

---

**Datum:** 29.04.2024  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 3. Kartellsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 3 Kart 459/24  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2024:0429.3KART459.24.00

---

**Tenor:**

Der Antrag der Beschwerdeführerin, die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde vom 04.04.2024 gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 05.03.2024 (BK4-...) in Gestalt des Änderungsbescheids vom 19.03.2024 anzuordnen, wird zurückgewiesen.

---

**Gründe:**

1

**A.**

2

Die Beschwerdeführerin betreibt Braunkohlekraftwerke in ... Sie zahlte an ihre Anschlussnetzbetreiberin, die gleichzeitig die regelzonenverantwortliche Übertragungsnetzbetreiberin ist, zur Abschöpfung von Übererlösen nach § 14 Abs 1 des Gesetzes zur Einführung einer Strompreisbremse vom 20.12.2022 (BGBl. I, 2512, im Folgenden: StromPBG) für die Abrechnungsperiode vom 01.12.2022 bis zum 31.03.2023 unter Vorbehalt einen Abschöpfungsbetrag in Höhe von ... €.

3

Nach Anhörung setzte ihr die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 05.03.2024, den sie mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versah, gemäß § 41 Abs. 1 Satz 1 StromPBG eine Frist bis zum 05.04.2024 zur Zahlung weiterer ... € aus Überschusserlösen für diesen Abrechnungszeitraum an die Anschlussnetzbetreiberin. Durch Bescheid vom 19.03.2024 verlängerte die Bundesnetzagentur die Zahlungsfrist bis zum 30.04.2024.

4

Die zu zahlenden Überschusserlöse berechnete die Bundesnetzagentur dergestalt, dass sie für den Monat Dezember 2022, in dem die Spotmarkterlöse über der Obergrenze des § 16 Abs. 1 Nr. 5 StromPBG lagen und die Beschwerdeführerin keine Absicherungsgeschäfte gemeldet hatte, 90% der Differenz zwischen Spotmarkterlösen und Obergrenze nach § 16 Abs. 1 Nr. 5 StromPBG ansetzte. Für Januar 2023, in dem die (fiktiven) Spotmarkterlöse

5

unterhalb der Obergrenze lagen und die Beschwerdeführerin keine Absicherungsgeschäfte gemeldet hatte, setzte die Bundesnetzagentur einen Überschusserlös von Null an. Auch für die Monate Februar und März 2023, in denen die (fiktiven) Spotmarkterlöse unterhalb der Obergrenze nach § 16 Abs. 1 Nr. 5 StromPBG lagen, setzte die Bundesnetzagentur im Ausgangspunkt zwar zunächst jeweils einen Überschusserlös von Null an. Da die Beschwerdeführerin für diese Monate getätigte Absicherungsgeschäfte nach § 17 Nr. 2 StromPBG gemeldet hatte, aus denen sie Erlöse oberhalb der Spotmarktpreise erzielt hatte, addierte die Bundesnetzagentur für Februar und März 2023 bei einer Korrektur nach § 17 StromPBG die Differenz zwischen den Erlösen aus Absicherungsgeschäften und fiktiven Spotmarkterlösen zu den Überschusserlösen von Null und berechnete eine Abschöpfung in Höhe von 90% dieses Betrages.

Die Beschwerdeführerin hält den Beschluss vom 05.03.2024 in Gestalt der Änderung vom 19.03.2024 für rechtswidrig. Die Erlösabschöpfung nach dem StromPBG stelle eine verdeckte Sonderabgabe dar, die sie in ihren Grundrechten verletze, im Übrigen habe der angegriffene Beschluss zumindest den Abschöpfungsbetrag entgegen der gesetzlichen Vorschriften – insbesondere der §§ 16 und 17 StromPBG – bestimmt. Aus diesen Regelungen folge sowohl ein anderer Mechanismus zur Ermittlung der Überschusserlöse als auch der anschließenden Korrektur um Absicherungsgeschäfte als von der Bundesnetzagentur zugrunde gelegt. Dies ergebe sich jedenfalls aus einer europarechtskonformen Auslegung der Vorschriften. 6

Außerdem hätte die Vollziehung des Beschlusses für die Beschwerdeführerin eine unbillige Härte zur Folge, § 77 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EnWG. Zum einen werde mit Ablauf der gegenständlichen Zahlungsfrist – automatisch und endgültig – die Rechtsfolge des § 41 Abs. 1 Satz 2 StromPBG ausgelöst. Zum anderen würden diese Zahlungsverpflichtungen in dreistelliger Millionenhöhe die Beschwerdeführerin wirtschaftlich stark belasten. Schließlich trage sie bei Erfolg in der Hauptsache das Insolvenzrisiko der Anschlussnetzbetreiberin, die in diesem Fall den streitgegenständlichen Betrag wieder an die Beschwerdeführerin zurückzahlen müsse. Es sei indes nicht sichergestellt, dass die Anschlussnetzbetreiberin hierzu in der Lage sein werde. Denn die Anschlussnetzbetreiberin müsse vereinnahmte Abschöpfungsbeträge nach § 20 StromPBG an die Elektrizitätsversorgungsunternehmen auskehren. 7

Die Beschwerdeführerin hat gegen den Beschluss vom 05.03.2024 in Gestalt des Änderungsbescheids vom 19.03.2024 am 04.04.2024 Beschwerde erhoben. 8

Sie beantragt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, 9

die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde anzuordnen. 10

Die Bundesnetzagentur beantragt, 11

den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung zurückzuweisen. 12

Sie verteidigt den angegriffenen Beschluss unter Wiederholung und Vertiefung seiner Gründe. Die Erlösabschöpfung sei verfassungskonform. Sie stelle insbesondere keine nach Art. 104a ff. GG unzulässige Sonderabgabe dar. Der abzuschöpfende Betrag sei methodisch fehlerfrei ermittelt worden. Die Überschusserlöse nach § 16 StromPBG seien entsprechend der Vorgaben des § 16 StromPBG berechnet worden. „Negative Überschusserlöse“ seien insoweit zu Recht nicht berücksichtigt worden. Die Korrektur der Überschusserlöse nach § 16 StromPBG um das Ergebnis aus Absicherungsgeschäften nach § 17 StromPBG sei ebenfalls 13

fehlerfrei erfolgt. Insbesondere setze die Korrektur um das Ergebnis aus Absicherungsgeschäften nicht voraus, dass die Summe aus Spotmarkterlösen und den Gewinnen aus Absicherungsgeschäften die Obergrenze nach § 16 Abs. 1 StromPBG übersteige.

