

<b>Anmerkung zu:</b>	BGH Kartellsenat, Beschluss vom 27.10.2020 - EnVR 104/19
<b>Autor:</b>	Thorsten Kirch, RA
<b>Erscheinungsdatum:</b>	10.06.2021
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 20 EnWG 2005, § 6 EnWG 2005, § 12 StromNZV, § 24 NAV, § 38 EnWG 2005 ... mehr
<b>Fundstelle:</b>	jurisPR-UmwR 6/2021 Anm. 5
<b>Herausgeber:</b>	Prof. Dr. Ferdinand Kuchler, RA Dr. Martin Spieler, RA
<b>Zitiervorschlag:</b>	Kirch, jurisPR-UmwR 6/2021 Anm. 5

---

## **Bilanzielle Zuständigkeit des Grundversorgers für unberechtigte Stromentnahmen**

### **Leitsätze**

#### **Unberechtigt genutzte Lieferstellen**

- 1. Stromentnahmen an der Lieferstelle eines Haushaltsanschlusses, die ohne vertragliche oder gesetzliche Grundlage erfolgen, sind dem Bilanzkreis desjenigen Elektrizitätsversorgungsunternehmens zuzuordnen, welches die Kosten für die entnommene Energie trägt und dem spiegelbildlich gegen den Nutzer der Lieferstelle ein Schadensersatz- oder Bereicherungsanspruch zusteht. Dies ist im Niederspannungsbereich der Grundversorger.**
- 2. Die Festlegung der Geschäftsprozesse zur Kundenbelieferung mit Elektrizität (GPKE) ist rechtmäßig, soweit sie dem Grundversorger eine Abmeldung von Lieferstellen versagt, für die weder ein vertragliches noch ein gesetzliches Lieferverhältnis besteht und für die ein solches vom Nutzer auch nicht beansprucht werden kann.**

### **A. Problemstellung**

Nach § 36 Abs. 1 Satz 1 EnWG haben Energieversorgungsunternehmen für Netzgebiete in denen sie die Grundversorgung von Haushaltskunden durchführen Allgemeine Bedingungen und Allgemeine Preise für die Versorgung in Niederspannung und Niederdruck öffentlich bekannt zu geben und im Internet zu veröffentlichen und zu diesen Bedingungen und Preisen jeden Haushaltskunden zu versorgen. Aufgrund des dem Grundversorger obliegenden Kontrahierungszwangs wird dieser bei Stromentnahmen regelmäßig Vertragspartner des Haushaltskunden. Diese Grundversorgungspflicht besteht gemäß § 36 Abs. 1 Satz 2 EnWG nur dann nicht, wenn die Versorgung für das Energieversorgungsunternehmen aus wirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar ist. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn ein Haushaltskunde gegenüber dem Grundversorger erheblich mit Zahlungen im Rückstand ist.

Über die Ersatzversorgung nach § 38 Abs. 1 Satz 1 EnWG wird zudem eine Auffangbelieferung auf gesetzlicher Grundlage für den Fall sichergestellt, dass kein reguläres Energielieferverhältnis be-

steht. Vertragsgrundlose Energieentnahmen durch Letztverbraucher in Niederspannung werden somit dem Ersatzversorger zugewiesen. Die Ersatzversorgung ist gemäß § 38 Abs. 2 Satz 1 EnWG jedoch auf längstens drei Monate begrenzt und endet danach automatisch, ohne dass es hierzu einer Kündigung des Versorgers bedarf. Aus den §§ 36, 38 EnWG folgt somit die Pflicht des Grundversorgers, die zivilrechtliche Verantwortung für die Belieferung von Letztverbrauchern zu übernehmen.

