

Rechtsprechungsreport Energierecht 2022

Das waren die wichtigsten energierechtlichen Entscheidungen im vergangenen Jahr

Dr. Maximilian Emanuel Elspas, GvW München

Guido Brucker, GvW Berlin

Dr. Reinald Günther, GvW Berlin

26. Januar 2022

GW Graf von Westphalen

1. Verfassungsbeschwerden gegen das Klimaschutzgesetz
BVerfG, 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 u.a.
2. Rechtsprechung zu Eigenversorgungsmodellen
vor allem OLG Düsseldorf, 17.11.2021 – I-27 U 13/20
3. Zulässigkeit einer AGB-Vertragsanpassungsklausel ohne unmittelbares
Zustimmungserfordernis des Kunden
BGH, 08.09.2021 – VIII ZR 97/19
4. Zur Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur
EuGH, 02.09.2021 – C-718/18

- Sachverhalt
- Kernaussagen des Beschlusses
- Auswirkungen in der Praxis



Anlass für die insgesamt vier Verfassungsbeschwerden war das Klimaschutzgesetz („KSG“) in seiner Fassung vom 12.12.2019 („KSG a.F.“), mit dem der Gesetzgeber auf die von ihm erkannte Notwendigkeit verstärkter Klimaschutzanstrengungen reagiert hat. Grundlagen für das KSG sind zum einen die Verpflichtung aus dem Pariser Übereinkommen zum Klimaschutz sowie zum anderen das Bekenntnis der Bundesrepublik Deutschland zum Ziel der Treibhausgasneutralität bis 2050. Nach § 3 Abs. 1 KSG a.F. sollten die Treibhausgasemissionen bis zum Zieljahr 2030 im Vergleich zum Jahr 1990 schrittweise um mindestens 55 % gemindert werden. In § 4 Abs. 1 Satz 3 KSG i.V.m. mit Anlage 2 waren und sind die der Minderungsquote für das Zieljahr 2030 entsprechenden zulässigen Jahresemissionsmengen in verschiedenen Sektoren geregelt. Eine Regelung über 2030 hinaus enthielt das KSG a.F. nicht. Vielmehr sollte nach § 4 Abs. 6 KSG a.F. die Bundesregierung im Jahr 2025 für weitere Zeiträume nach dem Jahr 2030 jährlich absinkende Emissionsmengen durch Rechtsverordnung festlegen.

Mit ihren Verfassungsbeschwerden machten die Beschwerdeführenden vor allem geltend, der Staat habe mit § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 Satz 3 KSG i.V.m. mit Anlage 2 keine ausreichenden Regelungen zur alsbaldigen Reduktion von Treibhausgasen, vor allem von Kohlendioxid (CO₂), unternommen. Diese wären aber erforderlich, um das mit dem Pariser Klimaübereinkommen vereinbarte 1,5 °C Ziel zu erreichen. Mit der im Klimaschutzgesetz geregelten Reduktion von CO₂-Emissionen könne das der Temperaturschwelle von 1,5 °C entsprechende „CO₂-Restbudget“ nicht eingehalten werden.

Die Beschwerdeführenden, die zum Teil in Bangladesch und Nepal leben, stützten ihre Verfassungsbeschwerden vor allem auf grundrechtliche Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und aus Art. 14 Abs. 1 GG, auf ein Grundrecht auf menschenwürdige Zukunft und ein Grundrecht auf das ökologische Existenzminimum, welche sie aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20a GG und aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG ableiten. Hinsichtlich der von den Beschwerdeführenden als „Vollbremsung“ bezeichneten künftigen Belastung durch Emissionsminderungspflichten für Zeiträume nach 2030 berufen sich die Beschwerdeführenden allgemein auf die Freiheitsrechte.