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung sei bereits unzulässig. Es fehle an der erforderlichen Anfechtungslage. Die Fristsetzung sei nach dem auch im energiewirtschaftlichen Verfahren anwendbaren Rechtsgedanken des § 44a VwGO nicht selbständig anfechtbar. Jedenfalls sei der Antrag unbegründet. Die Voraussetzungen für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 77 Abs. 3 Satz 4 i.V.m. Satz 1 Nr. 2 oder 3 EnWG lägen nicht vor. Es bestünden keine ernsthaften Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Fristsetzung. Die Vollziehung hätte zudem keine unbilligen, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge. Die von der Beschwerdeführerin nur unsubstantiiert behauptete schwere wirtschaftliche Belastung reiche insoweit nicht aus. Ein Insolvenzrisiko der Anschlussnetzbetreiberin ..., die gleichzeitig die regelzonenverantwortliche Übertragungsnetzbetreiberin sei, bestehe schon wegen des in § 24 Abs. 1 StromPBG niedergelegten Ausgleichsanspruchs gegen den Bund nicht. 14

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Verfahrensbeteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze mit Anlagen Bezug genommen. 15

**B.** 16

Der Eilantrag hat keinen Erfolg. 17

Dabei kann offenbleiben, ob er zulässig ist. Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes müssen schwierige Zulässigkeitsfragen nicht beantwortet werden, wenn der Antrag jedenfalls in der Sache keinen Erfolg hat (vgl. BeckOK-VwGO/Kuhla, 68. Ed. 1.7.2023, § 123 Rn. 1; Wysk/Buchheister, VwGO, 3. Aufl. 2020, § 123 Rn. 2). So liegt hier der Fall. 18

**I.** Der gestellte Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen die Fristsetzung, § 77 Abs. 3 Satz 4 i. V. m. Satz 1 Nr. 2 EnWG, wäre unzulässig, wenn im Hauptsacheverfahren eine Anfechtungsbeschwerde gegen die Fristsetzung aus dem Beschluss vom 05.03.2024 in Gestalt der Änderung vom 19.03.2024 unzulässig wäre. Denn im Eilverfahren kann nicht weitergehender Rechtsschutz erlangt werden als im Beschwerdeverfahren (vgl. BVerwG, Beschl. v. 21.03.1997 – 11 VR 2/97, juris Rn. 16). Ob im Hauptsacheverfahren die Anfechtungsbeschwerde eröffnet ist, erscheint offen. 19

**2.** Ihre Zulässigkeit scheidet allerdings nicht daran, dass der angefochtene Beschluss in seiner jetzigen Gestalt keine Entscheidung im Sinne von §§ 73, 75 EnWG wäre. Der in §§ 73, 75 EnWG gebrauchte Begriff der Entscheidung deckt sich mit dem Begriff des Verwaltungsakts im Sinne des § 35 VwVfG (vgl. BGH, Beschl. v. 19.06.2007 – KVR 17/06, juris Rn. 22). Als Verwaltungsakt im Sinne der §§ 73, 75 EnWG ist der vorliegende Beschluss, jedenfalls soweit es um die Statthaftigkeit der hiergegen eröffneten Rechtsmittel geht, schon aufgrund seiner äußeren Gestaltung (Unterscheidung in Tenor und Gründe, Rechtsbehelfsbelehrung) zu behandeln (vgl. zur Maßgeblichkeit der äußeren Gestaltung BVerwG, Urt. v. 23.09.2004 – 2 C 37/03, BVerwGE 122, 58 [juris Rn. 14]; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Aufl. 2023, § 35 Rn. 3a mwN). 20

**3.** Jedoch ist die Frage, ob im Hauptsacheverfahren die Anfechtung einer Fristsetzung gemäß § 41 Abs. 1 Satz 1 StromPBG nach § 42 Abs. 2 StromPBG - entsprechend dem Rechtsgedanken des § 44a VwGO - ausgeschlossen ist, nicht einfach zu beantworten. Denn 21

§ 42 Abs. 2 StromPBG könnte als *lex specialis* in Bezug auf Entscheidungen der Bundesnetzagentur zur Überschusserlösabschöpfung die Anfechtung auf Festsetzungen nach § 41 Abs. 1 Satz 2 StromPBG beschränken. Die betreffenden Rechtsfragen erweisen sich jedoch als zu komplex, um in diesem Verfahren einer abschließenden Klärung zugeführt werden zu können.

**a)** Nach § 41 Abs. 1 Satz 1 StromPBG kann die Bundesnetzagentur, sofern und soweit ein Betreiber von Stromerzeugungsanlagen seinen Zahlungspflichten nach § 14 Abs. 1 StromPBG nicht, nicht fristgerecht oder nicht ordnungsgemäß nachkommt, eine angemessene Frist zur Erfüllung dieser Pflichten gegenüber dem Netzbetreiber, an dessen Netz die Stromerzeugungsanlage unmittelbar angeschlossen ist, setzen. Kommt ein Betreiber von Stromerzeugungsanlagen seiner Zahlungspflicht nicht innerhalb der Frist nach, setzt die Bundesnetzagentur die Überschusserlöse in Form eines zahlenmäßig bestimmten Geldbetrags gegenüber dem Betreiber der Stromerzeugungsanlage und den Netzbetreibern fest, § 41 Abs. 1 Satz 2 StromPBG. Bei der Berechnung des Geldbetrages im Rahmen der Festsetzung nach § 41 Abs. 1 Satz 2 StromPBG wird gemäß § 41 Abs.3 StromPBG allerdings insofern zulasten des Betreibers der Stromerzeugungsanlage von den Berechnungsvorgaben der §§ 14, 16 StromPBG abgewichen, als kein Sicherheitszuschlag (§ 16 StromPBG) angesetzt und statt 90% der Überschusserlöse (§ 14 StromPBG) nunmehr 100% abgeschöpft werden. Über einen gerichtlichen Rechtsbehelf, der sich gegen eine Festsetzung nach § 41 StromPBG richtet, entscheidet nach § 42 Abs. 2 StromPBG das nach § 41 Abs. 1 StromPBG, § 75 Abs. 4 Satz 1, § 106 Abs. 2 EnWG, § 92 Abs. 1 GWB, § 2 KartellGBildVO zuständige Oberlandesgericht Düsseldorf durch unanfechtbaren Beschluss, wobei analog § 106 Abs. 1 EnWG die Kartellsenate funktionell zuständig sind. Nach den Gesetzgebungsmaterialien soll die Beschränkung der „Rechtsbehelfe gegen die Festsetzung des Geldbetrages durch die Bundesnetzagentur nach § 41“ (BT-Drucks. 20/4685, S. 115) das Verfahren beschleunigen und den Verfahrensbeteiligten rasch Rechtssicherheit gewähren; die erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des Oberlandesgerichts Düsseldorf wird mit seiner im Bundesgebiet einzigartigen Expertise in energiewirtschaftsrechtlichen Fragestellungen begründet (BT-Drucks. 20/4685, S. 116.).

