

Festschrift Beitrag

Für Prof. Tonner

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski

13.12.2019

## **Der grundversorgte Energieverbraucher- ein (europarechtlicher) Fehlanreiz zur Ausbeutung von Letztverbrauchern auf Energiemärkten**

### **I. Problemstellung**

Die Pflicht zur Grundversorgung ergibt sich aus §36 EnWG, der im Jahre 2005 in das EnWG eingefügt wurde.<sup>1</sup> Danach sind EVU, die die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet beliefern, zugleich **Grundversorger** (§36 Abs.2 EnWG). Der Grundversorger hat für sein Netzgebiet die allgemeinen Bedingungen und Preise für die Versorgung mit Energie im Internet zu veröffentlichen und ist verpflichtet zu diesen Bedingungen und Preisen jeden Haushaltskunden zu versorgen (§36 Abs.1 EnWG).

Der deutsche Gesetzgeber hat mit §36 EnWG Europäisches Richtlinienrecht umgesetzt. Danach tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass Haushaltskunden das Recht auf Versorgung mit Elektrizität und Gas einer bestimmten Qualität zu leicht vergleichbaren, transparenten und angemessenen Preisen haben (Grundversorgung).<sup>2</sup>

In Art. 3 Abs.7 StromRL<sup>3</sup> heißt es: Mitgliedstaaten ergreifen geeignete Maßnahmen zum Schutz der Endkunden und tragen insbesondere dafür Sorge, dass für schutzbedürftige Kunden ein angemessener Schutz besteht. In diesem Zusammenhang definiert jeder Mitgliedstaat das Konzept des „schutzbedürftigen Kunden“, das sich auf Energiearmut sowie auf das Verbot beziehen kann, solche Kunden in schwierigen Zeiten von der Energieversorgung auszuschließen. Die Mitgliedstaaten stellen sich, dass die Rechte und Verpflichtungen im Zusammenhang mit schutzbedürftigen Kunden eingehalten werden. Insbesondere treffen sie Vorkehrungen, um Endkunden in abgelegenen Gebieten zu schützen. Schließlich gewährleisten die Mitgliedstaaten einen hohen Verbraucherschutz, insbesondere in Bezug auf die Transparenz der Vertragsbedingungen, allgemeine Informationen und Streitbeilegungsverfahren.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> BT-Drucks. 15/3917 S.66; Zur Genese und zur Bestimmung des Grundversorgers in der Übergangszeit (2005/06): LG Baden-Baden vom 20.01.2006- 1 O 1/06- RdE 2006, 126f.

<sup>2</sup> Art. 3 Abs.1 S. 1. RL 2009/72/EG (Strom) und 2009/73/EG (Gas)- Vgl. auch Erwägungsgrund 45 RL 2009/72/EG.

<sup>3</sup> 2009/72/EG vom 13.07.2009

<sup>4</sup> Art.3 Abs.3 RL 2009/73/EG (Gas).

Die Zielrichtung der **Grundversorgungspflicht** ist klar. Es geht um den Schutz von Haushaltskunden und in gewissen- von den Mitgliedstaaten zu definierenden- Grenzen auch um den Schutz von kleinen Unternehmen, die weniger als 50 Personen beschäftigen und einen Jahresumsatz oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 10 Mio. Euro haben.<sup>5</sup> An den guten Absichten, sowohl des Europäischen als auch des nationalen Gesetzgebers kann kein Zweifel bestehen. Die Grundversorgungspflicht soll für eine Versorgung mit Strom/Gas zu leicht und eindeutig vergleichbaren, transparenten, sowie nicht diskriminierenden Preisen führen.

Die Wirklichkeit sieht überraschenderweise genau entgegengesetzt aus. Eine Vielzahl von Marktdaten deutet darauf hin, dass gerade die Grundversorgungspflicht zu einer partiellen räumlichen Marktbeherrschung mit überhöhten Preisen führt. Damit scheint das Konzept der Grundversorgung genau das Gegenteil zu bewirken, was mit ihm beabsichtigt war und ist. Die hieraus resultierende Rechtsfrage lautet, ob diese Wirkungen, wenn sie sich denn bewahrheiten sollten, auf einer fehlerhaften Weichenstellung des europäischen Rechtes beruhen und welche Konsequenzen dies aus der Sicht des nationalen und des Europäischen Rechtes haben muss.

## II. Zahlen, Daten, Fakten

### 1. Monitoring BNetzA/BKartA

Jährlich berichten die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt über die Veränderungen auf den Strom- und Gasmärkten in Deutschland und Europa.<sup>6</sup> Zum Stichtag 01.04.2018 bezahlte der typische grundversorgte Haushaltskunde 31,47 Cent/kWh. Außerhalb der Grundversorgung zahlte der Haushaltskunde im Schnitt 28,8 ct/kWh. BNetzA und BKartA kommen übereinstimmend zu dem Ergebnis, dass die Grundversorgung nach wie vor die **teuerste** Versorgungsart darstellt.<sup>7</sup> Schon zum 01.04.2009 wurde darüber berichtet, dass bei einem Wechsel aus der Grundversorgung zu einem Sondervertragstarif ca. 150 € jährlich gespart wurden.<sup>8</sup>

Sehr ähnlich sind die Fakten im Gasbereich. Zum 01.04.2018 lag der Durchschnittspreis in der Grundversorgung bei 6,64 ct/kWh. Außerhalb der Grundversorgung konnte Gas für 5,71 ct/kWh beschafft werden.<sup>9</sup> Diese Differenz zwischen den Grundversorgungstarifen und den Sondervertragstarifen bestand auch schon im Jahre 2009 (Grundversorgung 7,11 ct/kWh im Vergleich zu 6,60 ct/kWh bei Wettbewerbern).<sup>10</sup> Das bedeutet sowohl bei Strom als auch bei Gas liegen die Preise der Grundversorger

---

<sup>5</sup> So Art.3 Abs.3 StromRL.

<sup>6</sup> Monitoringbericht 2018 ab S.5.

<sup>7</sup> Monitoringbericht 2018, S.287.

<sup>8</sup> Monitoringbericht 2009, S.118ff.

<sup>9</sup> Monitoringbericht 2018, S.451.

<sup>10</sup> Monitoringbericht 2009, S.237 ff.

konstant über den Preisen, die sich im freien, unverfälschten Wettbewerb bilden.