- **Tenor:** § 3 Absatz 1 Satz 2 und § 4 Absatz 1 Satz 3 des KSG vom 12. Dezember 2019 i.V.m. Anlage 2 sind mit den Grundrechten unvereinbar, soweit eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen nach Maßgabe der Entscheidungsgründe genügende Regelung über die Fortschreibung der Minderungsziele für Zeiträume ab dem Jahr 2031 fehlt.
- **Zulässigkeit:** Beschwerdebefugnis für natürliche Personen (auch aus dem Ausland) wegen möglicher Verletzung von Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Art. 14 Abs. 1 GG durch § 3 Absatz 1 Satz 2 und § 4 Absatz 1 Satz 3 des KSG vom 12. Dezember 2019 i.V.m. Anlage 2; Beschwerdebefugnis für Umweltverbände (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3, 20a GG im Lichte von Art. 47 GrCh) sehen weder das Grundgesetz noch das Verfassungsprozessrecht vor;
- **Begründetheit:** Schutzverpflichtungen des Staates hinsichtlich der Beeinträchtigung des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) sowie des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) durch Umweltbelastungen können auch objektive Schutzverpflichtungen des Staates zu Gunsten zukünftiger Generationen begründen (sog. intertemporale Freiheitssicherung).

- Eine Verletzung von Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Art. 14 Abs. 1 GG wegen der Gefahren des Klimawandels kann nicht festgestellt werden. Der Gesetzgeber hat bei der Erfüllung seiner Schutzpflichten einen sehr weiten Spielraum, der nur überschritten wäre, wenn die gewählten Schutzkonzepte für die Erreichung des Ziels der Klimaneutralität offensichtlich ungeeignet oder völlig unzureichend wären oder dem Klimawandel freier Lauf gelassen würde.
- Die durch § 3 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 3 KSG i.V.m. Anlage 2 zugelassenen Mengen an CO₂-Emissionen entfalten aber eingriffsähnliche Vorwirkung auf die nach 2030 bleibenden Möglichkeiten, von der durch das Grundgesetz geschützten Freiheit tatsächlich Gebrauch zu machen => Rechtfertigung erforderlich
- Gegen die Vereinbarkeit der relevanten Regelungen des KSG mit objektivrechtlichen Maßgaben des Verfassungsrechts bestehen im Ergebnis keine durchgreifenden Bedenken, insbesondere kein Verstoß gegen das Klimaschutzgebot des Art. 20a GG, das in § 1 Satz 3 KSG mit den Temperaturschwellen gemäß dem Pariser Klimaschutzabkommen verfassungsrechtlich maßgeblich konkretisiert ist.

- ABER: § 3 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 3 KSG i.V.m. Anlage 2 sind insoweit verfassungswidrig, als sie unverhältnismäßige Gefahren der Beeinträchtigung künftiger grundrechtlicher Freiheit begründen.

„Weil die in den beiden Vorschriften bis 2030 vorgesehenen Emissionsmengen die nach 2030 unter Wahrung des verfassungsrechtlich gebotenen Klimaschutzes noch verbleibenden Emissionsmöglichkeiten erheblich reduzieren, muss der Gesetzgeber zur Gewährleistung eines freiheitsschonenden Übergangs in die Klimaneutralität hinreichende Vorkehrungen treffen. Das Grundgesetz verpflichtet unter bestimmten Voraussetzungen zur Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit über die Zeit und zur verhältnismäßigen Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen. Als intertemporale Freiheitssicherung schützen die Grundrechte die Beschwerdeführenden hier vor einer einseitigen Verlagerung der durch Art. 20a GG aufgegebenen Treibhausgasminderungslast in die Zukunft. Insoweit fehlen Mindestregelungen über Reduktionserfordernisse nach 2030, die geeignet wären, einer notwendigen Entwicklung klimaneutraler Techniken und Praktiken rechtzeitig grundlegende Orientierung und Anreiz zu bieten.“ (Rz. 183 und vgl. ausführlich Rz. 243 ff.)