**b)** Die ausschließliche Erwähnung der Festsetzungs- nicht aber der Fristsetzungsanfechtung könnte dahin zu deuten sein, dass nur die Anfechtung der Festsetzung möglich sein soll. Eine solche Auslegung wäre indes ausgeschlossen, wenn der Ausschluss einer Überprüfung der Fristsetzung für die Rechtssuchenden zu unzumutbaren Nachteilen führen würde, die in einem späteren Beschwerdeverfahren gegen die Festsetzung nicht mehr vollständig zu beseitigen wären (vgl. BVerfG, Beschluss v. 24.10.1990 – 1 BvR 1028/90, juris Rn. 27) oder durch den Anfechtungsausschluss das Ziel einer beschleunigten Erlangung von Rechtssicherheit durch erst- und letztinstanzliche Befassung eines Spezialsenats unterlaufen würde.

Es könnte angesichts der sich aus § 41 Abs. 3 StromPBG ergebenden Konsequenzen unzumutbar sein, den Stromerzeuger, der eine gerichtliche Überprüfung seiner Zahlungspflicht begehrt, zu zwingen, den geforderten Überschusserlös nicht zu zahlen, allein um eine ihm durch die Berechnung des Abschöpfungsbetrags nachteilige Festsetzung ergehen zu lassen, die dann nach § 42 Abs. 2 StromPBG überprüfbar wäre.

Vom Betreiber einer Stromerzeugungsanlage zu verlangen, zunächst auf die Fristsetzung hin den geforderten Betrag unter Vorbehalt zu zahlen, um diesen dann vor dem für den jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber zuständigen Gericht im Wege der Zahlungsklage zurückzufordern, liefe hingegen der Zielsetzung zuwider, mit den Rechtsfragen der

Überschusserlösabschöpfung erst- und letztinstanzlich bundeseinheitlich das Oberlandesgericht Düsseldorf als mit diesen Rechtsfragen besonders vertrautes Gericht zu befassen. Diese Überlegung spricht im Übrigen auch dafür – wie hier geschehen – die Frist im Wege des Verwaltungsakts zu setzen.

Soweit die Bundesnetzagentur einwendet, eine selbständige Anfechtung der Fristsetzung widerspräche dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung, weil gegen eine Entscheidung hierüber die Rechtsbeschwerde eröffnet sei, erscheint eine solche Auslegung nach dem Wortlaut des § 42 Abs. 2 StromPBG zwar nicht gänzlich ausgeschlossen. Sie würde indes der gesetzgeberischen Absicht und dem objektiven Sinn und Zweck von § 42 StromPBG wohl widersprechen. Denn nach der Gesetzesbegründung soll das Oberlandesgericht Düsseldorf erst- und letztinstanzlich nicht nur über die Anfechtung der Festsetzung nach § 42 Abs. 2 StromPBG, sondern über alle „Rechtsbehelfe“ – im Plural – gegen die Festsetzung des Geldbetrages durch die Bundesnetzagentur „nach § 41“ entscheiden (BT-Drucks. 20/4685, S. 115 f.). Es soll ein zügiges Verfahren vor einem mit energiewirtschaftsrechtlichen Fragen besonders vertrautem Gericht stattfinden. Dies spricht dafür, dass die Zuständigkeitskonzentration und die Verkürzung des Instanzenzugs Beschwerden gegen alle Entscheidungen der Bundesnetzagentur nach § 41 StromPBG erfasst. 26

**II.** Der Antrag der Beschwerdeführerin vom 05.03.2024, gemäß § 77 Abs. 3 Satz 4, Satz 1 Nr. 2 und 3 EnWG die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde vom 04.04.2024 anzuordnen (§ 77 Abs. 4 Satz 1 EnWG), ist im Ergebnis unbegründet. 27

Gemäß § 77 Abs. 3 Satz 4 i. V. m. Satz 1 Nr. 2 EnWG kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde anordnen, wenn an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung ernstliche Zweifel bestehen (Abs. 3 Satz 1 Nr. 2) oder wenn ihre Vollziehung für den Beschwerdeführer eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte (Abs. 3 Satz 1 Nr. 3). Dabei steht dem Beschwerdegericht trotz des Wortlauts ein Ermessen nicht zu, wenn die Voraussetzungen von Nr. 1 oder 2 des § 77 Abs. 3 Satz 1 EnWG erfüllt sind (Senat, Beschl. v. 19.01.2018 – VI-3 Kart 446/18 [V] –, juris Rn. 34 mwN). 28

Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der des angegriffenen Beschlusses im Sinne von § 77 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ergeben sich bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht. Auch legt die Beschwerdeführerin nicht dar, dass die Vollziehung für sie eine unbillige Härte bedeuten würde. 29

**1.** Nach § 77 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EnWG liegen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit eines Bescheids erst vor, wenn seine Aufhebung nach summarischer Prüfung überwiegend wahrscheinlich ist. Nicht ausreichend ist dagegen, wenn danach eine Tatsachenfrage oder die Rechtslage lediglich offen ist (st. Rspr., vgl. Senat, Beschl. v. 14.11.2012 – VI-3 Kart 14/12 [V], juris Rn. 40; v. 09.02.2015 – VI-3 Kart 3/15 [V], juris Rn. 40; v. 22.02.2016 – VI-3 Kart 160/15 [V], juris Rn. 42; v. 30.05.2018 – VI-3 Kart 446/18, juris Rn. 45; v. 19.03.2020 – VI-3 Kart 159/20 [V], juris Rn. 12). 30

Hier ist die Aufhebung des Bescheids im vorgenannten Sinn nicht überwiegend wahrscheinlich. Vielmehr sind die aufgeworfenen Rechtsfragen nach diesem Maßstab als offen zu betrachten. 31