## 2. Untersuchungen der LBD-Beratungsgesellschaft

Die LBD-Beratungsgesellschaft, Berlin hat am 21.02.2019 in einem Symposium zur geplanten Fusion RWE/E.ON Zahlen, Daten und Fakten der neuen E.ON im Absatzmarkt B2C für Strom und Gas vorgelegt. Die Angebote für B2C-Kunden sind, so die Studie, von der Postleitzahl abhängig. Die meisten Anbieter haben in den Postleitzahlgebieten unterschiedliche Preise. Für den Verbraucher ist es nicht möglich ohne Eingabe seiner Postleitzahl, ein Angebot für einen Strom- oder Gaslieferung zu bekommen. Die Analyse der Margen ausgewählter Versorger je Grundversorgungsgebiet macht deutlich, dass nur ein Teil der Versorger in nahezu allen Grundversorgungsgebieten aktiv ist.<sup>11</sup> Dabei liegt die Spreizung der Margen je Versorger mit Boni bei über 50€ pro Kunde und ohne Boni bei bis zu 100€ pro Kunde.<sup>12</sup> Insbesondere gibt es in den Regionen lokal sehr selektive Angebote, etwa von e wie einfach.<sup>13</sup> Auch innogy bietet in weiten Teilen Deutschlands mit lokal differenzierten Margen an.<sup>14</sup> Dabei werden in den Grundversorgungsgebieten sehr viel höhere Margen als im Wettbewerb erzielt.<sup>15</sup> Das gleiche gilt für den Anbieter enviaM<sup>16</sup> und auch für den Anbieter LEW<sup>17</sup>.

Ganz generell kommt die LBD-Studie zu dem Ergebnis, dass ein potenzieller Kunde kein Angebot bekommt ohne seine Postleitzahl anzugeben.<sup>18</sup> Nahezu alle Anbieter machen dem Kunden gezielt lokal zugeschnittene Angebote.<sup>19</sup> Aus alledem folgt, so die LBD, dass die Haushaltskunden in Deutschland lokal versorgt werden. Das gilt für alle Sondervertrags- und auch für alle Grundversorgungskunden.<sup>20</sup>

Unstreitig ist, dass die Haushaltskunden jederzeit zu einem anderen, preiswerteren, Anbieter wechseln können. Unstreitig ist aber auch, dass sie dies in aller Regel nicht tun. Die LBD hat festgestellt, dass der Grundversorger im Durchschnitt einen Marktanteil von **69%** hat.

Das ist ein überraschendes Ergebnis, wenn man bedenkt, dass der grundversorgte Kunde in aller Regel deutlich mehr für Strom und Gas bezahlt, als er eigentlich müsste, er könnte- mit einem einzigen Mausklick, jederzeit zu einem preiswerteren Strom- oder Gasversorger wechseln. Warum dieser Wechsel nicht stattfindet, warum mit anderen Worten der Wettbewerb auf

---

<sup>11</sup> LBD Präsentation S.7.

<sup>12</sup> LBD Präsentation S.7.

<sup>13</sup> LBD Präsentation S.10.

<sup>14</sup> LBD a.a.o. S.11.

<sup>15</sup> LBD a.a.o. S.11.

<sup>16</sup> LBD a.a.o. S.13.

<sup>17</sup> LBD a.a.o. S.14.

<sup>18</sup> A.a.o. S.16.

<sup>19</sup> LBD a.a.o. S.16.

<sup>20</sup> LBD a.a.o. S.16.

den Strom- und Gasmärkten offensichtlich nicht funktioniert, ist bisher ungeklärt. Möglicherweise liegt dies an der Trägheit der Haushaltskunden. Naheliegender ist der Gedanke, dass der Haushaltskunde eine starke traditionelle Bindung an seinen Grundversorger hat und das in ihn gesetzte Vertrauen nicht verspielen will. Möglicherweise spielt aber auch der Begriff Grundversorgung eine Rolle. Grundversorgung könnte in den Augen vieler Haushaltskunden eine besonders grundlegende und sichere Versorgung bedeuten, die der Haushaltskunde, der typischerweise risikoavers ist, ungern aufgibt. Das Festhalten einer Vielzahl von Haushaltskunden an ihrem Grundversorger könnte so ähnlich begründet sein wie das Festhalten einer Vielzahl von Deutschen an ihrer garantierten Lebensversicherung, selbst zu Zeiten niedriger und teilweise sogar negativer Zinsen. Wer einmal zu seinem Hauptversicherer, vielleicht der Allianz, ein Vertrauensverhältnis aufgebaut hat, wird dieses nicht so schnell durch einen Wechsel zu einem No-Name-Anbieter gefährden, auch wenn dieser mit niedrigeren Kosten und mit höheren Durchschnittszinsen aufwarten kann.

Wie auch immer: 69% der Kunden in Deutschland werden vom Grundversorger mit Strom/Gas beliefert- nur 31% sind etwa über Check24 oder Verivox zu preiswerteren Anbietern gewechselt. Konsequenz: der größte Teil der deutschen Haushaltskunden bezahlt für Strom und Gas zu viel und zwar deshalb, weil der europarechtlich vorgeschriebene Grundversorger zu höheren Preisen versorgt als der Wettbewerber. Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Grundversorger regelmäßig auch Wettbewerbstarife anbieten- das heißt, der grundversorgte Kunde könnte jederzeit bei seinem eigenen Versorger durch Blick in die Tarifgestaltung sehen, dass er preiswerter versorgt werden könnte ohne dabei das Unternehmen, das ihn versorgt, überhaupt zu wechseln.

### 3. Wettbewerbsverzerrungen durch die Grundversorgung

*Tobias Hirt* hat sich in einer breit angelegten Studie mit der Frage beschäftigt, ob im deutschen Strommarkt tatsächlich ein funktionsfähiger Wettbewerb besteht.<sup>21</sup> Die Studie kommt zu dem überraschenden Ergebnis, dass knapp ein Viertel der den Markt dominierenden (preiswertesten Tarife) **defizitär** sind und folglich dem Versorger keinen wirtschaftlichen Nutzen bringen. Die Tarife rechnen sich praktisch nicht- allein die durchschnittliche Amortisationszeit der Investitionen in die Neukunden beträgt durchschnittlich bis zu 9 Jahren- bei Gewerbetarifen sogar bis zu 10 Jahren.<sup>22</sup> Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Versorger mithilfe dieser notorisch-defizitären Tarife offenbar einen Verdrängungswettbewerb eröffnet haben.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> *Hirt*, Untersuchung eines potentiellen Verdrängungswettbewerbs im Rahmen der Stromtarife in Deutschland, EWeRK 2019 ab. S.84.

<sup>22</sup> *Hirt*, a.a.o. S.91.

<sup>23</sup> *Hirt*, a.a.o. S.91.

