

# Legal News Energierecht

Aktuelle Informationen zu energierechtlichen Entwicklungen

Ausgabe 8, August 2022

## Inhalt

<b>Aktuelles</b> .....	2
Neue Orientierungshilfe des BSI zum Einsatz von Systemen zur Angriffserkennung.....	2
„Krisencontrolling Liquidität“ als weiteres Angebot im Rahmen unseres Kriseninstrumentariums .....	2
Festlegung der kalkulatorischen Nutzungsdauer von Erdgasleitungsinfrastruktur („KANU“) – Laufendes Konsultationsverfahren der Bundesnetzagentur.....	3
Verfahren und Konsultation zur Ermittlung des Produktivitätsfaktors der 4. RP Strom eingeleitet.....	4
<b>Rechtsprechung</b> .....	5
OLG Celle zu Vertragsstrafen und Umfang der Akteneinsicht in Konzessionsverfahren .....	5
<b>Gesetzgebung</b> .....	5
Referentenentwurf zum Umlagemechanismus der „Saldierten Preisanpassung“ .....	5
Referentenentwurf zur „großen Reform“ der AVBFernwärmeV vorgelegt.....	6
<b>Über uns</b> .....	7
Ihre Ansprechpartner .....	7

---

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

**RAin Hanne Schöppner**  
Tel.: +49 40 63782512  
hanne.schoeppner@pwc.com

---

## Neue Orientierungshilfe des BSI zum Einsatz von Systemen zur Angriffserkennung

Am 1. Juni 2022 hat das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) den Entwurf einer neuen Orientierungshilfe zum Einsatz von Systemen zur Angriffserkennung für den Nachweis zu § 8a Abs. 1a BSIG und § 11 Abs. 1d EnWG veröffentlicht.

Bis zum 8. Juli 2022 hatte die Öffentlichkeit die Möglichkeit, etwaige Kommentierungen und Änderungen einzureichen. Die Orientierungshilfe liefert zum jetzigen Stand Anhaltspunkte, welche Anforderungen an die Betreiber Kritischer Infrastrukturen sowie Betreiber von Energieversorgungsnetzen und Energieanlagen und prüfenden Stellen im Bereich der Angriffserkennung zukommen, um ihre Informationssysteme vor Cyber-Angriffen zu schützen.

Hintergrund der Veröffentlichung der Orientierungshilfe sind zahlreiche Neuerungen im Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSIG) und im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG). So wurde u.a. § 8a BSIG um den Absatz 1 Buchst. a erweitert. Danach sind Betreiber Kritischer Infrastrukturen nunmehr angehalten, ab dem 1. Mai 2023 Systeme zur Angriffserkennung (SZA) „angemessen“ einzusetzen, „um Bedrohungen zu identifizieren und zu vermeiden sowie für eingetretene Störungen geeignete Beseitigungsmaßnahmen vorzusehen.“

Eine genaue Bezeichnung, was unter einem SZA gemeint ist, wird in § 2 Abs. 9b S. 1 BSIG legal definiert und in Satz 2 technisch weiter erläutert. Danach sind „Systeme zur Angriffserkennung im Sinne dieses Gesetzes [...] durch technische Werkzeuge und organisatorische Einbindung unterstützte Prozesse zur Erkennung von Angriffen auf informationstechnische Systeme. Die Angriffserkennung erfolgt dabei durch Abgleich der in einem informationstechnischen System verarbeiteten Daten mit Informationen und technischen Mustern, die auf Angriffe hindeuten“.

Für Betreiber von Energieversorgungsnetzen und Energieanlagen, die gemäß § 8d BSIG von der Kritischen Infrastrukturen Regulatorik ausgenommen sind, gelten die Neuerungen für SZA entsprechend, vgl. § 11 Abs. 1d und 1e EnWG. So haben Betreiber von Energieversorgungsnetzen und Energieanlagen auch im Rahmen des § 11 Abs. 1d und 1e EnWG entsprechende Vorkehrungen zu treffen, um sich vor Cyber-Angriffen zu schützen. Der Gesetzgeber hat die Norm lediglich um einige bereichsspezifische Vorgaben ergänzt.

Weitere Informationen sowie die gesetzlichen Vorgaben entnehmen Sie gerne dem beiliegenden Informationsschreiben.

## „Krisencontrolling Liquidität“ als weiteres Angebot im Rahmen unseres Kriseninstrumentariums

Unterstützung durch PwC Legal im Hinblick auf die Durchführung einer Liquiditätsanalyse zur Krisenvorsorge

Die aktuelle Situation auf den Energiemärkten sowie die Verknappung der Verfügbarkeit des Erdgases stellt für die Energieversorger und Stadtwerke eine enorme Herausforderung dar. Dies belastet die wirtschaftlichen Grundlagen und häufig insbesondere die kurz- und mittelfristige Liquidität. Neben den energiewirtschaftlichen Pflichten aus dem EnWG, EnSiG sowie der GasSV sowie möglichen vertraglichen Auswirkungen können sich für die Geschäftsführung vor allem aus den Vorschriften des Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetzes (StaRUG), dem GmbH-Gesetz oder dem AktG Pflichten ergeben, die es in der aktuellen Situation zu beachten gilt. Die daraus resultierenden Risiken empfehlen wir zu analysieren, zu monitoren und zu dokumentieren; wichtig ist vor allem eine entsprechende Dokumentation der Krisenprävention, damit es später nicht andere besser wissen.

Daher bieten wir Ihnen unsere energierechtliche und insolvenzrechtliche Kompetenz an, um gemeinsam mit Ihnen eine Liquiditätsanalyse- und -prognose durchzuführen sowie ein entsprechendes Monitoring zu etablieren. Wir unterstützen Sie, die notwendigen Schritte hierfür zu gestalten und eine entsprechende Dokumentation zu hinterlegen.

---

**RA Björn Jacob**  
Tel.: +49 211 981 7259  
bjoern.jacob@pwc.com

**RAin Verena Broekelmann**  
Tel.: +49 521 9649 7111  
verena.broekelmann@pwc.com

---

Gern lassen wir Ihnen hierzu ein unternehmensindividuelles Angebot zukommen; Details können Sie dem angehängten Schreiben dazu entnehmen.

