2010, VI-3 Kart 193/09 [V], BeckRS 2011, 21501; 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). 47

b) Eine materielle Beschwerde setzt voraus, dass der Betroffene durch die angefochtene Verfügung der Regulierungsbehörde in seinen – erheblichen - wirtschaftlichen Interessen unmittelbar und individuell betroffen ist (BGH, a.a.O.; Senat, 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 (zuletzt Senat, Beschl. v. 10.01.2018, VI-3 Kart 1202/16 [V], noch nicht veröffentlicht). Dagegen scheidet eine unmittelbare Betroffenheit und damit eine die Beschwerdebefugnis begründende materielle Beschwerde 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). 48

c) Die Beschwerdeführerin ist von der Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0 in diesem Sinne unmittelbar und individuell betroffen und damit materiell beschwert. 49

Zwar ist sie als Energieversorgungsunternehmen, das Endkunden in Deutschland sowohl mit H- als auch mit L-Gas beliefert, nicht Adressatin der angefochtenen Änderungsfestlegung. Adressatinnen sind vielmehr nur die Betroffenen als Marktgebietsverantwortliche, die dem Pflichtenkreis des § 20 GasNZV, der durch die Festlegung im Bereich der Bilanzierung näher konkretisiert wird, unterworfen sind (S. 11 des angefochtenen Beschlusses). 50

Die unmittelbare Betroffenheit folgt aber aus der Festlegung in Ziff. 2 des Tenors. Danach sind die Betroffenen verpflichtet, die von ihnen angebotenen Bilanzkreisverträge an die Vorgaben des in der Anlage zu dem Beschluss befindlichen Standardvertrags Konvertierung anzupassen. Es handelt sich hierbei um eine ab dem 01.04.2017 bestehende Rechtspflicht, die sich sowohl auf bestehende als auch auf zukünftig abzuschließende Verträge bezieht (S. 26 der angefochtenen Änderungsfestlegung). Nach § [1] S. 3 Standardvertrag Konvertierung wird die nach § [1] S. 1 Standardvertrag Konvertierung bilanziell konvertierte Menge in Richtung H- nach L-Gas mit einem Konvertierungsentgelt in ct pro kWh belegt. Auch wenn der Standardvertrag Konvertierung die Höhe des zu erhebenden Konvertierungsentgeltes nicht konkret festlegt, sondern lediglich dessen Festsetzung durch die Marktgebietsverantwortlichen auf Grundlage der durch ein näher beschriebenes, geeignetes Prognoseverfahren ermittelten voraussichtlichen Konvertierungskosten im Geltungszeitraum, so wird jedenfalls die hier von der Beschwerdeführerin beanstandete Beibehaltung des Konvertierungsentgeltes für die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas dem Grunde nach durch den Wortlaut des Standardvertrags Konvertierung verbindlich vorgegeben. Die Beschwerdeführerin ist aber schon dadurch, dass ein Konvertierungsentgelt erhoben wird, unmittelbar betroffen, die Höhe desselben bestimmt nur das konkrete Ausmaß ihrer Betroffenheit.

Die Beschwerdeführerin, die als Bilanzkreisverantwortliche auch mit L-Gas handelt, wird von der Verpflichtung zur Zahlung des Konvertierungsentgeltes wirtschaftlich unmittelbar betroffen, da die Zahlungsverpflichtung für die dargestellte Konvertierungsrichtung dem Grunde nach keinen Umsetzungsakt der Marktgebietsverantwortlichen mehr erfordert, innerhalb dessen diesen noch ein Gestaltungsspielraum zukäme. Für die Vertragspartner der Marktgebietsverantwortlichen entstehen insoweit zwingende und damit unmittelbare Auswirkungen. Damit ist die Fallgestaltung vergleichbar mit der, die dem bereits zitierten Beschluss des Senats vom 23.10.2017 (VI-3 Kart 94/16 [V]) zugrunde lag, in dem der Senat die unmittelbare wirtschaftliche Betroffenheit einer Transitkundin durch eine Festlegung der Bundesnetzagentur bejaht hat, die einen von den Netzbetreibern zwingend zu erhebenden und von dieser zu entrichtenden Einheitstarif auf der Einspeiseseite vorgab. Dass das Rechtsverhältnis zwischen den Marktgebietsverantwortlichen und den Bilanzkreisverantwortlichen als ihren Vertragspartnern dabei privatrechtlich ausgestaltet ist, steht dem nicht entgegen. 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. Nichts anderes gilt hier für die Verpflichtung zur Beibehaltung eines Konvertierungsentgeltes für eine bestimmte Konvertierungsrichtung. 52

Der Annahme einer unmittelbaren wirtschaftlichen Betroffenheit der Beschwerdeführerin steht auch nicht entgegen, dass sie zukünftig als Bilanzkreisverantwortliche von der Konvertierungsmöglichkeit von H- nach L-Gas nicht zwingend Gebrauch machen muss. Denn die Tatsache, dass ein Konvertierungsentgelt für die Konvertierungsrichtung zu H- nach L-Gas erhoben wird, ist bereits für die Entscheidung des jeweiligen Bilanzkreisverantwortlichen, ob er für seine L-Gas-Kunden qualitätsscharf L-Gas oder H-Gas beschafft und sodann bilanziell konvertiert, wirtschaftlich bedeutsam, da das Konvertierungsentgelt Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit der jeweiligen Beschaffungsart hat. Die infolge der streitgegenständlichen Festlegung verbindliche Beibehaltung des Konvertierungsentgeltes wirkt sich also bereits 53

unmittelbar auf die Grundlagen der Entscheidung der Bilanzkreisverantwortlichen aus, ob er die bilanzielle Konvertierungsmöglichkeit nutzen will, und betrifft ihn deshalb wirtschaftlich unmittelbar unabhängig davon, ob er in der Folge die Möglichkeit zur bilanziellen Konvertierung auch tatsächlich nutzt.

Die vorliegende Sachverhaltskonstellation unterscheidet sich damit deutlich von derjenigen, die dem Beschluss des Senats vom 10.01.2018 (VI-3 Kart 1202/16 [V]) zugrunde lag. Dort hat der Senat die materielle Beschwer eines Netznutzers durch die Festlegung bezüglich der Eigenkapitalverzinsung der Netzbetreiber verneint, weil die Festlegung eine für die Höhe der von der dortigen Beschwerdeführerin zu zahlenden Netzentgelte maßgebliche Vorfrage betrifft und damit nur eine mittelbare, über mehrere Umsetzungsakte transportierte Wirkung entfaltet. An derartigen Umsetzungsakten fehlt es im vorliegenden Fall. 54

Schließlich steht der Annahme einer unmittelbaren Betroffenheit der Beschwerdeführerin nicht der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 05.10.2010 (EnVR 51/09, BeckRS 2010, 28427, beck-online) entgegen, der die Beschwerde eines Netznutzers über die Festlegung von Ausgleichsleistungs- und Bilanzregeln im Gassektor durch die Bundesnetzagentur vom 28.05.2008 (GABi Gas) betraf, nach der die Bilanzkreisnetzbetreiber verpflichtet waren, in abgeschlossene sowie in neu abzuschließende Bilanzkreisverträge die in Anlage 1 ("Standardbilanzkreisvertrag Gas") festgelegten Regelungen aufzunehmen. Der Bundesgerichtshof hat dort ausgeführt, dass, auch wenn damit für den (potenziellen) Vertragspartner des Adressaten absehbare Auswirkungen des Verwaltungsakts entstehen, hierdurch keine eigene unmittelbare Rechtsbetroffenheit in der Person des Vertragspartners und damit dessen materielle Beschwer begründet werde, da die Bilanzkreisverantwortlichen erst noch zur Umsetzung der Vorgabe durch entsprechende Anpassung der Verträge bzw. den Abschluss neuer Verträge entsprechend den Vorgaben der Festlegung verpflichtet seien. Die Entscheidung betraf mithin die Frage, ob die dortige Beschwerdeführerin, die im Verwaltungsverfahren keinen rechtzeitigen Beiladungsantrag gestellt hatte, in ihrem geschützten Rechtskreis unmittelbar betroffen war und deshalb zu dem Verfahren notwendig beizuladen gewesen wäre. Nicht entschieden hat der Bundesgerichtshof, ob durch die Festlegung die wirtschaftlichen Interessen der dortigen Beschwerdeführerin beeinträchtigt waren, da eine solche Beeinträchtigung für eine notwendige Beiladung nicht ausreichend wäre. 55

II. 56

Die Beschwerde ist indessen unbegründet. Die Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0 ist im Hinblick auf die streitgegenständliche dauerhafte Beibehaltung eines Konvertierungsentgelts für die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas sowohl formell als auch materiell rechtmäßig. Die Bundesnetzagentur ist von einem vollständigen und zutreffend ermittelten Sachverhalt ausgegangen. Sie hat die Ziele des Gesetzgebers beachtet, Alternativen bewertet und alle wesentlichen für und gegen eine Abänderung der Festlegung KONNI Gas 1.0 sprechenden Aspekte in ihre Betrachtung einbezogen. Dies gilt auch für die notwendige Berücksichtigung der Interessen der von der Verpflichtung zur Errichtung eines Konvertierungsentgelts betroffenen Bilanzkreisverantwortlichen. 57

Soweit die Beigeladene zu 6) neben der dauerhaften Beibehaltung des Konvertierungsentgeltes auch die Erhebung einer Konvertierungsumlage für rechtswidrig erachtet, so verkennt sie, dass die Erhebung dieser Umlage bereits Gegenstand der bestandskräftigen Festlegung KONNI Gas 1.0 war. Damit trifft die Festlegung für den von ihr geregelten Gegenstand in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht eine abschließende Entscheidung, die für nachfolgende Verfahren bindend sind (BGH, Beschl. v. 16.12.2014 ? 58

EnVR 54/13, EnWZ 2015, 180 m.w.N.). Durch die Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0 sind keine Änderungen an den Voraussetzungen für die Erhebung und die Ausgestaltung der Konvertierungsumlage vorgenommen worden, durch die sich die Beigeladene zu 6) belastet sieht.

1. Die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Festlegung durch den Senat ist von vornherein beschränkt. Nach § 50 Abs. 1 GasNZV kann die Regulierungsbehörde zur Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs und der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zwecke unter Beachtung der Anforderungen eines sicheren Netzbetriebs Entscheidungen durch Festlegungen nach § 29 Abs. 1 EnWG unter anderem zum Bilanzierungssystem nach Teil 5 Abschnitt 1 GasNZV oder zu Entgelten und Gebühren für die Nutzung des Virtuellen Handlungspunktes treffen. Dabei räumt der Verordnungsgeber der Regulierungsbehörde nicht nur bei der Frage, ob sie entsprechende Festlegungen trifft („kann“), einen Ermessensspielraum ein, sondern überlässt auch die Wahl der Methode zur Erreichung dieser Ziele der Regulierungsbehörde. Diese kann ihre Aufgabe aber nur mit Hilfe einer weitreichenden Einschätzungsprärogative erfüllen, sei es im Rahmen eines Beurteilungsspielraums oder eines Ermessens.

