



22. Energierechtstag Rückschau und Ausblick Rechtsprechung des 3. Kartellsenats

Anne-Christin Frister

Aktuelle Rechtsprechung – Überblick

- Überblick Senatsrechtsprechung in Ausschreibungsverfahren
- Investitionsmaßnahmen – anlagenscharfe Befristung
- Aktuelle Entwicklungen in Missbrauchs- und Aufsichtsverfahren
- Netzreserve

Ausschreibungen - Allgemeines

- Ausschreibungen zur Ermittlung der finanziellen Förderung von EE- und KWK-Anlagen (seit 2017)
- ermittelter anzulegender Wert dient als Berechnungsgrundlage für die Höhe des Zahlungsanspruchs (Marktprämie)
- Ziel: zügige und verlässliche Projektumsetzung
 - Sicherheitsleistung im Vorfeld
 - Prüfung und Ausschluss unzulässiger Gebote oder Bieter
 - Entwertung von Zuschlägen
 - kurze und verbindliche Realisierungsfristen
 - Zuschlagsverlust (Erlöschen und Entwertung)
 - Pönale bei Verzögerung/Nichtumsetzung

Konstellationen und Leitlinien

Ausschluss von Geboten

Senat, Beschl. v. 4.7.2018, VI-3 Kart 110/17; 2.12.2020, VI-3 Kart 177/20; 30.11.2022, VI-3 Kart 4/22

- Ausschluss wegen fehlender Angaben (Sitz des Bieters, Datum der Aufnahme des Dauerbetriebs) oder Nachweise
- **Grundsatz:** Nichtbeachtung **wirksamer Formatvorgaben** führt zum Ausschluss - keine Vervollständigung durch BNetzA mittels Auslegung/ Sachverhaltsermittlung
- **Ausnahme:** Reichweite einer wirksamen Formatvorgabe kann nach dem **Grundsatz der Anwenderfreundlichkeit** Einschränkung erfahren (Senat, Beschl. v. 05.04.2023, VI-3 Kart 34/22)

Konstellationen und Leitlinien

- Befassungsumfang orientiert sich an der Natur des Ausschreibungsverfahrens als regulierungsbehördlichem **Massenverfahren**
- **keine Übertragung** der vergaberechtlichen Rechtsprechung zur Auslegung von Geboten wegen unterschiedlicher Zweck- und Zielrichtung
- BNetzA obliegen keine umfangreichen Nachforschungs-, Prüfungs- und Befassungspflichten
- Pflicht zur Erforschung und Auslegung des Gebotsinhalts würde den Besonderheiten des Massenverfahrens nicht gerecht

Konstellationen und Leitlinien

Entwertung und Widerruf von Zuschlägen

Senat, Beschl. v. 27.4.2022, VI-3 Kart 87/21; 30.6.2022, VI-3 Kart 116/21; 18.1.2023, VI-3 Kart 24/22)

- Entwertung eines Zuschlags durch BNetzA, soweit dieser nach Ablauf der Realisierungsfrist erlischt - Realisierungsfrist ist materiell-rechtliche, **verschuldensunabhängige** Frist
- nach Entwertung: Anfall der Pönale (Leistung an ÜNB, § 55 EEG), soweit mehr als fünf Prozent der Gebotsmenge entwertet werden - BNetzA ist befugt, Regelungen zu dieser Strafzahlung durch **Bescheid** zu treffen
- bei Zerstörung einer Anlage und **Ersetzung durch Neubau gleichen Typs** auf Grundlage einer Änderungsgenehmigung erlischt Zuschlag nicht und ist folglich nicht zu entwerten

Konstellationen und Leitlinien

- **Widerruf** eines Zuschlags (§ 49 VwVfG): Bieter hatte vom Zuschlag keinen Gebrauch macht (WEA als Pilot registriert)
- Widerruf **nicht** zum Schutz des funktionierenden und **unverzerrten Ausschreibungswettbewerbs** erforderlich
 - ermöglicht nicht nachträgliche Bezuschlagung, unberücksichtigt gebliebener Bieter muss Verpflichtungsbeschwerde einlegen
- **Erreichung des Ausbaupfades** kann dagegen wichtiges Gemeinschaftsgut iSd § 49 VwVfG darstellen - durch Fortbestand des nicht genutzten Zuschlags auch gefährdet
- durch Widerruf, Entwertung und Pönale entsprechende Verhaltensteuerung möglich – keine Teilnahme mit Anlagen ohne sichere Nutzungsabsicht
 - Begründungsansatz aber erstmals im Beschwerdeverfahren vorgebracht, kein zulässiges Nachschieben von Gründen