Zudem verweisen wir auf unsere bestehenden Instrumente in der Gaskrise: Zum einen haben wir aufgrund der Erfahrung aus verschiedenen Projekten ein effizientes Vorgehen zur Etablierung und Verbesserung eines Abschalt Szenarios entwickelt (vgl. Newsletter Nr. 7 vom Juli 2022). Weiterhin entwickeln wir gerade einen strukturierten Ansatz zur umfassenden Beratung bei der Einführung der sog. Gasumlage. Die entsprechende VO wird derzeit beim BMWK erstellt und wird voraussichtlich kurzfristig in Kraft treten. Bei Interesse melden Sie sich gerne.

---

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

**RAin Dr. Melanie Meyer**  
Tel.: +49 30 2636-2094  
melanie.meyer@pwc.com

**RA Dr. Julien Lamott**  
Tel.: +49 211 981-4696  
julien.lamott@pwc.com

---

## Festlegung der kalkulatorischen Nutzungsdauer von Erdgasleitungsinfrastruktur („KANU“) – Laufendes Konsultationsverfahren der Bundesnetzagentur

Die Bundesnetzagentur (BNetzA) hat am 13. Juli 2022 ein Verfahren und die Konsultation hinsichtlich der Festlegung von kalkulatorischen Nutzungsdauern eingeleitet. Geplant ist die bislang festgelegten betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern von Anlagegütern anzupassen, welche Berechnungsgrundlage der kalkulatorischen Kapitalkosten sind. Hintergrund ist der klimaschutzbedingte Ausstieg aus fossilen Energieträgern und insbesondere die Abkehr vom Übergangsenergieträger Erdgas, was derzeit zu enormen Ungewissheiten in der Anlagenplanung führt und den Anreiz für langfristige Investitionen gefährdet.

---

### Vollständige kalkulatorische Abschreibung bis 2045

---

Gemäß dem im Amtsblatt der BNetzA veröffentlichten Festlegungsentwurf sollen Netzbetreiber die niedrigste wählbare Nutzungsdauer von Anlagen dergestalt ansetzen dürfen, soweit sie andernfalls über das Jahr 2045 hinausreichen würde, um so eine vollständige kalkulatorische Abschreibung angesichts des Ziels der Treibhausgasneutralität 2045 gewährleisten zu können. Mit dem Festlegungsentwurf möchte die Beschlusskammer allen Betreibern von Gasversorgungsnetzen in Deutschland somit eine zusätzliche Option zur Bestimmung der kalkulatorischen Nutzungsdauern von Neuanlagen gemäß Anlage 1 GasNEV anbieten.

Betroffen sind von dieser Regelung alle Anlagegüter, die ab dem Jahr 2023 als Fertiganlagen aktiviert werden.

Wird ein solches Anlagegut beispielsweise im Jahr 2025 aktiviert, beträgt die kalkulatorische Mindestnutzungsdauer nach der neuen Regelung lediglich zwanzig Jahre (2045 - 2025 = 20 Jahre). Dies gilt dabei grundsätzlich für alle Anlagegruppe, die nach Anlage 1 der GasNEV eine längere Nutzungsdauer als (in diesem Beispiel) zwanzig Jahre hätten.

Die Regelung stellt dabei eine Ausweitung der wählbaren Möglichkeiten der Netzbetreiber dar. So bleibt eine längere kalkulatorische Nutzungsdauer nach den bisherigen Vorgaben der GasNEV weiterhin möglich. Ebenso unberührt bleiben Netzplanungen, die eine Amortisierung durch Umwidmung von Gas- zu Wasserstoffnetzen perspektivisch beinhalten. Auch Anlagegruppen mit einer kürzeren Nutzungsdauer sind von der geplanten Festlegung nicht betroffen und bleiben stets möglich.

---

### Aufnahme von LNG-Anlagen

---

Im Zusammenhang mit der aktuellen Errichtung einer LNG-Importinfrastruktur beabsichtigt die BNetzA mit der Festlegung auch LNG-Anlagen in Anlage 1 der GasNEV zusätzlich zu den vorhandenen Anlagegruppen aufzunehmen. Da der Import von LNG gegebenenfalls nur eine Übergangszeit betrifft, hat sich die BNetzA entschlossen, keine feste Jahresspanne für die kalkulatorische Nutzungsdauer, sondern lediglich eine Mindestdauer von fünf Jahren festzusetzen. Der Netzbetreiber (= LNG-Anlagenbetreiber) soll selbst diejenige Nutzungsdauer ansetzen, welche zum Aktivierungszeitpunkt seiner Einschätzung nach der wahrscheinlichen Betriebsdauer entspricht, sofern sie fünf Jahre nicht unterschreitet. Hierdurch soll eine vollständige Refinanzierung der Baukosten über die Netzentgelte sichergestellt werden, damit Investoren nicht wegen zweifelhafter langfristiger Perspektiven der Anlagen von der Realisierung abgehalten werden.

---

## Geltungszeitpunkt

---

Die Möglichkeit zur Absenkung der Nutzungsdauer soll alle regulären Fertiganlagen und bisher in Anlage 1 der GasNEV aufgeführten Anlagen betreffen, die ab dem Jahr 2023 aktiviert werden. Die Regelungen zu LNG-Anlagen sollen aufgrund ihrer Dringlichkeit schon ab dem Jahr 2022 – und damit noch in der laufenden Regulierungsperiode – anwendbar sein.

Eine Stellungnahme zum Feststellungsentwurf kann im Rahmen des Konsultationsverfahrens bis einschließlich **26. August 2022** bei der BNetzA via Mail (BK9-Kanu@bnetza.de) abgegeben werden.

Wir beraten Sie gerne bezüglich daraus resultierender Handlungsoptionen oder sonstiger Fragen rechtlicher wie auch betriebswirtschaftlicher Natur.

