



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 69/21

Verkündet am:
11. Januar 2022
Barth
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 11. Januar 2022 durch den Richter Prof. Dr. Kirchhoff, die Richterin Dr. Roloff, den Richter Dr. Tolkmitt sowie die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Rombach

beschlossen:

Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde vom 5. Februar 2021 gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 16. Dezember 2020 wird angeordnet.

Gründe:

- 1 A. Die Antragstellerin bietet Kraftwerkskapazitäten ihrer Schwestergesellschaft und Dritter unter anderem auf dem Regelarbeitsmarkt an. Sie wendet sich gegen eine Entscheidung der Bundesnetzagentur, mit der diese die ursprünglich genehmigte Preisobergrenze für Regelarbeitsgebote herabgesetzt hat.

- 2 Die deutschen Übertragungsnetzbetreiber haben gemäß Art. 18 der Verordnung (EU) 2017/2195 vom 23. November 2017 zur Festlegung einer Leitlinie über den Systemausgleich im Elektrizitätsversorgungssystem (nachfolgend: EB-VO) einen Vorschlag für Modalitäten für Regelreserveanbieter (nachfolgend: MfRRA) unterbreitet. Die MfRRA wurden nach Konsultationen von der Bundesnetzagentur genehmigt. Ihnen liegt ein Modell der freien Preisbildung nach dem Gebotspreis zugrunde. Sie unterscheiden zwischen einem Leistungspreis für die Vorhaltung von Regelleistung und einem Arbeitspreis für die Erbringung von Regelarbeit. Im Regelleistungsmarkt erhalten erfolgreiche Bieter einen Leistungspreis für die Vorhaltung von Regelleistung unabhängig von deren Abruf. Die Höhe

des Preises richtet sich nach dem jeweiligen Gebotspreis. Im Regelleistungsmarkt nicht erfolgreiche Bieter können nach Auktionsende über ihre Kapazitäten wieder frei verfügen. Eine Vergütung für Regelarbeitsgebote erfolgt dagegen erst bei einem Abruf der bezuschlagten Gebote. Der Arbeitspreis richtet sich nach dem Gebotspreis. Der Abruf erfolgt nach der Merit-Order der bezuschlagten Gebote, bei positiver Regularbeit erfolgt der Abruf in preislich aufsteigender, bei negativer Regularbeit in umgekehrter preislicher Reihenfolge. Während die Kosten aus dem Regelleistungsmarkt über die Netzentgelte finanziert werden, werden die Kosten für den Abruf von Regularbeit über den regelzoneneinheitlichen Bilanzausgleichsenergiepreis von denjenigen Bilanzkreisverantwortlichen getragen, die den Abruf durch den nicht ausgeglichenen Bilanzkreis verursacht haben.

3 Ziffer 38 Abs. 4 (i) der MfRRA sah in der von der Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 2. Oktober 2019 (BK6-18-004-RAM) genehmigten Fassung vor, dass das Angebot des Regelreserveanbieters einen Arbeitspreis bis zur Höhe der technischen Preisobergrenze von 99.999 €/MWh enthält. Der Regelarbeitsmarkt begann am 2. November 2020. In dem Zeitraum bis zum 16. Dezember 2020 kam es häufig zu hohen Preisniveaus für Regelarbeitsgebote. An 33 Tagen wiesen mindestens ein Drittel der bezuschlagten Regelarbeitsgebote einen Arbeitspreis über 9.999 €/MWh aus. Am 2. Dezember 2020 kam es in dem Viertelstundenintervall von 10.30 Uhr bis 10.45 Uhr zu einem Abruf von Sekundärregelung von 1.357 MW, wobei das höchste abgerufene Gebot bei 61.141,16 €/MWh lag und der mittlere bezuschlagte Arbeitspreis 33.874,70 €/MWh betrug.

