



Oberlandesgericht  
Düsseldorf



**Online Jahrestagung  
7. Dezember 2021  
Aktuelle Rechtsprechung des 3. Kartellsenates des  
Oberlandesgerichts Düsseldorf**

**Anne-Christin Frister**



# Überblick Geschäftsanfall

- Entscheidungsformen
- entsprechende  
Beschwerdeverfahren
  - Festlegungen
  - Einzelentscheidungen
- Beteiligte
- Rechtsquellen



# Entscheidungen im Gasbereich

- Festlegungen betr. Fernleitungsnetzbetreiber
  - REGENT und AMELIE
  - KASPAR
- Regulierung von Gasverbindungsleitungen aus und in Drittstaaten - Entscheidung betr. die „Nord Stream 2“
- Beschwerde gegen Entscheidung zur Bestätigung des Szenariorahmens Gas

# Festlegungen „REGENT“ und „AMELIE“

- Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben für die Preisbildung bei Gasferndienstleistungen: neue Vorgaben für die Ermittlung der von FNB zu erhebenden Netzentgelte
- bis dato: Preisbildung basierend auf netzbetreiber-individuellen Kosten (individuelle EOG)
- REGENT: Einführung eines von allen FNB zu erhebenden distanzunabhängigen einheitlichen „Briefmarkentarifs“
  - Folge: Netzbetreiber erzielen von EOG abweichende Erlöse
- AMELIE: Implementierung des nunmehr erforderlichen Ausgleichsmechanismus

# Festlegungen „REGENT“ und „AMELIE“

- Schwerpunkt der Auseinandersetzung:  
Verursachungsgerechte Abbildung der Kosten  
systemübergreifender und systemimmanenter  
Transporte?
- Senat: Gastransport im Entry-Exit-System liegt  
einheitliche gaswirtschaftliche Leistung zugrunde –  
beruhend auf erheblichen Kooperationsleistungen  
der Fernleitungsnetzbetreiber
- Wertung der BNetzA, dass diese Leistung durch  
eine einheitliche Briefmarke sachgerecht bepreist  
werde, im Ergebnis beurteilungsfehlerfrei  
(Beschlüsse v. 16.09.2020 – VI-3 Kart 750/19 u.a.)

# Festlegung „KASPAR“

- Numerus clausus für Kapazitätsprodukte – Abschaffung der BZK, Beschränkung auf Produkte mit Zugang zum VHP (Beschl. v. 03.03.2021 – VI-3 Kart 856/19)
- Zweck: effektive Förderung des Entry-Exit-Systems – Aufwertung des deutschen Gasmarktes
- Interesse einzelner Marktteilnehmer an Aufrechterhaltung der Versorgung mit günstigeren BZK tritt dahinter zurück
- etwaige Kostenerhöhung für Transitkunden als Folge der Abschaffung: kein Verstoß gegen Gebot der Kostenorientierung

# Regulierung Nord Stream 2

- Änderung der Gasrichtlinie 2009/73/EG
- Erstreckung der europäischen Regulierungsvorgaben auch auf Verbindungsleitungen zwischen Mitgliedstaat und Drittstaat
- § 28b EnWG: der im deutschen Hoheitsgebiet verlaufende Teil einer Gasverbindungsleitung mit Drittstaatenbezug kann auf Antrag unter bestimmten Voraussetzungen von den Regulierungsvorgaben **freigestellt** werden
- entscheidende Voraussetzung: **Fertigstellung** der Gasverbindungsleitung vor dem **23.05.2019**

# Regulierung Nord Stream 2

- Antrag auf Freistellung von BNetzA abgelehnt:
  - Leitung zum Stichtag nicht baulich-technisch fertiggestellt
- Beschwerde:
  - Begriff der Fertigstellung wirtschaftlich-funktional zu verstehen
  - Fertigstellung tritt mit endgültiger, nicht mehr umkehrbarer Investitionsentscheidung ein
- Senat: Auffassung der BNetzA bestätigt (Beschl. v. 25.08.2021 – VI- 3 Kart 211/20)
- Folgen



