

Rechtssache C-459/23

**Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 98 Abs. 1 der
Verfahrensordnung eines Gerichtshofs**

Eingangsdatum:

21. Juli 2023

Vorlegendes Gericht:

Sąd Najwyższy (Polen)

Datum der Vorlageentscheidung:

21. April 2023

Klägerin:

E. S.A.

Beklagte:

W. sp. z o.o.

Bank S.A.

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Eine Klage der E. Spółka Akcyjna in G. gegen die W sp. z o.o. in P. und die Bank Spółka Akcyjna auf Feststellung des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses, das durch den Abschluss eines „Certificate Purchase Agreement“ (CPA) durch die E. Spółka Akcyjna in G. und die W. sp. z o.o. in P. am 24. Februar 2011 entstanden ist.

Gegenstand und Rechtsgrundlage der Vorlage

1. Unionsrechtlicher Standard im Bereich der Abordnung von nationalen Richtern ohne deren Zustimmung an eine andere Organisationseinheit eines nationalen Gerichts als die, in der sie ihren Dienst versehen. 2. Auslegung einiger Bestimmungen der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und von Art. 2d Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 92/13/EWG des

Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor. 3. Auslegung des allgemeinen Grundsatzes des Verbots des Rechtsmissbrauchs. Rechtsgrundlage: Art. 267 AEUV.

Vorlagefragen

1. Ist Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV im Licht der vom Gerichtshof im Urteil W.Ż. (C-487/19) vorgenommenen Auslegung dahin auszulegen, dass eine zeitlich befristete Abordnung eines Richters des Sąd Najwyższy (Oberstes Gericht) ohne seine Zustimmung an eine andere Kammer des Obersten Gerichts den Grundsatz der Unabsetzbarkeit der Richter und der richterlichen Unabhängigkeit in ähnlicher Weise verletzt wie die Versetzung eines Richters der ordentlichen Gerichtsbarkeit zwischen zwei Abteilungen desselben Gerichts, wenn

– der Richter zur Entscheidungsfindung in Rechtssachen abgeordnet wird, deren Gegenstand nicht mit der sachlichen Zuständigkeit der Kammer übereinstimmt, der der Richter am Obersten Gericht zugeteilt wurde;

– dem Richter gegen die Entscheidung über eine solche Abordnung kein gerichtlicher Rechtsbehelf zur Verfügung steht, der den Anforderungen genügt, die in Rn. 118 des Urteils W.Ż. (C-487/19) aufgestellt wurden;

– die Verfügung des Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego (Erster Präsident des Obersten Gerichts) über die Abordnung an eine andere Kammer und die Verfügung des Präsidenten, der die Zivilkammer des Obersten Gerichts leitet, über die Zuweisung konkreter Verfahren durch Personen erlassen wurden, die unter denselben Umständen wie in der Rechtssache W.Ż. (C-487/19) zu Richtern am Obersten Gericht ernannt wurden, wobei im Licht der bisherigen Rechtsprechung Gerichtsverfahren unter Beteiligung solcher Personen nichtig sind oder das Recht einer Partei auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK verletzen;

– die zeitlich befristete Abordnung eines Richters ohne seine Zustimmung an eine andere Kammer des Obersten Gerichts als die, in der er seinen Dienst versieht, bei gleichzeitiger Beibehaltung seiner richterlichen Pflichten in seiner Stammkammer keine Grundlage im nationalen Recht hat;

– die zeitlich befristete Abordnung eines Richters ohne seine Zustimmung an eine andere Kammer des Obersten Gerichts als die, in der er seinen Dienst versieht, eine Verletzung von Art. 6 [Buchst. b] der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. 2003, L 299, S. 9) darstellt?

2. Unabhängig von der Antwort auf die erste Frage: Ist Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV dahin auszulegen, dass ein Gericht, das aufgrund einer Verfügung des Ersten Präsidenten des Obersten Gerichts über die Abordnung an eine andere Kammer des Obersten Gerichts und durch eine Verfügung des Präsidenten, der die Zivilkammer des Obersten Gerichts leitet, über die Zuweisung konkreter Verfahren mit Personen besetzt ist, die unter den gleichen Umständen wie in der Rechtssache W.Ż. (C-487/19) zu Richtern am Obersten Gericht ernannt wurden, kein „durch Gesetz errichtetes Gericht“ ist, wenn sich im Licht der bisherigen Rechtsprechung Gerichtsverfahren unter Beteiligung solcher Personen nichtig sind oder das Recht einer Partei auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK verletzen?