- Der Verpflichtung, die festgestellte Verfassungswidrigkeit des KSG bis Ende 2022 zu beseitigen ist der Gesetzgeber durch das am 31.08.2021 in Kraft getretene „Gesetz zur Änderung des Bundes-Klimaschutzgesetzes“ bereits nachgekommen. Mit diesem wurde für 2030 ein neues Zwischenziel von 65 (statt wie bisher 55) Prozent Treibhausgasminderung gegenüber dem Jahr 1990 vorgegeben. Bis zum Jahr 2040 soll die Minderung 88 Prozent betragen und bis 2045 sind die Treibhausgasemissionen so weit zu verringern, dass Treibhausgasneutralität erreicht wird. Um diese Vorgaben einzuhalten, wurden die Minderungsziele für die einzelnen Sektoren (Energiewirtschaft, Industrie, Gebäude, Verkehr, Landwirtschaft und Abfallwirtschaft) neu festgelegt. Besonders stark in die Pflicht genommen wird dabei die Energiewirtschaft, die ihre Jahresemissionsmenge von 280 Millionen Tonnen CO₂-Äquivalent im Jahr 2020 auf 108 Millionen Tonnen im Jahr 2030 verringern muss. Für die Jahre 2031 bis 2040 werden sektorübergreifend jährliche Minderungsziele festgelegt. Wie diese zwischen den Sektoren aufgeteilt werden, soll im Jahr 2024 entschieden werden.

- Sachverhalt
- Kernaussagen des Urteils
- Anmerkungen für die Praxis



- Die Beklagte hatte unter der Geltung des EEG 2012 eine Stromerzeugungskapazität („Kapazität“) an einem Heizkraftwerk („HKW“) an die Streithelferin verpachtet. Dadurch sollte eine EEG-umlagefreie Eigenerzeugung erreicht werden (sog. Scheibenpacht). Das HKW und die Verbrauchsstellen der Streithelferin befanden sich innerhalb des Wuppertaler Stadtgebiets, aber in einer Entfernung von bis zu 6,6 km. Die Beklagte gab ggü. dem regelzonenverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber („ÜNB“) rechtzeitig eine Mitteilung nach § 104 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG 2017 ab und berief sich auf das in der Vorschrift geregelte Leistungsverweigerungsrecht für die Zahlung der EEG-Umlage.
- Der ÜNB sah die Voraussetzungen des § 104 Abs. 4 EEG 2017 nicht als erfüllt an. Die Streithelferin habe ihre Kapazität nicht „wie eine Stromerzeugungsanlage betrieben“. Es fehle an einem räumlichen Zusammenhang zwischen dem HKW und den Verbrauchsstellen, außerdem habe die Streithelferin nicht das wirtschaftliche Risiko der Kapazität getragen. Der ÜNB nahm die Beklagte daher als Elektrizitätsversorgungsunternehmen („EltVU“) auf Auskunft und Zahlung der EEG-Umlage in Anspruch.
- Das LG Wuppertal (23.06.2020 – 5 O 490/19) hat die Klage hinsichtlich des Auskunftsanspruchs abgewiesen (über den Zahlungsanspruchs war noch nicht zu entscheiden), das OLG Düsseldorf hat das (Teil-)Urteil aufgehoben.

- Grundlage des Auskunftsanspruchs sei § 74 Satz 1 EEG 2014. § 100 Abs. 1 Satz 1 EEG 2021 verweise für vor 2021 in Betrieb genommene Anlagen auf das EEG 2017 und § 100 Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 wiederum auf das EEG 2014.
- Die Beklagte habe die Streithelferin mit Strom beliefert. Eine Stromlieferung sei zu bejahen, wenn Strom an eine andere Person abgegeben werde. Einzige Ausnahme sei die Eigenversorgung i.S.v. § 5 Nr. 12 EEG 2014. Eine Eigenversorgung lag unstreitig nicht vor. Das Vorliegen einer Eigenerzeugung sah das OLG als unerheblich an, da die Übergangsvorschriften nicht auf § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG 2012 verweisen.
- Für die „Ermittlung von Ob und Umfang“ der EEG-Umlagepflicht war nach Auffassung des OLG dann auf die in dem jeweiligen Zeitraum geltende Fassung des EEG abzustellen. Für den Zeitraum unter der Geltung des EEG 2012 prüfte es daher, ob der EEG-Umlageanspruch des ÜNB nach § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG 2012 entfallen war, und verneinte dies.
 - Eine Kapazität sei keine Stromerzeugungsanlage; die jetzige Definition der Stromerzeugungsanlage entspreche der damaligen Literatur-Auffassung. Somit sei das HKW die Stromerzeugungsanlage gewesen.
 - Die Streithelferin habe das HKW aber auch nicht (als Teil einer BGB-Innengesellschaft) mitbetrieben.