# Kapazitätsausbauanspruch - Szenariorahmen

- **Senat, Beschluss v. 24.03.2021- VI-3 Kart 2/20**
- Beschwerde eines Kraftwerksbetreibers gegen **Szenario-rahmen Gas** statthaft?
  - Hintergrund: Umstellung der Kraftwerke auf klimafreundliche Gasfeuerung
  - Kapazitätsausbauanfragen im Szenariorahmen nicht mit FZK, sondern mit DZK modelliert
- **Bestätigung NEP Strom** nicht selbständig durch Dritte anfechtbar - § 12c Abs. 4 S. 2 EnWG
  - dazu Senat, Beschl. v. 06.10.2021 . VI-3 Kart 256/20 – Beschwerde einer durch die Planung eines Netzboosters betroffenen Gemeinde
- Vergleichbare Regelung fehlt für den Gasbereich
- kein genereller Ausschluss von Drittbeschwerden bei der NEP Strom: Anfechtbarkeit des **Szenariorahmens** auch dort nicht ausdrücklich ausgeschlossen

# Kapazitätsausbauanspruch - Szenariorahmen

- Szenariorahmen als Verwaltungsakt anfechtbar ?
- Senat hat VA bejaht:
- Bestätigung hätte anderenfalls nur den Charakter einer unverbindlichen Auffassungsbekundung
- Bestätigung gestattet Fernleitungsnetzbetreibern, auf Grundlage des Szenariorahmens den NEP zu erarbeiten
- Genehmigung des Szenariorahmens im Kanon der "Entscheidungen" der Regulierungsbehörde in § 59 Abs. 1 S. 2 EnWG für den Strombereich besonders aufgeführt
- BNetzA kann Änderungen in Form von Nebenbestimmungen gem. § 36 VwVfG aufnehmen

# Kapazitätsausbauanspruch - Szenariorahmen

- Szenariorahmen als Verwaltungsakt in erweiternder Auslegung des § 75 Abs. 2 EnWG anfechtbar
  - subjektive Voraussetzungen für eine "einfache" Beiladung nach § 66 Abs.2 Nr. 3 EnWG
  - Ablehnung des Beiladungsantrags allein aus verfahrensökonomischen Gründen
  - unmittelbare und individuelle Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen
- Ablehnung aus verfahrensökonomischen Gründen setzt nicht notwendig voraus, dass in gleichgelagerten Fällen eine Vielzahl von Betroffenen ihre Beiladung beantragt haben

## Kapazitätsausbauanspruch - Szenariorahmen

- auch dann, wenn nur ein einzelner Beiladungs-  
petent deshalb nicht an dem Verwaltungs-  
verfahren beteiligt worden ist, um in den  
folgenden Jahren eine Flut von Beiladungs-  
anträgen zu verhindern
- Berücksichtigung eines **anderen als des  
beantragten Kapazitätsausbauanspruchs** im  
Szenariorahmen kann die wirtschaftlichen  
Interessen eines Kraftwerksbetreibers unmittelbar  
berühren
- im Szenariorahmen ermittelter Netzausbaubedarf  
schreibt sich im NEP fort

## Kapazitätsausbauanspruch - Szenariorahmen

- Individuelle Kapazitätsausbauanspruch nach § 39 GasNZV auf die Bereitstellung von gewünschter fester, frei zuordenbarer Kapazität gerichtet?
- Norm stellt allein auf die "benötigten Kapazitäten" ab
- adressiert Betreiber von Speicher-, LNG- oder Produktionsanlagen sowie von Gas-kraftwerken
- maßgeblich: individueller Ausbauanspruch

## Kapazitätsausbauanspruch - Szenariorahmen

- Kapazitätsbedarf ist in unterschiedlicher Form zu erfüllen
- damit ist auf den jeweiligen Bedarf gerichtete, differenzierte Betrachtung der benötigten Kapazität erforderlich
- "benötigt,,: Synonym für diejenige Kapazität, die einen sicheren Kraftwerksbetrieb ermöglicht
- sichere Versorgung auch bei **Modellierung mit DZK gewährleistet**

