

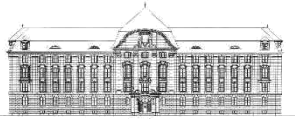
Oberlandesgericht
Düsseldorf



Jahrestagung 8. Dezember 2023

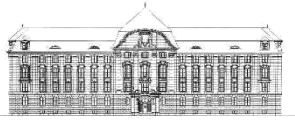
**Aktuelle Rechtsprechung des 3. Kartellsenats
des Oberlandesgerichts Düsseldorf**

Anne-Christin Frister



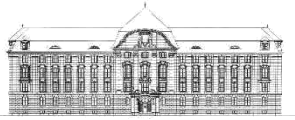
Rückblick:

- Erhalt individueller Netzentgelte bei vermindertem Gasbezug
- Abbildung gestiegener operativer Kosten in EOG
- aktuelle Entscheidungen zu Missbrauchs- und Aufsichtsverfahren
- Eigenkapitalverzinsung



Weitergeltung individueller Netzentgelte nach **gasbezugsbedingter Produktionsreduzierung**, Festlegung BK4-22-086; Senat, Beschl. v. 15.11.2023, VI-3 Kart 192/23

- § 118 Abs. 46 EnWG: BNetzA kann durch Festlegung Weitergeltung der Vereinbarung individueller Netzentgelte bestimmen, wenn stromintensive Letztverbraucher ihre Produktion aufgrund einer Verminderung ihres Gasbezugs reduzieren
- Reduzierung muss im Zusammenhang mit erheblich reduzierten Gesamtimportmengen stehen
- gesetzgeberisches Leitmotiv: Erhalt der bestehenden Netznutzungsprivilegien für das Jahr 2022, nicht: regulatorische Anreize zum Gaseinsparen



Streitfall:

- Beschwerdeführerin fällt nicht in den persönlichen Anwendungsbereich der Festlegungskompetenz in § 118 Abs. 46 Satz 1 EnWG
- zwar Gas(dampf-)bezug reduziert, aber keine gasbezugsbedingte Produktionsreduktion
- vielmehr Steigerung der Produktionstonnage durch effizienzsteigernde Maßnahmen
- offene - weil nicht entscheidungserhebliche - Frage: werden von der Festlegungskompetenz in § 118 Abs. 46 Satz 1 EnWG auch zurechenbare, mittelbare Reduzierungen des Gasbezugs erfasst?

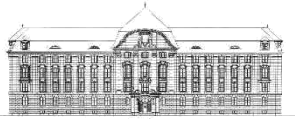
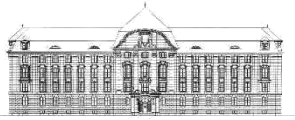
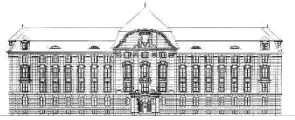


Abbildung von Kosten, die Netzbetreiber durch die **operative Abwicklung der Abnahme- und Vergütungspflichten** von EEG- bzw. KWKG-Strom entstehen? - Senat, Beschl. v. 8.11.2023, VI-3 Kart 32/22

- Netzgebiet durch außergewöhnlich hohe Zahl großer Wind- und Solarenergieanlagen gekennzeichnet
- operativer Aufwand (Personal- und Dienstleistungskosten) für Erfüllung der gesetzlichen Abnahme- und Vergütungspflichten v.a. aus dem EEG im Verhältnis zur vorherigen Regulierungsperiode deutlich erhöht



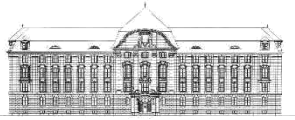
- Abwicklungskosten nicht als Kosten aus „gesetzlichen Abnahme- und Vergütungspflichten“ und damit nicht als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile iSd § 21a Abs. 4 S. 2 EnWG, § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ARegV zu qualifizieren
- Unterscheidung zwischen nicht beeinflussbaren und beeinflussbaren Kostenanteilen dient dazu, diejenigen Kostenanteile zu identifizieren, auf deren Höhe der Netzbetreiber nicht einwirken kann, um diese nicht den Effizienzvorgaben zu unterwerfen
- Abwicklungskosten können indes zumindest in der Höhe beeinflusst werden
- keine analoge Anwendung mangels Regelungslücke



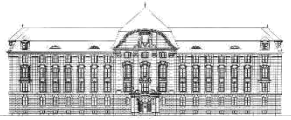
Verhältnis besonderes **Missbrauchsverfahren** zum **zivilgerichtlichen Verfahren** - Senat, Beschl. v. 2.2.2022 u.10.8.2022, VI-3 Kart 37/21 und VI-3 Kart 117/21

Abgrenzung nach **Prüfungsgegenstand**:

- Überprüfung, ob Verhalten 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.)