- Eine analoge Anwendung des § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG 2012 scheidet aus. Es fehle jedenfalls an einer Vergleichbarkeit der Interessenlage bei dem Betrieb einer Stromerzeugungsanlage. Durch eine breite Verteilung der EEG-Umlage hätten Ungleichbehandlungen vermieden werden sollen.
- Ein Entfall der EEG-Umlage nach dem EEG 2014 und EEG 2017 schied für das OLG dann aus, weil es an einer Bestandsanlage fehlte.
- Unabhängig davon sah das OLG auch kein „fingiertes Betreiben“ durch die Streithelferin nach § 104 Abs. 4 Satz 2 EEG 2021. Es verneinte das wirtschaftliche Risiko der Streithelferin für ihre Kapazität, weil
 - die Instandhaltungs-, Wartungs- und Reparaturkosten gedeckelt waren,
 - bei einem Stillstand des HKW nur die kraftwerksbezogenen Kosten zu tragen waren und auch diese zugunsten der Streithelferin entweder wegen eines Verschuldens der Beklagten oder nach §§ 326, 275 BGB entfielen,
 - bei Höherer Gewalt nach sechs Monaten ein Kündigungsrecht bestand,
 - für die Überschussstromvermarktung die Beklagte verantwortlich war, ebenso wie
 - für die Betriebsführung, wobei insbesondere das Bestehen von Pacht- und Betriebsführungsvertrag aneinander gekoppelt war.

Hintergrund

- Mit § 104 Abs. 4 EEG 2017 hat der Gesetzgeber erstmals eine ausdrückliche Regelung zu Scheibenpachten getroffen. Durch das Leistungsverweigerungsrecht für die EEG-Umlage und die damit verbundene Mitteilungspflicht ist den ÜNB eine große Zahl an Fällen bekannt geworden. Nach einer Einzelfallprüfung haben die ÜNB zahlreiche Klageverfahren eingeleitet.
- Mittlerweile sind einige erstinstanzliche (Teil-)Urteile ergangen. Das LG Köln hat 20 Entscheidungen getroffen (bspw. 13.08.2021 – 32 O 484/19, 485/19 und 486/19), das LG Duisburg (22.01.2021 – 7 O 107/19) und das LG Verden (08.12.2020 – 5 O 232/19) jeweils eine. Das Urteil des OLG Düsseldorf ist die erste und derzeit einzige obergerichtliche „Scheibenpacht-Entscheidung“.

Bedeutung des Urteils für die Praxis

- Mangels neuer Scheibenpachtmodelle wird das Urteil des OLG Düsseldorf insoweit „nur“ Bedeutung für die weiteren erst- und zweitinstanzlichen Verfahren haben.
- Die Einschätzung des OLG, was es für eine Übernahme des wirtschaftlichen Risikos bedarf, ist jedoch auf sog. 100%-Pachten übertragbar. Hier zeigt sich, dass von einem Betreiber zu fordern ist, auch als Pächter tatsächliche und weitreichende wirtschaftliche Risiken einzugehen.

- Allerdings wird es zu weiteren obergerichtlichen Entscheidungen kommen. Eine höchstrichterliche Klärung ist jedoch vorerst nicht in Sicht, da das OLG die Revision gegen sein Urteil nicht zugelassen hat.
- Da diese Frage für das OLG nicht entscheidungserheblich war, ist eine Konkretisierung des „räumlichen Zusammenhangs“ zwischen Erzeugungs- und Verbrauchsanlage ausgeblieben. Eine weitere „Chance“ bieten zwei der (Teil-)Urteile des LG Köln (13.08.2021 – 32 O 484/19 und 485/19), in dem es einen räumlichen Zusammenhang bei einer (Straßen-)Entfernung von 10 km und einer Trennung durch den Rhein bejaht hat.