# Aufsichtsverfahren Bilanzkreisbewirtschaftung

- Senat, Beschl. vom 01.09.2021, VI-3 Kart 209/21
- Hintergrund: Direktvermarktung von Strom aus EE-Anlagen, Bf bewirtschaftet in jeder der vier deutschen Regelzonen einen Bilanzkreis
- Juni 2019: Abweichungen (Unterspeisungen) in der Systembilanz des Elektrizitätsversorgungssystems
- Analyse durch ÜNB:
  - keine Rückführung auf übliche Ursachen
  - Prognosepflichtverletzungen bei der Bilanzkreisbewirtschaftung

# Aufsichtsverfahren Bilanzkreisbewirtschaftung

- Beschluss BNetzA nach § 65 Abs. 3 EnWG
- Pflicht zur ordnungsgemäßen Bilanzkreisbewirtschaftung verletzt
- keine ausgeglichene Viertelstunden-Leistungsbilanz zwischen Einspeisungen und Entnahmen hergestellt
- signifikante Bilanzungleichgewichte verursacht
- nicht alle zumutbaren Maßnahmen zur Vermeidung der Ungleichgewichte unternommen



# Aufsichtsverfahren Bilanzkreisbewirtschaftung

- Pflichtenstellung BKV:
  - ausgeglichene Bilanz zwischen Einspeisungen und Entnahmen im BK in jeder Viertelstunde
  - alle möglichen und zumutbaren Anstrengungen für bestmögliche Vorhersage von Erzeugung und Verbrauch innerhalb des BK bestmöglich vorherzusagen
  - Eignung/Nutzen für den zu erreichenden Zweck
    - je geringer die Auswirkungen zusätzlicher Daten und Informationen auf die Verbesserung der Prognosequalität sind, desto weniger sind BKV zu ihrer Beschaffung verpflichtet.
- Idealzustand einer vollkommen ausgeglichenen Leistungsbilanz nicht zu erreichen
- Ziel: Begrenzung auf die **unvermeidbare Prognoseunschärfe** bei der Vorhersage der konkreten physikalischen Erzeugungs- und Verbrauchsmengen

# Aufsichtsverfahren Bilanzkreisbewirtschaftung

- Vortrag Beschwerdeführerin/Bilanzkreisverantwortliche:
  - Informations- und Prognosemanagement genüge höchsten Qualitätsanforderungen sowie dem Stand der (Prognose-) Technik und des (Prognose-)Marktes
  - Nutzung der besten und zuverlässigsten verfügbaren Erzeugungsprognosen
  - zur Erhöhung der Prognosesicherheit Nutzung unterschiedlicher Prognosen verschiedener, sorgfältig ausgewählter externer Prognosedienstleister genutzt
  - Erzeugungsprognosen alle 15 Minuten rollierend vollständig aktualisiert
  - Zusammenführung zu einer sog. Metaprognose
  - eigenes Prognoseteam zur Qualitätssicherung

# Aufsichtsverfahren Bilanzkreisbewirtschaftung

- von der BNetzA zusätzlich geforderte Maßnahmen:
  - umfassende Nutzung von Echtzeit-Einspeisedaten,
  - Verwendung von Kurzfrist-Prognosen
  - Inanspruchnahme zusätzlicher meteorologischer Unterstützung namentlich bei schwierigen Wettersituationen
- nach Auffassung des Senats angesichts des Vorbringens der BF weder geschuldet noch geboten
  - keine relevanten Verbesserung der Prognosequalität oder nicht verfügbar
- kein Anlass zur Durchführung ergänzender Ermittlungen
- bei Bilanzungleichgewichten in signifikanter Höhe obliegt es zwar primär dem BKV, mögliche – entlastende – Erklärungen anzubieten und Ursachen zu benennen
- BNetzA trifft aber sekundäre Darlegungslast
  - nicht hinreichend nachgekommen