Zugleich verweisen wir in diesem Zusammenhang auch auf den Beitrag in unserem Blog „Auf ein Watt“ zu diesem Thema.

---

## Verfahren und Konsultation zur Ermittlung des Produktivitätsfaktors der 4. RP Strom eingeleitet

Die Bundesnetzagentur hat ein Verfahren und die Konsultation des Beschlussentwurfs hinsichtlich der Festlegung von Vorgaben für die Erhebung von Daten zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen für die vierte Regulierungsperiode in der Anreizregulierung eingeleitet. Das Verfahren wird unter dem Geschäftszeichen BK4-22-084 geführt.

Der Produktivitätsfaktor („Xgen“) dient in der Regulierung der Abbildung sektorspezifischer Besonderheiten, weil sich die Produktivität in natürlichen Monopolen wie Strom- und Gasnetzen anders entwickeln kann als in der nicht-monopolisierten Gesamtwirtschaft. Der Xgen ist folglich ein maßgebender Faktor bei der Festlegung der Erlösobergrenzen.

Die vierte Regulierungsperiode in der Anreizregulierung beginnt für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen am 1. Januar 2024. Gemäß § 9 Abs. 3 S. 1, 2 ARegV hat die Bundesnetzagentur den generellen, sektoralen Produktivitätsfaktor vor Beginn der jeweiligen Regulierungsperiode zu ermitteln, wobei mindestens Daten der letzten vier Jahre zu berücksichtigen sind. Laut Beschlussentwurf wären alle Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen verpflichtet, die von der Bundesnetzagentur benötigten Daten bis spätestens zum 30. November 2022 zu übermitteln. Eine Ausnahme würde für die Übermittlung der testierten Daten des Jahres 2022 gelten, die bis zum 31. Juli 2023 zu erfolgen hätte.

Im Rahmen der Konsultation des Beschlussentwurfs haben alle betroffenen Marktteilnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum **24. August 2022**.

---

## Mögliche Veröffentlichung der erhobenen Daten

---

Die Bundesnetzagentur plante im Rahmen der dritten Regulierungsperiode die Veröffentlichung der zur Ermittlung des Xgen Gas bzw. Strom erhobenen Daten auf Grundlage der Regelung des § 31 ARegV. Der Bundesgerichtshof erklärte die Veröffentlichungsregelung nach zahlreichen Beschwerdeverfahren für weitestgehend rechtswidrig (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Dezember 2018, Az. EnVR 1/18 sowie Beschluss vom 8. Oktober 2019, Az. EnVR 12/18). Die Veröffentlichungsregelung des § 31 ARegV ist zwischenzeitlich weggefallen. Der Gesetzgeber hat allerdings in § 23b EnWG eine ähnliche Regelung aufgenommen.

Folglich droht wiederum eine Veröffentlichung der Daten von Netzbetreibern. So hat die Bundesnetzagentur im Bereich Gas mit E-Mail vom 19. Juli 2022 auch bereits angekündigt, die zuvor erhobenen Daten vollständig und ungeschwärzt zu veröffentlichen. Das Gleiche wird entsprechend für die im Bereich Strom nach Maßgabe der derzeit in der Konsultation befindlichen Festlegung erfolgen.

Im Hinblick auf das diesbezügliche Vorgehen gegen und im Zusammenhang mit einer solchen Veröffentlichung hatten wir Sie für den Bereich Gas bereits mit unserem Rundschreiben vom 29. Juli 2022 informiert. Bei bestehendem Interesse senden wir Ihnen dieses Rundschreiben gerne nochmals zu.

Gerne unterstützen wir Sie beim Verfassen von Stellungnahmen zum Beschlussentwurf der BNetzA oder bei Rechtsfragen im Zusammenhang mit der sodann anstehenden Datenmeldung.

---

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

**RAin Dr. Melanie Meyer**  
Tel.: +49 30 2636-2094  
melanie.meyer@pwc.com

**RA Dr. Julien Lamott**  
Tel.: +49 211 981-4696  
julien.lamott@pwc.com

---

# Rechtsprechung

---

**RA Björn Jacob**  
Tel.: +49 211 981-7259  
bjoern.jacob@pwc.com

---

## OLG Celle zu Vertragsstrafen und Umfang der Akteneinsicht in Konzessionsverfahren

Das OLG Celle hat sich in seinem Urteil vom 16. Juni 2022 (13 U 67/21 (Kart)) u.a. mit der Zulässigkeit von Vertragsstrafen im Zusammenhang mit dem Nebenleistungsverbot, dem Umfang der Akteneinsicht sowie Fragen der Beweislastverteilung auseinandergesetzt.

Das OLG Karlsruhe hatte in 2. Instanz über die Verfügungsklage auf Unterlassung des Neuabschlusses eines Konzessionsvertrags über den Betrieb eines Stromverteilernetzes der allgemeinen Versorgung zu entscheiden und hat den Antrag – wie bereits das LG Hannover in 1. Instanz – zurückgewiesen. Zwar hätte man einzelne Wertungsfehler feststellen können, diese hätten sich im Ergebnis jedoch nicht auf die Bewertungsreihenfolge ausgewirkt. Es fehle somit an der erforderlichen Kausalität der Verfahrensfehler, da derselbe Bewerber die Konzession auch ohne diese erhalten hätte. Seitens der Verfügungsklägerin erhobene Rügen der mangelnden Plausibilisierung der Angebote hielt das OLG entgegen, dass eine Plausibilitätsprüfung nur erforderlich sei, soweit sich aus den Angeboten selbst oder naheliegenden Überlegungen oder aufgrund der Rügen eines unterlegenen Bieters Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit in den Angeboten oder die mangelnde Umsetzbarkeit von Zusagen ergäben. Das Fehlen einer Dokumentation einer Plausibilitätsprüfung indiziere zudem nicht, dass eine solche unterblieben sei. Hierfür trage die Verfügungsklägerin die Beweislast.