**a)** In dem Verfahren nach § 77 Abs. 3 Satz 4 EnWG werden die Erfolgsaussichten der Beschwerde auf der Grundlage einer summarischen Prüfung beurteilt. Dieser Prüfungsmaßstab folgt zum einen aus dem vorläufigen Charakter des Eilverfahrens, wonach 32

eine Eilentscheidung nur bis zur endgültigen Entscheidung in der Hauptsache getroffen wird und Wirkung entfaltet. Zum anderen spricht auch die Systematik des EnWG für einen nur summarischen Prüfungsumfang und damit einen im Vergleich zum Beschwerdeverfahren reduzierten Prüfungsaufwand. In § 76 Abs. 1 EnWG hat der Gesetzgeber die Grundentscheidung getroffen, dass eine Beschwerde gegen eine Entscheidung der Regulierungsbehörde keine aufschiebende Wirkung hat, soweit durch die angefochtene Entscheidung nicht eine Entscheidung zur Durchsetzung der Verpflichtungen nach den §§ 7 bis 7b und §§ 8 bis 10d EnWG getroffen wird. Es gilt der Grundsatz des Sofortvollzugs. Wären der Prüfungsmaßstab, der Prüfungsumfang und der Prüfungsaufwand im Hauptsacheverfahren und im Eilverfahren identisch, würde die gesetzgeberische Grundentscheidung in § 76 Abs. 1 EnWG unterlaufen. Eine ebenso intensive und detailtiefe Prüfung und Befassung mit den aufgeworfenen Rechts- und Tatsachenfragen im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hätte faktisch die Durchführung eines vorgelagerten, weiteren Beschwerdeverfahrens zur Folge. Eine vollständige zweifache Würdigung des Sach- und Streitstoffes sieht die Rechtsschutzsystematik des EnWG indes nicht vor.

**b)** Daraus folgt, dass die abschließende Feststellung des Sachverhalts und die Bewertung schwieriger Rechtsfragen der im Beschwerdeverfahren zu treffenden Hauptsacheentscheidung vorbehalten bleiben müssen (Senat, Beschl. v. 19.01.2018 – VI-3 Kart 446/18 [V], juris Rn. 49 mwN). Im Rahmen einer summarischen Prüfung können komplexe Tatsachenfragen, die nur durch aufwendiges Studium der Verfahrens- und Verwaltungsvorgänge und gegebenenfalls auch umfangreiche Anhörung und Beweisaufnahme gelöst werden können, nicht geklärt werden. Gleiches gilt für sehr schwierige und komplexe Rechtsfragen, die nur durch eine intensive und aufwendige Recherche von Rechtsprechung, Literatur sowie unter Heranziehung und Studium der Gesetzesbegründungen geklärt werden können. Sie nehmen häufig bereits in der Vorbereitung mehrere Wochen in Anspruch und setzen eine nach entsprechender aufwendiger Vorbereitung umfangreiche Beratungsleistung des Senats voraus. Solche Tatsachen- und Rechtsfragen können im Rahmen und in den Grenzen eines Eilverfahrens bereits aufgrund der Natur der Sache, die im Eilverfahren eine beschleunigte Behandlung erfordert, nicht gewürdigt werden. Ihre rechtliche Lösung entspricht grundsätzlich nicht Wesen und Kern des Eilverfahrens. Daher bleiben eine abschließende Feststellung solcher Sachverhalte und eine Entscheidung derart schwieriger Rechtsfragen der im Beschwerdeverfahren zu treffenden Hauptsacheentscheidung vorbehalten, womit die materielle Rechtmäßigkeit der angegriffenen Entscheidung in dem vorgelagerten Eilverfahren mit nur summarischer Prüfung ergebnisoffen bleibt (Senat, Beschl. v. 19.01.2018 – VI-3 Kart 446/18 [V], juris Rn. 52 mwN).

33

**c)** Die Beschränkung auf eine summarische Prüfung ist grundsätzlich auch verfassungsrechtlich unbedenklich. Die notwendige Prüfungsintensität steigt allerdings mit der Intensität der drohenden Rechtsverletzung. Unter besonderen Umständen kann eine abschließende und nicht nur summarische Prüfung und Bewertung der Sach- und Rechtslage geboten sein. Droht einem Antragsteller bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Grundrechten, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre, so ist - erforderlichenfalls unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des im Beschwerdeverfahren geltend gemachten Anspruchs - einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren (vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.05.1996, 2 BvR 1516/93, juris Rn. 160). Unter diesen Voraussetzungen kann nur im einstweiligen Rechtsschutz eine endgültige Grundrechtsverletzung verhindert werden (BVerfG, Beschl. v. 14.09.2016, 1 BvR 1335/13,

34

juris Rn. 20). Je schwerer die sich aus der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes ergebenden Belastungen wiegen, je geringer die Wahrscheinlichkeit ist, dass sie im Falle des Obsiegens in der Hauptsache rückgängig gemacht werden können, umso weniger darf das Interesse an einer vorläufigen Regelung oder Sicherung der geltend gemachten Rechtspositionen zurückgestellt werden. Entscheidend ist, dass die Prüfung eingehend genug ist, um den Antragsteller vor erheblichen und unzumutbaren, anders weder abwendbaren noch reparablen Nachteilen effektiv zu schützen (BVerfG, Beschl. vom 12.09.2011, 2 BvR 1206/11, juris Rn. 15).

**2.** Nach diesen Maßstäben kann eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass der angegriffene Beschluss in der Hauptsache aufgehoben wird, nicht bejaht werden. Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Beschlusses wirft schwierige und komplexe Rechtsfragen auf, deren Beantwortung dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben muss. Im Rahmen eines komprimierten Prüfverfahrens mit einem reduzierten Prüfungsaufwand kann daher die Frage, ob die Fristsetzung zu Unrecht ergangen ist, weil -- wie die Beschwerdeführerin geltend macht -- die Vorschriften über die Erlösabschöpfung verfassungswidrig sind oder jedenfalls ihre Anwendung durch die Bundesnetzagentur rechtswidrig ist, nicht hinreichend eindeutig beantwortet werden. 35

**a)** Bereits die Beurteilung der Frage, ob die §§ 14 ff. StromPBG die Beschwerdeführerin in Freiheits- oder Gleichheitsgrundrechten verletzen, wirft schwierige Rechtsfragen auf, die nicht ohne vertiefte Prüfung beantwortet werden können. 36

**aa)** Dabei ist zunächst davon auszugehen, dass die §§ 14 ff. StromPBG an den Grundrechten des Grundgesetzes zu messen sind, obgleich sie der Umsetzung der Verordnung (EU) 2022/1854 des Rates vom 6. Oktober 2022 über Notfallmaßnahmen als Reaktion auf die hohen Energiepreise (ABl. L 261 I/1 vom 07.10.2022, im Folgenden: EU-Notfall-VO) dienen und damit im Anwendungsbereich des Unionsrechts liegen. 37