59

Den Regulierungsbehörden steht - wie der Bundesgerichtshof im Rahmen der Überprüfung des Effizienzvergleichs und des Qualitätselements entschieden hat - im Rahmen der rechtlichen Vorgaben bei der Auswahl einzelner Parameter und Methoden ein Spielraum zu, der in einzelnen Aspekten einem Beurteilungsspielraum, in anderen Aspekten einem Regulierungsermessen gleichkommt (BGH, Beschl. v. 21.01.2014, EnVR 12/12 – Stadtwerke Konstanz, zit. nach juris, Rn. 10, 24 ff.; Beschlüsse v. 22.07.2014, EnVR 58/12 und EnVR 59/12 – Stromnetz Berlin, zit. nach juris, Rn. 13 ff; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.2.2017, 3 Kart 84/15, BeckRS 2017, 108486, beck-online). Ob und inwieweit es sich bei den der Regulierungsbehörde eröffneten Spielräumen um einen Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandsseite der Norm oder um ein Regulierungsermessen auf der Rechtsfolgenseite handelt, kann offenbleiben. Die für diese beiden Kategorien geltenden Kontrollmaßstäbe unterscheiden sich eher verbal und weniger in der Sache (BGH Beschl. v. 21.01.2014, EnVR 12/12 – Stadtwerke Koblenz, zit. nach juris, Rn. 26 f.).

60

Der Bundesgerichtshof hat festgestellt, dass sich dies auf die gerichtliche Kontrolldichte auswirke, die nicht weiter reichen könne als die materiell-rechtliche Bindung der Instanz, deren Entscheidung überprüft werden soll. Die Kontrolle ende deshalb dort, wo das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise das Entscheidungsverhalten nicht vollständig determiniert (BGH a.a.O., Rn. 25). Der genutzte Beurteilungsspielraum ist daher (nur) darauf zu überprüfen, ob die Behörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat (BGH a.a.O., Rn. 27). Die Ausübung des eine Abwägung zwischen unterschiedlichen gesetzlichen Zielvorgaben erfordernden Regulierungsermessens ist vom Gericht zu beanstanden, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat (Abwägungsausfall), wenn in die Abwägung nicht an Belangen eingestellt worden ist, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste (Abwägungsdefizit), wenn die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt worden ist (Abwägungsfehlschätzung) oder wenn der Ausgleich zwischen ihnen zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität) (BGH a.a.O., Rn. 27).

61

62

2. Die angefochtene Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0 ist formell rechtmäßig. Die Bundesnetzagentur hat es insbesondere nicht versäumt, den entscheidungserheblichen Sachverhalt zureichend zu ermitteln.

a) Nach § 68 Abs. 1 EnWG kann die Regulierungsbehörde alle Ermittlungen führen und alle Beweise erheben, die erforderlich sind. Damit ist § 68 Abs. 1 EnWG als eine der Behörde Ermessen einräumende Eingriffsgrundlage formuliert, es besteht jedoch aufgrund des subsidiär anwendbaren § 24 VwVfG die grundsätzliche Pflicht, den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln (vgl. BGH, Beschl. v. 21.02.1995, KVR 10/94 (KG), BeckRS 9998, 166685, beck-online, für die insoweit vergleichbare Frage bei § 57 GWB; Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 68 Rn. 3 m.w.N.; Werk in: Danner/Theobald, a.a.O., § 68 Rn. 4). Aus § 24 Abs. 1 S. 2 VwVfG folgt, dass die Behörde Art und Umfang der Ermittlungen bestimmen darf und an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden ist. Sie muss jedoch sämtliche entscheidungserheblichen Tatsachen und Umstände soweit aufklären, dass die Voraussetzungen für den Abschluss des Verwaltungsverfahrens zu ihrer Überzeugung vorliegen. Der Rahmen wird abgesteckt durch die rechtliche Beurteilung, die die Behörde dem Fall zugrunde legt (BVerwG, Beschl. v. 26.08.1998, 11 VR 4–98, BeckRS 1998, 30022639; OVG Koblenz Beschl. v. 11.12.1996, 7 B 13243/96, BeckRS 9998, 50286, jeweils beck-online). In diesem Rahmen steht der Behörde für die Ermittlung des Sachverhalts im Einzelnen ein Aufklärungsermessen zu (BVerwG a.a.O., m. w. N.). Die Grenzen der Ermessensausübung bestimmen sich aus dem materiellen Recht. 63

b) Unter Anwendung dieser Grundsätze kann ein Verstoß gegen den Amtsermittlungsgrundsatz nicht festgestellt werden. 64

aa) Zunächst liegt kein Ermittlungsdefizit im Hinblick auf die Ursachen des Anfang 2016 im Marktgebiet NCG festgestellten deutlich erhöhten Regelenergiebedarfs vor. Die Bundesnetzagentur hat zur Begründung der Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0 auf veränderte Rahmenbedingungen auf dem Gasmarkt abgestellt, die zum Zeitpunkt der Festlegung KONNI Gas 1.0 nicht absehbar gewesen seien, und diesbezüglich fünf Veränderungen benannt. Neben der rückläufigen L-Gasproduktion in den Niederlanden und Deutschland, einer nach wie vor bestehenden Gefahr von negativen Arbitragegeschäften insbesondere wegen der in den letzten Jahren erfolgten Fokussierung der Regelenergiebeschaffung auf die Börse anstatt auf die Regelenergieplattform, den Schwierigkeiten bei der Beschleunigung der Marktraumumstellung und der geringeren Zunahme an technischen Konvertierungsmöglichkeiten hat die Bundesnetzagentur als solche Rahmenbedingung auch die Gefahr einer veränderten Rolle der Marktgebietsverantwortlichen hin zum „single buyer“ von L-Gas benannt. Allein in diesem Zusammenhang hat sie auf den erhöhten Regelenergiebedarf im Marktgebiet NCG Anfang 2016 Bezug genommen. Sie hat allerdings gleichzeitig ausgeführt, dass diese hohen Werte und damit einhergehend eine geänderte Rolle der Betroffenen im Konvertierungssystem bislang „nur sporadisch und am deutlichsten Anfang 2016“ zu beobachten gewesen seien (Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0, S. 14f.). Die von ihr geäußerte Befürchtung, dass bei einer vollständigen Absenkung des Konvertierungsentgelts eine Häufung derartiger Situationen auftreten könne, hat sie damit nicht maßgeblich an den erhöhten Regelenergiebedarf Anfang 2016 angeknüpft. Es ist für die Bundesnetzagentur damit ersichtlich auch nicht entscheidungserheblich gewesen, ob dieser ganz oder teilweise auf negative Arbitragegeschäfte zurückzuführen gewesen ist oder nicht. Dementsprechend hat sie auch nicht für entscheidungserheblich angesehen, ob die Missbräuchlichkeit des Vorgehens einzelner Marktteilnehmer ermittelbar ist oder nicht. Vor diesem Hintergrund 65

bestand für sie kein Anlass zur weiterer Sachverhaltsermittlung. Die Frage, ob die Bundesnetzagentur ihrer Entscheidung einen unvollständigen Sachverhalt zugrunde gelegt hat, weil sie die Hintergründe des erhöhten Regelenergiebedarfs Anfang 2016 hätte weiter aufklären und das Ergebnis dieser Ermittlung in ihre Sachentscheidung hätte mit einbeziehen müssen, stellt demgegenüber eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit der angefochtenen Änderungsfestlegung dar (dazu nachstehend unter 3. c) bb) (1)).

bb) Auch die behördlichen Feststellungen zur Gefährdung der Versorgungssicherheit genügen den Anforderungen des § 24 VwVfG. Hierbei handelt es sich um eine Prognose der Bundesnetzagentur, die an verschiedene, von ihr im Einzelnen aufgeführte strukturelle Rahmenbedingungen des Marktes anknüpft. Soweit die Beschwerdeführerin einwendet, dass für die Annahme einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit der Realisierung der projizierten Gefahr eine notwendige Substantiierung zu fordern sei, die mit einer weiteren Sachverhaltsaufklärung hätte einhergehen müssen, so hat die Beschwerdeführerin nicht vorgetragen, in welcher Weise eine solche ergänzende Sachaufklärung hätte erfolgen können. Es ist auch nicht ersichtlich, dass Sachaufklärungsmöglichkeiten bestanden hätten, die die von der Bundesnetzagentur getroffene Prognose einer möglichen Gefährdung der Versorgungssicherheit entscheidungserheblich hätten beeinflussen können. Die gegenwärtigen Marktverhältnisse als Grundlage für ihre Prognoseentscheidung hat die Bundesnetzagentur insbesondere im Rahmen der durchgeführten zwei Konsultationsrunden unter Einbeziehung einer Vielzahl Marktbeteiligter ermittelt. Die Frage, ob die infolge der erfolgten Sachverhaltsermittlung gezogenen Rückschlüsse belastbar sind, beurteilt sich hingegen ebenfalls nach materiell-rechtlichen Gesichtspunkten. 66

3. Der angefochtene Beschluss ist unter Berücksichtigung der eingangs unter Ziff. 1 dargestellten Prüfungsmaßstabes auch materiell rechtmäßig. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für den Teilwiderruf der Festlegung KONNI Gas 1.0 und die Beibehaltung eines dauerhaft erhobenen Konvertierungsentgeltes für die Konvertierungsrichtung von H- zu L-Gas liegen vor. Durch die Änderungsfestlegung hat die Bundesnetzagentur auch das ihr zustehende Regulierungsermessen fehlerfrei ausgeübt. 67

a) Die tatbestandlichen Voraussetzungen für den in Ziff 1. der angefochtenen Änderungsfestlegung erfolgten Teilwiderruf der Festlegung KONNI Gas 1.0 liegen vor, auch begegnet ein Teilwiderruf keinen Bedenken. 68

aa) Dahinstehen kann, ob sich der Teilwiderruf auf § 49 Abs. 2 Ziff. 1, Abs. 4 und Abs. 5 i.V.m. § 36 Abs. 2 Ziff. 3 VwVfG und Ziff. 7 des Tenors der Festlegung KONNI Gas 1.0 stützen lässt. 69

Die Bundesnetzagentur hat sich in Ziff. 7 des Tenors der Festlegung KONNI Gas 1.0 einen Widerruf vorbehalten und zur Begründung § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG zitiert. In den Gründen der Entscheidung (dort S. 69) hat sie ausgeführt, dass der Vorbehalt insbesondere sicherstellen solle, dass neue Erkenntnisse berücksichtigt werden könnten, soweit dies erforderlich sei. Nur so könne die Zukunftsoffenheit aufgrund eines derzeit nicht konkret absehbaren Anpassungsbedarfs gewährleistet werden. Hiervon werde das berechnete Bedürfnis der Unternehmen nach Planungssicherheit nicht beeinträchtigt, da solche Erwägungen in einem etwaigen Änderungsverfahren unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen seien. 70

Der Widerrufsvorbehalt dürfte unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung rechtswidrig sein. Seine Aufnahme in den Tenor und die Begründung, die auf konkrete Einzelfälle („insbesondere“) Bezug nimmt, spricht dafür, dass 71

er darauf gerichtet ist, das Bestehen einer im Gesetz abstrakt vorgesehenen Widerrufsmöglichkeit verbindlich festzuschreiben. Das Gesetz sieht in § 29 Abs. 2 EnWG eine solche Widerrufsmöglichkeit ausdrücklich vor. Wenn man dies annimmt, wäre der Widerruf unzulässig, da er nicht erkennen lässt, wie weit die Bindungswirkung reichen soll. Der von einer solchen Entscheidung Betroffene müsste damit rechnen, dass er sich gegenüber einem später ausgesprochenen Widerruf nicht mehr mit inhaltlichen Einwendungen zur Wehr setzen kann, wenn er den Vorbehalt in Bestandskraft erwachsen lässt. Wenn er bereits den Vorbehalt anfecht, könnte er inhaltliche Einwendungen zur Anwendbarkeit und zur tatbestandlichen Reichweite von § 29 Abs. 2 EnWG allenfalls auf einer abstrakten Ebene geltend machen, weil der Vorbehalt gerade nicht erkennen lässt, für welche konkreten Fallgestaltungen ein Widerruf möglich sein soll. Damit würden die Rechtsschutzmöglichkeiten in nicht mehr zumutbarer Weise eingeschränkt (BGH, Beschl. v. 03.03.2015, EnVR 44/13, BeckRS 2015, 06121, beck-online; vgl. auch OLG Düsseldorf, 5. Kartellsenat, Beschluss v. 27.04.2017, VI-5 Kart 17/15 [V], EnWZ 2017, 372, 377 f.).

