

# Legal News Energierecht

Aktuelle Informationen zu energierechtlichen Entwicklungen

Ausgabe 3, März 2022

## Inhalt

<b>Aktuelles</b> .....	2
Neue Entwicklungen rund um die Preisgestaltung in Grund- bzw. Ersatzversorgung.....	2
Rat der Europäischen Union einigt sich auf Eckpunkte zum Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM) .....	3
Übertragungsnetzbetreiber veröffentlichen aktualisierte Grundsätze zum Messen und Schätzen.....	3
<b>Rechtsprechung</b> .....	4
OLG Düsseldorf hebt Festlegung der BNetzA zum Xgen Strom auf.....	4
<b>Über uns</b> .....	5
Ihre Ansprechpartner .....	5

## Neue Entwicklungen rund um die Preisgestaltung in Grund- bzw. Ersatzversorgung

Die Diskussion sowie die Gerichtsverfahren um die Rechtmäßigkeit geteilter Preisen für Haushaltskunden in der Grundversorgung schreiten fort. Derweil plant der Gesetzgeber Anpassungen des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG).

Das Landgericht (LG) Mannheim und das LG Hannover erkennen in den ihnen zur Prüfung vorgelegten Preisen Rechtsverstöße. Derweil überprüfte das OLG Köln die Entscheidung des dortigen LG und bestätigt die Versagung des Antrags auf einstweilige eine Verfügung gegen gesplittete Grundversorgungspreise der Verbraucherzentrale NRW.

Das LG Mannheim legte dar, warum die Preisgestaltung missbräuchlich und nicht gerechtfertigt sei – vermied hierbei jedoch eine intensivere Prüfung der energierechtlichen Systematik. Im Unterschied zum Verfahren in Niedersachsen lagen dem Gericht in Baden-Württemberg im Verhältnis zum ursprünglichen Preis deutlich höhere Preise zur Prüfung vor. Die dortige Entscheidung stellt insbesondere die Notwendigkeit der Einzelprüfung heraus.

Die Kammer in Hannover stützte sich indes nur auf einen Bedarf einer extensiveren Darlegung des sachlichen Grundes geteilter Preise. Die kurze Begründung der Entscheidung des LG Hannover legt überdies nahe, dass bei detaillierter Erörterung der Einflüsse auf die Preisgestaltung keine einstweilige Verfügung ergehen dürfe. Da dies Gegenstand der mündlichen Verhandlung war, darf die Entscheidung als so nicht vorhersehbar bezeichnet werden.

---

### OLG Köln stellt Konformität gesplitteter Preise mit dem Energierecht klar

---

Das OLG Köln legt dem gegenüber dar, warum die Teilung der Preise nicht gegen das Energierecht verstößt. Vielmehr erscheint es nachvollziehbar, dass die Weitergabe der Preisbestandteile unter zeitlicher Differenzierung nach der Systematik der Grundversorgung geboten ist. Dies scheint umso überzeugender, wenn bekannt wurde, dass eine nicht unerhebliche Anzahl von Kunden in die Ersatzversorgung fallen wird, während die Energiepreise in derselben Zeit steigen. Vor diesem Hintergrund erscheinen auch Verstöße gegen Kartell- oder Wettbewerbsrecht herausfordernd.

Dass diese Möglichkeit bzw. Gebotenheit der Differenzierung grundsätzlich auch durch Behörden und Politik erkannt wurde, belegen Äußerungen der Landeskartellbehörden NRW und Niedersachsen sowie des Präsidenten des Bundeskartellamts. Auch aus Berlin wurde bekannt, dass man eine Anpassung der gesetzlichen Strukturen plane, letztlich damit zukünftig Unsicherheiten vermieden werden und Handlungsspielräume der Grundversorger deutlich formuliert sind. Grundtenor war, dass trotz der nicht gewollten Situation einiger neu grundversorgter Kunden die Handlungsoptionen für Grundversorger zur Verfügung stehen und zur Verfügung stehen müssen.

---

### EnWG Änderung: Mehr Spielraum bei Ersatzversorgung; hohe Transparenzvorgaben

---

Ein Änderungsentwurf zum EnWG sieht vor, dass Grund- und Ersatzversorgung umstrukturiert werden. Durch eine Abgrenzung erfolgt die Aufhebung der preislichen Kopplung beider Institute hinsichtlich der Haushaltskunden. Hierdurch soll eine höhere Flexibilität für die Gestaltung der Ersatzversorgungspreise entstehen. Explizit soll es möglich sein, „stärker die jeweils aktuellen Beschaffungskosten [zu] berücksichtigen“. Auf diese Weise soll die Grundversorgung um die gegenwärtig zu führende Diskussion über den Einfluss kurzfristiger Beschaffungspreise entlastet werden. Im Gegenzug sollen die Vorgaben zur Preistransparenz in der Ersatzversorgung steigen. Die Modifikationen bringen Klarheit und sind grundsätzlich begrüßenswert.