**(1)** Im Geltungsbereich des Rechts der Europäischen Union hängt die Bestimmung der für deutsche Behörden und Gerichte maßgeblichen Grundrechtsverbürgungen grundsätzlich davon ab, ob die zu entscheidende Rechtsfrage unionsrechtlich vollständig determiniert ist (BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13, BVerfGE 152, 152 (169 Rn. 42 ff.) – Recht auf Vergessen I; Beschl. v. 27.04.2021 – 2 BvR 206/14, BVerfGE 158, 1 (23 Rn. 35) – Ökotox-Daten). Ist dies nicht der Fall, ist innerstaatliches Recht und seine Anwendung am Maßstab der nationalen Grundrechte zu messen (BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13, BVerfGE 152, 152 (169 Rn. 42 ff.) – Recht auf Vergessen I; Beschl. v. 27.04.2021 – 2 BvR 206/14, BVerfGE 158, 1 (23 Rn. 35) – Ökotox-Daten). Liegt hingegen eine vollständige unionsrechtliche Determinierung vor, findet die Charta der Grundrechte der Europäischen Union Anwendung (BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17, BVerfGE 152, 216 (246 f. Rn. 42 ff.) – Recht auf Vergessen II; v. 27.4.2021 – 2 BvR 206/14, BVerfGE 158, 1 (23 ff. Rn. 35 ff.) – Ökotox-Daten). Ob eine Rechtsfrage vollständig unionsrechtlich determiniert ist, richtet sich in aller Regel nach den Normen, aus denen die Rechtsfolgen für den streitgegenständlichen Fall abzuleiten sind, also danach, ob das streitgegenständliche Rechtsverhältnis und die sich aus ihm konkret ergebenden Rechtsfolgen durch das Unionsrecht oder das nationale Recht festgelegt werden. Maßgeblich sind die im konkreten Fall anzuwendenden Vorschriften in ihrem Kontext, nicht eine allgemeine Betrachtung des in Rede stehenden Regelungsbereichs (BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 206/14, BVerfGE 158, 1 (23 ff. Rn. 42 ff.) – Ökotox-Daten, vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17, BVerfGE 152, 216 (246 f. Rn. 78) – Recht auf Vergessen II). 38

**(2)** Nach diesen Maßstäben kann eine vollständige unionsrechtliche Determinierung der Erlösabschöpfung, §§ 14 ff. StromPBG und Subventionierung der Stromendkunden nach Teil 2 des StromPBG nicht angenommen werden. Denn weder die genaue Höhe des Abschöpfungsbetrags nach § 14 Abs. 1 StromPBG, seine Berechnung nach den §§ 16 ff. StromPBG noch der Wälzungsmechanismus in § 4 Abs. 1, § 5, § 20, § 22 a Abs. 1, § 25, § 14 Abs. 1, § 24 Abs. 1, §§ 21 f, § 26 StromPBG ergeben sich unmittelbar aus der EU-Notfall-VO. Dort ist geregelt, dass die Markterlöse, die Erzeuger für die Stromerzeugung aus im Einzelnen näher genannten Quellen erzielen, auf „höchstens“ 180 EUR je MWh erzeugter Elektrizität begrenzt werden, Art. 6 Abs. 1 EU-Notfall-VO, und die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass alle Überschusserlöse, die sich aus der Anwendung der Obergrenze für die Markterlöse ergeben, gezielt zur Finanzierung von Maßnahmen verwendet werden, mit denen Stromendkunden unterstützt werden, um die Auswirkungen der hohen Strompreise auf diese Kunden abzumildern, Art. 10 Abs. 1 EU-Notfall-VO. Jedoch macht die Verordnung weder hinsichtlich der Mittelabschöpfung noch ihrer Verwendung zur Milderung der Auswirkungen der hohen Strompreise für Endkunden genaue Vorgaben.

**(a)** Bereits hinsichtlich der Abschöpfungshöhe werden den Mitgliedstaaten in Art. 7 Abs. 5, Art. 8 Abs. 1 EU-Notfall-VO weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt, die im Ergebnis verschiedene Abweichungen von den Vorgaben der Obergrenze des Art. 6 Abs. 1 EU-Notfall-VO ermöglichen, etwa eine gegenüber dieser verbindlichen Obergrenze verminderte Abschöpfung (z. B. durch höhere Obergrenzen oder die Freistellung von 10% der Überschusserlöse von der Abschöpfung) ebenso wie eine stärkere Abschöpfung (z.B. durch „weitere“ Begrenzung der Erlöse). 40

**(b)** Dazu, wie die Mitgliedstaaten „sicherstellen“, dass die Überschusserlöse zur Finanzierung von Maßnahmen zur Abmilderung der Auswirkungen der hohen Strompreise auf die Endkunden verwandt werden, macht die EU-Notfall-VO im Einzelnen keine genauen Vorgaben. Sie nennt in Art. 10 Abs. 4 nur verschiedene Beispiele für Maßnahmen, deren Finanzierung die abgeschöpften Überschusserlöse dienen können (etwa die Gewährung eines finanziellen Ausgleichs für Stromendkunden für die Senkung ihres Stromverbrauchs, unter anderem durch Auktionen oder Ausschreibungen zur Nachfragesenkung, die Vornahme direkter Überweisungen an Stromendkunden zur Senkung der Strombezugskosten, auch für eine begrenzte Menge des verbrauchten Stroms, oder die Förderung von Investitionen von Stromendkunden in Dekarbonisierungstechnologien, erneuerbare Energien und Energieeffizienz). 41

**bb)** Ob die Beschwerdeführerin durch die Abschöpfung von Überschusserlösen und deren Verwendung zur mittelbaren Teil-Finanzierung des den Letztverbrauchern von ihrem Stromversorger zu gewährenden Entlastungsbetrags in Grundrechten verletzt ist, weil es sich bei diesem Mechanismus um einen Grundrechtseingriff in Form einer verfassungswidrigen Sonderabgabe handelt, kann bei summarischer Prüfung nicht hinreichend sicher beantwortet werden. Ein bei Sonderabgaben im engeren Sinne auftretendes Merkmal, nämlich der Mittelzufluss in ein Sondervermögen oder der Anfall bei einer anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts als Bund und Ländern (vgl. Jachmann-Michel/Vogel, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 105 Rn. 15 mwN), ist hier jedenfalls nicht gegeben. Wann „Sonderabgaben im weiteren Sinne“ vorliegen, und unter welchen Voraussetzungen diese verfassungsrechtlich zulässig sind, ist jedoch bislang nicht abschließend geklärt (Jachmann-Michel/Vogel, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 105 Rn. 20 ff.). Im vorliegenden Fall wird es besonders darauf ankommen, nicht nur die genaue Funktionsweise des Wälzungsmechanismus und der daraus folgenden Zahlungsströme in den Blick zu nehmen, sondern auch der Frage nachzugehen, ob die Regelungen überhaupt als Abgabe zu 42

qualifizieren sind. Es erscheint möglich, dass es sich letztlich bloß um Korrekturen eines durch atypische Effekte auf dem Strommarkt gestörten Preismechanismus handelt. Denn das StromPBG sollte dazu dienen, die durch ein Marktungleichgewicht aufgetretenen extremen Preisanstiege zu mildern (vgl. BT-Drucks. 20/4685, S. 92 oben).