Dahinstehen kann weiter, ob trotz der Bestandskraft der Festlegung KONNI Gas 1.0 der dortige Widerrufsvorbehalt in Ziff. 7 des Tenors als Grundlage für den vorliegenden Widerruf herangezogen werden könnte oder eine mangelnde Bestimmtheit einem solchen Widerruf – jedenfalls aufgrund von Erwägungen des Aufgriffsermessens – entgegensteht. 72

bb) Der Teilwiderruf findet seine Grundlage jedenfalls in § 29 Abs. 2 EnWG, auf den die Bundesnetzagentur den Teilwiderruf in der angefochtenen Änderungsfestlegung auch ausdrücklich gestützt hat. 73

§ 29 Abs. 2 S. 1 EnWG räumt der Regulierungsbehörde die Befugnis ein, die nach Abs. 1 von ihr festgelegten oder genehmigten Bedingungen oder Methoden nachträglich zu ändern, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass diese weiterhin den Voraussetzungen für eine Festlegung oder Genehmigung genügen. Sinn und Zweck ist es, der Regulierungsbehörde flexible Instrumente an die Hand zu geben, die notwendig sind, um die getroffenen Entscheidungen an veränderte tatsächliche oder rechtliche Umstände anzupassen und so die Effektivität der Regulierung zu sichern (Wahlhäuser in: Kment, EnWG, 1. Aufl., § 29 Rn. 33). 74

(1) Beurteilungsfehlerfrei geht die Bundesnetzagentur davon aus, dass die zum Zeitpunkt der Festlegung KONNI Gas 1.0 getroffenen Annahmen bezüglich der Entwicklung des Konvertierungssystems für die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas aufgrund veränderter Rahmenbedingungen nicht eingetroffen sind. Die Bundesnetzagentur hat in der angefochtenen Festlegung insgesamt fünf Rahmenbedingungen aufgeführt, deren Vorliegen für sich gesehen unter den Verfahrensbeteiligten nicht in Streit stehen. Diese Rahmenbedingungen stellen jeweils Veränderungen gegenüber den Annahmen dar, auf deren Grundlage die Festlegung KONNI Gas 1.0 getroffen worden ist und die für die Abschmelzung des Konvertierungsentgeltes bis zu dessen vollständigen Entfall maßgeblich waren. 75

(a) Zu den genannten Rahmenbedingungen zählt zunächst der gegenüber der ursprünglichen Prognose unerwartet starke Rückgang der L-Gas-Produktion. 76

Es ist unstrittig geblieben, dass die Produktion von L-Gas in Deutschland in den vergangenen Jahren stärker zurückgegangen ist als noch bei Erlass der Festlegung KONNI Gas 1.0 angenommen. Im Jahr 2010 betrug die inländische Produktion noch 12,7 Mrd. m³, im Jahr 2014 nur noch 9,2 Mrd. m³. Auch die Schätzungen der Erdgasreserven wurden nach unten korrigiert. Dass die Erdgasproduktion in den Niederlanden seit dem Jahr 2013 vor 77

allem im Hinblick auf die im Raum Groningen festgestellte Erdbebengefahr massiv zurückgegangen ist, ist ebenfalls unstrittig geblieben. So wurden im Jahr 2010 noch rund 51 Mrd. m³ gefördert, im Jahr 2015 nur noch 28 Mrd. m³. Weiter hat die Bundesnetzagentur auf die Ende September 2016 erteilte – zwischenzeitlich aber durch eine Entscheidung des „Raad van State“ aufgehobene - Zustimmung des niederländischen Parlaments zu einer jährlichen Obergrenze von 24 Mrd. m³ für die kommenden fünf Gaswirtschaftsjahre verwiesen. Zwar war die sinkende L-Gas-Produktion, die letztlich die Ursache für die sukzessive Marktraumumstellung hin zu H-Gas ist, bereits Gegenstand der im Rahmen der Festlegung KONNI Gas 1.0 angestellten Erwägungen. Gleichzeitig stellt sich der signifikant stärkere Rückgang der Fördermengen als tatsächliche Veränderung gegenüber der Beurteilungslage bei Erlass der Festlegung KONNI Gas 1.0 dar. Denn auch eine qualitative Veränderung bezüglich in der Tendenz bereits bekannter Umstände stellt eine veränderte Tatsachengrundlage dar, die zu anderen Annahmen führen kann.

Hinzu kommen die hinter der ursprünglichen Erwartung der Bundesnetzagentur zurückgebliebene Zunahme der technischen Konvertierungsmöglichkeiten und die Erfahrung, dass eine Beschleunigung der Marktraumumstellung nicht ohne weiteres möglich ist und nicht flexibel zur Verringerung eines hohen Regelenergiebedarfs aufgrund eines hohen Konvertierungsaufkommens von H- nach L-Gas eingesetzt werden kann. Diese Annahmen der Bundesnetzagentur sind in der Sache von den übrigen Verfahrensbeteiligten ebenso wenig beanstandet worden wie die Annahme, dass es gegen Ende des Abschmelzungspfades für das Konvertierungsentgelt zu einem deutlich höheren Regelenergiebedarf in der Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas gekommen ist - dessen Ursachen dahingestellt - und dass die Beschaffung von Regelenergie in den letzten Jahre – wie ursprünglich nicht absehbar – zunehmend über die Börse und weniger über die Regelenergieplattformen erfolgt.

78

(b) Aufgrund dieser geänderten Sachlage ist die Bundesnetzagentur zutreffend davon ausgegangen, dass maßgebliche Annahmen, die Grundlage der Festlegung KONNI Gas 1.0 waren, nicht eingetreten sind.

79

(aa) In der Festlegung KONNI Gas 1.0 hatte die Bundesnetzagentur die Einführung des Konvertierungsentgeltes im Rahmen des Konvertierungssystems damit begründet, dass hierdurch die durch zusätzliche physikalische Ungleichgewichte im Netz entstehenden Kosten gedeckt werden müssten und missbräuchliche Arbitragegeschäfte Einzelner verhindert werden sollten. Dabei werde durch das Konvertierungsentgelt die Funktion der Verhaltenssteuerung wahrgenommen. Dieses solle verhindern, dass sich in dem qualitätsübergreifenden Marktgebiet unplanbare und unkontrollierbare Markt- und damit auch Lastflussverschiebungen entwickelten. Dabei hat die Bundesnetzagentur gerade auf die mit der Einführung des Konvertierungssystems verbundene Gefahr für die Versorgungssicherheit aufgrund zusätzlicher physikalischer Ungleichgewichte im Netz durch die Veränderung der Gasflüsse abgestellt. Eigentliches Ziel der Festlegung KONNI Gas 1.0 war mithin nicht die kontinuierliche Zunahme der Nutzung der bilanziellen Konvertierung, der die Einführung eines dauerhaft erhobenen Konvertierungsentgeltes wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht im Sinne eines Paradigmenwechsels entgegenlaufen würde. Zur Begründung der Abschmelzung des Konvertierungsentgeltes hat die Bundesnetzagentur in der Festlegung KONNI Gas 1.0 weiter ausgeführt, dass sie davon ausgehe, dass im Laufe des Bestehens des Konvertierungssystems der Nutzen des Konvertierungssystems, d.h. die Vorteile des qualitätsübergreifenden Handels, wie z.B. die Steigerung der Liquidität für alle Transportkunden, zunehmen werde. Gleichzeitig werde die Gefahr negativer Arbitragegeschäfte dadurch verringert, dass die Marktgebietsverantwortlichen Erfahrungen

80

mit dem Monitoring aufbauen könnten und gleichzeitig die Klausel zum Schutz negativer Arbitragegeschäfte nach Ziff. 6 des Tenors ausreichend greife (Festlegung KONNI Gas 1.0, S. 37). Die Bundesnetzagentur hatte mithin die Erwartung, dass die Notwendigkeit einer Verhaltenssteuerung mittels eines Konvertierungsentgeltes im Zeitverlauf abnehmen würde.

(bb) In der angefochtenen Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0 hat sie mit nicht zu beanstandenden Erwägungen festgestellt, dass sich diese Erwartung aufgrund der von ihr aufgeführten, geänderten Marktbedingungen und mithin infolge einer Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse nicht erfüllt hat. 81

Zum einen geht sie davon aus, dass die aufgeführten geänderten Marktbedingungen den Schluss rechtfertigen, dass die Gefahr besteht, dass im Extremfall die Marktgebietsverantwortlichen faktisch zum „single buyer“ auf dem L-Gas-Markt werden. Diese Annahme der Bundesnetzagentur gründet sich letztlich aus der Erwartung eines erhöhten Regelenergiebedarfs aufgrund eines hohen Konvertierungsaufkommens von H- nach L-Gas, das wiederum auf dem erheblichen Produktionsrückgang an L-Gas beruht, dem nicht durch eine beschleunigte Marktraumumstellung bzw. technische Konvertierungsmöglichkeiten, die jedenfalls kurzfristig nicht ausreichend zur Verfügung stehen, begegnet werden kann. Dabei knüpft die Beurteilung der Bundesnetzagentur, dass zukünftig eine geänderte Rolle der Marktgebietsverantwortlichen im Hinblick auf die Beschaffung von Regelenergie zu befürchten ist, ausdrücklich nicht allein an die „sporadischen“ Beobachtungen eines erhöhten Regelenergiebedarfs, insbesondere Anfang 2016, sondern an die aufgezeigten geänderten strukturellen Rahmenbedingungen des Marktes an (Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0, S. 14 f.). Diese befürchtete Änderung der Rolle der Marktgebietsverantwortlichen hin zu „single buyern“ von L-Gas könne sich im Rahmen der Regelenergiebeschaffung negativ auf den L-Gas-Markt und als Folge dessen auf die Konvertierungskosten auswirken und sei deshalb dauerhaft nicht wünschenswert. Diesbezüglich hat die Bundesnetzagentur in der angefochtenen Änderungsfestlegung darauf verwiesen, dass bei der befürchteten Rollenänderung die Nachfrage auf dem ohnehin über deutlich weniger Handelsteilnehmer und ein geringeres Handelsvolumen verfügenden L-Gas-Markt sich auf immer weniger Marktteilnehmer, im Extremfall auf die Marktgebietsverantwortlichen, konzentrieren würde. Diese verfügten als Nachfrager aber nur über eine sehr geringe Preiselastizität, da sie zur Sicherstellung der Versorgungssicherheit auf die physische Erfüllung des Regelenergiebedarfs angewiesen seien. Dies führe zu höheren Preisen für L-Gas und gleichzeitig zu einem höheren Potential einzelner Marktteilnehmer, den Preis zu beeinflussen. Es sei deshalb davon auszugehen, dass die Verlagerung der L-Gas-Beschaffung auf die Marktgebietsverantwortlichen im Wege der Regelenergiebeschaffung nicht nur zu nicht gewünschten unplanbaren und unkontrollierbaren Markt- und damit auch Lastflussverschiebungen führe, sondern auch eine Gefahr für die Versorgungssicherheit darstellen könne. Zwar ist die Bundesnetzagentur davon ausgegangen, dass es bislang insbesondere nicht zu einer Reduzierung der festen L-Gas-Exportkapazitäten aus den Niederlanden in Richtung Deutschland gekommen ist, so dass eine akute Gefährdung der Versorgungssicherheit im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht besteht. Eine solche wäre aber zu befürchten, wenn die Nachfrage nach L-Gas zum Zwecke der beschaffenheitsgerechten Einspeisung von L-Gas durch die Marktteilnehmer zurückgeht, weil diese wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll sei. Dies führe zu der – auch vom Vortrag der Betroffenen gestützten – Annahme der Bundesnetzagentur, dass für die Marktteilnehmer, die über langfristige Lieferverträge mit niederländischen L-Gas-Lieferanten verfügten, kein Anreiz zur Aufrechterhaltung derselben mehr bestehe. Bei Auflösung dieser langfristigen Lieferverträge, die infolge des Produktionsrückgangs auch im Interesse der Lieferanten liege, seien weitere Rückgänge der Fördermengen zu befürchten. 82