Konkret sollen sachliche Gründe kodifiziert werden, bei deren Vorliegen Preise in der Ersatzversorgung von Haushaltskunden die der Grundversorgung übersteigen dürfen. Vereinfachungen sollen im Wege von Möglichkeiten zu Anpassungen ohne Ankündigungsfristen eröffnet werden. Ggfs. können besondere Transaktionskosten für Beschaffungen zur Ersatzversorgung in die Preise aufgenommen werden, wenn diese entsprechend nachgewiesen sind. Zwecks Nachvollziehbarkeit der Preise soll außerdem die Pflicht Eingang finden, die zugrundeliegenden Börsenprodukte darzulegen. Insgesamt sollen Aufschläge für vertriebsbedingte Mehrkosten transparenter und bundesweit vergleichbar werden. Wir werden Sie in gewohnter Weise über die

Entwicklung der Gesetzesentwürfe auf dem Laufenden halten. Beachten Sie hierzu auch die Veröffentlichungen in unserem Blog.

Gerne unterstützen wir Sie bei der Ausgestaltung von Grundversorgungspreisen oder der Reaktion auf Abmahnungen sowie in Gerichtsprozessen.

---

**RA Dr. Daniel Callejon**  
Tel.: +49 211 981-2194  
daniel.callejon@pwc.com

**RAin Theresa Stollmann**  
Tel.: +49 211 981-7871  
theresa.stollmann@pwc.com

---

## Rat der Europäischen Union einigt sich auf Eckpunkte zum Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM)

Der geplante CO<sub>2</sub>-Grenzausgleich nimmt konkretere Formen an nachdem auch Deutschland dem französischen Kompromissvorschlag zugestimmt hat.

Am 15. März 2022 hat der Rat der Europäischen Union eine allgemeine Ausrichtung zu einem Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM) veröffentlicht. Der CBAM ist Teil des „Fit for 55“ – Pakets, welches das im European Green Deal festgelegte Ziel einer Treibhausgasreduktion von 55 % bis 2030 verwirklichen soll. Mit der geplanten europäischen Verordnung soll das Problem des „Carbon Leakage“ adressiert werden, welches die Gefahr einer Umgehung der innereuropäischen Treibhausgasreduktion durch den Import aus Ländern mit geringeren Treibhausgasstandards beschreibt. CBAM wird insbesondere Auswirkungen auf den Import treibhausgas-intensiver Industriegüter wie Zement, Aluminium, Dünger, Strom, Eisen und Stahl haben. CBAM soll dabei parallel zum EU-Emissionshandel (EU-ETS) funktionieren. Es wird schrittweise die bestehenden Mechanismen ersetzen, insbesondere die kostenlose Zuteilung von EU-ETS-Zertifikaten.

Die von der Kommission vorgeschlagene Regelung hat der Rat in einigen Punkte ergänzt bzw. geändert. Im Bereich der „Governance“ (Überwachung bzw. Verwaltung) wurde abweichend vom Kommissionsvorschlag eine zentralisierte Registrierung auf EU-Ebene für die Anmeldungen festgehalten. Zudem hat sich der Rat für eine Bagatellgrenze für Importe von unter 150 € ausgesprochen. Prognostiziert machten diese circa ein Drittel aller Anmeldungen aus, was zu einer erheblichen Reduzierung des administrativen Aufwands führen sollte. Auf der anderen Seite seien die damit verbundenen Treibhausgasemissionen im Gesamtbild zu vernachlässigen.

Bevor nun der Verhandlungsprozess mit dem europäischen Parlament beginnen kann, will sich der Rat aber noch zu weiteren mit dem CBAM zusammenhängenden Punkten verständigen. Dies betrifft insbesondere das Auslaufen der kostenlosen Zuteilung von Zertifikaten für die unter die CBAM fallenden Industriesektoren, die in der EU-ETS-Richtlinie festgelegt ist, sowie die WTO-Kompatibilität (World Trade Organisation). Ferner die Frage, für welche Zwecke die Einnahmen aus dem CBAM-Zertifikathandel verwendet werden sollen, sowie das Vorhaben einen „Climate Club“ zu gründen, in dem die Bepreisung von Treibhausgasen auf internationaler Ebene thematisiert werden kann. Des hatte vor allem die deutsche Delegation gefordert.