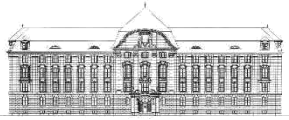


- **parallele zivilrechtliche Prüfung** schließt regulatorische Prüfung im Wege eines Missbrauchsverfahrens aber auch nicht aus
- Antragsteller kann **zusätzlich bzw. parallel** in einem zivilgerichtlichen Verfahren gegen den betroffenen Netzbetreiber vorgehen
- weder **Prüfungspflicht** noch **Aufsichtsbefugnis**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



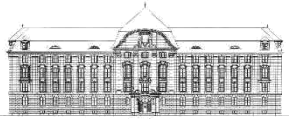
zum **Gegenwärtigkeitserfordernis** - Senat, Beschl. v. 5.7.2023, VI-3 Kart 29/22,

- 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**
- Senat: beendetes Verhalten zulässiger Gegenstand eines Missbrauchsverfahrens, wenn Antragsteller hiervon **noch gegenwärtig erheblich** in seinen Interessen berührt wird
- berechtigtes Interesse auch aus fortwirkenden wirtschaftlichen Nachteilen, deren Ausgleich der NB ablehnt
- **anerkanntenswertes Bedürfnis** für Streitbeilegung durch die Regulierungsbehörde



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

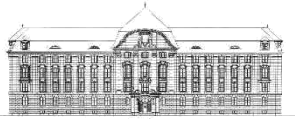
- Gas- bzw- Strompreis ggü Haushaltskunden durch Energielieferantin angehoben ohne Einhaltung der Monatsfrist gem. § 41 Abs. 5 S. 2 EnWG
- Verfahren nach § 65 EnWG: Feststellung des Verstoßes u. bußgeldbewehrte Verpflichtung, Preismaßnahmen zurückzunehmen und rückabzuwickeln
- Fraglich: Reichweite des § 65 EnWG
 - Ermächtigung lediglich zu zukunftsbezogenen Verboten bzw. Geboten oder Befugnis zum Erlass von Rückerstattungsanordnungen, obgleich Regelung wie in § 32 Abs. 2a GWB fehlt?



- Senat: Verpflichtung zur „Rücknahme“ und „Rückgängigmachung“ der Preiserhöhung ist nach Wortlaut und ratio des § 65 ENWG rechtmäßig:
 - **Wiederherstellung der Lage**, die sich ergeben hätte bzw. ergeben müsste, wenn die Bf keine Preiserhöhungen vorgenommen hätte (damit eines **rechtmäßigen** Zustands)
 - Beschwerdeführerin wird abverlangt, an der Preiserhöhung nicht festzuhalten und - soweit es zu Abflüssen gekommen ist - für einen Ausgleich, etwa per Rückzahlung oder Gutschrift, zu sorgen



- wären die Befugnisse der BNetzA im Anschluss an Verstoß gegen § 42 Abs. 5 S.2 auf 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 dann von den einzelnen Haushaltskunden ab
 - EnWG zielt nicht darauf, die Durchsetzung der rechtlichen Vorgaben ausschließlich privaten Dritten und damit letztlich dem Zufall zu überlassen
 - Umfang der behördlichen Befugnisse nicht daran auszurichten, ob ein durch die behördliche Anordnung mittelbar begünstigter Dritter das damit erstrebte Ziel selbst auf dem Zivilrechtsweg erreichen kann



Festlegung **Eigenkapitalzinssätze** 4. RegP

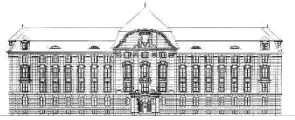
Senat, Beschl. v. 30.8.2023, VI-3 Kart 129/21, 311/21 u.a.