Zum anderen hat die Bundesnetzagentur angenommen, dass die Erwartung einer abnehmenden Gefahr von missbräuchlichen Arbitragegeschäften enttäuscht worden sei, was insbesondere an der zunehmenden Fokussierung der Regelenergiebeschaffung über die Börse anstatt über die Regelenergieplattform liege. Auch die Beschwerdeführerin ist der tatsächlichen Annahme der Bundesnetzagentur, dass der Einkauf der Regelenergie über die Börse die Umsetzung von Vorkehrungen gegen negative Arbitragegeschäfte erschwere, nicht entgegengetreten. Während die Umsetzung der hiergegen in der Festlegung KONNI Gas 1.0 getroffenen Schutzvorrichtung in Ziff. 6 des Tenors in den Geschäftsbedingungen der Betroffenen über den Einsatz externer Regelenergie bei der Bereitstellung von Regelenergieprodukten über die Regelenergieplattform der Betroffenen in den vergangenen Jahren möglich war, ist eine Übertragung auf die Regelenergiebeschaffung über die Börse nicht möglich bzw. mit negativen Auswirkungen auf die Börsenliquidität verbunden. Die Bundesnetzagentur hat sodann geschlossen, dass die geänderte Rolle der Marktgebietsverantwortlichen und die weiterhin in größerem Maße als erwartet bestehende Gefahr sog. negativer Arbitragegeschäfte nicht in Einklang zu bringen ist mit der ursprünglichen Annahme, dass eine Verhaltenssteuerung durch ein Konvertierungsentgelt am Ende des Abschmelzungspfades nicht mehr erforderlich sein würde.

83

(cc) Die von der Bundesnetzagentur jeweils angestellten Prognosen und gezogenen Schlüsse bezüglich einer drohenden „single buyer“-Stellung der Marktgebietsverantwortlichen für L-Gas und der erhöhten Gefahr negativer Arbitrage-Geschäfte mit den damit jeweils verbundenen negativen Folgen für den L-Gas-Markt sind nicht zu beanstanden. Sie sind nachvollziehbar und in sich stimmig und verstoßen nicht gegen allgemeine Denk- und Erfahrungssätze. Sie bewegen sich deshalb innerhalb der der Bundesnetzagentur wie eingangs dargestellt eröffneten weiten Einschätzungsprärogative. Es ist auch nicht ersichtlich, dass es der Bundesnetzagentur möglich gewesen wäre, die Belastbarkeit ihrer Annahmen durch weitere Sachaufklärung zu überprüfen. So würde etwa die Durchführung konkreter Modellrechnungen keinen erheblichen Erkenntnisgewinn liefern, da sie über keine belastbarere Tatsachengrundlage verfügen würden als die von der Bundesnetzagentur bereits angestellten Prognosen. Die hierin liegenden Unsicherheiten sind vielmehr den angestellten Prognoseentscheidungen immanent. Auch inwieweit das Durchspielen kontrafaktischer Szenarien zu erheblichen, weitergehenden Erkenntnisgewinnen hätte verhelfen sollen, wie von der Beigeladenen zu 6) im Verhandlungstermin geltend gemacht, ist nicht ersichtlich.

84

(c) Da somit entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht lediglich eine abweichende Einschätzung derselben Marktverhältnisse durch die Bundesnetzagentur vorliegt, sondern eine tatsächliche, eine Neueinschätzung rechtfertigende Änderung der tatsächlichen Umstände, kann offenbleiben, ob die Bundesnetzagentur dadurch, dass sie in der Begründung des Widerrufsvorbehalts in Ziff. 7 der Festlegung KONNI Gas 1.0 ausdrücklich nur „insbesondere“ die Veränderung tatsächlicher Umstände aufgeführt hat, die Reichweite des Widerrufsrechts aus § 29 Abs. 2 EnWG, das auch einen Widerruf aufgrund einer anderen Einschätzung der Sache ermöglicht, auf eine solche Veränderung tatsächlicher Umstände beschränkt hat.

85

(2) Die nur teilweise Änderung der Festlegung KONNI Gas 1.0 begegnet keinen Bedenken. Die durch die Festlegung KONNI Gas 1.0 eingeführten einzelnen Instrumente des Konvertierungssystems, insbesondere das hier streitgegenständliche Konvertierungsentgelt, sind voneinander unabhängige Regelungen und damit teilbar (vgl. Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl., § 44 Rn. 195 m.w.N.), so dass auch eine teilweise Änderung einer Festlegung nach § 29 Abs. 2 EnWG zulässig ist (Britz/Herzmann in:

86

Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 29 Rn. 24).

Anders als die Beschwerdeführerin meint, stellt der Teilwiderruf auch keinen Systemwechsel dar, der mit dem Inhalt des in der Festlegung KONNI Gas 1.0 angelegten Konvertierungssystems nicht vereinbar wäre, was einem Teilwiderruf entgegenstehen könnte. Denn Bestandteil des durch die Festlegung KONNI Gas 1.0 eingeführten Konvertierungssystems waren unterschiedliche, gegeneinander abzuwägende energiewirtschaftsrechtliche Zielvorgaben und nicht nur, wie bereits ausgeführt, die möglichst schrankenlose Ermöglichung qualitätsübergreifenden Handels durch Förderung der Inanspruchnahme der bilanziellen Konvertierungsmöglichkeit. 87

(3) Schließlich ist durch den Teilwiderruf sichergestellt, dass die Festlegung zur Beibehaltung eines Konvertierungssystems in qualitätsübergreifenden Gasmarktgebieten auch weiterhin den gesetzlichen Vorgaben genügt, wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen zum Vorliegen der Voraussetzungen für die dauerhafte Beibehaltung eines Konvertierungsentgeltes in die Konvertierungsrichtung von H- zu L-Gas ergibt. 88

b) Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 50 Abs. 1 Nr. 9 und 10 GasNZV für die Festlegung in Ziff. 2 des Tenors der Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0 betreffend die dauerhafte Beibehaltung eines Konvertierungsentgeltes für die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas liegen vor. Es bedarf insoweit einer eigenständigen materiell-rechtlichen Grundlage für den Erlass einer Entscheidung, da die Änderungsbefugnis nach § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG nicht weiter reicht als die sonstigen Ermächtigungsgrundlagen des Gesetzes es gestatten (Britz/Herzmann in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 29 Rn. 24). 89

Die Festlegung dient der Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs und der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Gesetzeszwecke unter Beachtung der Anforderungen eines sicheren Netzbetriebs, so dass der Anwendungsbereich des § 50 GasNZV eröffnet ist. Auch die weiter in § 50 Abs. 1 Nr. 9 und 10 GasNZV genannten Voraussetzungen liegen vor. 90

aa) Die in Ziff. 2 des Tenors i.V.m. mit dem Standardvertrag Konvertierung getroffenen Regelungen dienen der Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs im Sinne des § 50 Abs. 1 GasNZV. 91

Effizient ist ein Netzzugangssystem dann, wenn die Zugangspetenten die Netzinfrastruktur unter möglichst geringem Aufwand nutzen und so in einem wettbewerblich strukturierten Markt zu angemessenen Bedingungen als Anbieter auftreten können. Hierzu dient die Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0, da sie einen qualitätsübergreifenden Handel mit den unterschiedlichen Gasqualitäten ermöglicht und gleichzeitig die nach § 50 Abs. 1 S. 1 GasNZV ebenfalls zu berücksichtigenden Anforderungen eines sicheren Netzbetriebs beachtet. 92

(1) Durch das in der Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0 unter teilweiser Abänderung der Festlegung KONNI Gas 1.0 ausgestaltete Konvertierungssystem werden die Rahmenbedingungen für einen rechtssicheren und zuverlässigen qualitätsübergreifenden Gastransport, der durch die Festlegung KONNI Gas 1.0 erstmalig geschaffen wurde, im Ausgangspunkt beibehalten bzw. ergänzt. Die in der Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0 vorgesehene dauerhafte Beibehaltung eines Konvertierungsentgeltes für die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas schließt dabei die Möglichkeit bilanzieller Konvertierung in der betroffenen Konvertierungsrichtung nicht aus. Das Konvertierungsentgelt ist nur ein Kostenbestandteil, der bei der Entscheidung, ob 93

qualitätsscharf eingespeist und bilanziell konvertiert wird, eine Rolle spielt. Je nach Preisdifferenz zwischen H- und L-Gas und je nach Höhe des Konvertierungsentgelts ist davon auszugehen, dass im Einzelfall mal die qualitätsspezifische Belieferung mit L-Gas, mal die Nutzung des Konvertierungssystems günstiger ist. Das Konvertierungsentgelt verhindert damit nicht die bilanzielle Konvertierung, sondern verringert nur den wirtschaftlichen Anreiz, dieselbe in Anspruch zu nehmen. Sie steht damit der Inanspruchnahme der bilanziellen Konvertierungsmöglichkeit faktisch nicht entgegen. Dementsprechend haben Marktteilnehmer von der bilanziellen Konvertierungsmöglichkeit in diese Richtung sowohl im Zeitraum der Erhebung eines Konvertierungsentgeltes im Anwendungsbereich der Festlegung KONNI Gas 1.0 als auch seit Einführung des dauerhaften Konvertierungsentgeltes durch die Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0 in den Wintermonaten Dezember 2017 und Januar 2018 in nennenswertem Umfang Gebrauch gemacht, wie aus der als Anlage BG 1 vorgelegten Übersicht über die Entwicklung der bilanziellen Konvertierungsmengen in MWh für beide Marktgebiete ersichtlich ist.

(2) Des weiteren hat die streitgegenständliche Beibehaltung eines dauerhaften Konvertierungsentgeltes zwar wie ausgeführt einen negativen Einfluss auf die Konvertierungsmengen in die betroffene Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas, da das Konvertierungsentgelt in die Konvertierungsrichtung ersichtlich einen monetären Anreiz für die Bilanzkreisverantwortlichen setzt, in der Richtung von H- nach L-Gas qualitätsspezifisch einzuspeisen. Demgemäß war, wie von der Beschwerdeführerin im Einzelnen unter Bezugnahme auf den Evaluierungsbericht der Betroffenen zu 1) zum Konvertierungssystem Stand Januar 2016 vorgetragen, eine strukturelle aktive Nutzung der Konvertierung sukzessive erst zum Ende der achten Konvertierungsperiode vom 01.10.2014-31.03.2015 festzustellen, die mit weiterer Absenkung des Konvertierungsentgeltes auf 0,30 EUR/MWh nochmals deutlich zunahm.