---

### Vertragsstrafen unterliegen grundsätzlich nicht dem Nebenleistungsverbot

---

§ 3 KAV regelt abschließend, welche Nebenleistungen neben Konzessionsabgaben gewährt werden dürfen. Dem Wortlaut nach sind Vertragsstrafen dort zwar nicht erfasst. Dennoch sind diese nach Überzeugung des OLG zulässig, soweit Leistungsversprechen hierdurch abgesichert werden sollen, die für sich genommen zulässig sind. Anders sähe dies aus, wenn sie ein Umgehungsgeschäft darstellten, z.B. die Gemeinde kein Interesse an der zu sichernden Verpflichtung habe, eine sehr hohe Eintrittswahrscheinlichkeit bestehe oder die Sanktionen außer Verhältnis zu dem zu ahndenden Verstoß stünden.

Schließlich stelle eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts, das allein der Vorbereitung von Rügen diene, an sich keine Verletzung der Pflichten der Gemeinde dar, soweit die Wertungsentscheidung selbst hierdurch nicht intransparent werde. Es sei insofern im Hinblick auf die erhobenen Rügen jeweils im Einzelnen entscheidungserheblich, ob die getroffenen Wertungsentscheidungen auch ohne Vorlage der vollständig ungeschwärtzten Angebotsunterlagen des obsiegenden Bieters hinreichend transparent seien. Das OLG schließt sich diesbezüglich ausdrücklich der Rechtsprechung des OLG Schleswig (Urteil vom 18. Mai 2020 (16 U 66/19 Kart) – wir berichteten) an, die noch zur alten Rechtslage erging.

# Gesetzgebung

---

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

## Referentenentwurf zum Umlagemechanismus der „Saldierten Preisanpassung“

---

**RAin Pia Mausbach**  
Tel.: +49 211 981-1737  
pia.mausbach@pwc.com

---

Im Juli 2022 ist als Reaktion auf die aktuellen Verwerfungen auf den Gasmärkten eine weitere Novelle des Energiesicherungsgesetzes (EnSiG) in Kraft getreten (wir berichteten). Mit dem Instrument der „Saldierten Preisanpassung“ hat sich die Bundesregierung die Möglichkeit vorbehalten, durch Rechtsverordnung einen Umlagemechanismus einzuführen, mit welchem erhöhte Ersatzbeschaffungskosten weitergegeben werden können. Der Verordnungsentwurf ist zwischenzeitlich vom Bundeskabinett verabschiedet worden. Eine Geltung ist für den Zeitraum ab dem 1. Oktober 2022 vorgesehen.

Der Verordnungsentwurf sieht einen finanziellen Ausgleichsanspruch auf Ersatz der Mehrkosten für die Ersatzbeschaffung ausgefallener Liefermengen des unmittelbar betroffenen Energieversorgungsunternehmens (Gasimporteur) gegen den Marktgebietsverantwortlichen (Trading Hub Europe GmbH) vor. Diese Mehrkosten werden in einem durch die Verordnung festgelegten Verfahren ermittelt und durch einen Wirtschaftsprüfer testiert. Der Ausgleichsanspruch soll dabei aber nur für die Ersatzbeschaffung von Importmengen gelten, die vor dem 01.05.2022 vertraglich fest kontrahiert worden sind. Zugleich ist der Anspruch beschränkt auf die Erfüllung von Lieferverpflichtungen, die vor dem 01.04.2024 entstehen werden. Insgesamt sollen Gasimporteure 90 Prozent der höheren Beschaffungskosten weiterreichen können.

Der Marktgebietsverantwortliche kann (und wird) die Finanzierung dieses Erstattungsanspruchs sodann auf die Bilanzkreisverantwortlichen umlegen. Da insbesondere in der Gasversorgung die Rolle des Bilanzkreisverantwortlichen von der des Gaslieferanten abweichen kann, sollten sich die beteiligten Unternehmen rechtzeitig ihrer jeweiligen Marktrolle bewusstwerden und entsprechende Versorgungskonzepte einer Prüfung unterziehen (lassen). Auch wenn eine Umlage auf den Gasletzterverbraucher im Referentenentwurf nur insoweit erwähnt wurde, als dass diese auf Rechnungen an Letztverbraucher offen aufzuweisen wäre, ist davon auszugehen, dass Gasversorger die Umlage voraussichtlich an alle Gasletzterverbraucher als Preisbestandteil weitergeben wird. Eine weitere Vorgabe hierzu fehlt allerdings bisher, so dass es hierfür derzeit noch auf die Ausgestaltung des individuellen Gaslieferungsvertrags ankommt. Ausnahmeregelungen zugunsten einzelner Letztverbrauchergruppen sieht der Verordnungsentwurf nicht vor. Bundeswirtschaftsminister Robert Habeck geht von Mehrkosten in einer Spanne zwischen 1,5 und 5 Cent pro kWh aus, wobei die konkrete Höhe der jeweiligen Kostenbeteiligung von Menge und Preis des als Ersatz zu beschaffenden Gases abhängt. Bis zum Inkrafttreten der Verordnung sind noch Änderungen möglich. Wir halten Sie auf dem Laufenden.

---

## Referentenentwurf zur „großen Reform“ der AVB-FernwärmeV vorgelegt

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) hat den Referentenentwurf für eine Novellierung der AVBFernwärmeV vorgelegt. Nach mehreren kleineren Änderungen würde die AVBFernwärmeV damit erstmals seit ihrem Inkrafttreten im Jahr 1980 grundlegend aktualisiert.

Dementsprechend zieht sich eine Übernahme von Neuerungen, die für die Strom- und Gasversorgung mit und seit Inkrafttreten der Strom- bzw. Gasgrundversorgungsverordnung (Strom- bzw. GasGVV) sowie der Niederspannungs- bzw. -druckanschlussverordnung (NAV bzw. NDAV) im Jahr 2006 eingeführt wurden, durch den Referentenentwurf. Dies betrifft u.a. die Einführung einer Frist von sechs Wochen auf einen Monatsbeginn sowie einer Begründungspflicht für die Änderung der allgemeinen Versorgungsbedingungen, der Verpflichtung, eine gemeinsame Verlegung verschiedener Anschlussleitungen zu ermöglichen, der Verpflichtung zur transparenten Ermittlung und Darstellung von Pauschalen sowie zur vorherigen Benachrichtigung bei Geltendmachung des Zutrittsrechts. Eine erhebliche Änderung stellt die Anpassung an die Bestimmungen zur Einstellung der Versorgung an die entsprechenden Regelungen der Strom- und Gasversorgung vor, die nunmehr bei Verbrauchern nach § 13 BGB u.a. den Verzug mit zwei Monatsbeträgen bzw. eines Sechstels der voraussichtlichen Jahresrechnung sowie eine Vorankündigung der Unterbrechung acht Tage im Voraus erfordert.