**b)** Die Frage, ob die Bundesnetzagentur durch ihre Anwendung der §§ 14, 16 und 17 StromPBG den auf die Beschwerdeführerin entfallenden Abschöpfungsbetrag nach § 14 Abs. 1 StromPBG zutreffend ermittelt hat, kann mit dem komprimierten Prüfprogramm des einstweiligen Rechtsschutzes nach den dargestellten Maßstäben weder sicher bejaht noch verneint werden. Hier bestehen schwierige Auslegungsfragen nicht nur hinsichtlich der jeweils isolierten Interpretation der §§ 14, 16 und 17 StromPBG, vielmehr wirft insbesondere die Frage des Ineinandergreifens dieser Normen vor dem Hintergrund des Sinns und Zwecks der Erlösabschöpfung komplexe Rechtsfragen auf. 43

**aa)** Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 StromPBG müssen Betreiber von Stromerzeugungsanlagen an den Netzbetreiber, an dessen Netz ihre Stromerzeugungsanlage unmittelbar angeschlossen ist, 90% der im jeweiligen Abrechnungszeitraum mit der Stromerzeugungsanlage erwirtschafteten Überschusserlöse (Abschöpfungsbetrag) zahlen. Die erwirtschafteten Überschusserlöse ergeben sich gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 1 StromPBG aus den Überschusserlösen nach § 16 StromPBG, die um das Ergebnis aus Absicherungsgeschäften nach § 17 StromPBG korrigiert werden. Überschusserlöse werden nach § 16 StromPBG – vorbehaltlich des § 17 StromPBG – unwiderleglich vermutet, wenn die Spotmarkterlöse in einem Kalendermonat die kalendermonatlichen Erlöse auf der Basis energieträgerspezifischer Referenzkosten (Obergrenze), für Braunkohle geregelt in § 16 Nr. 5 StromPBG, in Summe übersteigen. § 17 Nr. 2 StromPBG wiederum regelt, dass der nach § 16 StromPBG ermittelte Überschusserlös jeder Stromerzeugungsanlage um das Ergebnis aus Absicherungsgeschäften – bei solchen, die nach dem 31.10.2022 abgeschlossen wurden, nach näherer Maßgabe von Anlage 5 – für die Stromerzeugungsanlage im Abrechnungszeitraum korrigiert wird, wenn der Betreiber der Stromerzeugungsanlage die Absicherungsgeschäfte der Bundesnetzagentur gemeldet hat. Führt die Korrektur nach § 14 Abs. 2 Nr. 1, § 17 StromPBG am Ende eines Abrechnungszeitraums zu einem negativen Betrag, erfolgt keine Zahlung und der negative Betrag kann bis zu seiner vollständigen Kompensation in dem folgenden Abrechnungszeitraum oder den folgenden Abrechnungszeiträumen von den Überschusserlösen abgezogen werden, § 14 Abs. 3 StromPBG. 44

**bb)** Dass der angegriffene Beschluss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit aufzuheben wäre, weil bei isolierter Betrachtung von § 16 StromPBG die ermittelten Überschusserlöse nicht nur monatlich, sondern auch über den gesamten Abrechnungszeitraum zu saldieren sind, kann derzeit nicht angenommen werden. Die von der Beschwerdeführerin vertretene Auffassung, die nach § 16 StromPBG jeweils monatlich fiktiv bestimmten Überschusserlöse seien über den Abrechnungszeitraum hinweg dergestalt zu saldieren, dass etwaige Überschusserlöse eines Monats (die positive Differenz zwischen den Spotmarkterlösen und der darunter liegenden energieträgerspezifischen Obergrenze nach § 16 Nr. 5 StromPBG) mit „negativen Überschusserlösen“ (der negativen Differenz zwischen energieträgerspezifischer Obergrenze und darüber liegenden Spotmarkterlösen) anderer Monate des Abrechnungszeitraums zu verrechnen seien, erscheint aus sich heraus nicht zwingend. Der Wortlaut des § 16 StromPBG regelt eine solche Saldierung nicht, er schließt sie jedoch auch nicht aus. Die Begründung des Gesetzentwurfs adressiert die Frage der Saldierung bei Anwendung des § 16 StromPBG ebenfalls nicht. Allerdings stützt die Begründung zu § 14 StromPBG, wonach aus der Berechnung anhand der Spotmarktpreise oder 45

Monatsmarktwerte nach § 16 StromPBG oder aus der Berechnung nach § 18 StromPBG anhand von anlagenspezifischen Vermarktungsverträgen keine „negativen Überschusserlöse“ errechnet werden (BT-Drucks. 20/4685, S. 94), auf den ersten Blick nicht die Auffassung der Beschwerdeführerin. Indes beziehen sich diese Ausführungen unmittelbar nur darauf, ob „negative Überschusserlöse“ über mehrere Abrechnungszeiträume hinweg verrechnet werden können: „Ergibt die Berechnung keinen Überschusserlös, erfolgt keine Abschöpfung. Ein Abzug in späteren Abrechnungszeiträumen erfolgt nicht“ (BT-Drucks. 20/4685, S. 94). Soweit die Beschwerdeführerin hingegen meint, der Sinn und Zweck der Überschusserlösabschöpfung verlange, eine Saldierung vorzunehmen, weil sonst nicht angefallene Überschusserlöse abgeschöpft würden, erscheint dies nicht überzeugend. Dass in einem Monat keine Überschusserlöse erzielt werden, ändert nichts an einem etwaigen Anfall von Überschusserlösen in einem anderen Monat.

**cc)** Inwiefern die in § 17, § 14 Abs. 3 StromPBG vorgesehene abrechnungsperiodenübergreifende Berücksichtigung von „negativen Überschusserlösen“ aufgrund von realen Termingeschäften verlangen könnte, aus Gleichbehandlungsgründen bei der Bestimmung fiktiver Überschusserlöse anhand des Spotmarktpreises auch „negative Überschusserlöse“ zu berücksichtigen, kann ohne vertiefte Prüfung nicht beantwortet werden. Die auf einem vereinfachten Modell beruhende Berechnung von Überschusserlösen könnte insofern von der Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers umfasst sein, als Spotmarkt- und Termingeschäfte typischerweise kombiniert werden.