## **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EltVU) belieferte Letztverbraucher mit Strom auf der Niederspannungsebene. In den Jahren 2014 bis 2016 meldete das EltVU gegenüber den beigeladenen Netzbetreibern in mehreren hundert Fällen grundversorgte Haushaltskunden von der Belieferung ab und übernahm die Ersatz- und Grundversorgung dieser Kunden gemäß den §§ 36, 38 EnWG. Einige dieser Lieferstellen meldete sie nach Ablauf von drei Monaten bei dem jeweiligen Netzbetreiber mit der Begründung „Ende der Ersatzversorgung ohne Folgeblieferung“ aus der Ersatzversorgung ab und lehnte zugleich die (erneute) Übernahme der Grundversorgung dieser Haushaltskunden ab. Gegenüber der Beigeladenen zu 2) beantragte das EltVU in der Regel gleichzeitig mit der Abmeldung eine Sperrung des jeweiligen Anschlusses wegen Zahlungsrückständen der Kunden. Die Sperrung wurde jedoch häufig nicht durchgeführt. Gegenüber der Beigeladenen zu 1) erfolgte ein solcher Sperrauftrag in der Regel nicht. Nachdem die Beigeladenen die betreffenden Lieferstellen in ihrem jeweiligen Netzgebiet und die dort nach Ablauf der Ersatzversorgung entnommene Energie zunächst ihrem Differenzbilanzkreis zugeordnet hatten, lehnten sie zuletzt gegenüber der Betroffenen derartige Abmeldungen aus der Ersatzversorgung ohne Übernahme der Grundversorgung mit der Begründung „Transaktionsgrund unplausibel“ ab und ordneten die Lieferstellen sowie deren Stromentnahmen weiterhin dem Bilanzkreis des EltVU zu.

Die BNetzA (Beschl. v. 26.03.2018 - BK6-16-161) hatte die aktive Abmeldung der Haushaltskunden durch das EltVU für rechtswidrig erklärt. Das OLG Düsseldorf (Beschl. v. 13.11.2019 - VI-3 Kart 801/18 (V)) lehnte die hiergegen gerichtete Beschwerde des EltVU ab. Der BGH bestätigte die Entscheidung des Oberlandesgerichts mit seinem Beschl. v. 27.10.2020 (EnVR 104/19) und begründete dies wie folgt:

Die in den §§ 36, 38 EnWG geregelte Grund- und Ersatzversorgung solle in dem insbesondere für Haushaltskunden relevanten Bereich der allgemeinen Versorgung im Bereich der Niederspannung einerseits eine nahtlose Stromversorgung aller Haushalte sicherstellen, andererseits Stromentnahmen ohne vertragliche oder gesetzliche Grundlage verhindern. Aus diesem Grund sei der Grundversorger gesetzlich verpflichtet, mit jedem Haushaltskunden einen Stromlieferungsvertrag zu feststehenden Konditionen abzuschließen (§ 36 Abs. 1 Satz 1 EnWG). Habe ein solcher Kunde keinen anderweitigen Versorgungsvertrag geschlossen, sei der von ihm veranlassten Stromentnahme regelmäßig der objektive Erklärungswert zu entnehmen, dass er die Realofferte des Grundversorgers auf Abschluss eines Grundversorgungsvertrages annehme. Lehne der Kunde einen Vertragsschluss dagegen ab, weil er zum Beispiel mit einem anderen Stromlieferanten in Vertragsverhandlungen stehe, greife nach § 38 Abs. 1 Satz 1 EnWG ipso iure das Institut der Ersatzversorgung ein. Die Stromentnahme erfolge dann auf Grundlage eines gesetzlichen Schuldverhältnisses, dem sich der Grundversorger ebenfalls nicht entziehen könne. Schließe der Kunde während der laufenden Ersatzversorgung keinen Stromlieferungsvertrag ab, so komme nach dem Ablauf der Dreimonatsfrist (§ 38 Abs. 2 Satz 1 EnWG) wiederum ein Grundversorgungsvertrag zustande, wenn der Kunde an der Lieferstelle weiter Strom entnehme und sich nicht ausdrücklich gegen einen Vertragsschluss verwehre. Anders als die übrigen in demselben Netzgebiet tätigen EltVU unterliege der Grundversorger also sowohl einem Kontrahierungszwang als auch einer potenziel-

len gesetzlichen Leistungspflicht gegenüber den Haushaltskunden. Er könne sich seine (Vertrags-)Partner mithin nicht aussuchen.