3. Falls die erste Frage bejaht oder die zweite Frage dahin beantwortet wird, dass das so errichtete Gericht kein „durch Gesetz errichtetes Gericht“ ist: Sind Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV und der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts dahin auszulegen, dass Richter, die einem Spruchkörper eines Gerichts zugeteilt wurden, der in der in den Fragen 1 und 2 beschriebenen Weise errichtet wurde, die Vornahme von Prozesshandlungen in der ihnen zugewiesenen Rechtssache, insbesondere den Erlass von Entscheidungen, ablehnen können, weil sie die Verfügungen über die Abordnung an eine andere Kammer des Obersten Gerichts und über die Zuweisung konkreter Verfahren für nichtexistent erachten, oder dahin, dass sie eine Entscheidung erlassen müssen und deren etwaige Anfechtung wegen Verletzung des Rechts einer Partei, den Rechtsstreit durch ein Gericht entscheiden zu lassen, das den Anforderungen von Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV und Art. 47 der Charta der Grundrechte genügt, den Parteien überlassen müssen?

4. Falls die oben genannten Fragen dahin beantwortet werden, dass das vorliegende Gericht ein durch Gesetz errichtetes Gericht im Sinne von Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV ist: Ist Art. 3 Abs. 3 Buchst. b in Verbindung mit Art. 20 und Art. 1 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. 2004, L 134, S. 1 in geänderter Fassung) dahin auszulegen, dass ein öffentliches Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Buchst. b dieser Richtlinie, das im Groß- und Einzelhandel mit Elektrizität tätig ist, verpflichtet ist, die in Art. 2 Buchst. k bis l der Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG (ABl. 2009, L 140, S. 16 in geänderter Fassung) genannten grünen Zertifikate im Wege der Vergabe öffentlicher Aufträge zu erwerben?

5. Falls Frage 4 bejaht wird: Ist Art. 14 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/17 dahin auszulegen, dass der Rahmenvertrag zwischen einem solchen Unternehmen und dem Erzeuger erneuerbarer Energien nach dem für die Vergabe öffentlicher Aufträge vorgesehenen Verfahren geschlossen werden muss,

wenn der geschätzte (obwohl im Vertrag nicht angegebene) Gesamtwert der in Erfüllung dieses Vertrags erworbenen grünen Zertifikate den in Art. 16 Buchst. a dieser Richtlinie festgelegten Schwellenwert überschreitet, der Wert der einzelnen in Erfüllung dieses Vertrags geschlossenen Geschäfte diesen Schwellenwert dagegen nicht überschreitet?

6. Falls die Fragen 4 und 5 bejaht werden: Stellt der Abschluss eines Vertrags unter völliger Missachtung der Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge einen Fall dar, der in Art. 2d Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. 1992, L 76, S. 14 in geänderter Fassung) genannt ist, oder handelt es sich um einen anderen Fall eines Verstoßes gegen das Vergaberecht der Union, der es ermöglicht, die Nichtigkeit des Vertrags außerhalb des Verfahrens, das das nationale Recht zur Umsetzung der oben genannten Richtlinie vorsieht, festzustellen?

7. Falls die Fragen 4 bis 6 bejaht werden: Ist der allgemeine Grundsatz des Verbots des Rechtsmissbrauchs dahin auszulegen, dass sich das den Auftrag erteilende Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/17 nicht auf die Nichtigkeit des Vertrags berufen kann, der von ihm mit dem Lieferanten unter Verstoß gegen die nationalen Vorschriften zur Umsetzung von Unionsrichtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge geschlossen wurde, wenn der wahre Grund für das Begehren, den Vertrag für nichtig zu erklären, nicht die Einhaltung des Unionsrechts ist, sondern ein Verlust der Rentabilität der Durchführung dieses Vertrags durch den Auftraggeber?

Angeführte gemeinschaftsrechtliche Vorschriften

Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV

Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung;

Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste;

Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor

Angeführte nationale Vorschriften

Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Gesetz vom 8. Dezember 2017 über das Oberste Gericht): Art. 1, Art. 3, Art. 30, Art. 31, Art. 35

Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Juli 2001): Art. 22a

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Arbeitsgesetzbuch vom 26. Juni 1974): Art. 140

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Gesetz vom 29. Januar 2004 über das Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge): Art. 132, Art. 138a, Art. 146

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens

- 1 Die Klägerin vertreibt Strom. Ihr alleinige Aktionärin ist die E. Spółka Akcyjna. An dieser Gesellschaft hält der Staat mehr als 50 % der Aktien. Die Beklagte zu 1 ist in der Erzeugung, Fortleitung oder Abgabe von elektrischer Energie tätig. Die Beklagte zu 2 ist eine Bank.
- 2 Am 24. Februar 2011 schloss die Klägerin (die E. Spółka Akcyjna) mit der W. sp. z o.o. (Beklagte Nr.1) eine „Vereinbarung über den Verkauf von Vermögensrechten Nr. ...“ (CPA – certificate purchase agreement). In dieser Vereinbarung verpflichtete sich die Beklagte Nr. 1 gegenüber der Klägerin, das Eigentum an sämtlichen Vermögensrechten aus den Herkunftsnachweisen, die sie im Zusammenhang mit der Erzeugung von Energie aus einer erneuerbaren Energiequelle erhalten hatte, auf sie zu übertragen, und die Klägerin verpflichtete sich, sämtliche Vermögensrechte aus den genannten Nachweisen im Wege des OTC-Handels auf dem Markt für Vermögensrechte der Strombörse zu erwerben. Im CPA wurde die Vergütung für die erworbenen Vermögensrechte auf 0,91 x OzJ (die in dem Zeitraum, in dem die Energie aus erneuerbaren Energiequellen erzeugt wurde, geltende Ersatzgebühr pro Einheit) festgelegt.
- 3 Die Beklagte Nr. 1 schloss mit der Beklagten Nr. 2 einen Forderungsabtretungsvertrag zur Sicherung der Forderungen der Beklagten Nr. 2 aus den der Beklagten Nr. 1 gewährten Kreditverträgen.
- 4 Zunächst erwarb die Klägerin von der Beklagten Nr. 1 Herkunftsnachweise gemäß dem CPA. Daraufhin versuchte sie erfolglos, die Preisbedingungen neu auszuhandeln. Das CPA wurde von den Parteien vom 22. Februar 2012 bis zum 31. Juli 2017 abgewickelt. Im September 2017 beschloss der Vorstand der Klägerin, die Abwicklung von ca. 150 Verträgen über den Verkauf von Vermögensrechten aus Herkunftsnachweisen, die dem im vorliegenden Fall in Rede stehenden CPA entsprechen, zu beenden. Die von der Beklagten Nr. 1