Anspruch auf Abschluss eines Vergleichs

- Mit § 104 Abs. 5 EEG 2021 hat der Gesetzgeber eine das Leistungsverweigerungsrecht in Abs. 4 ergänzende „Amnestieregelung“ geschaffen.
- Besteht „ein Streit oder eine Ungewissheit über das Vorliegen der Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts“, über den noch nicht rechtskräftig entschieden ist, hat das EltVU gegen den ÜNB einen Anspruch auf Abschluss eines Vergleichs.

Zwingender Inhalt des Vergleichs ist ein Leistungsverweigerungsrecht des EltVU für die EEG-Umlage bis 31.12.2020 und somit – ab 01.01.2021 – die Durchsetzbarkeit des EEG-Umlageanspruchs des ÜNB.

- Nicht anwendbar ist § 104 Abs. 5 EEG 2021 auf 100%-Pachten. Nach Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck baut die Vorschrift auf Abs. 4 auf. Der Anwendungsbereich des Abs. 5 stimmt daher mit dem des Abs. 4 überein. Somit darf nicht ausgeschlossen sein, dass das EltVU das Leistungsverweigerungsrecht nach Abs. 4 grundsätzlich überhaupt in Anspruch nehmen könnte. Hinsichtlich 100%-Pachten ist dies aber der Fall.

- Sachverhalt
- Kernaussagen des Urteils
- Anmerkungen für die Praxis

Ein Verbraucherschutz-Dachverband hat die Beklagte – ein Stromversorgungsunternehmen – darauf in Anspruch genommen, es zu unterlassen, in ihren AGB den nicht eingeklammerten Teil der folgenden Klausel zu verwenden:

„[Die Regelungen des Vertrages und dieser Bedingungen beruhen auf den gesetzlichen und sonstigen Rahmenbedingungen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (z. B. EnWG, StromGVV, StromNZV, MsbG, höchstrichterliche Rechtsprechung, Entscheidungen der Bundesnetzagentur). Das vertragliche Äquivalenzverhältnis kann nach Vertragsschluss durch unvorhersehbare Änderungen der gesetzlichen oder sonstigen Rahmenbedingungen (z. B. durch Gesetzesänderungen, sofern deren konkreter Inhalt nicht bereits - etwa in der Phase zwischen dem Abschluss des förmlichen Gesetzgebungsverfahrens und dem Inkrafttreten - absehbar war), die T. [= T. GmbH (Bekl.)] nicht veranlasst und auf die er auch keinen Einfluss hat, in nicht unbedeutendem Maße gestört werden. Ebenso kann nach Vertragsschluss eine im Vertrag und/oder diesen Bedingungen entstandene Lücke nicht unerhebliche Schwierigkeiten bei der Durchführung des Vertrages entstehen lassen (etwa wenn die Rechtsprechung eine Klausel für unwirksam erklärt), die nur durch eine Anpassung oder Ergänzung zu beseitigen sind. In solchen Fällen ist T. verpflichtet, den Vertrag und diese Bedingungen - mit Ausnahme der Preise - unverzüglich insoweit anzupassen und/oder zu ergänzen, als es die Wiederherstellung des Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung und/oder der Ausgleich entstandener Vertragslücken zur zumutbaren Fort- und Durchführung des Vertragsverhältnisses erforderlich macht (z. B. mangels gesetzlicher Überleitungsbestimmungen).]

Anpassungen des Vertrages und dieser Bedingungen nach dieser Ziffer sind nur zum Monatsersten möglich. Die Anpassung wird nur wirksam, wenn T. dem Kunden die Anpassung spätestens sechs Wochen vor dem geplanten Wirksamwerden in Textform mitteilt. In diesem Fall hat der Kunde das Recht, den Vertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Vertragsanpassung zu kündigen. Hierauf wird der Kunde von T. in der Mitteilung gesondert hingewiesen.“

Der BGH hat die Entscheidung des Berufungsgerichts zugunsten der Beklagten bestätigt.