Nach Auffassung des BGH sind die damit verbundenen wirtschaftlichen Risiken für den Grundversorger gering. Dieser sei berechtigt, staatlich geregelte, „allgemeine“ Preise zu verlangen, die höher seien als die frei ausgehandelten Preise in Sonderverträgen. Zudem treffe ihn nach § 36 Abs. 1 Satz 2 EnWG keine Pflicht zum Vertragsschluss, wenn ihm dies wirtschaftlich nicht zumutbar sei. Gleiches gelte gemäß § 38 Abs. 1 Satz 2 EnWG für Ersatzversorgungsverhältnisse. Der Grundversorger sei dem Inhaber der Lieferstelle daher nicht (mehr) zur Lieferung von Strom verpflichtet, wenn er den Grundversorgungsvertrag berechtigt gekündigt habe, den Abschluss eines Grundversorgungsvertrags berechtigt verweigere oder wenn der potenzielle Kunde nach Ablauf der dreimonatigen Ersatzversorgung einen Vertragsschluss mit dem Grundversorger ablehne.

Bestehe für die betreffende Lieferstelle zu diesem Zeitpunkt kein Stromlieferungsvertrag mit einem anderen EltVU, erfolgten weitere Stromentnahmen unberechtigt. Verhindert werden könne dies nur durch eine Versorgungsunterbrechung in Form einer Sperre des betreffenden Netzanschlusses, die der Netzbetreiber einrichten könne (§ 24 NAV). Für die technische Einrichtung der Anschlussperre benötige der Netzbetreiber allerdings regelmäßig Zutritt zum Grundstück. Werde dieser vom Anschlussnutzer verweigert, könne es auch gegen den Willen von Netzbetreiber und Stromlieferanten zu anhaltenden unberechtigten Stromentnahmen kommen.

Aus der in den §§ 36, 38 EnWG angelegten Auffangfunktion des Grundversorgers folge, dass die an einer – nicht von einem Drittunternehmen versorgten – Lieferstelle entnommenen Strommengen dem Bilanzkreis des Grundversorgers auch dann zuzuordnen seien, wenn mit diesem kein vertragliches oder gesetzliches Lieferverhältnis (mehr) bestehe und ein solches vom Nutzer der Lieferstelle auch nicht beansprucht werden könne. Auch in einem solchen „rechtlosen Zustand“ sei, die betreffende Lieferstelle zwingend einem Bilanzkreis zuzuordnen. Das folge nicht nur aus § 4 Abs. 3 StromNZV, sondern bereits aus dem Prinzip der Netzstabilität, dem das in § 20 Abs. 1a Satz 5 EnWG angelegte Bilanzkreissystem diene, welches beim Stromnetz den Ausgleich zwischen Einspeisung und Entnahme gewährleisten solle.

Dabei sei die bilanzielle Zuordnung der an solchen Lieferstellen entnommenen Strommengen zu einem Bilanzkreis nicht allein buchhalterischer Natur. Vielmehr folge aus ihr auch die wirtschaftliche Einstandspflicht des Bilanzkreisverantwortlichen für diese Quantitäten, da er sie unabhängig davon, ob er sich bei dem Nutzer der Lieferstelle schadlos halten könne oder nicht, auf eigene Kosten beschaffen oder dem Übertragungsnetzbetreiber als Ausgleichsenergie vergüten müsse. Dementsprechend führe im Normalfall, nämlich bei Stromentnahmen auf Grundlage eines Vertragsverhältnisses oder eines gesetzlichen Schuldverhältnisses wie der Ersatzversorgung, die vertragliche oder gesetzliche Verpflichtung zur Stromlieferung an eine bestimmte Lieferstelle überhaupt erst dazu, dass die dort entnommene Energie als von einem bestimmten EltVU geliefert gelte und seinem Bilanzkreis oder Unterbilanzkreis zugeschrieben werde. Die Zuordnung der an einer bestimmten Lieferstelle aus dem Stromnetz entnommenen Strommengen zum Bilanzkreis eines bestimmten EltVU folge somit den zivilrechtlichen Gegebenheiten.