erteilten Verkaufsoorder der Herkunftsnachweise wurden ab diesem Zeitpunkt von der Klägerin nicht mehr akzeptiert.

- 5 Die Klägerin erhob beim Sąd Okręgowy w Gdańsku (Regionalgericht Danzig) Klage auf Feststellung des Nichtbestehens des Schuldverhältnisses, das infolge des Abschlusses des in Rede stehenden CPA entstanden ist.
- 6 Ihrer Ansicht nach ist das CPA gemäß Art. 353¹ in Verbindung mit Art. 58 § 1 des Kodeks cywilny (Zivilgesetzbuch) und Art. 7 Abs. 3 und Art. 132 Abs. 1 Nr. 3 der Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 29. Januar 2004, einheitliche Fassung am Tag des Abschlusses des CPA: Dz. U. von 2010 Nr. 113, Pos. 759 in geänderter Fassung, im Folgenden: PZP) absolut nichtig.
- 7 Mit Urteil vom 6. Dezember 2018 wies der Sąd Okręgowy w Gdańsku (Regionalgericht Danzig) die Klage ab.
- 8 Mit Urteil vom 13. August 2019 wies der Sąd Apelacyjny w Gdańsku (Berufungsgericht Danzig) die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sąd Okręgowy (Regionalgericht) ab.
- 9 Die Klägerin legte Kassationsbeschwerde gegen das Urteil des Sąd Apelacyjny (Berufungsgericht) ein.
- 10 Darin machte sie zahlreiche Verstöße gegen das nationale Verfahrens- und materielle Recht geltend. Die Rügen der Verletzung materiellen Rechts betreffen hauptsächlich eine fehlerhafte Auslegung verschiedener Bestimmungen des PZP, nämlich eine solche, die gegen die richtige Auslegung von Unionsrichtlinien (Richtlinien 2004/17, 2009/28 92/13, 2014/25) verstoße. Die Entscheidung über die Begründetheit der Kassationsbeschwerde erfordert daher eine vorherige Auslegung der Vorschriften des Unionsrechts, die durch die in der Kassationsbeschwerde angeführten nationalen Vorschriften ins polnische Recht umgesetzt wurden.
- 11 Mit Beschluss vom 26. Mai 2020 gab das Oberste Gericht der Kassationsbeschwerde statt. Mit Anordnung vom 2. Juni 2022 verwies der Präsident der Zivilkammer des Obersten Gerichts die Klage unter dem Aktenzeichen II CSKP 1588/22 an die Abteilung des Richters Karol Weitz. Mit Verfügung Nr. 23/2023 des Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego (Erster Präsident des Obersten Gerichts) (im Folgenden: PPSN) vom 15. Februar 2023 über die zeitlich befristete Abordnung eines Richters des Obersten Gerichts an die Zivilkammer wurde der Richter Dawid Miąsik für den Zeitraum vom 1. April bis 30. Juni 2023 an die Zivilkammer des Obersten Gerichts abgeordnet, wobei gleichzeitig die Grundsätze für die Zuweisung der Verfahren für jeden Monat des Abordnungszeitraums festgelegt wurden. Sodann wurde die Rechtssache II CSKP 1588/22 mit Verfügung des Präsidenten der Zivilkammer des Obersten Gerichts vom 2. März 2023 dem Richter am Obersten Gericht Dawid Miąsik zugeteilt; die Änderung des Berichterstatters wurde auf die oben Verfügung genannte

Nr. 25/2023 gestützt, wobei gleichzeitig ein voraussichtlicher Termin der mündlichen Verhandlung in der Rechtssache für April 2023 festgelegt wurde. Mit Verfügung vom 22. März 2023 wurde ein Termin für eine nichtöffentliche Verhandlung für den 21. April 2023 anberaumt. Die für die Entscheidung über die vorliegende Rechtssache in dieser Weise gebildete Besetzung des Obersten Gerichts besteht aus zwei Richtern der Kammer für Arbeits- und Sozialversicherungssachen des Obersten Gerichts und – als Vorsitzendem der Verhandlung – einem Richter, der seinen Dienst [normalerweise] in der Zivilkammer des Obersten Gerichts versieht. Die Richterin am Obersten Gericht Jolanta Frańczak wurde in ähnlicher Weise als Berichterstatterin abgeordnet.

Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage

Fragen 1 bis 3

- 12 Hinsichtlich der Fragen 1 bis 3, die mit denen der Rechtssache C-455/23 identisch sind, teilt das vorlegende Gericht die Auffassung des vorlegenden Gerichts in dieser Rechtssache und verweist darauf.

Frage 4

- 13 Diese Frage betrifft die Auslegung von Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2004/17. Es geht darum, ob das Unionsrecht dahin auszulegen ist, dass ein Stromhandelsunternehmen verpflichtet ist, grüne Zertifikate nach dem im Vergaberecht der Union vorgesehenen Verfahren zu erwerben. Aus der angeführten Bestimmung der Richtlinie 2004/17 ergibt sich, dass unter diese Richtlinie zwei Tätigkeiten fallen: a) die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Erzeugung, der Fortleitung und der Abgabe von Elektrizität, b) die Einspeisung von Elektrizität in diese Netze.
- 14 Diese Bestimmung wird in der auf Art. 132 Abs. 1 PZP gestützten nationalen Rechtsprechung so ausgelegt, dass sie Handelsunternehmen wie die Klägerin nicht erfasst. Art. 132 Abs. 1 Nr. 3 PZP erkannte nur die „Schaffung von Netzen“, die dazu bestimmt sind, Dienstleistungen in Verbindung mit der Erzeugung, Fortleitung oder Abgabe von Elektrizität sowie die „Einspeisung von Energie in diese Netze“ als Sektorentätigkeit an. Die Klägerin ist keine Energieerzeugerin und speist folglich keine „Energie in Netze“ ein. Sie errichtet auch keine Netze.
- 15 Erst seit dem 28. Juli 2016 ist Art. 132 Abs. 1a PZP (eingefügt durch die Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw [Gesetz vom 22. Juni 2016 zur Änderung des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge und einige andere Gesetze], Dz. U. Pos. 1020) in Kraft, dem zufolge „durch die Abgabe im Sinne von Abs. 1 Nrn. 3 und 4 auch der Groß- und Einzelhandel zu verstehen sind“. Daher wurde die Regelung, nach der die Klägerin, die im Energiehandel tätig ist, als Sektorauftraggeberin behandelt wird, erst nach Abschluss des CPA eingeführt.

Dass Abs. 1a Art. 132 PZP hinzugefügt wurde, wird in der Rechtsprechung als Bestätigung dafür angesehen, dass die Praxis der Energieunternehmen aus den Jahren 2005 bis 2015, das PZP nicht auf den Erwerb von grünen Zertifikaten anzuwenden, richtig war. Dafür spricht auch die Einfügung von Art. 138a PZP. Mit dieser Bestimmung wurden Unternehmen, die eine Tätigkeit im Sinne von Art. 132 Abs. 1 Nr. 3 ausüben (und die somit in der Schaffung von Energienetzen und nicht im Verkauf von Energie besteht), in Bezug auf den Erwerb von grünen Zertifikaten aus dem Anwendungsbereich des PZP ausgeschlossen.

- 16 Das Oberste Gericht weist jedoch darauf hin, dass im 23. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/25 erläutert wurde, dass „der in dieser Richtlinie verwendete Begriff ‚Einspeisung von Elektrizität‘ die Erzeugung von Elektrizität und den Groß- und Einzelhandel damit umfasst“. In dieser Situation bleibt unklar, ob der identisch (wie Art. 9 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2014/25) formulierte Art. 3 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 2004/17 unter Berücksichtigung des 23. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/25 auszulegen ist. Der Wortlaut dieses Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/25 („ohne den Anwendungsbereich dieser Richtlinie in irgendeiner Weise zu erweitern“) kann dahin verstanden werden, dass lediglich eine bestimmte Art des Verständnisses des Begriffs der Sektorentätigkeit bestätigt wird, die bereits unter der Geltung der Richtlinie 2004/17 hätte herangezogen werden müssen.
- 17 Aus den auf der Grundlage der Richtlinie 2004/17 erlassenen Entscheidungen der Europäischen Kommission (z. B. Entscheidung 2007/141/EG) geht hervor, dass der Stromhandel als Sektorentätigkeit angesehen wurde.
- 18 Die vierte Frage betrifft auch die Auslegung von Art. 3 Abs. 1 Buchst. b in Verbindung mit Art. 20 der Richtlinie 2004/17, nämlich, ob der Erwerb von grünen Zertifikaten zum Zweck der Ausübung einer Tätigkeit, die die Einspeisung von Elektrizität zum Gegenstand hat, stattfindet. Es handelt sich nämlich um einen Kauf, der getätigt wird, um der gesetzlichen Verpflichtung zur Förderung erneuerbarer Energien nachzukommen. Die Tätigkeit des Stromverkaufs kann ohne den Erwerb grüner Zertifikate ausgeübt werden, jedoch ist dies mit einer Ersatzgebühr oder einer Geldbuße verbunden. Der Erwerb grüner Zertifikate „bezweckt“ daher nicht die Ausübung der Tätigkeit des Stromverkaufs.
- 19 Andererseits ist, da der Gesetzgeber den Stromhandelsunternehmen die Pflicht zum Erwerb von grünen Zertifikaten auferlegt hat, deren Erwerb jedoch eine Folge der Durchführung der Tätigkeit der Einspeisung von Elektrizität.
- 20 Würde man allerdings annehmen, dass der Erwerb von grünen Zertifikaten nicht in den Bereich der Sektorentätigkeit fällt und somit nicht zum Zweck der Durchführung einer unter die Richtlinie fallenden Tätigkeit im Sinne von Art. 20 der Richtlinie 2004/17 erfolgt, hätte der nationale Gesetzgeber außerdem in Art. 138a Abs. 1 PZP keinen Ausschluss für diese Art von Erwerb eingeführt. Die Klägerin verweist unter Berufung auf das Urteil des Gerichtshofs vom 10. April 2008, C-393/06, Ing. Aigner (EU:C:2008:213, Rn. 28 bis 33), auf die