---

### Neues Änderungsrecht für Preisanpassungsklauseln

Neben dieser Anpassung an die Vorschriften für die Strom- und Gasversorgung finden sich auch fernwärme-individuelle Änderungen: So ist zukünftig eine Abweichung von den Bestimmungen der AVBFernwärmeV durch individuellen Vertrag zum Nachteil des Kunden gegenüber Verbrauchern nach § 13 BGB unzulässig. Die Bestimmungen zur Leistungsanpassung wurden zum Teil auf den Stand vor der letzten Novelle zurück geändert, zum Teil präzisiert. Das Recht hierzu wird darüber hinaus in den Übergangsbestimmungen auch Altfällen eingeräumt. Hinsichtlich der in der Fernwärmeversorgung zu verwendenden Preisanpassungsklauseln wurden zum einen Bestimmungen zur Veröffentlichung von Musterrechnungen sowie der verwendeten Indizes zur Erhöhung der Transparenz und zum anderen Regelungen zur Änderung der Preisanpassungsklausel bei einem Energieträgerwechsel eingeführt. Führt eine solche geänderte Klausel bei erster Anwendung zu einer Preissteigerung von mehr als 20 Prozent, so steht den Kunden ein Kündigungsrecht zu. Das Verbot zur einseitigen Änderung von Preisanpassungsklauseln durch öffentliche Bekanntmachung wird nach erheblicher Kritik aus der Branche sowie der Rechtsprechung – wir berichteten – wieder aufgehoben.

Außerdem werden die Erstlaufzeiten von Verträgen bei nicht neu hergestellten Hausanschlüssen oder wesentlich erhöhter Leistung von zehn auf fünf Jahre sowie die Verlängerungslaufzeiten bei Verbrauchern nach

§ 13 BGB von fünf auf zwei Jahre beschränkt und die Kündigungsfrist von neun auf sechs Monate reduziert. Auf eine weitere Anpassung an die Laufzeiten der Strom- und Gasversorgung verzichtet der Verordnungsgeber bewusst. Leider bisher nicht vorgesehen ist eine Änderung des vielkritisierten Rechts zur „vorzeitigen Ausübung der Preisanpassungsklausel“ im Falle der Anwendung von § 24 EnSiG. Aufgrund der Verwendung von langlaufenden Indizes kann die bisherige Regelung im Zweifel eine solche erhebliche Steigerung der Kosten nicht abfangen. Eine Regelung zur Weitergabe der nun avisierten Umlage nach § 26 EnSiG fehlt bisher gänzlich. Es bleibt abzuwarten, inwieweit der Entwurf noch nach Anhörung der Betroffenen angepasst wird. Wir werden Sie auf dem Laufenden halten.

## 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)





PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwalts-gesellschaft  
Moskauer Straße 19, 40227 Düsseldorf

Verteiler VNB Strom/Gas

PricewaterhouseCoopers Legal  
Aktiengesellschaft  
Rechtsanwalts-gesellschaft

Moskauer Straße 19  
40227 Düsseldorf  
Postfach 10 50 53  
40041 Düsseldorf  
[www.pwclegal.de](http://www.pwclegal.de)

Tel.: +49 211 981-902  
Fax: +49 69 9585-965531  
[Dominik.Martel@pwc.com](mailto:Dominik.Martel@pwc.com)

24. Juni 2022  
Unser Zeichen:  
DMA/HSC § 11 Abs. 1d

## Mandantenrundschriften

### Thema: IT-Sicherheit in der Energiewirtschaft – Pflicht zum Einbau von Systemen zur Angriffserkennung, § 11 Abs. 1d EnWG

Sehr geehrte Damen und Herren,

die aktuelle Situation auf den Energiemärkten und insbesondere die Gasmangellage mit drohenden Abschalt-szenarien bindet aktuell sehr viele Ressourcen. Gleichwohl bedürfen auch andere Themen Ihrer Aufmerksamkeit, z.B. die Sicherheit der eingesetzten IT-Systeme, wie aktuelle Hackerangriffe auf Energieversorgungsunternehmen zeigen. Aufgrund des sich für Ihr Unternehmen ergebenden Handlungsbedarfs möchten wir Sie mit diesem Mandantenrundschrift auf das im Betreff genannte Thema besonders hinweisen.

Die Betreiber Kritischer Infrastrukturen sowie Betreiber von Energieversorgungsnetzen sind in Deutschland dazu verpflichtet, Angriffserkennung zu leisten, um ihre Informationssysteme zu schützen. Aufgrund einer Neuerung im Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (im Folgenden: BSIG) und im Energiewirtschaftsgesetz (im Folgenden: EnWG) müssen, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen im Einzelfall vorliegen, **ab dem 1. Mai 2023** Systeme zur Angriffserkennung (im Folgenden: SzA) „angemessen“ eingesetzt werden. In den nachfolgenden Abschnitten möchten wir Sie gerne ausführlich darüber informieren, wer von den Gesetzeserneuerungen betroffen ist, was die Normen im Einzelnen regeln und welche Handlungsszenarien möglicherweise auf sie zukommen.

...



