

Legal News Energierecht

Aktuelle Informationen zu energierechtlichen Entwicklungen

Ausgabe 6, März 2021

Inhalt

Rechtsprechung	2
OVG NRW gewährt Eilrechtsschutz gegen die Marktverfügbarkeitserklärung des BSI	2
BGH verurteilt das Land Berlin zur Annahme des GASAG-Angebots auf die Gaskonzession.....	3
Über uns	4
Ihre Ansprechpartner	4
Bestellung und Abbestellung	4

RA Henning Winkelmann
Tel.: +49 511 5357-5142
henning.winkelmann@pwc.com

RAin Nora Grabmayr
Tel.: +49 89 5790-6116
nora.grabmayr@pwc.com

OVG NRW gewährt Eilrechtsschutz gegen die Marktverfügbarkeitserklärung des BSI

Am 4. März 2021 (Az. 21 B 1162/20) hat das Oberverwaltungsgericht (OVG) Nordrhein-Westfalen die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Feststellung der technische Möglichkeit des Einbaus von intelligenten Messsystemen durch das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) wiederhergestellt. Die Entscheidung im Hauptsacheverfahren vor dem Verwaltungsgericht (VG) Köln (u.a. Az. 9 K 3784/20) über die Rechtmäßigkeit der Allgemeinverfügung steht noch aus.

Aufgrund der sog Marktverfügbarkeitserklärung des BSI vom 7. Februar 2020 (Az. 610 01 04 /2019_001) bestehen grundsätzlich Einbauverpflichtungen für die durch die Behörde zertifizierten Smart-Meter-Gateways. Zugleich ergibt sich ein Einbauverbot für andere Messsysteme. Hiergegen hatten sich einige Unternehmen zunächst im Wege des Widerspruchs und anschließend durch Klage vor dem VG Köln gewendet. Parallel laufen Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz, um zunächst den Vollzug der Allgemeinverfügung zu verhindern.

Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren hatte das VG Köln zunächst den Vollzug aufrechterhalten. Das OVG hat nun sehr ausführlich dargelegt, warum es von einer Rechtswidrigkeit der Allgemeinverfügung des BSI ausgeht. Diese und die technischen Vorgaben des BSI entsprächen nicht den gesetzlichen Mindestanforderungen. Auch an den bisherigen Zertifizierungen intelligenter Messsysteme äußert das OVG Zweifel. Zur Begründung führt das Gericht an, die gesetzlichen technischen Mindestanforderungen werden durch die Anlage VII zur Technischen Richtlinie TR-03109-1 nicht gesetzeskonform umgesetzt. Das dort verlangte Maß an Interoperabilität sei nicht hinreichend. Die Bestimmung dieser Details obliege nicht dem BSI, sondern allein dem Gesetzgeber. Außerdem sei die erforderliche Anhörung des Ausschusses Gateway-Standardisierung unterblieben und die Anlage VII deshalb bereits formell rechtswidrig.

Am 8. März 2021 hat das BSI in einer Kurzmitteilung lediglich erklärt, dass es gedenkt, im Hauptsacheverfahren vor dem VG Köln die Bedenken des OVG Münster auszuräumen. Am 16. März 2021 teilte das BSI nun in Bezug auf alle zur Einbauverpflichtung anhängigen Verfahren mit, man habe die sofortige Vollziehung diesen gegenüber aufgehoben.

Die Rechtsfolgen sind derzeit nur schwer abschätzbar. Grundsätzlich gilt, dass die verwaltungsgerichtlichen Verfahren nur für die jeweiligen Verfahrensbeteiligten gelten. Somit wäre die sofortige Vollziehbarkeit der Marktverfügbarkeitserklärung nur für die beschwerdeführenden Marktteilnehmer ausgesetzt. Für den Rest der Branche gälte sie grundsätzlich fort. Vor diesem Hintergrund ist zunächst davon auszugehen, dass der Beschluss des OVG nicht zu einem Stopp des Roll-Out führt.

Rechtsunsicherheiten besteht zum einen, weil nicht auszuschließen ist, dass in diesem Fall eine verwaltungsrechtliche Ausnahme greift, sodass die Markterklärung insgesamt nicht vollzogen werden könnte. Zum anderen haben sich bisher weder das BSI noch die Bundesnetzagentur oder das Bundeswirtschaftsministerium zu einer möglichen Bewältigung positioniert. Denkbar wäre sowohl ein Nachsteuern auf behördlicher Ebene als auch eine Modifikation der gesetzlichen technischen Anforderungen, um beispielsweise eine rechtssichere Zertifizierung zu erleichtern. Die weitere Entwicklung hängt wesentlich davon ab, wie die staatlichen Akteure sich positionieren und ggf. die Rechtslage modifizieren.

Für grundzuständige Messstellenbetreiber ist die fehlende Klarheit von einigem Gewicht, da auch die Mindesterfüllungsquote des § 45 Abs. 2 MsbG gesetzlich an die Markterklärung gekoppelt ist. Als Sanktion droht der Verlust der Grundzuständigkeit. Darüber hinaus bestehen weitere Risiken wie der Verlust der bereits einkalkulierten Preisobergrenzen und potenzielle Rückabwicklungen.

Wir empfehlen allen Marktakteuren, umgehend eine individuelle Risikoabwägung durchzuführen. Je nach Marktrolle sind z. B. das Fortkommen beim Smart-Meter Rollout, Liefer- und Dienstverträge sowie mögliche Schadenersatzansprüche zu bewerten und auf dieser Basis das weitere Vorgehen abzuwägen. Ggf. kann mittels **Verwaltungsverfahren bei der Bundesnetzagentur** zeitnah **Rechtssicherheit** geschaffen werden. Die Antragstellung bieten wir mit unserer **Interessengemeinschaft für 500 Euro netto** je Unternehmen an.