Notwendigkeit, die Sektorentätigkeit und die „der Durchführung dieser Tätigkeit dienenden“ Vergabe der Aufträge weit zu verstehen, so dass die zumindest mittelbar mit der Sektorentätigkeit verbundenen Aufträge umfasst werden. In diesem Urteil wurde angenommen, dass es für die Anwendung der Regelungen der Sektorenaufträge ausreicht, dass der Auftrag mit der Durchführung der Sektorentätigkeit „im Zusammenhang steht“. Ein solcher Zusammenhang besteht zweifellos zwischen der Pflicht zur Vorlage grüner Zertifikate und der Haupttätigkeit der Klägerin – dem Verkauf von Energie – da vom gesamten Energieabsatzvolumen abhängt, wie viele grüne Zertifikate die Klägerin auf dem Markt erwerben muss.

- 21 Gleichzeitig hat der Gerichtshof in dem oben genannten Urteil (Rn. 27) die Notwendigkeit einer engen Auslegung der Bestimmungen der Richtlinie 2004/17 hervorgehoben, was dafür sprechen würde, dass ein öffentliches Unternehmen wie die Klägerin nicht verpflichtet ist, grüne Zertifikate im Wege der Vergabe öffentlicher Aufträge zu erwerben.
- 22 Das vorliegende Gericht verweist auch auf den Unterschied zwischen dem Zweck des Erwerbs grüner Zertifikate (Unterstützung der Umweltpolitik) und den Zielen des Wettbewerbsschutzes, für die das Recht die Vergabe von Sektorenaufträgen im Wege von wettbewerblicher Verfahren vorschreibt.

Frage 5

- 23 Die fünfte Frage betrifft die Problemstellung, ob das CPA aufgrund seiner Konstruktion dem Vergaberecht unterlag.
- 24 Im bisherigen Verfahren wurde davon ausgegangen, dass das CPA nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts falle, weil die einzelnen Geschäfte zur Übertragung der Rechte an den Herkunftsnachweisen, die bei der Durchführung des CPA abgeschlossen worden waren, die unionsrechtlichen Schwellenwerte für Sektorenaufträge nicht überschritten hätten. Diese Schwellenwerte beliefen sich zum Zeitpunkt des Abschlusses des CPA auf 387 000 Euro. Es wurde festgestellt, dass der Jahresgesamtwert der von der Klägerin und der Beklagten Nr. 1 auf der Grundlage des CPA abgeschlossenen Geschäfte ungefähr 3 000 000 PLN betrug (was – berechnet nach dem Wert des Euro zum Zeitpunkt des Abschlusses des CPA – etwa das Doppelte des unionsrechtlichen Schwellenwerts darstellte). Bei der Durchführung des CPA haben die Parteien in der Regel ein Geschäft pro Monat mit einem Durchschnittswert von 65 000 Euro geschlossen. Diese Geschäfte haben den unionsrechtlichen Schwellenwert nicht überschritten. Es ist festgestellt worden, dass kein Grund zu der Annahme bestanden habe, alle Börsengeschäfte als einen einzigen öffentlichen Auftrag anzusehen, da das CPA weder die Strommenge, die von den vom Präsidenten der Energieregulierungsbehörde ausgestellten Herkunftsnachweisen umfasst werden sollte, noch die Höhe der Leistung der Klägerin zugunsten der Beklagten Nr. 1 festgelegt habe. Das CPA wurde daher nicht als eine Rahmenvereinbarung, sondern ausschließlich als ein Vertrag angesehen, der zum Abschluss von

Verträgen über den Verkauf von Vermögensrechten verpflichtete, was bedeutete, dass ausschließlich die Durchführungsverträge (Verträge über den Verkauf von Herkunftsnachweisen für Energie, die im jeweiligen Monat für die Beklagte Nr. 1 ausgestellt wurden) nach dem im PZP festgelegten Verfahren geschlossen werden mussten.