Beide Gerichte haben bei der Prüfung zwischen einem Verstoß gegen § 308 Nr. 5 BGB sowie einem Verstoß gegen das Verbot einer unangemessenen Benachteiligung (§ 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB) und einem Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) unterschieden.

Kein Verstoß gegen § 308 Nr. 5 BGB

- Für die Klausel ist bereits der Anwendungsbereich des § 308 Nr. 5 BGB nicht eröffnet.
- Hierfür wäre Voraussetzung, dass einem Schweigen des Kunden die Bedeutung einer Zustimmung beizumessen ist und es daher zu einer Zustimmungsfiktion kommt. Die (Gesamt-)Klausel zeige jedoch, dass es auf eine Zustimmungserklärung des Kunden überhaupt nicht ankommt: Die Möglichkeit des Schweigens und die Folgen eines Schweigens fänden keine Erwähnung, die Beklagte sei vielmehr verpflichtet, in den aufgeführten Fällen eine Vertragsanpassung vorzunehmen.

Kein Verstoß gegen das Verbot einer unangemessenen Benachteiligung

- Ein einseitiger Eingriff in ein Vertragsverhältnis lasse sich grundsätzlich jedenfalls dann rechtfertigen, wenn
 - das ursprüngliche Äquivalenzverhältnis durch unvorhersehbare Änderungen in nicht unbedeutendem Maße gestört wird oder
 - es durch entstandene Lücken zu Schwierigkeiten bei der Vertragsdurchführung kommt und es deshalb zwingend einer Anpassung oder Ergänzung des Vertrags bedarf.
- Diese Voraussetzungen waren nach Auffassung des BGH erfüllt, da die (Gesamt-)Klausel die Anwendungsfälle aufführe, diese hinreichend eng gefasst seien und eine Vertragsanpassung nur dazu dienen dürfe, das Äquivalenzverhältnis wiederherzustellen oder Vertragslücken in dem notwendigen Umfang zu schließen; die Preisgestaltung bleibe unberührt.
- Ebenfalls nicht zu beanstanden sei zumindest für den Bereich der Energieversorgung die Vereinbarung eines einseitigen Vertragsanpassungsrechts, wie bspw. auch § 41 Abs. 5 EnWG aufzeige.

Kein Verstoß gegen das Transparenzgebot

- Die (Gesamt-)Klausel ist ausreichend konkret.
- Dies gelte auch für die Formulierungen „in nicht unbedeutendem Maße gestört“, „nicht unerhebliche Schwierigkeiten bei der Durchführung des Vertrages“, „nur durch eine Anpassung oder Ergänzung zu beseitigen“ sowie „insoweit anzupassen und/oder zu ergänzen, als es die Wiederherstellung des Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung und/oder der Ausgleich entstandener Vertragslücken zur zumutbaren Fort- und Durchführung des Vertragsverhältnisses erforderlich macht“.
- AGB müssen – so der BGH – ausreichend flexibel bleiben, um künftigen Entwicklungen und besonderen Fallgestaltungen Rechnung tragen zu können. Die Anforderungen an eine mögliche Konkretisierung dürften daher nicht überspannt werden.
- Aus diesem Grundsatz hat der BGH für den entschiedenen Fall abgeleitet, dass die Beklagte eine weitere Konkretisierung nicht hatte vornehmen müssen. Das Recht und die Pflicht zu einer einseitigen Vertragsanpassung dienen gerade der Reaktion auf unvorhersehbare Änderungen des Vertrags; eine Präzisierung wäre mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden und könnte zu einer Unvollständigkeit führen.