94

Die durch die dauerhafte Beibehaltung eines Konvertierungsentgeltes begründete negative Anreizwirkung auf die bilanzielle Konvertierung steht der Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs indes nicht entgegen. Ein effizienter Netzzugang nach § 50 Abs. 1 GasNZV ist nur unter Beachtung der Anforderungen eines sicheren Netzbetriebs zu gewähren und erfordert deshalb – anders als die Beschwerdeführerin meint - nicht zwingend den jedenfalls langfristigen Entfall sämtlicher die Liquidität des Handels einschränkender Hindernisse. Die Bundesnetzagentur hat in der angefochtenen Änderungsfestlegung zutreffend ausgeführt, dass die Errichtung eines qualitätsübergreifenden Marktgebietes mit den erwarteten wettbewerbserhöhenden Effekten mit Unsicherheiten verbunden ist, die potentiell negative Auswirkungen auf die Versorgungssicherheit haben. Die daraus resultierenden Unsicherheiten waren bereits in der Festlegung KONNI Gas 1.0 adressiert worden, die eine interessengerechte Lösung darin gesehen hat, übergangsweise ein System aus Konvertierungsentgelt und Konvertierungsumlage zu wählen, wobei anstelle eines abrupten Systemwechsels ein schrittweiser Absenkungspfad des Konvertierungsentgeltes über vier bzw. viereinhalb Jahre festgelegt wurde. Auch die Beibehaltung des Konvertierungsentgeltes in die Konvertierungsrichtung von H- zu L-Gas dient der Förderung des Wettbewerbs und der Beseitigung potentieller Gefahren für die Versorgungssicherheit. Wie bereits ausgeführt, führt eine Rollenänderung der Marktgebietsverantwortlichen hin zum „single buyer“ von L-Gas und die entgegen der ursprünglichen Erwartung nach wie vor erhöhte Gefahr negativer Arbitragegeschäfte zu negativen Effekten für die wettbewerblichen Verhältnisse auf dem L-Gasmarkt bis hin zu einer möglichen Gefährdung der Versorgungssicherheit.

95

bb) Die Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0 dient auch der Verwirklichung der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Gesetzeszwecke der möglichst sicheren, preisgünstigen,

96

verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Gas.

Wie ausgeführt, dient die angefochtene Änderungsfestlegung einer effizienten und gleichzeitig sicheren Energieversorgung. Sie trägt weiter dem Gebot der Preisgünstigkeit Rechnung. Die Bundesnetzagentur hat in nicht zu beanstandender Weise darauf abgestellt, dass sich durch eine geänderte Rolle der Marktgebietsverantwortlichen als „single buyer“ von L-Gas die Preise für L-Gas dauerhaft erhöhen könnten. Demgegenüber hat die Beschwerdeführerin keine belastbaren Anhaltspunkte für ihre Annahme vorgetragen, dass das Konvertierungsentgelt Oligopolstrukturen begünstige, durch die ein Preisspread zwischen L-Gas und H-Gas perpetuiert werde, was der preisgünstigen und effizienten Versorgung der L-Gas-Verbraucher entgegenstehe. Es ist nicht ersichtlich, warum sich bei der durch das Konvertierungsentgelt geförderten Nachfrage durch qualitätsscharf einspeisende Marktteilnehmer, ergänzt durch eine etwaige Nachfrage der Marktgebietsverantwortlichen im Rahmen der Regelennergiebeschaffung, auf Anbieter- oder Nachfragerseite ein Oligopol bilden sollte.

97

Auch die wie aufgezeigt fortbestehende Gefahr sog. negativer Arbitragegeschäfte, d.h. der ökonomischen Optimierung einzelner Marktakteure durch Nutzung des Konvertierungssystems und des Regelenergiesystems zu Lasten der Allgemeinheit, ist mit der Verursachung höherer Kosten für das Gesamtsystem verbunden. Das dem entgegenwirkende, verhaltenssteuernde Konvertierungsentgelt trägt auch insoweit zur Preisgünstigkeit der Energieversorgung bei.

98

Schließlich tragen auch der durch die Festlegung eingeführte Liquiditätspuffer und die festgelegte Obergrenze des Konvertierungsentgeltes ebenso wie die Weiterführung des Grundsatzes der Ergebnisneutralität für die Marktgebietsverantwortlichen zur Verwirklichung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG bei.

99

cc) Die vorliegende Festlegung stellt eine Regelung des Bilanzierungssystems im Sinne der Festlegungskompetenz aus § 50 Abs. 1 Nr. 9 GasNZV dar. Denn es handelt sich um eine Festlegung zum Bilanzierungssystem nach Teil 5 Abschnitt 1 GasNZV, um berechnete Bedürfnisse des Marktes angemessen zu berücksichtigen. Das genannte Bilanzierungssystem dient dazu, Abweichungen zwischen Ein- und Ausspeisemengen eines oder mehrerer Transportkunden auszugleichen. Bei einem qualitätsübergreifenden Marktgebiet werden zwar die in einem Marktgebiet zusammengefassten H- und L-Gas-Netzbereiche physikalisch weiterhin in unterschiedlichen Gasqualitäten betrieben, gleichwohl können die Transportkunden alle frei zuordenbaren Ein- und Ausspeisekapazitäten des Marktgebiets unabhängig von ihrer jeweiligen Gasqualität miteinander verbinden und somit Gas qualitätsübergreifend in dem gesamten Marktgebiet bilanziell transportieren (Festlegung KONNI Gas 1.0, S. 4). Die qualitätsbezogene Bilanzierung ist damit Bestandteil des Bilanzierungssystems nach Teil 5 Abschnitt 1 GasNZV. Die Bundesnetzagentur weist deshalb zutreffend darauf hin, dass die Erhebung des Konvertierungsentgelts durch die Marktgebietsverantwortlichen innerhalb des bestehenden Bilanzkreissystems in diesem Sinne erfolge, das durch die bilanzielle Konvertierung lediglich um einen gesonderten Qualitätsabgleich ergänzt wird.

100

dd) Die Regelung ist gleichzeitig eine solche zu Entgelten und Gebühren für die Nutzung des Virtuellen Handlungspunkts in Abweichung von § 22 Absatz 1 Satz 6 EnWG im Sinne des § 50 Abs. 1 Nr. 10 GasNZV. Für die Festlegung von Entgelten und Gebühren für die Nutzung des Virtuellen Handlungspunktes bedarf es, worauf die Bundesnetzagentur zutreffend hinweist, nicht einer im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden, expliziten

101

Leistungserbringung. Eine Nutzung des Virtuellen Handelspunktes i.S.d. § 50 Abs. 1 Nr. 10 GasNZV liegt hier vor. Durch die qualitätsübergreifende Bilanzierung am Virtuellen Handelspunkt wird es dem Bilanzkreisverantwortlichen ermöglicht, bilanziell Gas zu handeln, so dass ihm mit der Konvertierung der Gasmengen innerhalb eines Marktgebiets ein besonderer Nutzen im Rahmen des Netzzugangs zuteil wird. Die qualitätsübergreifende Bilanzierung stellt damit eine gesonderte Nutzung des Virtuellen Handelspunktes des Marktgebietsverantwortlichen dar, die über ein Entgelt vergütet wird.

ee) Die auf Dauer angelegte Beibehaltung eines Konvertierungsentgeltes für die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas verstößt nicht gegen sonstige energiewirtschaftsrechtliche Vorschriften. 102

§ 21 Abs. 1 GasNZV sieht eine Reduzierung der Anzahl der Marktgebiete vor und differenziert dabei in der seit dem 18.08.2017 geltenden Fassung anders als in der vorherigen Fassung nicht mehr nach Gasqualitäten, geht also ersichtlich vom Bestehen qualitätsübergreifender Marktgebiete aus. § 21 GasNZV zielt damit zwar auf einen möglichst schrankenlosen Handel zwischen den unterschiedlichen Gasqualitäten, dieses Gebot gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Wie bereits im Hinblick auf die Verwirklichung des effizienten Netzzugangs (vorstehend unter 3. b) aa)) ausgeführt, sind im Rahmen des qualitätsübergreifenden Gashandels zwei energiewirtschaftsrechtliche Zielsetzungen zum Ausgleich zu bringen: Auf der einen Seite ist ein qualitätsübergreifendes Marktgebiet mit den erwarteten wettbewerbserhöhenden Effekten zu etablieren, um dem Erfordernis der Marktgebietskonzentration nachzukommen. Auf der anderen Seite ist auch der Zugang zu einem qualitätsübergreifenden Marktgebiet so auszugestalten, dass es nicht zu einer Gefährdung der Versorgungssicherheit kommt. Das Gebot des Abbaus von Marktgrenzen findet mithin seine Grenze in den weiteren Zielsetzungen des EnWG. Die Beibehaltung eines verhaltenssteuernden Konvertierungsentgeltes, das die Nutzung der bestehenden Konvertierungsmöglichkeit nicht ausschließt, sondern wie aufgezeigt lediglich den Anreiz zur Nutzung der bilanziellen Konvertierung im Hinblick auf beachtenswerte derartige Zielsetzungen verringert, verstößt damit nicht gegen das Gebot des Abbaus von Marktgrenzen. Dass der Verordnungsgeber bei Erlass der § 21 GasNZV abändernden Verordnung vom 11.08.2017 (BGBl. I S. 3194) ersichtlich davon ausging, dass qualitätsübergreifende Marktgebiete realisiert sind, spricht im Übrigen dafür, dass er die zwischenzeitlich beschlossene Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0 und damit die dauerhafte Beibehaltung eines Konvertierungsentgeltes für eine Konvertierungsrichtung als dem nicht entgegenstehend ansah. 103

Aus denselben Erwägungen liegt auch kein Verstoß gegen § 20 Abs. 1b) S. 7 EnWG vor, der die Zielsetzung normiert, die Zahl der Netze oder Teilnetze sowie der Bilanzzonen möglichst gering zu halten. 104

c) Die Bundesnetzagentur hat sowohl das ihr zustehende Entschließungsermessen hinsichtlich des „Ob der Änderung“ als auch das Auswahlermessen bezüglich des „Wie der Änderung“ fehlerfrei ausgeübt. Die angefochtene Änderungsfestlegung unter Teilwiderruf der Festlegung KONNI Gas 1.0 war insbesondere verhältnismäßig. 105

aa) Ein Abwägungsausfall ist nicht festzustellen. Die Bundesnetzagentur hat erkannt, dass die Änderung der Festlegung KONNI Gas 1.0 in ihr Ermessen gestellt ist und umfangreiche Erwägungen zur Geeignetheit und Erforderlichkeit derselben angestellt und auch die Interessen der Marktbeteiligten im Rahmen eines Abwägungsvorgangs berücksichtigt. 106

bb) Auch ein Abwägungsdefizit liegt nicht vor. Die Bundesnetzagentur hat alle Belange in die Abwägung eingestellt, die nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden mussten.