Im Anhang zu diesem Newsletter finden Sie weitere Informationen dazu, wie wir Sie bei der Identifikation und Umsetzung der für Ihr Unternehmen angemessenen Handlungsoptionen unterstützen können.

BGH verurteilt das Land Berlin zur Annahme des GASAG-Angebots auf die Gaskonzession

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat mit Urteil vom 9. März 2021 (Az. KZR 55/19) das Land Berlin dazu verurteilt, das Angebot der Netzgesellschaft der GASAG AG für den Konzessionsvertrag für das Stadtgebiet anzunehmen. Damit weicht der BGH deutlich von den Entscheidungen der Vorinstanz und aus anderen Rechtsstreiten um Konzessionen ab, in denen Gerichte bisher regelmäßig nur die erneute Durchführung des Konzessionsverfahrens ganz oder zum Teil verlangten.

Die GASAG war Inhaberin der bis Ende 2013 laufenden Konzession zur Nutzung des Berliner Gasversorgungsnetzes, dessen Eigentümerin sie ist. In dem Ende 2011 eingeleiteten Verfahren zur Neuvergabe der Konzession gaben nur ein im März 2011 von der Senatsverwaltung für Finanzen neu geschaffener Landesbetrieb und der GASAG-Konzern abschließende Angebote ab. Nach Auswertung der Angebote stimmte der Senat von Berlin am 24. Juni 2014 dem Vorschlag der Senatsverwaltung für Finanzen zu, den Zuschlag dem Landesbetrieb zu erteilen. Die Netzgesellschaft klagte auf Erteilung der Konzession durch Annahme ihres Angebots. Dieser Antrag hatte beim Landgericht keinen Erfolg. Auf einen Hilfsantrag der Klägerin hat das Landgericht dem Land Berlin jedoch untersagt, die Konzession an den Landesbetrieb zu vergeben. Das Kammergericht hat die erstinstanzliche Entscheidung im Berufungsverfahren bestätigt (Urteil vom 4. April 2019, Az. 2 U 5/15 Kart). Mit der vom Bundesgerichtshof zugelassenen Revision hat die Netzgesellschaft den Antrag auf Annahme ihres Angebots weiterverfolgt, während sich das Land Berlin mit der Anschlussrevision gegen seine Verurteilung nach dem Hilfsantrag gewandt hat.

Das LG und das KG hatten festgestellt, dass das Land Berlin im Rahmen des Konzessionsverfahrens zum einen gegen das Neutralitätsgebot verstoßen hatte, zum anderen aber auch materielle Fehler im Konzessionsverfahren begangen hatte. Eine Verpflichtung zum Ausschluss des Landesbetriebs vom Konzessionsverfahren aufgrund nicht rechtzeitig eingereichter Unterlagen zur Finanzierung mit der Folge, dass die Netzgesellschaft als einziger verbleibender Bewerber zu bezuschlagen sei, sahen beide Gerichte nicht. Eine entsprechende Anforderung in den Vergabeunterlagen sei nicht drittschützend. Darüber hinaus sei das Verfahren aufgrund der vorgenannten Fehler bereits in einen noch früheren Stand zurückzusetzen.

Der BGH hat in diesem Falle im Hinblick darauf, dass der Landesbetrieb zugleich derjenige Bewerber war, zu dessen potenziellen Gunsten das Land Berlin das Neutralitätsgebot verletzt hatte, keinen Spielraum mehr für eine Rückversetzung des Konzessionsverfahrens gesehen. Der Pressemitteilung ohne nähere Begründung ist zu entnehmen, dass der BGH offenbar der Auffassung ist, dass der Landesbetrieb ohnehin auszuschließen gewesen sei und daher – im Sinne einer überholenden Kausalität – eine Zurückversetzung unzulässig sei. Dabei stellt der BGH auch auf die Verpflichtung zur regelmäßigen Ausschreibung der Gaskonzession ab und erweckt den Eindruck, als ob der Gaskonzessionsvertrag rückwirkend mit dem Netzbetrieb der GASAG zustande kommen müsste, da er das Land Berlin auf die baldige Kündigungsmöglichkeit (nach 10 Jahren) verweist. Angesichts der Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung sind die Urteilsgründe mit Spannung zu erwarten.

Über uns

Ihre Ansprechpartner

Peter Mussaeus

Tel.: +49 211 981-4930

peter.mussaeus@pwc.com

Michael H. Küper

Tel.: +49 211 981-5396

michael.kueper@pwc.com

Bestellung und Abbestellung

Wenn Sie den PDF-Newsletter Legal News Energierecht bestellen möchten, senden Sie bitte eine leere E-Mail mit der Betreffzeile "Bestellung" an: subscribe_News_Energierecht@de.pwc.com.

Wenn Sie den PDF-Newsletter Legal News Energierecht abbestellen möchten, senden Sie bitte eine leere E-Mail mit der Betreffzeile "Abbestellung" an: unsubscribe_News_Energierecht@de.pwc.com.

Die Beiträge dieser Publikation sind zur Information unserer Mandanten bestimmt. Für die Lösung einschlägiger Probleme greifen Sie bitte auf die angegebenen Quellen oder die Unterstützung unserer Büros zurück. Meinungsbeiträge geben die Auffassung der einzelnen Autoren wieder.

© März 2021 PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltskanzlei. Alle Rechte vorbehalten.

"PwC Legal" bezeichnet in diesem Dokument die PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltskanzlei, die zum Netzwerk der PricewaterhouseCoopers International Limited (PwCIL) gehört. Jede der Mitgliedsgesellschaften der PwCIL ist eine rechtlich selbstständige Gesellschaft.

www.pwc.de