Genehmigungsdauer Investitionsmaßnahmen

Senat, Beschl. v. 23.11.2022, VI-3 Kart 121/21 u.a.

zur anlagenscharfen Verlängerung der Geltungsdauer einer Investitionsmaßnahme

- differenzierender Ansatz der BNetzA gebilligt:
 - für bis zum 31.12.2020 bereits als Fertiganlagen **aktivierte Anlagegüter** erfolgt Befristung - nur - bis zum 31.12.2022 (Ende 3. RegPeriode)
 - andere Anlagegüter sowie nach dem 31.12.2020 entstehende AHK: Befristung bis zum 31.12.2027 (Ende 4. RegPeriode)
- bis zum 31.12.2020 aktivierte Anlagegüter der genehmigten IMA werden im Ausgangsniveau der Erlösobergrenze der vierten Regulierungsperiode **vollständig berücksichtigt**
- kein Bedürfnis für vorzeitige Refinanzierung über IMA
- keine anderweitige **Selbstbindung der Verwaltung** durch frühere Leitfäden oder Vertrauensschutz

Entwicklungen im Missbrauchsverfahren

Verhältnis besonderes **Missbrauchsverfahren** (§ 31 EnWG)
zum **zivilgerichtlichen** Verfahren - Senat, Beschl. v. 2.2.2022
u.10.8.2022, VI-3 Kart 37/21 und VI-3 Kart 117/21

Abgrenzung nach **Prüfungsgegenstand**:

- im Missbrauchsverfahren ist Überprüfung darauf beschränkt, ob (gerügtes) Verhalten eines NB mit den Vorgaben in den Bestimmungen der Abschnitte 2 u. 3 des **EnWG** oder der auf dieser Grundlage erlassenen **Rechtsverordnungen** sowie den nach **§ 29 Abs. 1** festgelegten Bedingungen und Methoden in Einklang steht
- Folge: keine vollständige Überprüfung der **Vertragskonformität** des gerügten Verhaltens (Abrechnungsfragen, Kündigungen, Aufrechnungen, Zurückbehaltungen etc.)

Entwicklungen im Missbrauchsverfahren

- **parallele zivilrechtliche Prüfung** schließt eine regulatorische Prüfung im Wege eines Missbrauchsverfahrens aber auch nicht aus
- Antragsteller kann **zusätzlich bzw. parallel** in einem zivilgerichtlichen Verfahren gegen den betroffenen Netzbetreiber vorgehen
- weder **Prüfungspflicht** noch **Aufsichtsbefugnis** der Regulierungsbehörden werden durch gleichzeitige Zuständigkeit und Befassung der Zivilgerichte ausgeschlossen

Entwicklungen im Missbrauchsverfahren

zum **Gegenwärtigkeitserfordernis**, vgl. Senat, VI-3 Kart 29/22, Beschl. v. 5.7.2023: Zulässigkeit des Antrags auch dann, wenn ein in der Vergangenheit beendetes Verhalten – hier die unterbliebene Zuordnung zu einem Bilanzkreis – gerügt wird?

BNetzA: Antrag unzulässig wegen **fehlender Gegenwärtigkeit der Interessenberührung**:

- Weigerung, PVA für die Zeit vom 10.10.2018 bis zum 31.01.2021 dem EEG-Bilanzkreis zuzuordnen, sei ein **bereits beendeter Sachverhalt**
- mglw **fortwirkende wirtschaftliche Nachteile** (Nichtzahlung von Marktprämien für vergangene Zeiträume) aus beendeter Zuwiderhandlung könnten die für ein zulässiges besonderes Missbrauchsverfahren erforderliche Gegenwärtigkeit der Interessenberührung nicht begründen

Entwicklungen im Missbrauchsverfahren

Folge: Zuständigkeit der BNetzA nur für **andauernde Zuwiderhandlung**, ansonsten „Aufarbeitung“ durch Zivilgericht
Senat:

- beendetes bzw. abgestelltes Verhalten kann zulässiger Gegenstand eines besonderen Missbrauchsverfahrens sein, sofern AS hiervon noch gegenwärtig erheblich in seinen Interessen berührt wird und daher ein **Bedürfnis für eine Streitbeilegung durch BNetzA** besteht
- Gegenwärtigkeit der Interessenberührung und berechtigtes Interesse an Überprüfung der Rechtmäßigkeit des beendeten bzw. abgestellten Verhaltens kann sich dabei auch aus hieraus fortwirkenden wirtschaftlichen Nachteilen (Schäden) ergeben, deren Ausgleich der verantwortliche Betreiber von Energieversorgungsnetzen ablehnt

Entwicklungen im Aufsichtsverfahren

Senat, Beschl. v. 9.8.2023, VI-3 Kart 43 und 44/22

Anhebung des Gas- bzw- Strompreises ggü Haushaltskunden durch Energielieferantin ohne Einhaltung der Monatsfrist gem. § 41 Abs. 5 S. 2 EnWG

Verfahren nach § 65 EnWG (Aufsichtsmaßnahme): **Feststellung** des Verstoßes und **bußgeldbewehrte** Verpflichtung, die Preismaßnahmen **zurückzunehmen und rückabzuwickeln**

- Reichweite des § 65 EnWG:
 - ermächtigt die Regelung lediglich zu zukunftsbezogenen Verboten oder Geboten – auch soweit nach § 65 Abs. 1 S.2 Vorgaben verhaltensorientierter oder struktureller Art gemacht werden können?
 - Befugnis zum Erlass von Rückerstattungsanordnungen, obgleich eine Regelung wie in § 32 Abs. 2a GWB fehlt?

Entwicklungen im Aufsichtsverfahren

- Senat: Verpflichtung zur „Rücknahme“ und „Rückgängigmachung“ der Preiserhöhung ist rechtmäßig:
 - **Wiederherstellung der Lage**, die sich ergeben hätte bzw. ergeben müsste, wenn die Bf keine Preiserhöhungen vorgenommen hätte
 - Bf wird abverlangt, an der Preiserhöhung nicht festzuhalten und - soweit es zu Abflüssen gekommen ist - für einen Ausgleich, etwa per Rückzahlung oder Gutschrift, zu sorgen
- § 65 Abs. 1 EnWG begründet nicht lediglich die Befugnis zum Erlass zukunftsbezogener Maßnahmen, sondern **ermächtigt nach Wortlaut und ratio zu weitreichenden Anordnungen** zur Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustands

Entwicklungen im Aufsichtsverfahren

- wären die Befugnisse der BNetzA im Anschluss an einen Verstoß gegen § 42 Abs. 5 S.2 auf dessen Feststellung und Hinwirkung auf zukünftige Befolgung der gesetzlichen Vorgaben beschränkt, bliebe ein auf das konkrete rechtswidrige Handeln zurückgehender Missstand unberührt
- Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustands hinge von den einzelnen Haushaltskunden ab
 - EnWG zielt aber nicht darauf ab, die Durchsetzung der rechtlichen Vorgaben ausschließlich privaten Dritten und damit letztlich dem Zufall zu überlassen
 - Umfang der behördlichen Befugnisse richtet sich nicht danach, ob ein durch die Missbrauchsverfügung - mittelbar - begünstigter Dritter das Ziel, das mit der behördlichen Anordnung erstrebt wird, selbst auf dem Zivilrechtsweg erreichen kann

Netzreserve

Senat, Beschl. v. 17.05.2023, VI-3 Kart 3/22

Streitgegenstand: Ersatzfähigkeit von Erhaltungs-, Betriebsbereitschafts- und Erzeugungsauslagen sowie Opportunitätskosten ab dem Zeitpunkt der Systemrelevanzausweisung?

- vorzeitiger Eintritt in die Netzreserve vor Ablauf der Anzeigefrist des § 13b Abs. 1 S. 1 EnWG durch **Inanspruchnahme** des ÜNB iSd § 13 c Abs. 4 S. 1 EnWG möglich, **nicht automatisch** mit der Systemrelevanzausweisung
- **Erzeugungsauslagen** neben den in § 13c Abs. 3 S. 2 EnWG ausdrücklich genannten Erhaltungs- und Betriebsbereitschaftsauslagen erstattungsfähig
- Anspruch auf Erstattung von Opportunitätskosten (§ 13c Abs. 3 S. 1 Nr. 4 EnWG) erst für die Zeit nach Ablauf der Anzeigefrist



Vielen Dank für Ihr Interesse