## Gesetzlicher Hintergrund

Am 28. Mai 2021 sind mit dem zweiten IT-Sicherheitsgesetz zahlreiche Änderungen im BSIG in Kraft getreten. So wurde unter anderem § 8a BSIG um den Absatz 1 Buchst. a erweitert. Dieser verpflichtet nunmehr Betreiber Kritischer Infrastrukturen ab dem 1. Mai 2023, SzA als Teil der angemessenen Vorkehrungen nach § 8a Abs. 1 BSIG einzusetzen, „um Bedrohungen zu identifizieren und zu vermeiden sowie für eingetretene Störungen geeignete Beseitigungsmaßnahmen vorzusehen.“ Dabei soll der Stand der Technik eingehalten und der dafür erforderliche Aufwand nicht außer Verhältnis zu den Folgen eines Ausfalls oder einer Beeinträchtigung der betroffenen Kritischen Infrastruktur stehen, vgl. § 8a Abs. 1a S. 3 iVm Abs. 1 S. 3 und 4 BSIG. Was unter SzA genau gemeint ist, wird unter § 2 Absatz 9b S. 1 BSIG legal definiert und in Satz 2 technisch weiter erläutert. Darin heißt es:

*„Systeme zur Angriffserkennung im Sinne dieses Gesetzes sind durch technische Werkzeuge und organisatorische Einbindung unterstützte Prozesse zur Erkennung von Angriffen auf informationstechnische Systeme. Die Angriffserkennung erfolgt dabei durch Abgleich der in einem informationstechnischen System verarbeiteten Daten mit Informationen und technischen Mustern, die auf Angriffe hindeuten“.*

Die Pflicht zum Einbau solcher Systeme wird auch auf Betreiber von Energieversorgungsnetzen und Energieanlagen ausgeweitet, die gemäß § 8d BSIG von der Kritischen Infrastrukturen Regulatorik (im Folgenden: KRITIS-Regulatorik) ausgenommen sind und ebenfalls entsprechende Vorkehrungen zu treffen haben, vgl. § 11 Abs. 1d und 1e EnWG. Grundsätzlich gelten im Rahmen des § 11 Abs. 1d und 1e EnWG dieselben Maßstäbe wie im Anwendungsbereich des BSIG. Allerdings hat der Gesetzgeber die Norm um einige bereichsspezifische Vorgaben ergänzt.

## Voraussetzungen

Gemäß § 11 Abs. 1d Satz 1 EnWG sind Betreiber von Energieversorgungsnetzen und von solchen Energieanlagen, die durch Inkrafttreten der Rechtsverordnung gemäß § 10 Absatz 1 des BSI Gesetzes als Kritische Infrastruktur bestimmt wurden, zum Einbau von SzA bis spätestens ab dem 1. Mai 2023 verpflichtet. Dabei entspricht der **Adressatenkreis** des § 11 Abs. 1d EnWG dem des § 11 Abs. 1c EnWG. Dem Wortlaut beider Absätze und der Gesetzesbegründung (BT-Drs.19/26106, 98) ist jedoch nicht zu entnehmen, ob auch Betreiber von Energieversorgungsnetzen von der

Pflicht erfasst sind, wenn diese nicht als Kritische Infrastruktur qualifiziert werden. Allerdings spricht die historische Auslegung des § 11 Abs. 1 EnWG dafür, den Adressatenkreis auf alle Betreiber von Energieversorgungsnetzen uneingeschränkt auszuweiten. So wurde mit dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/1148 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 2016 über Maßnahmen zur Gewährleistung eines hohen gemeinsamen Sicherheitsniveaus von Netz- und Informationssystemen in der Union die ehemalige Formulierung „Betreiber von Energieversorgungsnetzen und Energieanlagen, die ...“ durch „Betreiber von Energieversorgungsnetzen und von solchen Energieanlagen, die ...“ ersetzt. Die Gesetzesbegründung zur Änderung des § 11 Abs. 1c EnWG bezeichnet die Änderung als Klarstellung dahingehend, „dass die Meldepflichten nach Absatz 1c Satz 1 für alle Betreiber von Energieversorgungsnetzen gelten“. Zudem wird im Rahmen des Erfüllungsaufwandes der Verwaltung ebenfalls von einer „Ausdehnung der Meldepflichten auf alle Energienetze“ (BT-Drs. 18/11242, 55, 32) gesprochen. Neben der historischen Auslegung spricht aber auch der Sinn und Zweck der Norm – hier der Schutz von Energieversorgungsnetzen vor Cyber-Angriffen – für eine uneingeschränkte Ausdehnung des Adressatenkreises. Denn wenn bestimmte Betreiber der zu schützenden Infrastruktur von der Pflicht aus § 11 Abs. 1 c und Abs. 1 d EnWG ausgenommen werden würden, könnte der hochsensible IT-Bereich von Energienetzen nur lückenhaft geschützt werden. Obschon der Gesetzgeber weiß, welche Gefahren von Cyber-Angriffen gegenüber Energienetzen ausgehen, hat er den Wortlaut von § 11 Abs. 1c und 1d EnWG nicht ausnahmslos auf alle Betreiber von Energieversorgungsnetzen ausgeweitet. Ob der Wortlaut bewusst so verfasst worden ist, weil eine uneingeschränkte Ausdehnung des Adressatenkreises gewünscht ist, ist derzeit nicht bekannt und kann ggf. zu Unsicherheiten bei der Anwendung der Norm führen. Letztlich ist die Zugehörigkeit zum Adressatenkreises aber eine Frage des Einzelfalls und sollte dementsprechend auch genau überprüft werden.

Als weiteres Tatbestandsmerkmal setzt § 11 Abs. 1d EnWG voraus, dass der Einbau von SzA in informationstechnischen Systemen, Komponenten oder Prozessen, die für **die Funktionsfähigkeit der von ihnen betriebenen Energieversorgungsnetze oder Energieanlagen** maßgeblich sind, in angemessener Weise zu erfolgen hat. Der Gesetzgeber grenzt dabei den Anwendungsbereich des § 11 Abs. 1d EnWG ein und spricht sich gegen einen umfassenden Schutz der Informationstechnik der einbezogenen Unternehmen aus. Gleichwohl soll der sachliche Anwendungsbereich bereits dann eröffnet sein, wenn ein Netz- oder Anlagenbetriebsbezug der eingesetzten IT vorliegt und die Möglichkeit einer Gefahr für die Netz- und Anlagensteuerung gegeben ist, vgl. Knauff in: BeckOK EnWG, a.a.O., § 11 Rn. 105.