(1) Die Bundesnetzagentur hat bei der von ihr zu treffenden Ermessensentscheidung zu Recht nicht auf die Ursachen des erhöhten Regelenergiebedarfs im Marktgebiet NCG Anfang 2016 abgestellt und demgemäß diesbezüglich auch keine weitere Sachverhaltsermittlung betrieben. Es kann dahinstehen, ob und auf welcher Grundlage die Bundesnetzagentur gegen einzelne Marktakteure wegen des Verdachts auf Durchführung negativer Arbitragegeschäfte hätte vorgehen können und ob hiervon weitergehende Ermittlungsergebnisse zu erwarten gewesen wären als infolge der durch die Betroffenen durchgeführten Ermittlungen. Denn selbst wenn man davon ausginge, dass ein missbräuchliches Verhalten einzelner Netzteilnehmer Anfang 2016 im Marktgebiet NCG nachweisbar gewesen wäre, so würde eine solche Feststellung keinen Einfluss auf die Erreichung der von der Bundesnetzagentur legitimierweise verfolgten Ziele haben. Ein Vorgehen gegen rechtsmissbräuchlich handelnde Marktakteure wäre nicht geeignet, maßgeblich der geänderten Rolle der Marktgebietsverantwortlichen entgegenzuwirken. Diese knüpft die Bundesnetzagentur wie aufgezeigt ohne Beurteilungsfehler an die veränderten Rahmenbedingungen auf dem Markt an, die einen erhöhten Regelenergiebedarf in die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas nahelegen. Auf diese aber würde sich eine Pönalisierung eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens einzelner Marktteilnehmer nicht auswirken. Die Feststellung, dass der Regelenergiebedarf Anfang 2016 auf negative Arbitragegeschäfte zurückzuführen war, würde mithin auch nicht zu einer anderen Beurteilung der Rolle der Marktgebietsverantwortlichen führen können. Hiervon abgesehen wäre eine solche Feststellung auch nicht geeignet, der nach wie vor bestehenden Gefahr negativer Arbitragegeschäfte entgegenzuwirken, die auf den an die Marktgegebenheiten anknüpfenden Schwierigkeiten beim Nachweis der Verursachung eines gezielten, missbräuchlichen Regelenergiebedarfs durch einzelne Marktbeteiligte zum eigenen Vorteil beruht. Denn eine Pönalisierung des Verhaltens einzelner Marktbeteiligter hätte keinen Einfluss darauf, dass die Regelenergiebeschaffung von L-Gas zunehmend über die Börse und weniger über die Regelenergieplattform erfolgt.

(2) Weiterhin hat es die Bundesnetzagentur nicht ermessensfehlerhaft versäumt, die Möglichkeiten einer Erweiterung der technischen Konvertierungsanlagen zu prüfen. Sie ist, wie im Folgenden noch auszuführen sein wird, ohne eine Abwägungsfehleinschätzung zu der Annahme gelangt, dass die Erweiterung technischer Konvertierungsmöglichkeiten kein milderes Mittel gegenüber der Beibehaltung eines dauerhaften Konvertierungsentgeltes für die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas ist, so dass sie die diesbezüglichen konkreten Erweiterungsmöglichkeiten auch nicht in ihre Erwägungen mit einstellen musste.

cc) Ein Abwägungsfehlgebrauch ist ebenfalls nicht festzustellen. Die Bundesnetzagentur hat die Bedeutung der betroffenen Belange richtig erkannt.

(1) Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist der von ihr verfolgte Zweck der Vermeidung einer dauerhaften Rolle der Marktgebietsverantwortlichen als „single buyer“ von L-Gas legitim. Der Schluss der Bundesnetzagentur, dass eine solche Rolle der Marktgebietsverantwortlichen wegen der bereits aufgezeigten, sich hieraus ergebenden negativen Auswirkungen auf den Handel mit L-Gas nicht wünschenswert ist, ist nicht zu beanstanden. Denn eine solche geänderte Rolle stellt nicht lediglich eine Kostenfrage dar, wobei auch dies wegen der gesetzgeberischen Zielvorgabe der Preisgünstigkeit der Energieversorgung (§ 1 Abs. 1 EnWG) einen berücksichtigungsfähigen Umstand darstellt.

Hinzu treten die von der Bundesnetzagentur wie aufgezeigt beurteilungsfehlerfrei angenommenen möglichen Gefahren für die Versorgungssicherheit, die einen zentralen Belang des EnWG darstellt.

(2) Das Konvertierungsentgelt von H- nach L-Gas verfügt sowohl kurz- als auch mittel- und langfristig über eine Lenkungswirkung im qualitätsübergreifenden Marktgebiet, die geeignet ist, einer dauerhaften „single buyer“-Stellung der Marktgebietsverantwortlichen, der gestiegenen Gefahr negativer Arbitragegeschäfte und der Gefahr von die Versorgungssicherheit gefährdender unvorhersehbarer und unkontrollierbarer Lastflussverschiebungen entgegenzuwirken. Die Geeignetheit des Konvertierungsentgeltes zur Erreichung dieser Ziele ergibt sich dabei aus den vorstehenden Ausführungen unter 3. b) aa) und bb), wonach es zur Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs und der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG geeignet ist. Es ist wegen der aufgezeigten Lenkungswirkung nicht erforderlich, dass die Beibehaltung des Konvertierungsentgeltes einen Einfluss auf die tatsächliche Fördermenge von Erdgas bzw. die Importe oder Konvertierungskapazitäten als deren Ursachen hat.

112

Der Geeignetheit der dauerhaften Beibehaltung eines Konvertierungsentgeltes in nur eine Konvertierungsrichtung zur Erreichung der von der Bundesnetzagentur verfolgten Zwecke kann nicht entgegengehalten werden, dass diese den sog. Netting-Effekt torpediere. Nach dem sog. Netting-Effekt fällt bei Saldierung über alle Bilanzkreise die bilanzielle Konvertierung mengenmäßig gegenläufig aus. Wegen der Möglichkeit der bilanziellen Konvertierung besteht die Erwartung, dass sich die Großhandelspreise für L- und H-Gas anpassen, d.h. ungefähr gleiche Mengen zu ungefähr gleichen Marktpreisen gehandelt werden. Allerdings besteht der sog. Netting-Effekt, der die strukturellen Unterschiede zwischen H- und L-Gas-Markt, insbesondere die unterschiedliche Liquidität, bereits im Ausgangspunkt unbeachtet lässt, allenfalls theoretisch. Die Beschwerdeführerin hat nicht geltend machen können, dass ein solcher Effekt im Laufe der Geltungsdauer der Festlegung KONNI Gas 1.0 eingetreten wäre, was aber wegen des in beide Konvertierungsrichtungen erhobenen Konvertierungsentgeltes, das keinen Preisdruck in eine Richtung ausübt, zu erwarten gewesen wäre. Beispielhaft zeigen die Ausführungen der Betroffenen zu 1) in ihrer Stellungnahme gegenüber der Bundesnetzagentur vom 17.06.2016 (Anlage B 10 bzw. MGV 1), dass bei Auftreten des erhöhten Regelenergiebedarfs Anfang 2016 im Marktgebiet NCG es für die Händler, die Endkunden mit L-Gas belieferten, wegen der Preisdifferenz zwischen H- und L-Gas günstiger war, trotz des damals geltenden Konvertierungsentgeltes von 0,30 EUR/MWh bilanziell zu konvertieren als qualitätsscharf einzuspeisen. Hieraus folgt, dass es weder zu einer Angleichung der Konvertierungsmengen zwischen beiden Richtungen noch einer Preisangleichung gekommen ist.

113

Der Geeignetheit zur Erreichung der Lenkungswirkung steht auch nicht entgegen, dass es trotz Erhebung eines Konvertierungsentgeltes Anfang 2016 im Marktgebiet NCG zu einem erhöhten Regelenergiebedarf an H-Gas gekommen ist. Denn die Bundesnetzagentur nimmt in der angefochtenen Änderungsfestlegung gerade nicht in Anspruch, dass ein Konvertierungsentgelt für die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas jedweden Regelenergiebedarf an H-Gas unterbindet, da dieses nicht einziger Kostenfaktor und damit für die Entscheidung für die bilanzielle Konvertierung nicht alleine maßgeblich ist. Aufgrund gewisser Unsicherheiten bei der Prognose künftiger Gaspreise wird eine solche Entscheidung nicht per se eindeutig für einen längeren Zeitraum genau vorherzusagen sein. Die Bundesnetzagentur ist davon ausgegangen, dass die Gefahr einer sehr häufigen oder gar ausschließlichen Belieferung der L-Gas-Letztverbraucher durch die Beschaffung von Regelenergie bei Beibehaltung eines Konvertierungsentgeltes deshalb zwar nicht

114

ausgeschlossen, aber jedoch deutlich geringer ist (Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0, S. 18). Dieser Schluss ist ohne Weiteres nachvollziehbar. Den Unwägbarkeiten, die mit der Prognose zukünftiger Verhältnisse auf dem Gasmarkt verbunden sind, ist insoweit mit einer weiten Einschätzungsprärogative auf Seiten der Bundesnetzagentur zu begegnen.

Im Übrigen steht es der Geeignetheit des Konvertierungsentgeltes zur Erreichung der Lenkungswirkung nicht entgegen, dass es seit Einführung des Konvertierungssystems insgesamt zu einem höheren Konvertierungsaufkommen von L- nach H-Gas gekommen ist, da dies ohne Einfluss auf die aufgezeigte Lenkungswirkung des einseitig in die gegenläufige Konvertierungsrichtung erhobenen Konvertierungsentgelts ist. 115

(3) Die Bundesnetzagentur ist auch ermessensfehlerfrei davon ausgegangen, dass kein milderes Mittel zum Umgang mit den dargestellten Auswirkungen der veränderten Rahmenbedingungen zur Verfügung steht, das die Marktteilnehmer weniger belastet. 116

(a) Zunächst ist die Beibehaltung des Konvertierungsentgeltes nicht wegen etwaiger Selbstregulierungskräfte des Marktes, die zu einer „Restabilisierung“ des Konvertierungssystems führen könnten, entbehrlich. Der sog. Netting-Effekt besteht wie aufgezeigt nur theoretisch. Dass weiterhin eine erhöhte Nachfrage von H-Gas im Rahmen der Konvertierung zwingend einen höheren Preis für H-Gas zur Folge hätte, was wiederum die qualitätsscharfe Einspeisung von L-Gas wirtschaftlich attraktiver machen und deshalb zu einem sinkenden Konvertierungsaufkommen in die Konvertierungsrichtung von H- noch L-Gas führen würde, kann schon wegen der Komplexität der Preisbildungsmechanismen, gerade auch angesichts langfristig bestehender Lieferverträge, nicht angenommen werden. 117

(b) Die Bundesnetzagentur hat in der angefochtenen Änderungsfestlegung von den Verfahrensbeteiligten unbeanstandet ausgeführt, dass die vorliegenden Erfahrungen mit den durchgeführten Umstellungsprojekten und die Vorarbeiten zur Marktraumumstellung zeigten, dass eine Beschleunigung der Marktraumumstellung insbesondere aufgrund der begrenzten Kapazitäten bei den Umstellungsunternehmen nicht ohne weiteres möglich sei. Insbesondere sei ein zusätzliches Umstellpotential im Hinblick auf Großabnehmer nur als gering einzuschätzen (Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0, S. 19). Eine Beschleunigung der Marktraumumstellung ist hiernach keine Maßnahme, die kurzfristig umgesetzt werden kann. 118

(c) Auch der Ausbau technischer Konvertierungsmöglichkeiten stellt kein milderes Mittel dar. Der Annahme der Bundesnetzagentur, dass ein solcher Ausbau nur mittel- bzw. langfristig Wirkung zeigen werde und deshalb nicht geeignet sei, den aufgezeigten negativen Effekten der strukturellen Rahmenbedingungen des Marktes für den Wettbewerb auf dem Markt für L-Gas kurzfristig entgegenzuwirken, sind die übrigen Verfahrensbeteiligten nicht entgegengetreten. 119

Es kann auch nicht festgestellt werden, dass die Bundesnetzagentur insoweit die Einführung des Konvertierungssystems nur unzureichend begleitet hätte. Weder die Festlegung KONNI Gas 1.0 noch die Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0 betreffen Vorgaben in Bezug auf Investitionen in Konvertierungsanlagen, da dies – wie die Bundesnetzagentur zutreffend ausführt - Fragen der Marktraumumstellung bzw. der Netzentwicklungsplanung und Investitionsmaßnahmen sind, die eigenen gesetzlichen Rahmen- und Verfahrensvorschriften unterliegen. Nach der durch die angefochtene Änderungsfestlegung unverändert gebliebenen Regelung in Ziff. 5 des Tenors der Festlegung KONNI Gas 1.0 müssen die Marktgebietsverantwortlichen die Möglichkeiten einer möglichst kostengünstigen Erweiterung der technischen Konvertierungsanlagen bzw. einer Umstellung von Netzgebieten von L-Gas auf H-Gas lediglich prüfen und zwar nur dann, wenn die Kosten der kommerziellen 120

Konvertierungsmaßnahmen (insbesondere durch Einsatz von Regelenergie) über einen Zeitraum von einem Jahr deutlich oberhalb der Kosten liegen, die bei Einsatz technischer Konvertierungsmaßnahmen oder bei einer Umstellung einzelner Netzteile von L- auf H-Gas anfallen würden.