4 Mit Beschluss vom 16. Dezember 2020 (nachfolgend: Beschluss) änderte die Bundesnetzagentur, nachdem sie die Übertragungsnetzbetreiber am 15. Dezember 2020 telefonisch angehört hatte, die Regelung des § 38 Abs. 4 (i) MfRRA. Sie setzte die ursprünglich genehmigte Preisgrenze für Regelarbeitsgebote auf 9.999,99 €/MWh herab und wies die Übertragungsnetzbetreiber an, dies unverzüglich umzusetzen.

5 Die Antragstellerin hat Beschwerde gegen den Beschluss eingelegt. Sie macht unter anderem geltend, dieser sei in einem Verfahren ergangen, das die in der EB-VO und im Energiewirtschaftsgesetz vorgesehenen Verfahrensregeln missachtet habe. Mit Beschluss vom 24. November 2021 hat das Beschwerdegericht die streitgegenständliche Entscheidung aufgehoben. Dagegen hat die Bundesnetzagentur die zugelassene Rechtsbeschwerde eingelegt. Die Antragstellerin beantragt, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen den Beschluss vom 16. Dezember 2020 anzuordnen.

6 B. Der Antrag der Antragstellerin hat Erfolg. Die Voraussetzungen für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung liegen vor.

7 I. Für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ist gemäß § 88 Abs. 5, § 77 Abs. 3 und 4 EnWG in Verbindung mit § 80 Abs. 5 VwGO im Rechtsbeschwerdeverfahren der Bundesgerichtshof zuständig (BGH, Beschluss vom 29. November 2021 - EnVR 69/21, juris Rn. 10 mwN). Die Anordnung ergeht gemäß § 77 Abs. 3 Satz 4, Satz 1 Nr. 2 EnWG unter anderem, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung bestehen.

8 II. Das ist hier in Bezug auf den Beschluss vom 16. Dezember 2020 der Fall.

9 1. Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer Entscheidung sind gegeben, wenn erhebliche Gründe dafür sprechen, dass die angefochtene Entscheidung einer rechtlichen Prüfung wahrscheinlich nicht standhält. Die angefochtene Entscheidung wird in dem Eilverfahren nach § 77 Abs. 3 EnWG damit keiner umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle unterzogen. Ernstliche Zweifel erfordern nicht die volle gerichtliche Überzeugung von der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung (BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 - KVR 69/19, BGHZ 226, 67 Rn. 11 mwN zu § 65 Abs. 3 aF GWB - Facebook; vgl. Hanebeck

in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., § 77 Rn. 17; Kalwa/Göge, in Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, § 77 Rn. 15; Huber in Kment, EnWG, 2. Aufl., § 77 Rn. 12; zu § 67 GWB Bechtold/Bosch, GWB, 10. Aufl., § 67 Rn. 7).

10 2. An der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Beschlusses sind solche Zweifel begründet, weil seine Aufhebung überwiegend wahrscheinlich erscheint.