Auch Stromentnahmen ohne vertragliche oder gesetzliche Grundlage seien demjenigen EltVU bilanziell zuzuordnen, welches die Kosten für die entnommene Energie trage und dem spiegelbildlich gegen den Nutzer der Lieferstelle ein Schadensersatz- oder Bereicherungsanspruch zustehe. Dies sei im Niederspannungsbereich der Grundversorger. Der Netzbetreiber komme als Gläubiger eines Schadensersatz- oder Bereicherungsanspruchs wegen unberechtigter Stromentnahmen an einer Lieferstelle für Haushaltskunden nicht in Betracht. Aus den Entflechtungsvorgaben der §§ 6 ff. EnWG folge, dass ein Netzbetreiber ausschließlich fremden Strom transportieren könne. Er dürfe rechtlich aber nicht die Funktion eines Stromlieferanten übernehmen. Die von ihm zu un-

terhaltenden Bilanzkreise dienen allein der Erfassung der Strommengen, die er entweder selbst verbraucht habe oder die als verbleibende Differenz keinem anderen Bilanzkreisverantwortlichen zuzuordnen seien. Dementsprechend lege § 12 Abs. 3 Satz 2 StromNZV fest, dass im Differenzbilanzkreis des Netzbetreibers keine Letztverbraucher bilanziert werden dürfen. Die im Netz eines Netzbetreibers weitergeleiteten und von einem Letztverbraucher entnommenen Strommengen können daher wirtschaftlich nicht ihm zugeordnet werden. Die Zuordnung solcher Strommengen zum Bilanzkreis eines anderen Stromlieferanten scheidet ebenfalls aus.

Die Zuordnung der unerlaubt entnommenen Strommengen zum Bilanzkreis des Grundversorgers beruhe auf dem Umstand, dass an den betreffenden Lieferstellen gerade mit ihm zuletzt ein vertragliches oder gesetzliches Lieferverhältnis bestanden habe. Demgemäß greife der Haushaltskunde in den Rechtskreis des Grundversorgers ein und es stünden etwaige Bereicherungs- oder Schadensersatzansprüche für unbefugt entnommene Strommengen zivilrechtlich auch grundsätzlich dem Grundversorger und nicht dem Netzbetreiber zu.

Auch Praktikabilitätsabwägungen sprechen nach Ansicht des BGH dafür, an Haushaltsanschlüssen unberechtigt entnommene Strommengen dem Bilanzkreis des Grundversorgers zuzuordnen. Aufgrund des vorangegangenen Lieferverhältnisses wisse der Grundversorger regelmäßig, wer sein Schuldner sei. Er könne daher die genannten zivilrechtlichen Ansprüche wegen unrechtmäßiger Stromentnahmen leichter durchsetzen als der Netzbetreiber und dies zudem mit der Durchsetzung seiner typischerweise ebenfalls nicht oder nicht vollständig erfüllten Ansprüche aus der Grund- oder Ersatzversorgung verbinden.

Darüber hinaus könne der Stromlieferant regelmäßig allein einschätzen, ob im konkreten Fall die in § 36 Abs. 1 Satz 2 EnWG genannten Voraussetzungen der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit der Eingehung oder Fortsetzung eines Grund- oder Ersatzversorgungsverhältnisses und die aus dem Leistungsverhältnis resultierenden Voraussetzungen für eine Sperre des Netzanschlusses an der betreffenden Lieferstelle tatsächlich vorlägen. Dies sei insofern relevant, als darüber zwischen dem Grundversorger und dem Stromkunden vielfach Uneinigkeit bestehen werde. Denn aufgrund der elementaren Bedeutung der Stromversorgung für jeden Haushalt stelle eine Kündigung des Grundversorgungsvertrags oder die Verweigerung der (Wieder-)Aufnahme eines Haushaltskunden in die Grund- oder Ersatzversorgung selbst bei erheblichen Zahlungsrückständen grundsätzlich die ultima ratio dar.

Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde hänge das mit der bilanziellen Einstandspflicht auch für unberechtigte Stromentnahmen verbundene wirtschaftliche Risiko des Grundversorgers auch nicht vom Gutdünken des Netzbetreibers ab. Zwar sei zutreffend, dass dieser faktisch für die Einrichtung der Liefersperre zuständig sei und für den Fall, dass er diese unterlasse, eine fortgesetzte Stromentnahme auf Kosten des Grundversorgers ermögliche. Komme der Netzbetreiber jedoch schuldhaft einer vom Grundversorger berechtigt erteilten Anweisung nach § 24 Abs. 3 NAV zur Einrichtung einer Liefersperre nicht nach, können dem Grundversorger gegen den Netzbetreiber Schadensersatzansprüche wegen Verletzung des zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisses zustehen. Nichts anderes gelte, wenn der Grundversorger eine solche Anweisung in seiner Funktion als Ersatzversorger erteile.

Die GPKE-Festlegung sei demnach rechtmäßig, soweit sie dem Grundversorger eine Abmeldung von Lieferstellen versage, für die weder ein vertragliches noch ein gesetzliches Lieferverhältnis bestehe und für die ein solches vom Nutzer auch nicht beansprucht werden könne. Zugleich liege auf Seiten des Grundversorgers eine Zuwiderhandlung gegen § 4 Abs. 3 Satz 1 StromNZV auch dann vor, wenn er mit der Begründung, er sei dort weder aus einem bestehenden oder zwingend abzuschließenden Grundversorgungsvertrag noch aus einem Ersatzversorgungsverhältnis nach

§ 38 EnWG zur Stromlieferung verpflichtet, die Abmeldung einer Lieferstelle vornehme, solange dort keine Liefersperrung eingerichtet sei.

### **C. Kontext der Entscheidung**

Das in einem Netzgebiet zur Grundversorgung verpflichtete EltVU hat zu allgemeinen, von ihm öffentlich bekannt gegebenen und im Internet veröffentlichten Bedingungen und Preisen grundsätzlich jeden Haushaltskunden in Niederspannung mit Strom zu beliefern. Dem Haushaltskunden steht ein Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages zu (Kontrahierungszwang). Die Pflicht zur Grundversorgung entfällt gemäß § 36 Abs. 1 Satz 2 EnWG nur dann, wenn diese wirtschaftlich unzumutbar ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Haushaltskunde erheblich mit Zahlungen im Verzug ist. In diesem Fall ist der Grundversorger zudem gemäß § 19 StromGKV berechtigt, die Versorgung durch den Netzbetreiber unterbrechen zu lassen.

### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Der Grundversorger kann die Grundversorgung von Letztverbrauchern aufgrund von Zahlungsrückständen wegen wirtschaftlicher Unzumutbarkeit gemäß § 36 Abs. 1 Satz 2 EnWG ablehnen. Gegenstand der Entscheidung des BGH war die Frage, in welchem Bilanzkreis Strommengen zu bilanzieren sind, wenn der Grundversorger die Grundversorgung wegen wirtschaftlicher Unzumutbarkeit gemäß § 36 Abs. 1 Satz 2 EnWG beendet hat oder die Ersatzversorgung gemäß § 36 Abs. 2 Satz 1 EnWG ausgelaufen ist. Die Netzbetreiber sind gemäß § 4 Abs. 3 Satz 1 StromNZV und durch die Festlegung GPKE der BNetzA zur Sicherstellung der jederzeitigen lückenlosen bilanziellen Zuordnung entnommener Strommengen verpflichtet. Der BGH hat entschieden, dass unberechtigte Strommengen, die durch einen Haushaltskunden nach Beendigung der Grundversorgung entnommen werden, zulasten des Grundversorgers zu bilanzieren sind. Somit trägt der Grundversorger das wirtschaftliche Risiko unberechtigter Stromentnahmen, obwohl das Versorgungsverhältnis zuvor bereits rechtmäßig beendet wurde. In der Literatur wird daher zurecht kritisiert, dass dies das im EnWG verankerte Ablehnungsrecht wegen wirtschaftlicher Unzumutbarkeit jedenfalls faktisch entwertet (Milovanovic, IR 2018, 258). Die Begründung des BGH erscheint im Ergebnis trotzdem überzeugend. Dem Grundversorger stehen gegen den zahlungssäumigen Haushaltskunden Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche zu. Ob sich diese jedoch auch praktisch durchsetzen lassen, kann durchaus bezweifelt werden. Dieses Risiko kann der Grundversorger aber zumindest teilweise einpreisen.