Die Finanzierung dieser defizitären Tarife ist nach Auffassung von *Hirth* nur durch Quersubventionierung oder durch nachträgliche Preiserhöhungen zu erklären.<sup>24</sup> *Hirt* vermutet, dass die Versorger, die über eine große Finanzkraft und über große Grundversorgungsgebiete verfügen, mithilfe der notorisch defizitären Tarife kleine EVU und Anbieter, die keine grundversorgten Kunden umwerben können (wie etwa das Unternehmen Lichtblick in Hamburg) vom Markt zu verdrängen versuchen oder von vorneherein den Marktzutritt versperren. Es handle sich, so *Hirt*, um strategische *Dumping-Strategien*, die, so wird man aus den Untersuchungen von *Hirt* schlussfolgern dürfen, überhaupt nur möglich sind wegen der großen Margen, die die EVU bei ihren grundversorgten Kunden erzielen.

*Hirt* hat immerhin 1,5 Mrd. Tarife untersucht, die ausschließlich innerhalb des Top 50 Rankings lagen.<sup>25</sup>

Möglich ist ein solcher Verdrängungswettbewerb zu Gunsten von Anbietern die über grundversorgte Kunden verfügen möglicherweise nur deshalb, weil das Europäische Recht eine Differenzierung zwischen grundversorgten Kunden einerseits und Sondervertragskunden andererseits zwingend vorgibt. Gäbe es eine solche Vorgabe durch den Europäischen Gesetzgeber nicht, so würden alle Kunden im Wettbewerb umworben werden müssen. Es gäbe aller Wahrscheinlichkeit nach einen einheitlichen Strom- und Gasmarkt in ganz Deutschland. Die Differenzierung in Postleitzahlgebiete gäbe wenig Sinn, da der Preisvergleich zu grundversorgten Kunden wegfielen.

Wie in allen anderen Branchen, bei denen es um homogene Massengüter (zum Beispiel Lebensmittel) geht, würde sich bei freiem, unverfälschtem Wettbewerb ein Durchschnittspreis für die kW/h in Deutschland einpendeln, der strukturell nahe dem Grenzkostenpreis<sup>26</sup> läge, also dem Preis, bei dem es sich für keinen Anbieter lohnt, eine kW/h oberhalb oder unterhalb dieses Preises zu produzieren und anzubieten.

Die aus diese Faktenlage resultierenden **Grundfragen** liegen auf der Hand: wo liegt das Problem des Schutzkonzeptes der Grundversorgung, das in den Europäischen Strom- und Gasrichtlinien angelegt zu sein scheint, und wie lassen sich die Fehlanreize dieses Konzeptes überwinden?

### **III. Das Konzept des freien, unverfälschten Wettbewerbs im europäischen Recht**

Die Tätigkeit der Mitgliedstaaten **und** der Union, so heißt es in Art. 119 AEUV, beruht auf dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit **freiem** Wettbewerb. Auf diese Weise soll ein **effizienter Einsatz** der Ressourcen innerhalb des Binnenmarktes der Union gefördert werden (Art. 120 AEUV). Die Union wird

---

<sup>24</sup> *Hirt* a.a.o S.91.

<sup>25</sup> A.a.o. S.86- einbezogen waren Haushalte mit ca.2500 kWh/jährlich, sowie Gewerbebetrieben 25000 kWh/jährlich.

<sup>26</sup> *Schwintowski*, Grenzkosten als Preisbildungsmechanismus auf staatlich regulierten Energiemärkten, EWERK 2015, 117, 118.

erforderlichenfalls zur Erreichung dieser Zwecke tätig.<sup>27</sup> Sollten die Europäischen Verträge die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorsehen, so erlässt der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments die geeigneten Vorschriften.<sup>28</sup> Darüberhinaus unterlassen die Mitgliedstaaten alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten (Art.4 Abs.3 EUV).

Ganz generell darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Union zuwiderläuft (Art. 106 Abs.2 AEUV).

Dies bedeutet, dass die Union (primärrechtlich) an das Ziel des freien, unverfälschten und effizienten Wettbewerbs gebunden ist. Alle Akte der Union, gleichgültig ob es sich um Verordnungen oder Richtlinien handelt, dürfen den primärrechtlich gewährleisteten freien und unverfälschten Wettbewerb nicht in Frage stellen. Sie müssen sich in ihren Wirkungen an diesen Grundprinzipien der Europäischen Verträge messen lassen.<sup>29</sup>

Aus alledem folgt, dass der Grundsatz des freien und unverfälschten Wettbewerbs ein **Rechtsprinzip** darstellt. An diesen Grundsatz sind sowohl die Union, als auch alle Mitgliedstaaten gleichermaßen und unmittelbar gebunden (Art.119 Abs.1 AEUV). Das bedeutet alle Sekundärakte der Union, insbesondere alle Richtlinien, müssen das Prinzip des freien und unverfälschten Wettbewerbs verwirklichen, soweit dies aus der Perspektive der jeweiligen Schutzfunktionen der Sekundärrechtsakte möglich ist.

## 2. Schutzfunktion der Strom-und Gasrichtlinien zu Gunsten der Haushaltskunden

Mit der Schutzfunktion der Strom-und Gasrichtlinie 2003 und 2009 hat sich der EuGH im Urteil vom 23.10.2014 explizit beschäftigt.<sup>30</sup> Aus dem Wortlaut der Richtlinie 2003/54 (Art.3 Abs.5) und 2003/55 (Art.3 Abs.3)<sup>31</sup> dürfen die Mitgliedstaaten, so der EuGH, geeignete Maßnahmen zum Schutz der Endkunden ergreifen, wozu auch Maßnahmen gehören, mit denen diesen Kunden geholfen wird, einen Ausschluss von der Energieversorgung zu vermeiden.<sup>32</sup> Zu diesem Zweck könnten die Mitgliedstaaten nach dem jeweiligen Art. 3 Abs.3 der Richtlinien einen Versorger letzter Instanz benennen.<sup>33</sup> Im Verfahren vor dem EuGH ging es um Verträge, die von Versorgern geschlossen wurden, die gegenüber den Kunden, die darum ersuchten hatten, als Versorger letzter Instanz handelten.<sup>34</sup> Da diese Strom-und Gasversorger verpflichtet seien mit allen Kunden,

<sup>27</sup> Protokoll Nr.27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb.

<sup>28</sup> So Art.352 Abs. 1 AEUV.

<sup>29</sup> EuGH vom 21.02.1973- Rs.6/72 Beck RS 2004,37 395 *Continental Con*; bekräftigt in EuGH vom 29.10.1980- Rs.139/79 Beck RS 2004, 71, 595 an. Rn.22 *Maizena*; erneut EuGH vom 07.02.1985-Rs. 240/83, Beck RS 2004, 72 561 ADBHU.

<sup>30</sup> C-359/11 und C-400/11- *juris Strom-Gaspreiserhöhung*.

<sup>31</sup> Später überführt in die Richtlinie 2009/72/EG *Strom* sowie 2009/73/EG *Gas*.