Bei Fragen im Zusammenhang mit den geplanten Neuerungen durch CBAM und dem Zusammenspiel mit dem EU-ETS sprechen Sie uns gerne jederzeit an.

---

## Übertragungsnetzbetreiber veröffentlichen aktualisierte Grundsätze zum Messen und Schätzen

Die vier Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) haben am 18. Februar 2022 ihr (aktualisiertes) Grundverständnis zum Thema Messen und Schätzen, insbesondere rund um die Anforderungen an die Erklärung nach § 104 Abs. 10 EEG 2021 veröffentlicht.

In dem Papier legen die ÜNB ihr Grundverständnis „für die Identifikation des Letztverbrauchers, für die Zurechnung der Stromverbräuche, für sachgerechte Schätzungen und für die Sicherstellung der Zeitgleichheit“ dar. Ziel der jährlichen Veröffentlichung des gemeinsamen Verständnisses der ÜNB ist es, eine einheitliche Anwendungspraxis der §§ 62a, 62b und 104 Abs. 10 EEG 2021 zu fördern und Rechtsunsicherheiten zu verhindern. Die Grundzüge der Vorgehensweise beim Messen und Schätzen haben sich dabei seit dem vergangenen Jahr nicht wesentlich geändert; insbesondere wird weiterhin wiederholt auf die „altbekannten“ Leitfäden der BNetzA verwiesen.

Einige Aspekte wurden in dem aktuellen Papier jedoch ergänzt; so bspw. im Hinblick auf die im Rahmen der Jahresendabrechnung 2021 einzureichende „Erklärung“ nach § 104 Abs. 10 EEG 2021 (Messkonzept). In

---

**RA Peter Mussaeus**  
Tel.: +49 211 981-4930  
peter.mussaeus@pwc.com

**RA Matthias Stephan**  
Tel.: +49 211 981-1509  
matthias.stephan@pwc.com

---

diesem Kontext zeigt das Papier verschiedene Szenarien auf, wie seit dem 1. Januar 2022 sichergestellt ist, dass § 62b EEG 2021 eingehalten ist. Hierzu zählen u.a.:

- **Strommengen werden seit dem 1. Januar 2022 vollumfänglich durch mess- und eichrechtskonforme Messeinrichtungen abgegrenzt:** lediglich Bestätigung gegenüber dem Netzbetreiber im Rahmen der Erklärung nach § 104 Abs. 10 EEG 2021; Vorlage weiterer Nachweise (z.B. per Messkonzept) erst auf Anforderung.
- **Strommengen werden seit dem 1. Januar 2022 weiterhin (teilweise) geschätzt (wegen technischer Unmöglichkeit oder unvertretbarem Aufwand):** Befugnis zur Schätzung sowie Vorgehensweise ist entsprechend zu dokumentieren; das Einreichen des „Berechnungstools“ der ÜNB ist im Zuge der Erklärung nach § 104 Abs. 10 EEG 2021 indes (zunächst) nicht erforderlich.
- **Erklärung nach § 104 Abs. 10 EEG 2021 wird nicht bzw. hinsichtlich der Einhaltung von § 62b EEG 2021 ab dem 1. Januar 2022 nicht plausibel abgegeben:** Die ÜNB stellen klar, dass damit die Voraussetzungen für eine Schätzung im Kalenderjahr 2021 nicht erfüllt seien. Es falle demnach die volle EEG-Umlage für die schätzweise abgegrenzten Strommengen und die ansonsten privilegiierungsfähigen Strommengen an („Infektionsrisiko“).

Schließlich weisen die ÜNB darauf hin, dass ihr Grundverständnis zum Messen und Schätzen auch auf die weiteren Umlagen anzuwenden ist, die in Verbindung mit §§ 62a, 62b und 104 Abs. 10, Abs. 11 EEG 2021 stehen (KWKG-Umlage, Offshore-Netzumlage, StromNEV-Umlage).

Da die Erklärung auch im Zusammenhang mit dem Leistungsverweigerungsrecht nach § 104 Abs. 11 EEG 2021 zum Tragen kommt und damit nicht nur das Jahr 2021 betroffen sein kann, müssen privilegierte Unternehmen nun rechtssicher prüfen, in welcher Form die Erklärung nach § 104 Abs. 10 EEG 2021 abzugeben ist. Sollten Sie hierzu bzw. zur Vorgehensweise Ihrer Mengenabgrenzungen sowie deren Dokumentation Fragen haben, sprechen Sie uns gerne an.