Ferner muss das SzA geeignet sein, „Parameter und Merkmale aus dem laufenden Betrieb kontinuierlich und **automatisch zu erfassen und auszuwerten** und „fortwährend Bedrohungen **zu identifizieren und zu vermeiden** sowie für eingetretene Störungen geeignete Beseitigungsmaßnahmen vorsehen“, vgl. § 11 Abs. 1d S. 2 und 3 EnWG. Neben der Überwachung des Netz- bzw. Anlagenbetriebes müssen die Systeme somit auch die Fähigkeit besitzen, das Problem eines Cyberangriffs zu erkennen und schließlich zu bekämpfen. Dabei verweist der Gesetzgeber mit Blick auf § 11 Abs. 1d S. 4 EnWG auf den **Stand der Technik**. Der Stand der Technik ist

*„in diesem Sinne (...) der Entwicklungsstand fortschrittlicher Verfahren, Einrichtungen oder Betriebsweisen, der die praktische Eignung einer Maßnahme zum Schutz der Funktionsfähigkeit von informationstechnischen Systemen, Komponenten oder Prozessen gegen Beeinträchtigungen der Verfügbarkeit, Integrität, Authentizität und Vertraulichkeit gesichert erscheinen lässt. Bei der Bestimmung des Standes der Technik sind insbesondere einschlägige internationale, europäische und nationale Normen und Standards heranzuziehen, aber auch vergleichbare Verfahren, Einrichtungen und Betriebsweisen, die mit Erfolg in der Praxis erprobt wurden. Die Verpflichtung zur Berücksichtigung des Stands der Technik schließt die Möglichkeit zum Einsatz solcher Vorkehrungen nicht aus, die einen ebenso effektiven Schutz wie die anerkannten Vorkehrungen nach dem Stand der Technik bieten“, vgl. § BT-Drs. 18/4096, 26.*

Die Verpflichtung, SzA entsprechend dem der Stand der Technik anzupassen, gilt jedoch nicht uneingeschränkt. So hat dies nach § 11 Abs. 1d S. 1 EnWG nur in angemessener Weise zu erfolgen. **Angemessen** ist der Einsatz von Systemen zur Angriffserkennung dabei nur dann, „wenn der dafür erforderliche Aufwand nicht außer Verhältnis zu den möglichen Folgen eines Ausfalls oder einer Beeinträchtigung des betroffenen Energieversorgungsnetzes oder der betroffenen Energieanlage steht“, vgl. § 11 Abs. 1d S. 5 EnWG. Mithin wird auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verwiesen, weshalb im Zweifelsfall eine Abwägung der betroffenen Schutzgüter – hier der Aufwand des Betreibers von Energieversorgungsnetzen - bzw. -anlagen einerseits und der Schutz der systemkritischen Infrastruktur andererseits – zu erfolgen hat.

Dabei bezieht sich der Begriff des **Aufwands** auf die mit dem Einsatz eines SzA verbundenen technischen Maßnahmen und finanziellen Belastungen des jeweiligen Verpflichteten, vgl. BT-Drs. 18/4096, 26. Ob der Aufwand ggf. zu hoch ist, muss stets am konkret verwendeten System erörtert werden. Sollten sich bestimmte Lösungen als unangemessen erweisen, muss dies nicht automatisch auch für funktionsgleiche Alternativen gelten. Insofern müssen sich die Unternehmen einen

Marktüberblick verschaffen, bevor sie auf entsprechende Systeme verzichten. Auf der anderen Seite müssen in die Abwägung auch die möglichen Folgen eines Ausfalls oder einer Beeinträchtigung des betroffenen Energieversorgungsnetzes oder der betroffenen Energieanlage eingestellt werden. Aufgrund der äußerst systemrelevanten Infrastruktur muss jede Maßnahme zur Abwehr generell bekannter Angriffe ergriffen werden, wenn dadurch nicht gänzlich unerhebliche Störungen vermieden werden können. Gleichzeitig muss sich die Lagebewertung am Fortschritt der Technik und an den Handlungsmöglichkeiten von potenziellen Hackern messen lassen. Kommt das BSI oder andere staatliche Behörden oder private IT-(Sicherheits-)Anbieter zu der Einschätzung, neue Gefährdungspotenziale seien möglich, müssen die Unternehmen die Lage neu einschätzen und ggf. nachrüsten.

## **Rechtsfolge**

Ob letztlich der Einbau von SzA angemessen ist bzw. ob eine Pflicht zum Einbau entsprechender Systeme besteht, müssen die Unternehmen im Rahmen einer ihr zugebilligten Einschätzungsprärogative prüfen. Sollten die Anforderungen erfüllt sein, müssen die Unternehmen dies dem BSI erstmalig am 1. Mai 2023 und danach alle zwei Jahre nachweisen, vgl. § 11 Abs. 1e S. 1 EnWG. Dabei besteht auch die Möglichkeit des Mängelbeseitigungsverlangens durch das BSI nach § 11 Abs. 1e S. 4 EnWG.

## **Unsere Unterstützung**

Die Einschätzungsprärogative der Unternehmen im Hinblick auf die mögliche Verpflichtung zum Einbau von SzA kann ggf. Schwierigkeiten mit sich bringen. Insbesondere die Einschätzung, ob die Kosten und die technischen Voraussetzungen möglicherweise außer Verhältnis zu den potenziellen Gefahren von Cyberangriffen stehen, beinhaltet eine umfassende (juristische) Prüfung und letztlich auch Darlegungspflicht.