<sup>32</sup> EuGH a.a.o. Rn.42.

<sup>33</sup> EuGH a.a.o. Rn.42.

<sup>34</sup> EuGH a.a.o. Rn.43.

die darum ersuchten und dazu berechtigt seien, zu den in diesen Rechtsvorschriften vorgesehen Bedingungen Verträge zu schließen, seien die wirtschaftlichen Interessen dieser Versorger insoweit zu berücksichtigen, als sie sich die andere Vertragspartei nicht aussuchen und den Vertrag nicht beliebig beenden könnten.<sup>35</sup> Zugleich müsse den Kunden neben ihrem Recht sich vom Liefervertrag zu lösen, auch die Befugnis erteilt werden, gegen Änderungen der Lieferpreise vorzugehen.<sup>36</sup> Folglich müssten die Kunden, die sich gegen eine Änderung des Lieferpreises wehren wollen, rechtzeitig vor dem Inkrafttreten der Preisänderung über deren Anlass, Voraussetzungen und Umfang informiert werden.<sup>37</sup> Deshalb, so antwortete der EuGH dem BGH auf seine Frage, müssten grundversorgte Kunden über Tarifänderungen rechtzeitig vor Inkrafttreten der Änderung und insbesondere auch über Anlass, Voraussetzungen und Umfang informiert werden.<sup>38</sup>

Diese Vorabentscheidung des EuGH hat der BGH in seiner späteren Rechtsprechung umgesetzt.<sup>39</sup> Der BGH hat betont, dass der Grundversorger berechtigt sei, Steigerungen seiner Bezugskosten, soweit diese nicht durch Kostensenkungen in anderen Bereichen ausgeglichen werden, während der Vertragslaufzeit an seine Kunden weiter zu geben.<sup>40</sup> Er sei verpflichtet bei einer Tarifanpassung Kostensenkungen ebenso zu berücksichtigen wie Kostenerhöhungen.<sup>41</sup> Unter Berücksichtigung der vom EuGH geforderten rechtzeitigen Information über Anlass, Voraussetzungen und Umfang der Preiserhöhung sei der Grundversorger zu einer Preisänderung berechtigt. Berechtigterweise erhöhte Preise würden zum vereinbarten Preis.<sup>42</sup>

Im Ergebnis sind sich EuGH und BGH darin einig, dass Kunden zu ihrem Schutz in die **Grundversorgung** fallen können und dürfen. Die Annahme des EuGH, Kunden würden den Versorger ersuchen für sie Versorger letzter Instanz zu sein, so dass sich der Versorger die Vertragspartei nicht aussuchen und den Vertrag nicht beliebig beenden könne<sup>43</sup>, erschließt sich aus dem deutschen Recht allerdings nicht. Die Kunden ersuchen ihr EVU nach § 36 EnWG nicht darum „als Versorger letzter Instanz zu handeln“. Vielmehr definiert §36 EnWG (objektiv), das EVU immer dann *Grundversorger sind*, wenn sie die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefern. Haushaltskunden, so definiert §3 Nr.22 EnWG sind Letztverbraucher mit einem Jahresverbrauch bis 10000 kWh.<sup>44</sup> **Konsequenz:** das EVU, das die meisten Haushaltskunden im einem Netzgebiet beliefert, ist zugleich **Grundversorger in diesem Gebiet**. Unter welchen

---

<sup>35</sup> EuGH a.a.o. Rn.44.

<sup>36</sup> EuGH a.a.o. Rn.46.

<sup>37</sup> EuGH a.a.o. Rn.47.

<sup>38</sup> EuGH a.a.o. Rn.48.

<sup>39</sup> BGH vom 09.12.2015- VIII ZR 236/12 EnWZ 2016,222 Rn.18, unter ausdrücklichen Hinweis auf die frühere, entgegenstehende, Rechtsprechung desselben Senates.

<sup>40</sup> BGH a.a.o. Rn.22.

<sup>41</sup> BGH a.a.o. Rn.22.

<sup>42</sup> BGH a.a.o. Rn.23.

<sup>43</sup> EuGH a.a.o. Rn.43/44.

<sup>44</sup> Damit sind nach deutschem Recht auch kleingewerbliche Betriebe als Haushaltskunden erfasst.

Voraussetzungen die Grundversorgungspflicht einsetzt, ist dagegen im deutschen EnWG nicht ausdrücklich geregelt. Herausgebildet hat sich ein allgemeines Verständnis, wonach die Grundversorgung die Versorgung mit Strom und Gas für jeden Haushaltskunden sicher stellt. Der Grundversorger veröffentlicht seine Preise und Bedingungen im Internet. Darin liegt eine *Realofferte*. Entnimmt ein Haushaltskunde nunmehr Strom oder Gas dem Netz, so kommt der Energieliefervertrag mit dem Grundversorger quasi automatisch zustande- die Annahme des Antrags muss nach §151 S.1 BGB wegen der bestehenden Verkehrssitte nicht erklärt werden.<sup>45</sup>

Von dieser Konzeption geht auch §2 Abs.2 Strom/GasGVV aus. Kommt, so der Text der Verordnung, der Grundversorgungsvertrag dadurch zustande, dass Elektrizität/Gas aus dem Netz der allgemeinen Versorgung entnommen wird, so ist der Kunde verpflichtet, dem Grundversorger die Entnahme von Strom/Gas unverzüglich in Textform mitzuteilen.

Das bedeutet, dass nach Auffassung des Gesetzgebers die Haushaltskunden, die ohne ausdrückliche Wahl ihres Lieferanten Energie dem Netz entnehmen, automatisch zu grundversorgten Kunden des größten örtlichen Versorgers werden. Der Verbraucher braucht infolgedessen keine bewusste Entscheidung darüber zu treffen, wer ihn mit Strom oder Gas versorgen soll. Diese Entscheidung nimmt ihm das deutsche Recht ab.<sup>46</sup>

Natürlich kann sich jeder Haushaltskunde von einem Lieferanten seiner Wahl beliefern lassen- er kann den Anbieter per Mausclick im Internet wählen; ebenso leicht kann er wechseln. Macht der Haushaltskunde von dieser Möglichkeit Gebrauch, so wird er aus der Perspektive des §36 EnWG nunmehr zum Sondervertragskunden.

Selbstverständlich bleibt auch der Sondervertragskunde ein Haushaltskunde im Sinne von §3 Nr.22 EnWG, wenn er unterhalb von 10000 kWh jährlich verbraucht. Er gilt aber für das EVU, das die meisten Haushaltskunden im Netzgebiet versorgt, nicht mehr als grundversorgter, sondern nunmehr als Sondervertragskunde. Erst dann, wenn der Versorger dieses Haushaltskunden die Versorgung (möglicherweise durch Insolvenz)<sup>47</sup> einstellt, entsteht automatisch die Verpflichtung, auch diesen Kunden zu versorgen . Er entnimmt nun Energie aus dem Netz, ohne zuvor darüber einen Vertrag geschlossen zu haben. Infolgedessen entsteht (konkludent) der Versorgungsvertrag mit dem Grundversorger.