# Preisgrenze im Regelenergiemarkt

- Senat, Beschl. vom 24.11.2021, VI-3 Kart 49/21
- Hintergrund: deutsche ÜNB haben, wie in Art. 18 EB-VO vorgesehen, 2017 einen Vorschlag für einen nationalen Regelreservemarkt (Modalitäten für Regelreserveanbieter – MfRRA) unterbreitet
- Ziffer 38 MfRRA sah in der von BNetzA genehmigten Fassung Arbeitspreis bis zur Höhe der technischen Preisobergrenze von **99.999 EUR/MWh** vor
- 2.12.2020: bezugsschlagter Arbeitspreis 33.874,70 EUR/MWh
- BNetzA, Beschl. vom 16.12.2020:
  - einseitige Herabsetzung der Preisgrenze auf **9.999,99 EUR/MWh**
  - dadurch **regulatorische Preisobergrenze** eingeführt

# Preisgrenze im Regelenergiemarkt

- Begründung:
- Arbeitspreisgebote deutlich über das Niveau vor der Marktumstellung gestiegen
- Regularbeitsmarkt durch unerwartet geringes Angebot sowie durch eine hohe Anbieterkonzentration geprägt
- Einführung einer vierstelligen technischen Preisobergrenze sei vertretbarer Ausgleich zwischen den Interessen der Bilanzkreisverantwortlichen und der Regelreserveanbieter
- Preisobergrenze von 9.999,99 EUR/MWh schütze BKV vor unbilligen wirtschaftlichen Härten im Falle unvermeidbarer Prognoseabweichungen
- unangemessene Belastungen der Regelreserveanbieter ergäben sich demgegenüber nicht

# Preisgrenze im Regelenergiemarkt

- keine Ermächtigungsgrundlage für Preisgrenze
- Art. 5 Abs. 4 lit. c iVm Art. 18 Abs. 1 lit. a EB-VO: Ermächtigung der nationalen Regulierungsbehörde zur Genehmigung der von den ÜNB entwickelten Modalitäten oder Methoden, nicht aber eine einseitige Festlegungs- oder Änderungskompetenz.
- Art 6 Abs. 3 S. 1 EB-VO: keine Ermächtigung der nationalen Regulierungsbehörde, selbständig und einseitig eine inhaltlich weitreichende Änderung genehmigter Modalitäten vorzunehmen
- nationale Rechtsvorschriften: BNetzA nicht ermächtigt, eine marktregulierende Preisobergrenze anstelle der in § 38 Abs. 4 (i) der MfRRA enthaltenen technischen Preisobergrenze zu etablieren

# Regulierungskonto

- Behandlung von Kommunalrabatten bei der Ermittlung des Regulierungskontosaldos (Senat, Beschl. v. 29.09.2021, VI-3 Kart 210/20 u.a.)
- 5 ARegV: Buchung der Differenz zwischen zulässigen und erzielbaren Erlösen auf dem Regulierungskonto
  - § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV: Versorgungsunternehmen dürfen Gemeinden Preisnachlässe für Eigenverbrauch bis zu 10 % des Rechnungsbetrages für den Netzzugang gewähren
  - Erlösmindernder Ansatz nur des Netznutzungsentgelts (Rabatt auf Jahresleistungs- und Arbeitspreis) oder auch der Rabatte auf Abgaben, Umlagen und Entgelte für Messstellenbetrieb?
  - Erlösmindernder Ansatz von Umsatzsteuernachzahlungen auf den Kommunalrabatt?