- 25 Da im CPA der Wert der auf seiner Grundlage abgeschlossenen Geschäfte nicht im Voraus bestimmt wurde und der Wert der einzelnen Durchführungsverträge die unionsrechtlichen Schwellenwerte nicht überschritten hat, ist das CPA folglich nicht vom Anwendungsbereich des Vergaberechts der Union umfasst.
- 26 Im Fall der Absicht, gleichartige Güter auf der Grundlage von Kaufverträgen, die binnen einer vorab bestimmten Zeitspanne mit einem einzigen Unternehmen und im Rahmen der Umsetzung eines einzigen wirtschaftlichen Vorhabens geschlossen werden, zu erwerben, sollte nach Ansicht der Klägerin der Auftragswert dagegen der Gesamtwert aller Güter sein, deren Erwerb von dieser Absicht des Auftraggebers umfasst sei. Sie berief sich auf das Verbot, den Auftrag aufzuteilen, um die nach nationalen Recht und nach Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie 2004/17 geltenden unionsrechtlichen Schwellenwerte zu umgehen. Das CPA betraf nämlich dem Gegenstand nach identische Durchführungsaufträge zwischen denselben Parteien und innerhalb eines bestimmten Zeitraums.
- 27 Alternativ schlägt die Klägerin vor, als Auftragswert alle Herkunftsnachweise anzusehen, die im jeweiligen Kalenderjahr von allen Erzeugern erneuerbarer Energien (einschließlich der Beklagten Nr. 1) erworben worden seien, um der Verpflichtung zur Vorlage von Herkunftsnachweisen für Energie zur Entwertung nachzukommen.
- 28 Es ist daher erforderlich, die in Frage 5 genannten Bestimmungen des Unionsrechts auszulegen, um festzustellen, ob ein Vertrag wie das CPA, dessen Gegenstand die Bestimmung der Preis- und Mengenbedingungen ist, auf deren Grundlage der Auftraggeber künftig die Durchführungsverträge schließen wird, als Rahmenvereinbarung unter das Vergaberecht fällt (Art. 14 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/17) und wie die Überschreitung der unionsrechtlichen Schwellenwerte, von denen die Anwendbarkeit des Vergaberechts der Union abhängt, für die Zwecke des Verfahrens zur Feststellung des Nichtbestehens des Vertrags zu bestimmen ist. Ist in einer solchen Situation der *ex ante* geschätzte Auftragswert oder der erst *ex post* in Anlehnung an den tatsächlichen Wert der im jeweiligen Kalenderjahr geschlossenen Durchführungsgeschäfte geschätzte Wert oder gar der Gesamtwert aller ausgeführten Durchführungsgeschäfte, von denen keines für sich genommen die unionsrechtlichen Schwellenwerte überschritt, ausschlaggebend dafür, ob der Auftrag unter das Vergaberecht fällt?

Frage 6

- 29 Das angefochtene Urteil beruht auf der Annahme, dass für den Fall, dass der Kaufvertrag unter Verstoß gegen das Vergaberecht aufgrund der völligen Missachtung des in diesen Vorschriften vorgesehenen Verfahrens über den Vertragsabschluss geschlossen worden sei, das einzig zulässige Verfahren für eine mögliche Anfechtung der Gültigkeit dieses Vertrags in Art. 146 PZP geregelt sei. Diese Vorschrift bestimmt die Voraussetzungen für die Nichtigkeitserklärung des Vertrags. Gleichzeitig schließt er die Anwendung von Art. 189 k.p.c. (Zivilprozessordnung) (auf den die Klägerin ihre Klage stützt) auf die Feststellung der Nichtigkeit des Vertrags aus. Die aus Art. 146 PZP hervorgehenden Voraussetzungen der Nichtigkeitserklärung des Vertrags sind abschließend aufgezählt. Im vorliegenden kommt nur die Anwendung von Art. 146 Abs. 1 Nr. 2 PZP in Betracht, wonach ein „Auftrag für nichtig erklärt wird, wenn der Auftraggeber keine Bekanntmachung im Amtsblatt für das öffentliche Auftragswesen veröffentlicht hat oder dem Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union keine Bekanntmachung über einen Auftrag übermittelt hat“. Diese Vorschrift setzt Art. 2d Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 92/13 in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge (ABl. 2007, L 335, S. 31) geänderten Fassung in polnisches Recht um.
- 30 Die Gerichte beider Instanzen haben diese Bestimmung dahin ausgelegt, dass sich ihr Anwendungsbereich auf das Fehlen einer dieser Verpflichtung zuwiderlaufenden Vergabeverfahren erstreckt. Sie haben festgestellt, dass diese Bestimmung eine Rechtsgrundlage für die Anwendung von Sanktionen auf Fälle rechtswidriger Direktvergabe darstellt. Ein solches Verhalten ist nämlich vom Gerichtshof als die schwerwiegendste Verletzung des Unionsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens angesehen worden (14. Erwägungsgrund der Richtlinie 2007/66). Nach Ansicht der Gerichte beider Instanzen ist das Verhalten des Auftraggebers, das in der freihändigen Vergabe eines öffentlichen Auftrags unter Missachtung der Vergaberechtsvorschriften besteht, von der Voraussetzung der fehlenden Bekanntmachung über einen öffentlichen Auftrag umfasst. Da nämlich das nach den Vorschriften des PZP vorgeschriebene Verfahren des Vertragsabschlusses trotz einer solchen Verpflichtung nicht durchgeführt wurde, wurde auch die entsprechende Bekanntmachung über einen Auftrag nicht veröffentlicht. Für die Anwendung des Verfahrens zur Nichtigkeitserklärung eines Vertrags gemäß Art. 146 PZP reicht dagegen die bloße Nichteinhaltung der Veröffentlichungspflicht. Andere Arten von Verstößen gegen die Vorschriften des PZP sind vom Anwendungsbereich der übrigen Nummern des Art. 146 PZP oder der besonderen Vorschriften des PZP umfasst.
- 31 Sollte es zu einer inhaltlichen Prüfung der vorliegenden Rechtssache kommen, wäre dieser Auffassung nach Ansicht des vorliegenden Gerichts zu folgen. Dafür spricht der Wortlaut der Erwägungsgründe der Richtlinie. Nach ihrem 14. Erwägungsgrund sollte eine freihändige Vergabe alle Auftragsvergaben ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung umfassen. Dies würde jedoch