Das deutsche Recht sorgt also für einen Automatismus für alle Kunden, die sich um die Frage, wer sie eigentlich mit Energie versorgen soll, nicht kümmern, sondern stattdessen dem Netz einfach Energie entnehmen. Immer dann, wenn sie dies tun und keinen anderen Versorger wählen, werden sie zu grundversorgten Kunden.

---

<sup>45</sup> *Danner/Theobald-Hartmann*, §2 Strom GVV Rn.16, der den konkludenten Vertragsschluss als „sozialtypisches Verhalten“ bezeichnet; Dagegen *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang S.477 f: Diese Lehre widerspreche dem Prinzip der Privatautonomie; ähnlich *Warg*, der Grundversorger zwischen Wettbewerb und Gemeinwohl, 2019, S.213, 2015.

<sup>46</sup> Deshalb kritisch *Warg* a.a.o S.215.

<sup>47</sup> Beispiel Flexstrom.



Die rechtliche Frage lautet, ob der Schutz der Haushaltskunden durch eine derartige Bevormundung bei der Wahl ihres Versorgers selbst dann erforderlich ist, wenn eine Vielzahl von Versorgern im Wettbewerb zu Verfügung stehen und der Kunde nur entscheiden müsste, von wem er letztlich versorgt werden will. Die Situation für den Kunden ist in etwa die, auf die er trifft, wenn er sich für oder gegen einen bestimmten Lieferanten von Lebensmitteln, Kleidung, Drogeriewaren oder Restaurants entscheidet. In all diesen Fällen hat der Kunde die Wahl zwischen einer Vielzahl von Angeboten. Welches Angebot er wählt, ist ihm überlassen- allerdings muss er sich entscheiden- der Staat nimmt ihm die Entscheidung darüber, in welchem Restaurant er essen will, oder bei wem er seine Bekleidung kaufen möchte nicht ab. Das wäre auch sehr merkwürdig.

Nur auf Strom-und Gasmärkten wird diese staatliche Vorgabe nicht als überraschend und merkwürdig empfinden- wir sind nicht der Auffassung, dass hierin eine Bevormundung des Kunden, jedenfalls in den Fällen liegt, in denen eine ausreichende Zahl von Energielieferanten zur Verfügung steht.

Die hieraus resultierende Frage lautet, ob das Konzept, der Grundversorgung den Haushaltskunden in Wirklichkeit nicht schützt, sondern in aller Regel **bevormundet**. Dieser Frage hat sich auch *Florian Warg* in einer Dissertation gewidmet, die im Jahre 2019 erschienen ist.<sup>48</sup>

#### **IV. Das Grundversorgungskonzept als Bevormundung des Haushaltskunden**

Die im folgende zu untersuchende These lautet, dass das Konzept zur Grundversorgung den Haushaltskunden in Wahrheit nicht schützt, sondern ihn **bevormundet** und sogar schadet. Diese Bevormundung hat nichts mit der Frage zu tun, ob die Preise für die Grundversorgung höher sind, als die Preise die sich im Wettbewerb bilden. Es geht viel grundlegender darum, dass die Märkte für Strom- und Gasversorgung in Deutschland und Europa absolut funktionsfähig sind. Die Kunden werden zu jeder Zeit an jedem Ort im Wettbewerb zu transparenten, fairen und angemessenen Bedingungen versorgt. Es gibt mit anderen Worten überhaupt keinen Hinweis auf ein **partiell**es Marktversagen.

Ein solches wäre aber Voraussetzung dafür, dass Marktprozesse im Sinne des Gemeinwohls durch Regulierung zu korrigieren sind.<sup>49</sup> Es geht auch nicht um den immer wieder diskutierten Vorwurf, wonach Verbraucher von homogenen Gütern typischerweise *wechselträge* sind<sup>50</sup>. Es geht ferner nicht um das Problem der asymmetrischen Information.<sup>51</sup> Und es geht schließlich auch nicht, wie oft

---

<sup>48</sup> Der Grundversorger zwischen Wettbewerb und Gemeinwohl, Band 62 der Schriftenreihe des Instituts für Energie- und wettbewerbsrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin, Nommos Verlag.

<sup>49</sup> *Warg*, a.a.o. S.241, s.a. *Fehling*, Daseinsvorsorge und internationale Liberalisierung, in: Leible/Lippert/Walter (Hrsg.): Die Sicherung der Energieversorgung auf globalisierten Märkten, Tübingen 2007, S.122.

<sup>50</sup> *Warg* a.a.o. S.224; übergreifend Vahrenholt, Marktsegmentierung und Systemwettbewerb. Das Bedarfsmarktkonzept auf dem Prüfstand, 2011, 386 S., EWeRK Schriftenreihe, Band 44.

<sup>51</sup> Grundlegend die Schrift des Nobelpreisträgers *Akerlof*, „The market for lemons“: Quality uncertainty and the Market Mechanism, in: Quarterly Journal of Economics, Vol. 84 (1970) S.488- 500.

missverstanden wird, um das *prinzipal agent* Problem, da es bei Energielieferungen durch den Grundversorger gar keinen zwischengeschalteten Berater gibt.

Es geht allein darum, dass der Gesetzgeber durch das Konzept der Grundversorgung das Prinzip der **Privatautonomie außer Kraft setzt**. Die Privatautonomie ist Teil des allgemeinen Prinzips der Selbstbestimmung der Menschen und wird zumindest in ihrem Kern durch Artt.1 und 2 GG geschützt.<sup>52</sup> Sie berechtigt jeden Einzelnen, Rechte und Pflichten zu begründen, zu ändern oder aufzuheben und ist daher mehr als ein Freiheitsrecht.<sup>53</sup> Dabei gehört die Vertragsfreiheit, das heißt die Freiheit des Einzelnen seine Lebensverhältnisse durch Vertrag eigenverantwortlich zu gestalten, zu den HAUPTerscheinungsformen der Privatautonomie.<sup>54</sup>

Vertragsfreiheit bedeutet einerseits die Freiheit darüber zu entscheiden, mit wem man Verträge schließt (Abschlussfreiheit) und zum anderen die Freiheit der inhaltlichen Gestaltung der Verträge. Diese Freiheit wird durch das Konzept der Grundversorgung in §36 EnWG im Kern aufgehoben. Der Kunde, der dem Netz Strom oder Gas entnimmt entscheidet nicht mehr selbstbestimmt über die Frage, mit wem er einen Energieliefervertrag schließt, sondern ihm wird der Grundversorger als Energielieferant vom Gesetzgeber oktroyiert.