# Regulierungskonto

- Systematische und teleologische Auslegung des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV:
- zulässig nur Preisnachlass auf Entgelt für den Netzzugang (Arbeits-, Leistungs- und Grundpreis)
- nicht Rabatt auf Abgaben, Umlagen und auf Entgelte für den Messstellenbetrieb, Messung und Abrechnung als weitere, mit dem Netzzugang lediglich in Zusammenhang stehende Rechnungsbestandteile
- BGH: „Entgelt für den Netzzugang“ nur Leistung als Gegenleistung für die Inanspruchnahme des Netzes (Beschl. v. 06.10.2015, EnVR 32/13; 20.06.2017, EnVR 24/16), nicht: Umlagen, Konzessionsabgaben



# Regulierungskonto

- auch kein Erlösmindernder Ansatz von Umsatzsteuernachzahlungen auf den Kommunalrabatt
  - Bundesfinanzministerium: Kommunalrabatt ist zusätzliches Entgelt für die Überlassung der Wegerechte - Gewährung des Kommunalrabatts führt nicht zu Minderung der umsatzsteuerlichen Bemessungsgrundlage
  - Folge: Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer ist das volle Netzentgelt und nicht das um 10 % reduzierte Netzentgelt – daraus resultieren entsprechende Umsatzsteuernachzahlungen
- auf Netzentgelte zu entrichtende Umsatzsteuer ist nicht von dem zulässigen Kommunalrabatt gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV erfasst - keine nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV ausnahmsweise zulässige Nebenleistung

# Festlegung von Erlösobergrenzen

- Kapitalkostenabzug
  - Übergangsregelung
  - Fremdkapitalzinsen
  - Negativer Ansatz
- Umlaufvermögen
  - EEG-Bilanzwerte
  - Kassenbestand
- Verzinsung negativen Eigenkapitals

# Umlaufvermögen

- Ansatz der im Zusammenhang mit dem EEG-Wälzungsmechanismus stehenden Bilanzwerte im Umlaufvermögen? (Beschl. v. 13.05.2020 – VI-3 Kart 702/19; BGH 6.7.2021 – EnVR 44/20)
- Senat: Kürzung des Umlaufvermögens der ÜNB um diese Bilanzwerte nicht zu beanstanden
- Umlaufvermögensbestände aus EEG- und KWKG-Umlage sind nicht dem Netzbetrieb zuzuordnen
- für diesen nicht notwendig und damit kein betriebsnotwendiges Umlaufvermögen

# Umlaufvermögen

- Nachweis der Betriebsnotwendigkeit von Kassenbestand im Umlaufvermögen (Beschl. v. 28.4.2021 – VI-3 Kart 798/19)
- Vorlage einer Liquiditäts- oder Cash-Flow-Rechnung für Nachweis nicht ausreichend
- negativer Cash-Flow begründet nicht zwingend Liquiditätsbedarf, der die Vorhaltung liquider Mittel im Umlaufvermögen erforderlich macht
- kurzfristiger u. vorübergehender Liquiditätsbedarf ggfs. durch zielgenaue Aufnahme von Fremdkapital zu decken – nicht durch permanente Vorhaltung von Finanzmitteln im Kassenbestand

# Verzinsung negativen Eigenkapitals

- Negatives Eigenkapital: Verzinsung des die **Eigenkapitalquote überschießenden Teils** mit dem Zinssatz für Neuanlagen (so die BNetzA) oder Zinssatz für überschießendes Eigenkapital nach § 7 Abs. 7 Strom/GasNEV (EK II) ? Senat – Beschl. v. 28.04.2021 (VI-3 Kart 798/19):
- Verzinsung des negativen Eigenkapitals grundsätzlich unter **Ansatz des Zinssatzes für Neuanlagen** (§ 7 Abs. 4 S. 1 Strom/GasNEV) (BGH, EnVR 57/15)
- dieser „Standardzinssatz“ gewährleistet angemessene Verzinsung - Zinssätze EK II /Altanlagen betreffen Sondersituationen
- bei negativem Eigenkapital keine Ausnahme, die Anwendung des EK II-Zinssatzes rechtfertigt

## Ausblick

- Festlegung Eigenkapitalzinsen 4. RegPeriode
- Verfahren genereller entsprechende sektoraler Produktivitätsfaktor (Xgen Strom und Xgen Gas)
- Auswirkungen Rechtsprechung BGH Regulierungsermessen
- Auswirkungen Entscheidung EuGH vom 02.09.2021