eine – nach nationalem Recht zulässige – weite und teleologische Auslegung des Art. 146 Abs. 1 Nr. 2 PZP erfordern.

- 32 Die Klägerin spricht sich jedoch für eine Auslegung dieser Bestimmung aus, nach der die völlige Missachtung der Vorschriften des PZP bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags nicht als Verstoß gegen das PZP aufgrund der Nichtveröffentlichung der Bekanntmachung über einen Auftrag im entsprechenden Amtsblatt eingeordnet werden kann. Der Klägerin zufolge sind die in Art. 146 Abs. 1 PZP enthaltenen Gründe für die Nichtigkeitklärung des öffentlichen Auftrags abschließend. Nach ihrer Ansicht liegt ein Verstoß nach Art. 146 Abs. 1 Nr. 2 PZP erst dann vor, wenn das Vergabeverfahren bereits vom Auftraggeber eingeleitet worden sei. Sie macht geltend, dass der Gesetzgeber zwischen einer Auftragsvergabe ohne die erforderliche Bekanntmachung und der Auftragsvergabe ohne Anwendung der Vorschriften des Vergaberechts unterscheide, und behandelt die vollständige Missachtung des PZP als gesonderte, nicht in Art. 146 PZP genannte Voraussetzung für einen Verstoß gegen das PZP. Diese Auslegung von Art. 146 PZP eröffnet wiederum die im Schrifttum akzeptierte Möglichkeit, die in Art. 58 § 1 k.c. (Zivilgesetzbuch) vorgesehene Nichtigkeit anzuwenden. Darüber hinaus macht die Klägerin geltend, dass die Richtlinie 92/13 in der durch die Richtlinie 2007/66/EG geänderten Fassung auf einer Mindestharmonisierung beruhe. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit nach Artikel 58 § 1 k.c. sei jedoch strenger als die Rechtsfolge der Unwirksamkeit des Vertrags nach Art. 146 PZP. Letztere unterliege nämlich Beschränkungen nicht nur hinsichtlich der Gründe für die Feststellung einer etwaigen Nichtigkeit des Vertrags, sondern auch hinsichtlich der Frist und des Rechtssubjekts, das die Nichtigklärung des Vertrags verlangen könne.
- 33 Nach dem Standpunkt des Amtes für das öffentliche Auftragswesen können neben den Fällen der relativen Nichtigkeit (Möglichkeit der Nichtigklärung) wegen Verstößen gegen die (in Art. 146 Abs. 1 und 6 PZP genannten) Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge „auch Fälle der absoluten Nichtigkeit des Vertrags aus anderen Gründen als Verstößen gegen die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge vorliegen (Art. 58 k.c.)“. Dieser Standpunkt klärt jedoch nicht die Frage, ob die völlige Missachtung des im PZP geregelten Verfahren des Vertragsabschlusses einen Verstoß gegen das Verfahren über die Vergabe öffentliche Aufträge selbst darstellt.