- Das Urteil des BGH ändert nicht, dass Vertragsänderungen mit dem Kunden vereinbart sein müssen. Jedenfalls für Energieversorgungsunternehmen reicht aber die Vereinbarung eines „allgemeinen“ einseitigen Leistungsänderungs- bzw. Vertragsanpassungsrechts. Der konkreten Vertragsanpassung muss der Kunde dann nicht (mehr) zustimmen; für eine – an § 308 Nr. 5 BGB – zu messende Zustimmungsfiktion besteht keine Notwendigkeit.
- Die Vertragsanpassungsklausel muss aber den Anforderungen an eine solche Klausel standhalten, muss also insbesondere auf die zulässigen Fälle einer Vertragsanpassung beschränkt sein und die Preisgestaltung unberührt lassen (s.a. Folie 20).
- Wichtig ist, dass eine Beachtung der Klauselverbote in §§ 308 und 309 BGB keine Sicherheit für die Zulässigkeit einer Klausel bieten. Klauseln sind in einem zweiten Schritt immer auch an den Voraussetzungen des § 307 Abs. 1 und 2 BGB zu messen.

- Sachverhalt
- Kernaussagen des Urteils
- Anmerkungen für die Praxis

In Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens (Artikel 258 AEUV) rügt die EU Kommission, dass Deutschland die Richtlinie 2009/72/EG zum Elektrizitätsbinnenmarkt (RL) aus dem sog. „Dritten Energiebinnenmarktpaket“ nicht hinreichend umgesetzt habe. Die EU Kommission hat das Vertragsverletzungsverfahren formal bereits 2015 eröffnet, aber erst am 16.11.2018 hat die EU Kommission Klage beim EuGH eingereicht.

Gegenstand des Vertragsverletzungsverfahrens waren insgesamt vier Rügen:

- eine Rüge betraf die Legaldefinition des „vertikal integrierten Unternehmens“ in § 3 Nr. 38 EnWG;
- zwei weitere Rügen standen im Zusammenhang mit der Umsetzung des ITO-Entflechtungsmodells (§§ 10 bis 10e EnWG) als Alternative zur eigentumsrechtlichen Entflechtung;
- die **vierte Rüge** betraf schließlich die Unabhängigkeit und ausschließliche Zuständigkeit der Bundesnetzagentur als nationale Regulierungsbehörde (NRB) für die Festlegung der Übertragungs- und Verteilungstarife für den Zugang zu den nationalen Netzen.

Im Rahmen der vierten Rüge sah die Kommission die Vorgaben zur Unabhängigkeit nach Artikel 35 Abs. 5 RL sowie zu Aufgaben und Befugnisse der NRB nach Artikel 37 Abs. 1 und 6 RL durch den gesetzlichen Aufbau der Regulierung über EnWG und unterlagerte RVOen, die für die Bundesnetzagentur verbindliche Detailvorgaben enthalten (sog. normative Regulierung), verletzt.

Der BGH sah in seiner Entscheidung „*Normativer Regulierungsrahmen*“ (EnVR 58/18) im Oktober 2019 darin nicht zwangsläufig einen Verstoß gegen Unionsrecht.

- Zuständigkeit zu Bestimmung der Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen für den Anschluss an und den Zugang zu den nationalen Netzen, einschließlich der anwendbaren Tarife, sei unmittelbar den NRB vorbehalten (vgl. Artikel 37 Abs. 6 RL: „*zumindest*“) – Verweis auf EuGH, 29.10.2009, C-474/08, Kommission/Belgien.
- NRB treffe Entscheidungen selbständig und allein auf der Grundlage des öffentlichen Interesses, ohne externen Weisungen anderer öffentlicher oder privater Stellen unterworfen zu sein; allgemeine politische Leitlinien der Regierung blieben unberührt, jedoch nicht im Zusammenhang mit den Regulierungsaufgaben und -befugnissen.
- Eine völlige Unabhängigkeit von Verwaltungsorganen oder politischen Stellen als Träger der exekutiven oder der legislativen Gewalt gewährleiste unparteiische und nichtdiskriminierende Entscheidungen sowie die Möglichkeit einer langfristiger Perspektive durch Trennung von der politischen Macht.
- Diese Unabhängigkeit dürfe im Rahmen der Zuständigkeiten nicht durch Rechtsakte beschränkt werden – daher verstießen die Verordnungsermächtigungen in § 24 EnWG und darauf basierende (gesetzliche) verordnungsrechtliche Vorgaben gegenüber der NRB gegen die Richtlinienvorgaben.