- **„Zielvorgabe“** für EK-Zins gem. § 21 Abs. 2 EnWG:
 - angemessen, wettbewerbsfähig und risikoangepasst
- Wagniszuschlag als zentrales Element des EK-Zinses nicht messbar, sondern mittels ökonomischer Methoden abschätzbar
- BNetzA trifft **wertende Auswahlentscheidung**, mit welchen ökonomischen Methoden Wagniszuschlag ermittelt wird
- zwingende Folge: unterschiedliche „richtige“ Ergebnisse für Wagniszuschlag



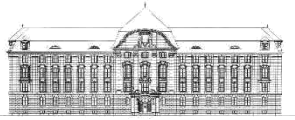
Prüfungsmaßstab für Methodenwahl und Umsetzung des methodischen Ansatzes:

- mangelnde Eignung
- greifbare Überlegenheit eines anderen Vorgehens
 - Stand der Wissenschaft
 - Beispiel EK-Entscheidung: Ermittlung der Marktrisikoprämie aus DMS-Datenreihen durch arithmetisches Mittel (gleichgewichtetes Mittel über 121 Beobachtungen von Ein-Jahres-Investitionen) oder geometrisches Mittel (Beobachtung einer 121-jährigen Investition)
 - Ansatz des Mittelwerts der beiden Ansätze („Mittel der Mittel“) vertretbar



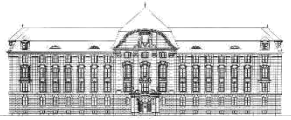
Plausibilisierung

- Impliziert vertretbare Methodenauswahl und -anwendung von vornherein Richtigkeit der hieraus ermittelten Ergebnisse?
- Gerichtliche Prüfung erschöpft sich nicht in Untersuchung der Methodenwahl, sondern erstreckt sich in einem weiteren, gesonderten Schritt auch auf die Einhaltung der übergeordneten **gesetzlichen Zielvorgabe**
- Gegenstand der Überprüfung ist Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für Zielverfehlung
- Beurteilungsspielraum der BNetzA?



Besonderheiten der EK-Festlegung

- verordnungsrechtlich fixierter Basiszinssatz
- **hohe Bedeutung** des Wagniszuschlags
- hohe Ergebnissensibilität der gewählten Methode für Wagniszuschlag
- Auswirkungen der außergewöhnlichen Finanzmarktsituation zum Festlegungszeitpunkt auf Entwicklung der risikolosen Zinssätze
- **gegenläufige** Abbildung der Niedrigzinsphase in den risikolosen Zinssätzen
- „Zinskeil“ als Folge der Wahl historischer DMS-Datenreihen



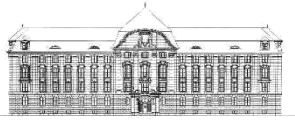
Anhaltspunkte für Zielverfehlung

- Positionierung der deutschen EK-Verzinsung im internationalen Vergleich:
 - erstmals im **unteren Randbereich**
 - Marktrisikoprämie vollständig **außerhalb** der Bandbreite
- Einordnung in internationale Bandbreite im zeitlichen Vergleich zu vorangegangenen Festlegungen
- Hinweise auf einseitige Entkoppelung der festgelegten Marktrisikoprämie und EK-Zinssätze vom internationalen Umfeld
- Anlass für Annahme, dass EK-Zinssatz nicht mehr die tatsächlichen Renditeerwartungen der Investoren abbildet



Anhebung der EK-Verzinsung mittels Anpassung des Wagniszuschlags rechtswidrig wegen **unzulässiger Einflussnahme** des Beirats?- Senat, Beschl. v. 30.8.2023, VI-3 Kart 878/21

- **Existenz, Rolle und Rechtsstellung** des Beirats mit unionsrechtlichem Gebot der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde (noch) vereinbar
 - Beirat steht in inhaltlichen Fragen keinerlei Entscheidungs- oder Weisungsbefugnisse gegenüber BNetzA zu
- **konkretes Wirken** des Beirats kann aber gegen Unabhängigkeitsgebot verstoßen, wenn Stellungnahmen des Beirats von den zuständigen Entscheidungsträgern (fälschlicherweise) der Charakter einer verbindlichen Weisung beigemessen und entsprechend reagiert wird



- Erfolg der Einflussnahmeversuche nicht feststellbar:
 - Korrekturbedarf angenommen wegen Zinsunterschieden zwischen dem risikolosen Basiszinssatz und dem DMS World Bond Index als Schätzer des risikolosen Zinssatzes bei der Bestimmung des Wagniszuschlags
- Verletzung des unionsrechtlichen Unabhängigkeitsgebots nicht schon bei der **bloßen Gefahr** einer (politischen) Einflussnahme auf die getroffene regulierungsbehördliche Entscheidung
- „**Anschein oder Verdacht der Parteilichkeit**“ nicht ausreichend
- Maßgeblich ist **Vorliegen** einer Weisung und **Beachtung** durch den Adressaten