Gleichzeitig lässt sich der vorstehenden Regelung nicht entnehmen, dass die Bundesnetzagentur mit der dauerhaften Erhebung eines Konvertierungsentgeltes mindestens ein Jahr ab dem Zeitpunkt Anfang 2016, an dem die Kosten kommerzieller Konvertierungsmaßnahmen deutlich oberhalb der Kosten des Einsatzes technischer Konvertierungsmaßnahmen gelegen haben, hätte abwarten müssen. Denn Anlass für die angefochtene Änderungsfestlegung waren geänderte Marktbedingungen und damit eine neue Grundlage für die von der Bundesnetzagentur zu treffende Prognoseentscheidung, wie den hierdurch begründeten Gefahren in geeigneter Weise zu begegnen ist. Den Prüfpflichten zum Ausbau der technischen Konvertierungsmöglichkeiten lagen ersichtlich andere Erwägungen zugrunde, so dass eine Ermessensbindung im Hinblick auf die hier streitgegenständliche Entscheidung über die Beibehaltung des Konvertierungsentgeltes nicht vorliegt.

121

Die Beschwerdeführerin kann auch nicht erfolgreich geltend machen, dass die Bundesnetzagentur durch die angefochtene Änderungsfestlegung die in der Festlegung KONNI Gas 1.0 niedergeschriebenen Strategien für den Ausbau technischer Konvertierungsmöglichkeiten untergrabe. Sie hat die dortigen Regelungen beibehalten. Dass das dort beschriebene Szenario eintritt, wird durch die dauerhafte Beibehaltung des Konvertierungsentgeltes zwar unwahrscheinlicher, aber gleichwohl nicht ausgeschlossen. Die Prüfpflicht der Marktgebietsverantwortlichen wird zudem flankiert von den Untersuchungen, die im Hinblick auf die mittel- und langfristige Wirksamkeit derartiger Maßnahmen angestoßen sind (Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0, S. 19).

122

Wegen des von der Bundesnetzagentur zutreffend festgestellten kurzfristigen Handlungsbedarfs und der Unwägbarkeiten, die im Hinblick auf Zeitpunkt und Umfang des Einsatzes technischer Konvertierungsmöglichkeiten bestehen, ist schließlich nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur nicht, wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht, eine Kombination von Übergangsregelungen mit dem Ausbau technischer Konvertierungsmöglichkeiten als milderer Mittel angesehen hat. Die genannten Unwägbarkeiten gelten insbesondere für die künftigen Möglichkeiten zur technischen Konvertierung in den Niederlanden, die dem Einfluss der Bundesnetzagentur entzogen sind. Auf die Schwierigkeiten, die sich bei der „Streckung“ des aus den Niederlanden importierten L-Gases durch die Beimengung von H-Gas infolge des höheren Wobbe-Index ergeben, hatte die Bundesnetzagentur bereits in der angefochtenen Änderungsfestlegung hingewiesen (dort S. 17). Im Übrigen eröffnet auch die mit einem ausdrücklichen Widerrufsvorbehalt versehene Änderungsfestlegung die Möglichkeit, auf den Ausbau technischer Konvertierungsmöglichkeiten mit einer erneuten Prüfung und Anpassung der hier beanstandeten Maßnahmen zu reagieren.

123

(d) Soweit die Bundesnetzagentur weitere, im Rahmen des Konsultationsverfahrens vorgeschlagene Maßnahmen wie Möglichkeiten zur Veränderung des Marktdesigns, vertragliche Regelungen zwischen den Marktgebietsverantwortlichen oder Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz des Regelenergiemarktes als für sich gesehen ungeeignet abgelehnt hat, sind die übrigen Verfahrensbeteiligten dem im Beschwerdeverfahren nicht entgegengetreten.

124

(e) Entgegen der von der Betroffenen zu 6) vertretenen Ansicht würde auch die Erhebung eines Konvertierungsentgeltes ex post auf einen tatsächlich angefallenen

125

Regelenergiebedarf kein milderes Mittel darstellen. Dies gilt schon deshalb, weil er nicht in gleicher Weise wie ein ex ante erhobenes Konvertierungsentgelt verhaltenssteuernde Wirkung hätte, da der bilanziell Konvertierende nicht zwingend davon ausgehen müsste, von einem solchen Entgelt betroffen zu sein. Es ist deshalb weniger geeignet, strukturellen Problemen zu begegnen. Hiervon abgesehen wäre es für die betroffenen Marktteilnehmer auch eingriffsintensiver, weil es von dem zufälligen Anfall höherer Konvertierungsmengen in eine der beiden Konvertierungsrichtungen am jeweiligen Bilanztag abhängt, ob ein Regelenergiebedarf und damit ein Konvertierungsentgelt anfällt.

Die Erhebung eines Konvertierungsentgeltes ex post ist auch nicht aus den von der Betroffenen zu 6) angestellten Erwägungen zur „Verursachungsgerechtigkeit“ geboten. Im Rahmen des Entry-Exit-Modells tritt der das vormalige Transportpfadmodell beherrschende Gedanke der „Verursachungsgerechtigkeit“ hinter den Gedanken der Sicherstellung des Wettbewerbs bei der Versorgung mit Gas im Handelsbereich zurück. 126

(f) Schließlich kann die Beschwerdeführerin auch nicht geltend machen, dass die Bundesnetzagentur eine bewusste Umstellung der Rolle der Marktgebietsverantwortlichen auf die Rolle eines „single buyers“ hätte prüfen müssen. Angesichts der aufgezeigten sowohl kurz- als auch langfristigen negativen Auswirkungen einer solchen Rolle auf die Preisentwicklung auf dem L-Gas-Markt und letztlich sogar auf die Versorgungssicherheit auf dem Markt für L-Gas ist schon im Ausgangspunkt nicht ersichtlich, wie diese Rolle ausgestaltet sein sollte, um gleichzeitig den aufgezeigten Gefahren zu begegnen. 127

(4) Es liegt auch keine Rechtsbeeinträchtigung der Beschwerdeführerin vor, die zu dem mit der Maßnahme verfolgten Zweck außer Verhältnis stünde. 128

(a) Eine unmittelbare Berührung ihres Rechtskreises ergibt sich für die Beschwerdeführerin weder aus Art. 12 GG noch aus Art. 14 GG. 129

(aa) Ein Eingriff in die verfassungsrechtlich verbürgte Berufsfreiheit liegt nicht vor. Bei staatlichen Regelungen und Maßnahmen, die wie die streitgegenständliche Beibehaltung eines Entgelts für die Nutzung bilanzieller Konvertierung von H- nach L-Gas nicht direkt auf berufliche Tätigkeiten abzielen, sondern diese durch Kostenbelastungen faktisch beeinflussen, verlangt das Bundesverfassungsgericht einen engen Zusammenhang mit der Berufsausübung und darüber hinaus eine berufsregelnde Tendenz (BVerfG, Beschl. v. 06.07.2005, 2 BvR 2335/95, BeckRS 2005, 150926; Beschl. vom 01.07.1998, 2 BvR 441/90 u.a., BeckRS 9998, 167519; Beschl. v. 29.11.1989, 1 BvR 1402/87, BeckRS 1998, 06924; jeweils beck-online), die bei Steuern und Abgaben nur ausnahmsweise gegeben ist (BVerfG a.a.O. m.w.N.). Dieser Bezug fehlt vorliegend. Das Konvertierungssystem regelt die Rahmenbedingungen eines qualitätsübergreifenden Transports von Gas innerhalb eines Marktgebietes. Innerhalb dieser Rahmenbedingungen bewegen sich alle Teilnehmer des Wettbewerbs zu den gleichen Bedingungen. Die Beibehaltung eines Konvertierungsentgeltes infolge der Änderungsfestlegung stellt dabei eine bloße Veränderung der Marktverhältnisse dar, gegen die das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht schützt, selbst wenn sie vom Staat ausgeht (vgl. BVerfG, Beschl. v. 05.03.1974, 1 BvL 27/72, NJW 1974, 1317, 1318, so auch BGH, Beschl. v. 05.10.2010, EnVR 52/09, BeckRS 2010, 28381 für die Ausgestaltung der Rahmenbedingungen für Ausgleichsleistungen im Gassektor nach der Festlegung GABiGas). 130

(bb) Ebenso wenig ist das Grundrecht des Art. 14 GG berührt. Dieses enthält keine allgemeine Wertgarantie vermögenswerter Rechtspositionen (BVerfG, Beschl. v. 26.06.2002, 1 BvR 558/91 u.a., NJW 2002, 2621, 2625 m.w.N.). Vielmehr erfasst Art. 14 Abs. 1 GG nur Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen, nicht aber in der Zukunft 131

liegende Chancen und Verdienstmöglichkeiten (BVerfG a.a.O.). Bei der Möglichkeit, verschiedene Gasqualitäten entgeltfrei innerhalb eines Marktgebiets bilanziell zu konvertieren, handelt es sich lediglich um eine Marktchance, die die Beschwerdeführerin im Geltungsbereich der Festlegung KONNI Gas 1.0 nutzen wollte. Gleiches gilt für die Erwartung der Beschwerdeführerin, dauerhaft von der günstigen Marktentwicklung auf dem Markt für H-Gas, d.h. günstigeren Preisen, auch im Hinblick auf die Lieferverträge mit L-Gas-Kunden zu profitieren. Rechtspositionen sind hiermit nicht verbunden. Dass die bilanzielle Konvertierung für die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas für die Beschwerdeführerin infolge des Konvertierungsentgelts teurer wird als erwartet und sie deshalb L-Gas an ihre Kunden möglicherweise nicht mehr so auskömmlich vertreiben kann, berührt die grundrechtlichen Gewährleistungen aus Art. 14 GG nicht.