11 a) Die Bundesnetzagentur hat sich zur Begründung des Beschlusses auf Art. 5 Abs. 4 lit. c, Art. 18 Abs. 1 lit. a EB-VO, § 29 Abs. 1 EnWG, § 27 Abs. 1 Nr. 2 StromNZV gestützt und unter anderem ausgeführt, gemäß Art. 6 Abs. 3 EB-VO könne die nach Art. 5 Abs. 4 EB-VO für die Annahme eines Vorschlags für Modalitäten oder Methoden zuständige Regulierungsbehörde Änderungen der genehmigten Modalitäten oder Methoden vorschlagen. Die Genehmigung der MfRRA basiere auf Art. 5 Abs. 4 lit. c EB-VO und falle damit unter die Änderungskompetenz der Regulierungsbehörde. Von der nach Art. 6 Abs. 3 Satz 2, Art. 10 EB-VO vorgesehenen öffentlichen Konsultation der Interessenträger habe die Beschlusskammer in Ausübung des ihr gemäß § 56 Abs. 1 Satz 2, § 67 Abs. 2 EnWG zustehenden Ermessens ausnahmsweise abgesehen, weil von einer öffentlichen Konsultation keine weiteren Informationen und Gesichtspunkte zu erwarten gewesen seien, die der Beschlusskammer nicht ohnehin bereits aus der Vergangenheit und den bei ihr nach Beginn des Regelarbeitsmarkts eingegangenen Schreiben der interessierten Wirtschaftskreise bekannt seien. So habe die Beschlusskammer vor Erlass des Beschlusses vom 2. Oktober 2019 (BK6-18-004 RAM) eine Marktkonsultation durchgeführt. Dabei hätten sich die Marktteilnehmer zu der bisher geltenden technischen Preisgrenze von 99.999 €/MWh äußern können. Davon sei umfangreich auch im Hinblick auf die ökonomischen Vor- und Nachteile von Preisgrenzen in verschiedenen Höhen Gebrauch gemacht worden. Zudem sei von den Übertragungsnetzbetreibern in Absprache mit der Bundesnetzagentur bereits in der Vergangenheit in Folge des Abrufs extremer

Arbeitspreisgebote am 17. Oktober 2017 eine Preisobergrenze eingeführt worden. Damals wie heute hätten sich sowohl die Regelreserveanbieter als auch die Bilanzkreisverantwortlichen zu dem Thema geäußert. Die wesentlichen Argumente sowohl für das Für und Wider als auch für verschiedene Höhen und Berechnungsmöglichkeiten technischer Preisgrenzen seien der Beschlusskammer daher hinreichend bekannt. Durch eine Konsultation träte ein erheblicher Zeitverlust ein, der einseitig zu Lasten der Bilanzkreisverantwortlichen gehen würde, die der Gefahr von sehr hohen Ausgleichsenergiepreisen ausgesetzt seien. Zudem stehe zu befürchten, dass eine vorherige Konsultation die Gefahr des Eintritts extremer Ausgleichsenergiepreise noch erhöhen würde, weil dies Marktteilnehmer veranlassen könnte, noch extremer zu bieten.

12 b) Das wird einer rechtlichen Prüfung im Hauptsacheverfahren mit
überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht standhalten.

13 aa) Die Bundesnetzagentur war nach Art. 6 Abs. 3, 10 EB-VO in der bei
Erlass des Beschlusses geltenden Fassung (nachfolgend: EB-VO 2017) wohl
nicht berechtigt, eine Änderung der MfRRA ohne vorheriges Änderungsverlan-
gen an die Übertragungsnetzbetreiber (selbst) vorzuschlagen und sodann ohne
vorherige öffentliche Konsultation zu genehmigen.

14 (1) Die Übertragungsnetzbetreiber sollen nach Erwägungsgrund 6 EB-
VO die Verantwortung für die Organisation der Regelreservemärkte in Europa
übernehmen, sich um Integration bemühen und das System auf möglichst effizi-
ente Weise ausgeglichen halten. Zu diesem Zweck sehen Art. 4 Abs. 1, Art. 18
Abs. 1 EB-VO vor, dass die jeweils zuständigen Übertragungsnetzbetreiber die
erforderlichen Modalitäten oder Methoden entwickeln sollen. Die Regulierungs-
behörde hat gemäß Art. 3 Abs. 2 lit. f EB-VO die den Übertragungsnetzbetreibern
auch nach nationalem Recht übertragene Verantwortung für die Gewährleistung
der Systemsicherheit zu achten. Aus den genannten Regelungen folgt, dass den

Übertragungsnetzbetreibern ein Auftrag zur Gestaltung der Modalitäten oder Methoden erteilt ist (vgl. OLG Düsseldorf, RdE 2020, 204 [juris Rn. 61]).