## Rechtsprechung

### OLG Düsseldorf hebt Festlegung der BNetzA zum Xgen Strom auf

Das OLG Düsseldorf hat am 16. März 2022 die Festlegung der BNetzA zum Xgen Strom aufgehoben und die BNetzA verpflichtet, unter Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Das OLG begründet die Entscheidung damit, dass die BNetzA die Höhe des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors im Sinne des § 9 Abs. 3 ARegV rechtswidrig ermittelt und festgesetzt hat, indem sie den Beurteilungsspielraum, der ihr bei Anwendung der Törnqvist-Methode bei der Wahl des Betrachtungszeitraums, des sog. Stützintervalls, zusteht, rechtsfehlerhaft ausgefüllt hat. In Bezug auf das Stützintervall kritisiert das OLG nicht die grundsätzliche Einbeziehung des Jahres 2006, wohl aber dessen Plausibilisierung. Das Jahr 2006 steht in der Kritik, weil es als erstes Jahr in der Anreizregulierung starke Besonderheiten aufweist und als sog. Ausreißerjahr bezeichnet wird.

#### Mangelnde Plausibilisierung wegen Einbeziehung des Ausreißerjahres 2006

In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH zum Xgen Gas führt das OLG aus, dass die Entscheidung der BNetzA für ein solches Stützintervall dann zu beanstanden ist, wenn der gewählte Zeitraum von vornherein ungeeignet ist, die Funktion zu erfüllen, die ihm im Rahmen der gewählten Berechnungsmethode zukommt, oder ein anderer Zeitraum unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände so deutlich überlegen ist, dass die Auswahlentscheidung der BNetzA als nicht mehr mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden kann. Nach Ansicht des OLG ist das Stützintervall 2007 bis 2017 überlegen, weil die Einbeziehung des Ausreißerjahres zu einer deutlichen Verzerrung geführt hat.

#### Eine Anwendung der Plausibilisierung wie beim Xgen Gas könnte auf Basis des Törnqvist-Index zu einem Produktivitätsfaktor von 0,53 % führen

Darüber hinaus beanstandet das OLG die Auswahlentscheidung der BNetzA hinsichtlich des als Deflator für die Umsatzerlöse herangezogenen Monitoring-Index, da sie dessen Eignung unzureichend begründet hat.

---

**RA Dominik Martel**  
Tel.: +49 521 96497-902  
dominik.martel@pwc.com

**RAin Dr. Melanie Meyer**  
Tel.: +49 30 26362094  
melanie.meyer@pwc.com

---

In vielen Beschwerdepunkten folgt das OLG aber der Rechtsprechung des BGH zum Xgen Gas (z.B. hinsichtlich der sog. Residualmethode, keine methodischen Fehler bei der Ermittlung bzw. Anwendung des Malmquist-Index). Dass sich die BNetzA in vielen Beschwerdepunkten durchgesetzt hat, ist auch an der vom OLG getroffenen Kostenentscheidung zu erkennen. Die Parteien tragen die Kosten jeweils zur Hälfte.

Das OLG kommt zu dem Ergebnis, dass insgesamt nicht ausgeschlossen werden kann, dass bei einer rechtmäßigen Festsetzung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Törnqvist-Methode dieser einen niedrigeren Wert annimmt als der nach der Malmquist-Methode ermittelte generelle sektorale Produktivitätsfaktor und die BNetzA insgesamt einen niedrigeren generellen sektoralen Produktivitätsfaktor festgesetzt hätte als den von ihr festgesetzten Wert von 0,90 %.

Das OLG hat die Rechtsbeschwerde zum BGH zugelassen. Es ist davon auszugehen, dass die BNetzA diesen Weg beschreiten wird.

Sprechen Sie uns gerne an, wenn Sie an einer Vertretung durch uns im Rechtsbeschwerdeverfahren interessiert sind.

## Über uns

### Ihre Ansprechpartner

**Peter Mussaeus**

Tel.: +49 211 981-4930

[peter.mussaeus@pwc.com](mailto:peter.mussaeus@pwc.com)

**Michael H. Küper**

Tel.: +49 211 981-5396

[michael.kueper@pwc.com](mailto:michael.kueper@pwc.com)