- Initiale Prüfung der unternehmensindividuellen Voraussetzungen
- Einzelfallprüfung, ob Betreiber von Energieversorgungsunternehmen, die nicht als Kritische Infrastruktur qualifiziert werden, vom Anwendungsbereich des § 11 Abs. 1d EnWG umfasst sind
- Dokumentation des Marktüberblicks zur vorhandenen Technik

- Aufbau einer Argumentation und Dokumentation, warum die Einrichtung von SzA im Einzelfall nicht angemessen ist
- Abstimmung mit dem BSI zur Erlangung eines Negativattestes
- Beratung bei der Systemeinführung und Beschaffung
- Prozessbegleitende Rechtsberatung

Da der gesamte Prozess auch unter der Mängelkontrolle des BSI steht, übernehmen wir für sie selbstverständlich auch – wenn nötig – jeglichen Kommunikationsprozess mit den Behörden.

Falls Sie weitere Informationen oder ein konkretes Angebot wünschen, sind wir neben den Kontaktdaten im Briefkopf auch unter den folgenden Kontaktdaten gerne für Sie da:

Rechtsanwältin Hanne Schöppner

Phone: +494063782512 | Mobile: +4916097402132

Email: hanne.schoeppner@de.pwc.com

Mit freundlichen Grüßen

PricewaterhouseCoopers Legal  
Aktiengesellschaft  
Rechtsanwaltsgesellschaft



Dominik Martel  
Rechtsanwalt



Hanne Schöppner  
Rechtsanwältin

August 2022

***Akuter Handlungsbedarf für Energieversorger und ihre Geschäftsleitungen:  
Tagesaktuelle Beobachtung und Analyse der finanzwirtschaftlichen Situation zur  
Vermeidung von Haftungsrisiken***

Sehr geehrte Damen und Herren,

die aktuelle Situation auf dem Gasmarkt ist aufgrund des russischen Angriffskrieges gegen die Ukraine und einer erheblichen Verknappung von Erdgas sehr angespannt. Die Versorgung mit Gas aus Russland über Nord Stream I liegt momentan bei 20% der vereinbarten Liefermenge; ob und wann wieder mehr geliefert wird, ist offen. Die Spotpreise für Erdgas lagen zwischenzeitlich bei über € 200,00 / MWh.

**Ihre Herausforderungen**

Die Kombination aus der Verknappung des Erdgases mit extremen Preissteigerungen ist für Energieversorger und Stadtwerke äußerst herausfordernd, da hierdurch erhebliche finanzwirtschaftliche und rechtliche Risiken be- oder entstehen können. Abgeschlossene Lieferverträge müssen eingehalten werden, wobei erheblicher politischer Druck besteht, die Kosten überschaubar zu halten; gleichzeitig erklimmen die Spotmarktpreise immer neue Höhen. Dieses hohe Niveau dürfte – zumindest über den Winter, vermutlich nach Ablauf vieler Jahresverträge – konstant bleiben, sodass viele Energieversorger wirtschaftlich erheblich belastet werden.

Neben energiewirtschaftlichen Pflichten aus dem EnWG, EnSIG, der GasSV sowie möglichen vertraglichen Auswirkungen können sich für die Geschäftsführung u.a.

...

aus den Vorschriften des Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetzes (StaRUG), des GmbH-Gesetzes sowie des Aktiengesetzes (insb. § 1 StaRUG, § 43 Abs. 1 GmbHG, §§ 91, 93 AktG), aber auch nach Maßgabe der Insolvenzordnung umfassende Pflichten ergeben. Dies ist für die Geschäftsführung eine anspruchsvolle und ungewohnte Situation; die Nichtbeachtung der gesetzlichen Verpflichtungen kann zu erheblichen haftungsrechtlichen Konsequenzen führen.

Wie ist eine gesetzeskonforme Prognose über Zeiträume von zwölf Monaten und darüber hinaus seriös durchzuführen? Eine ständige Beobachtung der wirtschaftlichen Situation unter Etablierung eines sogenannten Risikofrüherkennungssystems ist erforderlich, um sämtliche wesentlichen, nachteiligen Auswirkungen auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage zu erfassen. Grundlage dieser Prüfung ist eine ausgewogene Liquiditätsplanung, die den Anforderungen der Rechtsprechung entsprechen sollte. Die Geschäftsführung sollte die Schritte der Krisenfrüherkennung unbedingt frühzeitig hinreichend dokumentieren und erforderlichenfalls geeignete Gegenmaßnahmen ergreifen.

### **Unsere Unterstützung**

Um Restrukturierungsmaßnahmen sowie zivil- und strafrechtliche Konsequenzen für die Geschäftsführung zu vermeiden, bieten wir Ihnen unsere rechtliche Unterstützung zur Gestaltung Ihres internen „Krisencontrollings“ an. Indem wir unsere energie- und insolvenzrechtliche Kompetenz kombinieren, bieten wir Ihnen eine umfassende Beratung im Hinblick auf mögliche Risiken und Pflichten in der aktuellen energiewirtschaftlichen Situation an. Im Rahmen eines internen, individualisierten Workshops betrachten wir gemeinsam mit Ihnen Spannungsfelder, denen Ihr Unternehmen ausgesetzt ist. Insbesondere analysieren wir existenzgefährdende Sachverhalte, Insolvenzeröffnungsgründe und damit verbundene Haftungsrisiken für die Geschäftsführung sowie die energiewirtschaftlichen Anforderungen; in einem zweiten Schritt erarbeiten wir mögliche Handlungsoptionen zur Umsetzung von Restrukturierungsmaßnahmen und Haftungsvermeidung. Alle durchgeführten Schritte werden wir projektbegleitend dokumentieren und erläutern.

Gerne stimmen wir mit Ihnen ein individuelles Angebot ab. Bei Rückfragen können Sie sich gern an Frau RA'in Verena Brökelmann (Tel. +49 521 9649 7111, e-Mail:

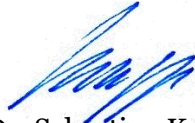


[verena.broekelmann@pwc.com](mailto:verena.broekelmann@pwc.com)) oder an Ihre/n gewohnte/n Ansprechpartner/in bei PwC Legal wenden.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Mussaeus".

Peter Mussaeus  
Rechtsanwalt

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Knapp".

Dr. Sebastian Knapp  
Rechtsanwalt