- Die mitgliedstaatliche Verfahrensautonomie sei gewahrt, denn die vollständige Wirksamkeit EU-Rechts sei bei Umsetzung zu gewährleisten; ferner unterläge die NRB Grundsätzen und Regeln, die durch einen detaillierten normativen Rahmen auf Unionsebene festgelegt werden.
- Die demokratische Legitimation sei gewahrt, da die Arbeitsweise der Union auf dem Grundsatz repräsentativer Demokratie beruhe, die sich in dem Gesetzgebungsverfahren widerspiegele, nach dem die RL erlassen worden sei; es stehe dem Demokratieprinzip nicht entgegen, dass es außerhalb des klassischen hierarchischen Verwaltungsaufbaus angesiedelte, von der Regierung mehr oder weniger unabhängige öffentliche Stellen gebe, die der politischen Einflussnahme entzogen sein müssen, dabei aber an das Gesetz gebunden und der Kontrolle durch die zuständigen Gerichte unterworfen bleiben (unter Verweis auf EuGH, 09.03.2010, Kommission/Deutschland, C-518/07).
- Nationaler Gesetzgeber sei an die Zuweisung gemäß der RL gebunden; zulässig sei aber die Bestimmung der Behördenleitung durch Parlament oder Regierung, ebenso wie eine parlamentarische Kontrolle nach Verfassungsrecht.
- Die der NRB vorbehaltenen Zuständigkeiten fielen in den Bereich der Durchführung – und zwar auf der Grundlage einer technisch-fachlichen Beurteilung – und räumten keinen Wertungsspielraum ein, der zu Entscheidungen politischer Art führen könnte (vgl. EuGH, 22.01.2014, Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat, C-270/12 versus EuGH, 13.06.1958, Rs.9/56, Meroni/Hohe Behörde).

- Die Bestimmtheit der Entscheidung wirkt mit Blick auf eine völlige Unabhängigkeit der Behörde zunächst befremdlich; dass materielle Vorgaben des Unionsrechts hinreichend konkret seien, bleibt ebenfalls, zumindest als generelle Aussage zweifelhaft.
- Aber: Es bestehen keine ernsthaften Zweifel an der grundsätzlichen Übertragbarkeit auf die aktuell geltende Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie (EU) 2019/944, Artikel 57 Abs. 5 und Artikel 59 Abs. 7.
- Neugestaltung des gesetzlichen Aufbaus der Regulierung ist erforderlich und absehbar.
- Unionsrechtskonforme Neuorganisation der Regulierung wird herausfordernd.
- Bundesnetzagentur wendet für eine Übergangszeit deutsches Recht voll weiter an und wird die bisherige Spruchpraxis fortsetzen:
 - die Voraussetzungen für ausnahmsweise unmittelbare Anwendung des europäischen Richtlinienrechts liegen nicht vor;
 - ansonsten Unvereinbarkeit mit Zielsetzung des für die Energieregulierung einschlägigen europäischen Rechts (Ziel: u.a. vorhersehbare und verlässliche Rahmenbedingungen).
 - Beschluss v. 24.09.2021, BK8-21/03729-01; Beschluss v. 15.12.2021, BK4-21-006; BK 9 (Gasnetzentgelte) steht noch aus.
- Entsprechend wendet die Rechtsprechung weiter deutsches Recht an – vgl. BGH, Beschluss vom 26.10.2021, EnVR 17/20, Rn. 13 bis 16 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II.





Dr. Maximilian E. Elspas
Partner

GvW Graf von Westphalen
Sophienstraße 26
80333 München

m.elspas@gvw.com
T +49 89 689077-204
F +49 89 689077-100



Guido Brucker
Partner

GvW Graf von Westphalen
Potsdamer Platz 8
10117 Berlin

g.brucker@gvw.com
T +49 30 726111-207
F +49 30 726111-333



Dr. Reinald Günther
Partner

GvW Graf von Westphalen
Potsdamer Platz 8
10117 Berlin

r.guenther@gvw.com
T +49 30 726111-207
F +49 30 726111-333