Für diesen **Zwang**, den Energieliefervertrag mit einem ganz bestimmten, nämlich dem Grundversorger, zu schließen von dem der Kunde in aller Regel gar nichts weiß, gibt es aus der Perspektive der Wettbewerbsordnung keinen Sachgrund. Im Gegenteil: der Wettbewerb auf Strom- und Gasmärkten in Deutschland und Europa funktioniert. Es gibt für Haushalts- und Kleinkunden eine Vielzahl von Strom- und Gasanbietern. Der Wechsel zu diesen Anbietern ist extrem einfach- er geschieht per Mausclick im Internet. Die Konditionen für die Belieferung mit Strom und Gas sind darüber hinaus auf bekannten Vergleichsplattformen im Internet für Jedermann aufrufbar und transparent. Beispiele sind Verivox oder Check24.

Es besteht weder bei der BNetzA noch bei BkartA oder der Monopolkommission ein Zweifel daran, dass jeder Haushalts- und Kleinkunde seinen Energiebedarf zu transparenten, angemessenen und fairen Preisen jederzeit hinreichend decken kann. Dies gilt selbst für den (gelegentlich vorkommenden) Fall der Insolvenz eines Versorgers. In der Insolvenz fällt der Versorger zwar aus. Es stehen aber genügend andere Versorger im Wettbewerb zur Verfügung, um die Belieferung mit Strom und Gas sofort zu angemessenen Konditionen zu gewährleisten. Es entsteht keinerlei Zeitverzögerung.

Sollte es wirklich einmal so sein, dass der Haushaltskunde von der Insolvenz seines Versorgers verspätet erfährt, so hätte er, möglicherweise für 2-3 Tage Strom und Gas aus dem Netz bezogen, ohne einem von ihm gewählten Versorger zugeordnet zu sein. Dies könnte er nunmehr im Wettbewerb ohne weiteres nachholen, indem er nämlich mit dem neuen Versorger seiner Wahl einen rückwirkend in Kraft tretenden Liefervertrag für jene Mengen verabredet, die er dem Netz bereits

---

<sup>52</sup> BVerfGE vom 04.06.1985 – 1 BvL 12/84, 70,123,72,170.

<sup>53</sup> *Ellenberger* in: Palandt BGB Kom. 78. Aufl. Einl. vor §104 Rn.1.

<sup>54</sup> *Ellenberger* in: Palandt BGB Kom. 78. Aufl. Einf. vor §145 Rn.7.

entnommen hat. Rückwirkend anknüpfende Lieferverträge sind ohne weiteres zulässig, weil formfrei möglich und rechtlich unproblematisch.

Aus alledem folgt: der Wettbewerb um Strom und Gas für Haushaltskunden bis zu 10.000 kWh pro Jahr funktioniert reibungslos in Deutschland und Europa. Es gibt keinerlei Hinweise auf ein (partielles) Marktversagen. Damit entfällt die Legitimation für jede Regulierung auf den Märkten für Strom und Gas. Es gibt mit anderen Worten keinen Sachgrund für das Konzept des Grundversorgers- im Gegenteil, die Einführung dieses Konzeptes führt zu einer erheblichen Störung des Wettbewerbs, denn dem Verbraucher wird ein Versorger aufgedrängt, den er nicht gewählt und für den er sich auch nicht entschieden hat.

Warum das europäische Regime und die deutsche Umsetzung meint, den Strom- und Gasverbraucher bevormunden zu müssen, ist schwer zu erklären. Hintergrund mag die bis 1998 praktizierte monopolartige Versorgung mit Strom und Gas gewesen sein. Damals wurde allgemein angenommen, dass die Strom- und Gasversorgung im Rahmen der Daseinsvorsorge mit einer gesetzlich ausdrücklich festgelegten Anschlusspflicht verbunden sein müsse.<sup>55</sup>

Spätestens nach der Marktöffnung (1998) ist deutlich geworden, dass die früher gesetzlich angeordnete Anschluss- und Versorgungspflicht für die Strom- und Gasversorgung völlig überdimensioniert und für den Wettbewerb beschränkend war.

Hintergrund der früheren Konzeption war, dass Netze und Erzeugung in einer Hand lagen, so dass der Netzmonopolist in der Lage war, sein natürliches Monopol auf die Letztverbraucher (Haushaltskunden) zu erstrecken (Leverage-Effekt). Spätestens durch die Trennung zwischen Netz, Erzeugung und Handel im Jahr 2005, sind die Grundvoraussetzungen für einen funktionsfähigen Wettbewerb auf den Strom- und Gasmärkten auch um Haushaltskunden geschaffen worden. Netzentgelte sind heute reguliert- das heißt der Netzzugang und die Angemessenheit der Entgelte sind gewährleistet. Das Netzmonopol kann nicht mehr auf die Endkundenbeziehungen erstreckt werden.

Das bedeutet der Kunde kann auf den Strom- und Gasmärkten durch die Verknüpfung zwischen Erzeugung und Netz nicht mehr diskriminiert und manipuliert werden. Die weitere Folge hieraus ist, dass der Kunde im Strom- und Gaswettbewerb transparent, diskriminierungsfrei und angemessen versorgt werden kann.

Die einzige Voraussetzung dafür ist, dass er mit einem oder auch mehreren Anbietern Lieferverträge für Strom und Gas schließt. Im Idealfall würde der Kunde zum Beispiel seinem Messstellenbetreiber, die Weisung erteilen, den für ihn jeweils günstigsten Strom/Gasanbieter herauszusuchen und mit diesem (kurzfristige) Lieferverträge zur Deckung seines Bedarfs zu schließen. Das wäre die

---

<sup>55</sup> So auch für Sonderabnehmer noch der BGH vom 05.12.1990- VIII ZR 64/90 NJW-RR 1991, 409.

optimale Gestaltung von Lieferverträgen, die heute im Wettbewerb ohne weiteres möglich sind.

Eines jedenfalls steht fest: der Kunde muss- so wie beim Kauf seiner Lebensmittel, seiner Bekleidung, seiner Kraftstoffe, seiner TK-Dienstleistungen, seiner Arzneimittels oder seines Kraftfahrzeuges selbstbestimmt und frei über die Frage entscheiden, wer ihn mit Strom/Gas beliefern soll. Diese Entscheidung muss der Kunde privatautonom treffen. Das kann er auch, denn die Angebote sind transparent im Netz erkennbar und aufrufbar. Der Kunde kann über die Strom- und Gasbelieferung sehr viel klarer, präziser und transparenter entscheiden als etwa über den Abschluss seiner Versicherungs-, Bank-, Finanzanlagen- oder Immobilienverträge.