Frage 7

- 34 Die siebte Frage betrifft die Anwendung des Grundsatzes des Verbots des Rechtsmissbrauchs als allgemeinen Grundsatzes des Unionsrechts. Die Gerichte beider Instanzen waren der Auffassung, dass dem Antrag auf Feststellung des Nichtbestehens des CPA wegen dessen Abschlusses unter eventueller Missachtung des Vergaberechts nicht stattgegeben werden könne, da ein solcher Antrag rechtsmissbräuchlich sei. Wie sich aus den Tatsachenfeststellungen ergibt, wurde ein solcher Antrag von der Klägerin gestellt, weil die Rentabilität der

Durchführung dieses Vertrags infolge des Rückgangs des Preises der Herkunftsnachweise an der Börse gesunken war.

- 35 Gemäß dem genannten Grundsatz können sich die Adressaten des Unionsrechts nicht „in betrügerischer oder missbräuchlicher Weise auf die Rechtsvorschriften der Union berufen“ (vgl. Urteile des Gerichtshofs vom 6. Februar 2018, Altun u. a., C-359/16, EU:C:2018:63, Rn. 48, vom 28. Juli 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, Rn. 37, vom 11. Juli 2018, Kommission/Belgien, C-356/15, EU:C:2018:555, Rn. 99). Dieser Grundsatz verhindert somit die „fehlerhafte“ Durchführung des Unionsrechts. Zum Missbrauchs des Unionsrechts kommt es, wenn das Verhalten eines Einzelnen dem Zweck des Unionsrechts zuwiderläuft (Urteil des Gerichtshofs vom 26. Februar 2019, T Danmark und Y Danmark, C-116/16 und C-117/16, EU:C:2019:135, Rn. 76 und 79 bis 80), obwohl es gleichzeitig dem Wortlaut des Unionsrechts entspricht. Für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs bedarf es der Feststellung, dass der Einzelne durch die Berufung auf das Unionsrecht einen „Vorteil“ genießt. Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts ist unter Vorteil jeder Fall der Anwendung einer Vorschrift des Unionsrechts zu verstehen, der den Forderungen des Einzelnen entspricht, der sich auf dieses Recht beruft. Ein solcher Vorteil kann darin bestehen, dass eine Verfahrenspartei von den Rechtsfolgen einer Verbindlichkeit befreit wird, die sie in einem gegen das Unionsrecht ([bzw.] gegen nationale Bestimmungen zur Umsetzung dieses Rechts) verstoßenden Vertrag eingegangen ist.
- 36 Die Feststellung eines Missbrauchs des Unionsrechts durch einen Einzelnen erfordert die Durchführung einer Prüfung, die aus zwei Elementen besteht: einem objektiven und einem subjektiven Element (Urteile des Gerichtshofs vom 6. Februar 2018, Altun u. a., C-359/16, EU:C:2018:63, Rn. 50, vom 13. März 2014, SICES u. a., C-155/13, EU:C:2014:145, Rn. 31, vom 28. Juli 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, Rn. 38). Das objektive Element der Missbrauchsprüfung besteht darin, dass „sich aus einer Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergeben [muss], dass trotz formaler Einhaltung der unionsrechtlichen Bedingungen das Ziel der Regelung nicht erreicht wurde (Urteile des Gerichtshofs vom 13. März 2014, SICES u. a., C-155/13, EU:C:2014:145, Rn. 32, vom 14. Dezember 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695, Rn. 52). Das subjektive Element konzentriert sich auf das vom Einzelnen verfolgte Ziel und stützt sich auch auf eine Analyse „einer Reihe objektiver Anhaltspunkte“ (Urteil des Gerichtshofs vom 13. März 2014, SICES u. a., C-155/13, EU:C:2014:145, Rn. 37 und 39), aus denen ersichtlich sein muss, dass mit dem dem Wortlaut des Gesetzes entsprechenden Verhalten des Einzelnen im Wesentlichen die „Erlangung eines ungerechtfertigten Vorteils“ bezweckt wird (Urteile des Gerichtshofs vom 13. März 2014, SICES u. a., C-155/13, EU:C:2014:145, Rn. 33, und vom 28. Juli 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, Rn. 40).
- 37 Im vorliegenden Fall muss der Gerichtshof in Anbetracht der Stellung des Rechtsmissbrauchsverbots als allgemeinen Grundsatzes des Unionsrechts entscheiden, ob die Rüge des Einzelnen, der Vertrag sei rechtswidrig, da er unter

Verstoß gegen die Unionsvorschriften und die nationale Vorschriften über das Vergaberecht geschlossen worden sei, als dem Zweck der vergaberechtlichen Bestimmungen der Union zuwiderlaufend eingestuft werden kann, wenn der Einzelne eine solchen Rüge erhebt, um sich von der Durchführung eines Vertrags zu befreien, weil sich die Bedingungen des Marktumfelds geändert haben, die die weitere Durchführung des Vertrags weniger rentabel erscheinen lassen, als zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Vertrag angenommen wurde. Unter diesen Umständen stellt die Rüge, dass der Vertrag gegen das Vergaberecht verstoße, lediglich einen Vorwand dar, um ganz andere Ziele zu erreichen als die, die der Unionsgesetzgeber bei der Formulierung der Rechtsfolgen für den Fall eines Vertragsabschlusses unter Missachtung des im Vergaberecht vorgesehenen Verfahrens verfolgte.