46

**dd)** Ob die dem angefochtenen Bescheid zugrundeliegende Anwendung der § 14 Abs. 2, § 17 StromPBG rechtsfehlerfrei ist, kann auf Basis summarischer Prüfung ebenfalls nicht mit hinreichender Eindeutigkeit beantwortet werden. Die von der Bundesnetzagentur gewählte Gesetzesanwendung sieht sich allerdings Zweifeln ausgesetzt, soweit sie dazu führt, dass Erlöse aus Absicherungsgeschäften unterhalb der Obergrenze des § 16 Abs. 1 Nr. 5 StromPBG abgeschöpft werden. Dies wäre dann nicht zu beanstanden, wenn § 17 StromPBG – wie von der Bundesnetzagentur vertreten – eine eigenständige zweite Säule der Erlösabschöpfung wäre, für die es auf die Frage, ob überhaupt Erlöse oberhalb der energieträgerspezifischen Obergrenze (Überschusserlöse) angefallen sind, gar nicht ankommt. Der Wortlaut des Gesetzes schließt eine solche Auslegung zwar nicht aus. Sie erscheint aber zweifelhaft, wenn der Sinn und Zweck des Gesetzes in der Abschöpfung von Überschusserlösen – mithin von Erlösen, die die Obergrenze übersteigen – besteht. Die Klärung der Frage, wie im Einzelnen die Ermittlung von Überschusserlösen nach § 16 StromPBG und deren Korrektur um Erlöse aus Absicherungsgeschäften nach § 17 StromPBG ineinandergreifen, muss jedoch dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.

47

**a)** Aus dem bloßen Wortlaut des § 17 StromPBG, wonach der aus § 16 StromPBG ermittelte Überschusserlös jeder Stromerzeugungsanlage um das Ergebnis von Absicherungsgeschäften „korrigiert“ wird, lassen sich gesicherte Erkenntnisse über die Verzahnung von § 16 und § 17 StromPBG nicht gewinnen. Denn der Wortlaut von § 16 StromPBG würde einerseits die Auslegung erlauben, dass eine „Korrektur“ nach § 17 StromPBG voraussetzt, dass es Überschusserlöse nach § 16 StromPBG gibt, die Spotmarktpreise also oberhalb der Obergrenze nach § 16 StromPBG liegen. Er lässt aber auch die Deutung zu, dass eine „Korrektur“ nach § 17 StromPBG möglich ist, wenn Überschusserlöse im Wert von „Null“ vorliegen, die Spotmarktpreise also unterhalb der Obergrenze liegen. Dafür, dass § 17 StromPBG grundsätzlich auch dann anwendbar ist, wenn die Spotmarktpreise unterhalb der Obergrenze liegen, spricht allerdings, dass Erlöse aus gemeldeten Absicherungsgeschäften anderenfalls auch dann völlig von der Abschöpfung ausgenommen wären, wenn hieraus Erlöse oberhalb der Obergrenze erwirtschaftet wurden.

48

Darauf, ob diese „Korrektur“ dergestalt vorzunehmen ist, dass auch die Erlöse aus Absicherungsgeschäften nur oberhalb der Obergrenze abgeschöpft werden, oder auch darunter, gibt der Wortlaut indes keine Antwort.

**(b)** Aus der Begründung des Gesetzesentwurfs lassen sich eindeutige Hinweise darauf, inwiefern es für die Abschöpfung von Erlösen aus Absicherungsgeschäften darauf ankommt, ob hieraus Erlöse in einer § 16 Nr. 5 StromPBG übersteigenden Höhe angefallen sind, ebenfalls nicht entnehmen. Der hier eingetretene Fall, dass die Spotmarktpreise unter die Grenze des § 16 Nr. 5 StromPBG sinken, die Absicherungsgeschäfte hingegen Erlöse darüber generieren würden, scheint bei der Schaffung von § 17 StromPBG nicht als wahrscheinlich angesehen worden zu sein. Grund für die Einführung des § 17 StromPBG war vielmehr die Erwartung, dass die Spotmarktpreise oberhalb der Erlösobergrenze des § 16 Nr. 5 StromPBG, die Erlöse aus den Absicherungsgeschäften allerdings unter den Spotmarktpreisen liegen würden. 49

Denn nach der Gesetzesbegründung hielt der Gesetzgeber eine Korrektur der nach § 16 StromPBG ermittelten Überschusserlöse im Fall von Absicherungsgeschäften für erforderlich, weil man annahm, dass Anlagenbetreiber nicht vollumfänglich von den hohen Spotmarktpreisen profitieren würden, weil sie langfristige Lieferverträge zu Preisen unterhalb des Spotmarkts geschlossen hätten (BT-Drucks. 20/4685, S. 99). Es sei üblich, dass Anlagenbetreiber die von ihnen erzeugten Strommengen nicht nur am Spotmarkt verkauften, sondern langfristige Lieferverträge schlossen, um sich Strompreise zu sichern. Der langfristig gesicherte Strompreis werde in vielen Fällen unterhalb der erzielbaren Spotmarktpreise liegen, weil die Strompreise spätestens seit Ende 2021 stark angestiegen seien (BT-Drucks. 20/4685, S. 99). Insofern erhielten die Anlagenbetreiber die Möglichkeit, das Ergebnis der Ermittlung der Überschusserlöse nach § 16 StromPBG auf Grundlage des § 17 StromPBG zu korrigieren (BT-Drucks. 20/4685, S. 99). 50

**(c)** Letztlich kommt es darauf an, ob die dem angefochtenen Bescheid zugrundeliegende Anwendung des § 17 StromPBG dem Sinn und Zweck des Gesetzes entspricht. Dies erscheint offen. Wenn es um die Abschöpfung von Überschusserlösen geht, die durch Übersteigen einer gesetzlich fixierten Obergrenze bestimmt werden, spricht Vieles dafür, dass auch Erlöse aus Absicherungsgeschäften nur insoweit der Abschöpfung unterliegen, als sie diese Grenze übersteigen. Insofern ist auch in den Blick zu nehmen, dass nach Erwägungsgrund 30 der EU-Notfall-VO, soweit Strombezugsverträge oder Forward Hedges Markterlöse aus der Stromerzeugung bis zur Höhe der Obergrenze für Markterlöse einbringen, diese Erlöse von dieser Verordnung nicht berührt werden sollten. 51