Während es in all den genannten Lebensbereichen absolut selbstverständlich ist, dass der Kunde seinen Anbieter wählt, wird ihm dies durch das Konzept der Grundversorgung bei Strom und Gas verwehrt.

Natürlich könnte man über die Frage nachdenken, ob der Gesetzgeber dem Kunden einen Strom-und Gasversorger deshalb zuordnet, damit jeder Kunde, ganz unabhängig von seiner Bonität, zu jeder Zeit mit Energie versorgt wird. Ein solches Anliegen wäre durchaus legitim, denn auf Strom und Gas sind alle Menschen so angewiesen wie auf Brot oder Wohnung. Aus diesem Grunde sind die Aufwendungen von Strom und Gas auch in den Hartz IV Leistungen enthalten, sodass selbst diejenigen, die auf Transferleistungen aus dem Sozialrecht angewiesen sind, jederzeit ihre Strom-und Gasrechnung bezahlen können.

Umgekehrt ist der Grundversorger nach §19 Abs.2 Strom/GasGVV bei Nichterfüllung der Zahlungsverpflichtung trotz Mahnung berechtigt, die Grundversorgung 4 Wochen nach Androhung zu unterbrechen. Es ist also keinesfalls so, dass ein Haushaltskunde der seine Strom/Gasrechnung nicht bezahlt auch Dauer dennoch versorgt wird.

Damit bleibt zunächst festzuhalten, dass der Wettbewerb einer Vielzahl von Strom- und Gasanbietern zu einer „flächendeckenden, ausreichenden und angemessenen Versorgung der Verbraucher führt“.<sup>56</sup> Es kann sich somit bei der Grundversorgung nur um eine Art „**Notfallversorgung**“ handeln.<sup>57</sup> Der Notfall kann sich, genau besehen, nur auf jene Kunden beziehen, die sich in „energiepreisbedingter Armut“ befinden.<sup>58</sup> Im Großbritannien leidet ein Haushalt an Energiearmut, wenn er mehr als 10% seines verfügbaren Einkommens für die Beschaffung von Heizenergie aufwenden muss.<sup>59</sup> Das gleiche gilt für Frankreich.<sup>60</sup> In Deutschland setzt die Abschaltung nach Zahlungsverzug und Fristsetzung einen Rückstand von mindestens 100€ voraus.<sup>61</sup> Tatsächlich sind nach Angaben der BNetzA im Jahr 2017 ca. 330.000 Sperrungen im Rahmen der Grundversorgung und darüber hinaus

---

<sup>56</sup> Warg a.a.o. S.269.

<sup>57</sup> Warg a.a.o. S.269, s.a. *Kment-Rasbach*, EnWG Kom. §36 Rn.2.

<sup>58</sup> Kommission Auf dem Weg zu einer Charta der Energieverbraucherrechte, S.5.

<sup>59</sup> *Schlack*, Energiearmut – Herausforderung in Zeiten der Energiewende  
Entlastungsmöglichkeiten für einkommensschwache Letztverbraucher, EnWZ 2013, S.27.

<sup>60</sup> Warg a.a.o. S.274, Fn.859.

<sup>61</sup> §19 Abs.2 S.4 StromGVV- für Gas gibt es den Mindestrückstand gesetzlich nicht.

13.600 Sperrungen außerhalb der Grundversorgung Strom durchgeführt worden, bei Gas waren ca. 38.000 Kunden von einer Sperrung betroffen.<sup>62</sup>

Diese Abschaltungen fanden trotz der Versorgung mit Energie in einer sozialen Notlage- im Rahmen der Grundsicherung nach §22 SGB II- statt. Die BNetzA empfiehlt in diesem Zusammenhang nicht etwa beim Grundversorger zu bleiben, sondern stattdessen wird ein Lieferantenwechsel empfohlen.<sup>63</sup> Das heißt auch aus Sicht der BnetzA trägt gerade der Wettbewerb in diesen (prekären) Fällen zum sozialen Ausgleich bei.<sup>64</sup>

## V. Rechtliche Konsequenzen

Rechtlich verstößt das Konzept des Grundversorgers, so *Warg*, vorallem gegen das Europäische Primärrecht, insbesondere gegen Art. 106 Abs.2 AEUV.<sup>65</sup> Nach Art.106 Abs.2 AEUV dürfen Unternehmen (gemeint sind EVU) von den Regeln des freien und fairen Wettbewerbs dann und nur dann ausgenommen werden, wenn dadurch die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe (Grundversorgung) rechtlich oder tatsächlich verhindert würde. Genau das ist aber nicht der Fall.

Strom und Gas werden in Deutschland und Europa flächendeckend zu angemessenen Preisen für Haushaltskunden zur Verfügung gestellt. Der Wettbewerb funktioniert- die Versorgung ist gesichert. Es bedarf somit zu Gunsten der Haushaltskunden keines **Grundversorgers**. Umgekehrt bedarf die Grundversorgung keiner Freistellung i.S.d. Art.106 Abs.2 AEUV.

Dem steht auch die Rechtsprechung des EuGH nicht entgegen. Insbesondere mit Urteil vom 20.04.2010<sup>66</sup> hat der Gerichtshof klar gestellt, dass Mitgliedstaaten das Preisniveau für Erdgas nur zum erforderlichen Schutz des Endkunden und damit zwangsläufig nur für einen begrenzten Zeitraum, deckeln dürfen.<sup>67</sup> Eine aktive Preisgestaltung, so *Warg*<sup>68</sup> durch die Regulierungsbehörde dürfe nach dem Federutility-Urteil des EuGH folglich nicht mehr auf Dauer angelegt sein.

Die weiteren Ausführungen von *Warg* zeigen, dass er derzeit überhaupt keinen Regulierungsspielraum sieht, da es eine „Angebotsknappheit für die Versorgung mit Strom und Gas“ nicht gibt.<sup>69</sup> Auch seien Engpässe in der Belieferung nicht zu

<sup>62</sup> Monitoringbericht 2018, S.263 ff. und S.436 f.

<sup>63</sup> Monitoringbericht 2018, S.263.

<sup>64</sup> So auch *Warg* a.a.o. S.276.

<sup>65</sup> *Warg* a.a.o. S.319.

<sup>66</sup> Rs C-265/08 *Federutility* .