(b) Es liegt auch kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG vor. Das Konvertierungssystem eröffnet erst die Möglichkeit einer Gleichbehandlung unterschiedlicher Gasqualitäten in bilanzieller Hinsicht. Soweit die Konvertierungsrichtungen von H- nach L-Gas und L- nach H-Gas im Hinblick auf das Konvertierungsentgelt unterschiedlich behandelt werden, so liegen bereits keine vergleichbaren Sachverhalte vor. Denn die Bundesnetzagentur hat die Notwendigkeit und Erforderlichkeit einer Verhaltenssteuerung der Marktbeteiligten durch das Konvertierungsentgelt nur im Hinblick auf die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas identifiziert. Dass eine solche auch in die Gegenrichtung bestehen würde, ist auch von den übrigen Verfahrensbeteiligten nicht geltend gemacht worden. Jedenfalls läge hierin ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung. Der Wille des Gesetzgebers zur unterschiedslosen Behandlung beider Gasqualitäten besteht wie aufgezeigt nicht uneingeschränkt, so dass eine sachliche Differenzierung nicht von vornherein ausgeschlossen ist. 132

(c) Die Beschwerdeführerin kann sich nicht erfolgreich auf einen Verstoß gegen den aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen. Die hierdurch gewährleisteten Vertrauensschutzgesichtspunkte sind im Rahmen der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen, was, wie noch aufzuzeigen ist, fehlerfrei geschehen ist. 133

dd) Schließlich liegt auch keine Abwägungsdisproportionalität vor. Der von der Bundesnetzagentur vorgenommene Ausgleich zwischen den zu berücksichtigenden Belangen steht nicht außer Verhältnis zur deren objektiver Gewichtigkeit. 134

Vertrauensschutzgesichtspunkte stehen dem Teilwiderruf der Festlegung KONNI Gas 1.0 nicht entgegen. Die Bundesnetzagentur geht in der angefochtenen Änderungsfestlegung mit zutreffenden Erwägungen davon aus, dass Vertrauensschutzgesichtspunkte allenfalls gering zu gewichten sind. 135

Grundsätzlich durfte ein Bilanzkreisverantwortlicher schon wegen § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG nicht ohne Weiteres auf den Bestand der Entscheidung vertrauen. Gleichwohl kann die Annahme einer gewissen Verlässlichkeit der Regulierungsentscheidung schützenswert sein (Britz/Herzmann in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 29 Rn. 23; Wahlhäuser in: Kment, a.a.O., § 29 Rn. 39). Wie hoch die Belastung des Marktteilnehmers durch eine Änderung zu seinen Ungunsten zu bewerten ist, hängt von unterschiedlichen Umständen ab, wie dem Zeitablauf seit der ursprünglichen Behördenentscheidung oder ob es sich um eine Regelung in der Anfangsphase der Netzregulierung handelt oder um eine solche bei bereits eingespielter Regulierungspraxis. So ist es gerade typisch für die Anfangsphase der Netzzugangsregulierung, dass sich die Erkenntnislage der Regulierungsbehörde rasch ändert (Britz/Herzmann in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 29 Rn. 20, 23). 136

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Festlegung KONNI Gas 1.0 auf prognostischen Annahmen über die künftige Entwicklung des durch die Festlegung KONNI Gas 1.0 erst eingeführten qualitätsübergreifenden Handels beruhte. Da die erfolgreiche Einführung des qualitätsübergreifenden Handels zwangsläufig zu einem geänderten Transportverhalten der Marktbeteiligten durch Verlagerungen der physikalischen Gasflüsse infolge der Nutzung der Möglichkeit der bilanziellen Konvertierung führen würde, mussten diese Transportflüsse – wie bereits in der Begründung zur Festlegung KONNI Gas 1.0, dort S. 10, aufgeführt - mittels des Konvertierungsentgeltes plan- und kontrollierbar gemacht werden, um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten. Bereits die Festlegung KONNI Gas 1.0 sah deshalb auch eine gewisse Flexibilität bei der Beibehaltung des Konvertierungsentgeltes mit Rücksicht auf dessen Lenkungsfunction vor. So waren nach § [4] Ziff. 2 Standardvertrag Konvertierung die Marktgebietsverantwortliche berechtigt, ein unterschiedlich hohes Entgelt je nach qualitativer Konvertierungsrichtung zu erheben, um angemessene Anreize für ein Transportverhalten zu setzen, welches die physikalische Netzsteuerung des Marktgebiets und die Gewährleistung der Systemstabilität erleichtert. In § [5] Ziff. 2 S. 3 Standardvertrag Konvertierung wurde ein Öffner eingebaut, der den Marktgebietsverantwortlichen die Möglichkeit einräumt, in Ausnahmesituationen von den grundsätzlichen Absenkungsfaktoren abzuweichen.

Damit war für alle Marktbeteiligten erkennbar, dass die Festlegung KONNI Gas 1.0 von einer Vielzahl von Prognosen getragen war, deren Belastbarkeit sich mangels praktischer Erfahrungen erst im Zuge der Einführung des qualitätsübergreifenden Konvertierungssystems herausstellen würde. Gerade die Reaktion auf das tatsächliche Nutzungsverhalten und die Marktverhältnisse, die sich wechselseitig beeinflussen, erforderten dabei - für die Marktbeteiligten auch offensichtlich - eine gewisse Flexibilität. Die Marktbeteiligten durften deshalb kein berechtigtes Vertrauen darauf entwickeln, dass die Regelungen zum Konvertierungsentgelt, insbesondere der hierfür vorgesehene Abschmelzungspfad, nicht abgeändert werden würden. Insbesondere durften sie deshalb beim Abschluss von Lieferverträgen mit L-Gas-Kunden, deren Bedarf sie durch den Einkauf des günstigeren H-Gases decken wollten, nicht darauf vertrauen, dass ab September 2016 keinerlei Konvertierungsentgelt bei der bilanziellen Konvertierung mehr anfallen würde. Es wäre ihnen zumutbar gewesen, dem dadurch Rechnung zu tragen, dass sie die vertraglichen Voraussetzungen für die Weiterreichung etwaiger, noch nicht absehbarer, aber nicht auszuschließender Mehrkosten geschaffen hätten. Es ist deshalb auch nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur keine weiteren Ermittlungen zum Ausmaß der diesbezüglichen Betroffenheit einzelner Marktbeteiligter vorgenommen hat.

Vertrauensschutzgesichtspunkte müssen deshalb im Rahmen der Abwägung der genannten Interessen der Marktbeteiligten angesichts der von der Bundesnetzagentur durch die geänderten Marktbedingungen prognostizierten, negativen Folgen für die Wettbewerbssituation im Gasmarkt und einer nicht auszuschließenden Gefährdung der Versorgungssicherheit zurückstehen. Dem steht nicht entgegen, dass die von der Bundesnetzagentur vorgenommenen Prognosen mit zahlreichen Unsicherheiten verbunden sind. Denn diese sind den erforderlichen Prognosen zukünftiger Marktgeschehnisse in diesem Rahmen immanent. Wie aufgezeigt, sind die Prognosen hinreichend belastbar und stellen sich insbesondere im Hinblick auf die festgestellte nicht auszuschließende Gefährdung der Versorgungssicherheit nicht lediglich als bloßer, ins Blaue hinein geäußelter „Verdacht“ dar, so dass die dahinstehenden energiewirtschaftlichen Zielsetzungen maßgebliches Abwägungskriterium sein können.

d) Die Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0 verstößt schließlich nicht gegen europarechtliche Vorgaben.

(1) Es liegt kein Verstoß gegen Art. 34 AEUV vor, wonach mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten sind. Da die Beibehaltung eines Konvertierungsentgelts für eine Konvertierungsrichtung keine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung darstellt, könnte sie allenfalls eine Maßnahme gleicher Wirkung sein. Diese wird vom Europäischen Gerichtshof definiert als „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“ (Urteil v. 11.7.1974, EuGH 8/74, Slg. 1974, 837 Rn. 5 – Dassonville). Es kann indes nicht davon ausgegangen werden, dass der Bezug von H-Gas aus den Niederlanden durch die Beibehaltung eines Konvertierungsentgeltes in die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas tatsächlich oder potentiell behindert wird. Denn die Erhebung des Konvertierungsentgelts hat lediglich Einfluss darauf, ob es für deutsche H-Gas-Importeure wirtschaftlicher ist, H-Gas in den Niederlanden zu beziehen und qualitätsscharf einzuspeisen oder von der bilanziellen Konvertierungsmöglichkeit Gebrauch zu machen. Gleichzeitig werden aber im Gegenzug durch das Konvertierungssystem neue Abnahmewege eröffnet. Zum einen wird der Import von L-Gas aus den Niederlanden auch für diejenigen Händler ermöglicht, die Kunden mit H-Gas beliefern, da sie nunmehr L- in H-Gas konvertieren können. Zum anderen müssen gegebenenfalls die Marktgebietsverantwortlichen einen Regelenergiebedarf an L-Gas decken. Strukturell ist das Konvertierungssystem auch in seiner durch die angefochtene Änderungsfestlegung vorgesehenen Ausgestaltung deshalb nicht geeignet, den Bezug von L-Gas tatsächlich oder potentiell zu behindern.

141

Dahinstehen kann deshalb, ob die erforderliche grenzüberschreitende Wirkung allein deshalb angenommen werden kann, weil H-Gas überwiegend in den Niederlanden gefördert wird.

142

(2) Auch ein Verstoß gegen sekundäres europäisches Gasregulierungsrecht liegt nicht vor. Aus den bereits im Hinblick auf § 20 Abs. 1 EnWG gemachten Erwägungen liegt kein Verstoß gegen das Gebot des diskriminierungsfreien Netzzugangs nach Art. 3 Abs. 1, 2 der Richtlinie 2009/73/EG (Gasbinnenmarkt-RL) und nach Art. 1 Abs. 1 a), Art. 14 Abs. 1 a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 (Gaszugangs-VO) vor.

143

IV.

144

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG. Die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Erstattungsfähigkeit der außergerichtlichen Aufwendungen der sonstigen Verfahrensbeteiligten liegen nur im Falle der Betroffenen zu 1) und 2) vor. Deren Kosten sind ausnahmsweise deshalb erstattungsfähig, weil sie ein besonderes Interesse am Ausgang des Beschwerdeverfahrens hatten und das Verfahren durch ihren Vortrag wesentlich gefördert haben (vgl. zu den entsprechenden Voraussetzungen der Übernahme der Kosten des Beigeladenen durch die unterliegende Partei Hölscher in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 90 Rn. 16; Theobald/Werk in: Danner/Theobald, a.a.O., § 90 Rn. 13; vgl. auch Klose in: Wiedemann, Kartellrecht, 3. Aufl., § 54 Rn. 153 m.w.N.). Die Beigeladenen haben sich mit Ausnahme der Beigeladenen zu 6), die die unterlegene Beschwerdeführerin unterstützt hat, im Übrigen schon nicht aktiv am Verfahren beteiligt.

145

Die Festsetzung des Gegenstandswertes für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 50 Abs. 1 S. 2 GKG. Danach ist im Verfahren über Beschwerden eines Beigeladenen nach § 79 Abs. 1 Nr. 3 EnWG der Streitwert unter Berücksichtigung der sich für den Beigeladenen ergebenden Bedeutung der Sache nach Ermessen zu bestimmen. Maßgeblich hierfür ist das Interesse

146

der Beschwerdeführerin an der Änderung bzw. Aufhebung der Entscheidung der Regulierungsbehörde und die wirtschaftlichen Konsequenzen, die aus dem streitigen Rechtsverhältnis resultieren. Letztere sind zwar nicht konkret bezifferbar. Soweit die Beschwerdeführerin unter Bezugnahme auf die Anlage BF 21 vorgetragen hat, dass bei einem unterstellten Konvertierungsentgelt von ... für die Konvertierungsrichtung von H- nach L-Gas für die bereits für die Jahre 2017 - 2020 abgeschlossenen Liefermengen Mehrkosten in Höhe von ... EUR zu erwarten seien, so ist zum einen nicht abzusehen, ob das Konvertierungsentgelt auch weiterhin in dieser maximal zulässigen Höhe erhoben wird. Zum anderen hat die Beschwerdeführerin geltend gemacht, dass sie nach Bekanntgabe der 1. Mitteilung zur Festlegung KONNI Gas 1.0 vom 09.04.2016 ihre Vertriebsverträge auf die Beibehaltung des Konvertierungsentgeltes ausgerichtet habe. Es ist deshalb davon auszugehen, dass nur bei einem Teil der in Bezug genommenen Liefermengen Konvertierungskosten bei der Beschwerdeführerin verbleiben. Der Senat geht deshalb davon aus, dass dem wirtschaftlichen Interesse der Beschwerdeführerin mit dem festgesetzten Streitwert von 1 Mio. EUR in angemessener Weise Rechnung getragen wird.

V. 147

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zugelassen, weil die maßgeblichen Fragen des Rechtsstreits grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG haben. 148

Rechtsmittelbelehrung: 149

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, S. 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). 150