- 15 Das gilt auch für die Änderung bereits genehmigter Modalitäten oder Methoden gemäß Art. 6 Abs. 3 EB-VO, was sich aus der in Satz 2 der Vorschrift enthaltenen Verweisung auf das in den Art. 4 und 5 EB-VO beschriebene Verfahren ergibt. Die Regulierungsbehörde muss den Übertragungsnetzbetreibern daher grundsätzlich ermöglichen, den Gestaltungsauftrag auch bei einer Änderung bereits genehmigter Modalitäten und Methoden wahrzunehmen, indem sie von den Übertragungsnetzbetreibern zunächst einen Vorschlag für eine Änderung verlangt. Das trägt dem Umstand Rechnung, dass unterschiedlich beurteilt werden kann, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe eine Preisgrenze für die effiziente Funktionsweise des Markts gemäß Art. 30 Abs. 2 EB-VO erforderlich ist. Einem Vorschlag der Übertragungsnetzbetreiber kommt daher maßgebliche - auch inhaltliche - Bedeutung zu (vgl. First amendment of Methodology for pricing balancing energy and cross zonal capacity used for the exchange of balancing energy or operating the imbalance netting process vom 2. Juni 2021 zum Vorschlag einer Preisgrenze von 15.000 € durch die europäischen Übertragungsnetzbetreiber; abrufbar unter <https://consultations.entsoe.eu>).
- 16 Diesem Verständnis von Art. 6 Abs. 3 EB-VO 2017 entsprechen die Änderungen, die die Europäische Kommission mit Durchführungsverordnung (EU) 2021/280 vom 22. Februar 2021 an Art. 4, 5 und 6 EB-VO vorgenommen hat. Art. 6 Abs. 3 EB-VO wurde dabei dahin gefasst, dass die Regulierungsbehörde Vorschläge für eine Änderung der Modalitäten oder Methoden verlangen und eine Frist für die Vorlage dieser Vorschläge festlegen kann. Art. 6 Abs. 3 EB-VO 2021 enthält dagegen keine Befugnis der Regulierungsbehörde, genehmigte Modalitäten und Methoden ohne ein vorheriges Änderungsersuchen an die Übertragungsnetzbetreiber zu ändern. Dabei kann hier offenbleiben, ob - was indes naheliegen könnte - die Bundesnetzagentur bei ergebnislosem Ablauf einer den

Übertragungsnetzbetreibern für den Vorschlag einer Änderung gesetzten und nach den Umständen angemessenen Frist die Änderung der MfRRA selbst vornehmen könnte. Ein solches Verlangen an die Übertragungsnetzbetreiber ist hier nicht erfolgt.

- 17 (2) Darüber hinaus fehlt es an der nach den Regelungen der EB-VO erforderlichen Konsultation der Interessenträger. Nach Art. 10 Abs. 1 und 6 EB-VO konsultieren die gemäß dieser Verordnung für die Einreichung von Vorschlägen für Modalitäten oder Methoden oder für deren Änderungen zuständigen Übertragungsnetzbetreiber die Interessenträger, einschließlich der relevanten Behörden jedes Mitgliedstaats, über einen Zeitraum von mindestens einem Monat. Sie berücksichtigen die aus den Konsultationen hervorgegangenen Stellungnahmen in angemessener Weise, bevor sie der Regulierungsbehörde ihre Vorschläge zur Genehmigung vorlegen. In allen Fällen ist zusammen mit dem Vorschlag eine fundierte Begründung vorzulegen, weshalb die Stellungnahmen berücksichtigt oder nicht berücksichtigt wurden. Auf die Änderung bereits genehmigter Modalitäten oder Methoden findet die Vorschrift aufgrund der Verweisung in Art. 6 Abs. 3 Satz 2 EB-VO Anwendung. Die Übertragungsnetzbetreiber sollen Modalitäten oder Methoden vorschlagen, die zu einem möglichst effizienten Systemausgleich und einem wirksamen Wettbewerb, Diskriminierungsfreiheit und Transparenz in den Regelreservemärkten führen, wobei der Grundsatz der Optimierung zwischen höchster Gesamteffizienz und geringsten Gesamtkosten für alle Beteiligten anzuwenden ist (Art. 3 EB-VO). Die Ermittlung der diese Ziele und Grundsätze berücksichtigenden Modalitäten oder Methoden kann nur gelingen, wenn den Interessenträgern die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird und die Stellungnahmen ausreichend berücksichtigt werden. Das gilt auch dann, wenn bereits genehmigte Modalitäten oder Methoden geändert werden sollen. Die Durchführung einer öffentlichen Konsultation ist in diesem Fall insbesondere