Andererseits könnte die Abschöpfung unterhalb der Obergrenze ein in § 17 StromPBG noch angelegter Ausgleich dafür sein, dass die Absicherungsgeschäfte als Abzugsposten bei der realen Korrektur von fiktiven Überschusserlösen ebenso unabhängig von der Erlösobergrenze in Ansatz gebracht werden. Allerdings wäre hier auch die in diesem Fall anzuwendende Untergrenze, bis zu der ein Abzug erfolgt, zu begründen. 52

Auf Basis des bisherigen Streitstoffes kann die Frage, ob und inwiefern bei der „Korrektur“ nach § 17 StromPBG um Erlöse aus Absicherungsgeschäften die Obergrenze zu berücksichtigen ist, noch nicht verlässlich beurteilt werden. Hierfür ist in tatsächlicher Hinsicht insbesondere noch die Funktionsweise der Absicherungsgeschäfte zu beleuchten. Dabei werden auch die ökonomischen und rechtlichen Gründe dafür zu klären sein, aus denen den Stromerzeugern ein Wahlrecht eingeräumt ist, Absicherungsgeschäfte zu melden oder nicht zu melden. 53

**(d)** Auch wenn die Korrektur nach § 17 StromPBG unter Berücksichtigung der Obergrenze zu erfolgen hätte, erscheint es zwar nicht ausgeschlossen, jedoch keineswegs methodisch oder logisch zwingend, „negative Überschusserlöse“ über die Abrechnungsperiode zu saldieren, wie von der Beschwerdeführerin gefordert. Vielmehr ließe sich eine Berücksichtigung der fixierten Obergrenze in das auf die monatlich ermittelten, nicht saldierten Überschusserlöse aufsetzende Berechnungsmodell der Bundesnetzagentur integrieren. Ob es zu einer Saldierung „negativer Überschusserlöse“ kommen muss, kann danach letztlich erst nach Klärung der aufgezeigten weiteren Fragen verlässlich beantwortet werden.

**3.** Es ist nicht erkennbar, dass die Vollziehung des angegriffenen Beschlusses für die Beschwerdeführerin eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. 55

**a)** Eine Härte im Sinne von § 77 Abs. 1 Nr. 3 EnWG ist anzunehmen, wenn dem Adressaten der Verfügung durch den Vollzug schwere, nicht wieder gutzumachende Nachteile drohen und seine Belange das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegen (Senat, Beschl. v. 21.07.2006 – VI-3 Kart 289/06, juris Rn. 90). § 76 Abs. 1 EnWG, der einer Beschwerde gegen Verfügungen grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung gewährt, lässt erkennen, dass der sofortigen Vollziehbarkeit von Verfügungen der Regulierungsbehörden im Rahmen der anzustellenden Abwägung ein hoher Rang einzuräumen ist. § 77 Abs. 1 EnWG gilt nur für die wenigen Fälle, in denen die Beschwerdeeinlegung nach § 75 i.V.m. § 76 Abs. 1 EnWG ausnahmsweise aufschiebende Wirkung hat. Das Gewicht des öffentlichen Vollzugsinteresses kann es rechtfertigen, den Rechtsschutzanspruch des Betroffenen einstweilen zurückzustellen, um unaufschiebbare Maßnahmen im Interesse des allgemeinen Wohls rechtzeitig in die Wege zu leiten (vgl. BVerfGE 35, 382, 401). Hat sich schon der Gesetzgeber für den Sofortvollzug entschieden, sind die Gerichte – neben einer Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache – zu einer Einzelfallbetrachtung grundsätzlich nur im Hinblick auf solche Umstände gehalten, die die Annahme rechtfertigen können, dass im konkreten Fall ausnahmsweise von der gesetzgeberischen Grundentscheidung abgewichen werden kann (vgl. BVerfG NVwZ 2004, 93, 94). In den Fällen, in denen der Gesetzgeber den grundsätzlichen Vorrang des Vollziehungsinteresses angeordnet hat, bedarf es deshalb besonderer Umstände, um eine hiervon abweichende Entscheidung zu rechtfertigen. Der Betroffene hat die Wertung des Gesetzgebers durch einen Vortrag der Besonderheiten seiner Situation zu entkräften und Wege aufzuzeigen, wie den öffentlichen Belangen gleichwohl Rechnung getragen werden kann (vgl. BVerfG NVwZ 2004, 93, 94; Senat, Beschl. v. 21.07.2006 – VI-3 Kart 289/06, juris Rn. 90). 56

**b)** Umstände, die nach diesen Maßstäben eine unbillige Härte begründen könnten, hat die Beschwerdeführerin nicht dargetan. Sie sind auch nicht ersichtlich. 57

**aa)** Die Pflicht zur Zahlung des geforderten Betrags an Überschusserlösen erfüllt bereits nach dem eigenen Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht die Voraussetzungen für die Annahme unbilliger Härte. Dass die ihr gesetzte Frist zu kurz bemessen sein könnte, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend. Dass die Höhe des Betrags eine unbillige Härte begründen könnte, legt sie ebenfalls nicht dar. Nach der Rechtsprechung des Senats begründen drohende Erlösminderungen im regulierten Strommarkt, auch wenn die Minderungen erheblich sind, grundsätzlich keine unbillige Härte (vgl. Senat, Beschl. v. 21.07.2006 – VI-3 Kart 289/06, juris Rn. 91 f.). Eine existenzgefährdende Wirkung der Zahlungspflicht in dreistelliger Millionenhöhe behauptet die Beschwerdeführerin selbst nicht. 58

**bb)** Soweit die Beschwerdeführerin meint, die Pflicht zur Zahlung eines noch gar nicht geforderten, sondern erst noch festzusetzenden Betrages begründe eine bereits jetzt zu 59

berücksichtigende unbillige Härte, erscheint dies bereits im Ansatz nicht frei von Zweifeln. Letztlich kann dies aber offenbleiben. Denn die Beschwerdeführerin behauptet auch diesbezüglich nicht, dass sie durch die Höhe eines möglichen Festsetzungsbetrags in ihrer Existenz gefährdet würde.

**cc)** Eine unbillige Härte ergibt sich auch nicht daraus, dass die Beschwerdeführerin das Insolvenzrisiko der Anschluss- und Übertragungsnetzbetreiberin trägt. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass ihr der Ausfall mit einer etwaigen Rückforderung droht, zeigt sie nicht auf. Dies gilt umso mehr, als Übertragungsnetzbetreibern nach § 24 Abs. 1 StromPBG ein Ausgleichsanspruch gegen den Bund zusteht.

60