<sup>67</sup> So zuvor bereits EuGH vom 19.03.1991- 202/88 Beck RS 2004, 72254 *Telekommunikations-Endgeräte*; EuGH vom 23.10.1997- C-157/94 Beck RS 2004, 74525 *Einfuhrrechte für Elektrizität* ; bestätigt vom EuGH 03.03.2011- C- 437/09 Beck RS2011, 80182 *Zusatzkrankenversicherung*; EuGH vom 21.12.2011 C-242/10-juris *Dispatchingdienste*; EuGH vom 07.09.2016 C-121/15- juris *Lieferpreise Erdgas an Endkunden*; EuGH vom 11.04.2019 C-473/17 und C-546/17- juris *Höchstpreise Erdgas*.

<sup>68</sup> A.a.o. S. 313.

<sup>69</sup> *Warg* a.a.o. S.314.

befürchten.<sup>70</sup> Zugleich seien die Preise für die grundversorgten Endkunden konstant höher als für die Endkunden, die sich einen Anbieter im Wettbewerb suchten.<sup>71</sup> Im Ergebnis, so *Warg*, verstoße das Konzept des Grundversorgers gegen geltendes (Europäisches) Primärrecht und sei somit nichtig.<sup>72</sup> Diese Überlegungen sind nur zum Teil überzeugend.

Zunächst einmal verkennt *Warg*, dass das eigentliche Problem der Grundversorgung darin besteht, dass der Grundversorgungsvertrag allein durch die Entnahme von Strom/Gas aus dem Netz (§2 Abs.2 Strom/GasGVV) konkludent und zwar mit dem EVU, das die meisten Haushaltskunden im Netzgebiet versorgt, automatisch zustande kommt. Das ist der eigentliche Webfehler des Konzeptes der Grundversorgung. Es wäre nichts dagegen einzuwenden, dass ein Verbraucher Strom und Gas dem Netz entnimmt, wenn er zugleich verpflichtet wäre, zumindest im Nachhinein, einen Versorger zu kontaktieren, mit dem er später seinen Verbrauch (rückwirkend) abrechnet. Das findet aber im Konzept der Grundversorgung nicht statt, das heißt ein größerer Teil der Haushaltskunden wird deshalb zu grundversorgten Kunden, weil sie weder im Vorfeld noch im Nachhinein für ihren Energieverbrauch einen Vertrag mit einem Versorger schließen müssen. Dieses - europarechtlich angelegte - Konzept der prinzipiellen Grundversorgung durch Entnahme von Energie aus dem Netz verstößt gegen das Prinzip des freien und unverfälschten Wettbewerbs (Artt. 119,120 AEUV) und ist deshalb nichtig. Für jene Haushaltskunden, die im Wettbewerb tatsächlich keinen Versorger finden, der bereit ist sie zu beliefern, kann es beim Konzept der Grundversorgung durchaus bleiben. Die Konsequenz wäre, dass Haushaltskunden, denen es nicht gelingt im Wettbewerb einen Versorger zu finden und die deshalb nun tatsächlich „Schutz“ benötigen, vom **Grundversorger** aufgefangen würden. Es entstünde in der Tat jene Notfallsituation, die eine Grundversorgung rechtfertigen kann.

Die Frage, wie wahrscheinlich es ist, dass ein Haushaltskunde tatsächlich keinen Versorger findet der bereit ist ihn mit Energie zu beliefern, spielt letztlich keine Rolle. Entscheidend ist, dass der Gesetzgeber berechtigt ist, für Fälle dieser Art eine **Notfallregelung** vorzusehen, damit eine solche Notfallsituation gar nicht erst eintritt. Eine solche Notfallregelung wäre auch mit Art. 106 Abs. 2 AEUV ohne weiteres zu vereinbaren.

Das bedeutet das Europäische Richtlinienrecht müsste sich auf eine solche Notfallregelung beschränken. Diese wäre mit dem geltenden Europarecht vereinbar. Die Umsetzung in das deutsche Recht würde dann zunächst einmal klarstellen, dass Haushaltskunden ihren Versorger im Wettbewerb suchen und im Regelfall auch finden werden. Sollten sie im vertragslosen Zustand Strom und Gas dem Netz entnehmen, so kommt ein Liefervertrag mit demjenigen Versorger zustande, den sie (nachträglich) als Vertragspartner gewinnen. Nur in den

---

<sup>70</sup> *Warg* a.a.o. S.314.

<sup>71</sup> *Warg* a.a.o. S.314.

<sup>72</sup> *Warg* a.a.o. S.332 ff.

(seltenen) Fällen, in denen es ihnen nicht gelingt einen Versorger zu finden, tritt an seine Stelle der Grundversorger. Das kann durchaus derjenige sein, der die meisten Haushaltskunden in seinem Netzgebiet beliefert.

Die Folge eines solchen „notfallbasierten“ Grundversorgungskonzeptes wäre, dass nicht die bloße Entnahme von Energie aus dem Netz bereits zu einem Grundversorgungsvertrag führt, sondern dass jeder Haushaltskunde versuchen muss einen Energieliefervertrag mit einem Anbieter zu schließen. In die Grundversorgung würde er/sie somit nur im **Notfall** fallen.

Die weitere Konsequenz daraus wäre, dass es praktisch nur sehr wenige grundversorgte Kunden gäbe. Zugleich entfielen der Anreiz, grundversorgte Kunden zu höheren Preisen als im Wettbewerb zu versorgen.

## VI. Handlungsempfehlungen

1. Grundversorgte Kunden, die zu höheren Preisen versorgt werden als dies im Wettbewerb üblich ist, sollten sich weigern einen höheren Preis als den Wettbewerbspreis für die von ihnen bezogene Energie zu bezahlen. Im daraus möglicherweise resultierenden Zahlungsprozess sollten diese Haushaltskunden die Vorlage des Falles an den EuGH (Art.267 AEUV) beantragen und die Frage stellen, ob es tatsächlich Grundversorgungsverträge geben darf, die die Versorgung zu höheren Preisen als im Wettbewerb realisieren, und ob es tatsächlich zulässig ist, dass der Haushaltskunde seinen Versorger nur deshalb nicht bestimmen darf, weil er Strom und Gas dem Netz entnommen hat.
2. Der EuGH müsste dann im Rahmen von Art.106 Abs.2 AEUV prüfen, ob die Europäischen Richtlinienvorgaben für die Grundversorgung mit den Grundprinzipien des freien und unverfälschten Wettbewerbs deshalb nicht in Einklang zu bringen sind, weil der Haushaltskunde im Normalfall im Wettbewerb angemessen und auskömmlich versorgt werden könnte und infolgedessen durch das Konzept der Grundversorgung **bevormundet** wird.
3. Der Gerichtshof könnte sodann feststellen, dass die europäische Vorgabe für eine Grundversorgung bei Energie auf jene **Notfallsituationen** begrenzt und beschränkt sein muss, in denen der Haushaltskunde keinen Energielieferanten findet, der bereit wäre ihn zu angemessenen und fairen Preisen zu beliefern.