im Hinblick auf die bisherigen Erfahrungen aller Marktteilnehmer mit den zu ändernden Modalitäten oder Methoden und mögliche Gestaltungsalternativen geboten und von erheblicher Bedeutung. Sie kann nicht durch bei der Regulierungsbehörde bereits vorliegende Erkenntnisse ersetzt werden, zumal diese mangels Veröffentlichung der Verfahrenseinleitung und der damit verbundenen Gelegenheit aller Marktteilnehmer zur Beteiligung notwendig unvollständig sind.

18 (3) Es spricht daher viel dafür, dass von einem Änderungsverlangen an die Übertragungsnetzbetreiber und der Durchführung einer öffentlichen Konsultation grundsätzlich nicht abgesehen werden darf. Sofern wegen drohender schwerer, unzumutbarer und nicht wieder zu beseitigender Nachteile für Marktteilnehmer jedoch ein eiliges Handeln geboten ist, wird die Bundesnetzagentur aber gemäß § 56 Abs. 1 Satz 2, § 72 EnWG eine einstweilige Anordnung erlassen und das nach Art. 6 Abs. 3, Art. 4, 5 und 10 EB-VO erforderliche Verfahren sodann mit der gebotenen Beschleunigung durchführen können. Auch wenn die Vorschriften der EB-VO eine solche Eilkompetenz nicht ausdrücklich vorsehen, dürfte dies nach Sinn und Zweck der Verordnung, insbesondere Art. 3, Art. 30 Abs. 2, Art. 44 Abs. 1 EB-VO, jedenfalls nicht ausgeschlossen sein. Eine (endgültige) Änderung der Modalitäten oder Methoden ohne das erforderliche vorherige Änderungsverlangen an die Übertragungsnetzbetreiber und ohne öffentliche Konsultation - wie sie hier erfolgt ist - wird dagegen nach dem oben Ausgeführten kaum in Betracht kommen.

19 bb) Allerdings wird voraussichtlich im Hauptsacheverfahren ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 Abs. 3 AEUV durchzuführen sein, weil die entscheidungserheblichen Fragen zur Auslegung dieser Vorschriften nach den dafür maßgeblichen Grundsätzen (vgl. EuGH, Urteile vom 6. Oktober 1982 - Rs. 283/81, NJW 1983, 1257, 1258 - C.I.L.F.I.T.; vom 1. Oktober 2015 - C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 Rn. 43 mwN - Doc Generici) weder geklärt

noch zweifelsfrei zu beantworten sind. Aus den genannten Erwägungen sprechen aber im Sinn von § 77 Abs. 3 Satz 4, Satz 1 Nr. 2 EnWG erhebliche Gründe dafür, dass die angefochtene Entscheidung einer rechtlichen Prüfung überwiegend wahrscheinlich nicht standhält.

20 C. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst (vgl. OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 2493 Rn. 1 ff.; Beschluss vom 21. November 2019 - VI Kart 10/15, juris Rn. 15, jeweils zu § 65 Abs. 3 GWB aF; Johanns/Roesen in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 77 EnWG Rn. 17).

Kirchhoff

Roloff

Tolkmitt

Picker

Rombach

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 24.11.2021 - VI-3 Kart 49/21 (V) -