



Weitere Informationen finden Sie auf unserer Website:

<http://bet-aachen.de/beratung/netzberatung/>  
<http://bet-aachen.de/beratung/marktberatung/>  
<http://bet-aachen.de/beratung/managementberatung/>



BÜRO FÜR ENERGIEWIRTSCHAFT  
UND TECHNISCHE PLANUNG GMBH

**AACHEN** | HAMM | LEIPZIG

Theaterstraße 54-56  
D-52062 Aachen  
Telefon +49.(0)241.47 062-0  
Telefax +49.(0)241.47 062-60  
E-Mail [bet@bet-aachen.de](mailto:bet@bet-aachen.de)  
Internet [www.bet-aachen.de](http://www.bet-aachen.de)

**Fachartikel auszugsweise veröffentlicht in der ZfK 10/2001**

# **Hat der Netznutzungsvertrag noch eine Zukunft?**

**Aachen, den Oktober, 2001**

**Autoren:**

Dr. Joachim Müller-Kirchenbauer

Dr. Christian de Wyl

## **Hat der Netznutzungsvertrag Zukunft?**

Die Netznutzung durch Händler ist bei all-inclusive Belieferung zwischenzeitlich die Regel – bei der Umsetzung und den weiteren Konsequenzen dieser Abweichung vom Modell der VV II herrscht jedoch noch Unklarheit.

Für den nicht leistungsgemessenen Kleinkunden kommt der Strom nach wie vor „aus der Steckdose“. Die dem Marktplatzmodell der VV II zugrundeliegende gedankliche aber auch tatsächliche Trennung von Netznutzung (Monopol) und Strombelieferung (Wettbewerb) sind ihm noch fremd. Für ihn bedeutet die Kopplung von Strom und Netznutzung zu einem all-inclusive Produkt auf den ersten Blick eine Vereinfachung: ein Vertrag – ein Preis. Dass das in letzter Konsequenz nicht stimmt, sein Lieferant vielmehr bislang mit seiner Vollmacht weitere – handwerklich leider oft missratene - höchst komplexe Verträge schließt, ist ihm meist gar nicht bewusst. Die wenigsten Kunden werden zudem wissen, dass die all-inclusive Belieferung wegen der stark differierenden Netznutzungsentgelte – vgl. zuletzt die Initiative des Bundeskartellamtes gegen 22 Netzbetreiber – auf einer Mischkalkulation basiert. Kunden in Verteilnetzbereichen mit niedrigen Netznutzungsentgelten subventionieren den Strom von Kunden in solchen mit hohen Netznutzungsentgelten. Die (scheinbare) Bequemlichkeit wird daher mit einem Höchstmaß an Intransparenz erkaufte. Die – auch vereinzelt von Gerichten suggerierte – angebliche natürliche Einheit von Belieferung und Netznutzung zu durchbrechen, ist einzelnen Lieferanten wegen der zunächst begrenzten Vergleichbarkeit ihres Produktes und der auf den ersten Blick höheren Komplexität kaum möglich. Transparenz ist aber wohl bei vielen Lieferanten gar nicht gewollt: Nur so lässt sich an der jetzt absehbaren Absenkung der Netznutzungsentgelte verdienen.

## **Die Netznutzung durch den Lieferanten – Steuerprobleme mit Doppelvertragsmodell gelöst**

In der praktischen Umsetzung hat die all-inclusive Belieferung zunächst zu großen Problemen geführt. Nach der Umstellung von Beistellungen auf echte Netznutzung auf Basis der VV II wurde erkannt, dass es zu einer doppelten Besteuerung der Netznutzungsentgelte kommt. Der Kunde erhielt die Netznutzung sowohl vom Netzbetreiber auf der Grundlage des Netznutzungsvertrages als auch vom Lieferanten auf der Grundlage des Liefervertrages als umsatzsteuerpflichtige vertragliche Leistung. Dem Lieferanten, der den Netzkundenvertrag als Vertreter des Kunden abschloss und die Netznutzungsentgelte als Dritter auf die Schuld des Kunden zahlte, war der Vorsteuerabzug verwehrt. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, musste die Netznutzung gegenüber dem Lieferanten erbracht werden. In der Folge kam es zum Streit, ob nicht der Lieferant selbst abweichend von dem Ansatz der VV II gemäß § 6 EnWG einen eigenen Anspruch auf Netznutzung habe. Eine interessante Frage, über die man tiefgehende wissenschaftliche Dispute führen kann. Die Praxis war jedoch schneller.

Inzwischen steht weitgehend außer Frage, dass auch der Lieferant Netzinfrastruktur und Systemdienste für die Belieferung seiner Kunden als eigene Leistung gegen Entgelt in Anspruch nehmen kann. Mit dem sog. Doppelvertragsmodell, bei dem die Netznutzungskomponente im Netznutzungsvertrag mit dem Kunden nicht zum Tragen kommt, solange der Netzbetreiber dem Lieferanten die Netznutzung auf der Grundlage des Lieferantenrahmenvertrages leistet, wurde eine praktikable Lösung getroffen.

### **Was bedeutet das für den Netzbetreiber?**

Aus Sicht des Netzbetreibers ist die Netznutzung durch den Lieferanten zunächst nicht nachteilig. Schnell hat sich die in einem frühen Stadium der Umsetzung der VV II vorgebrachte Überlegung, der gelebte Netznutzungsvertrag sichere die Kundenbindung des Netzbetreibers, als eher theoretisch erwiesen. Welcher Netzbetreiber hat diese Beziehung in der Vergangenheit wirklich aktiv genutzt? Zudem kann davon ausgegangen werden, dass den wenigsten Kunden überhaupt klar gewesen ist, dass trotz des Lieferantenwechsels auch ihr alter Lieferant – nunmehr als Netzbetreiber – sich auf ein Vertragsverhältnis beruft, aus dem Zahlungspflichten resultieren. Will der Netzbetreiber, seine Netzkunden als Lieferkunden zurückgewinnen, läuft er zudem Gefahr, die Grenze des zulässigen Wettbewerbs zu überschreiten und abgemahnt zu werden. Eine Abrechnung der Netznutzung gegenüber jedem Kunden wäre ohnehin aufwendig. Einen Lieferanten als Rechnungsempfänger zu haben, reduziert den Abwicklungsaufwand erheblich.

### **Keine Netznutzung ohne Sicherheitsleistung**

Konsequenz dieser Vereinigung vieler entgeltpflichtigen Netznutzungsverhältnisse auf einen Lieferanten ist ein gebündeltes Ausfallrisiko. Wie erste Insolvenzen zwischenzeitlich gezeigt haben, ist dies ein nicht zu unterschätzendes Risiko, das zur Konsequenz hat, dass die Netznutzung vom Netzbetreiber grundsätzlich nur gegen Vorauszahlung bzw. Sicherheitsleistung erbracht werden sollte. Das Argument mancher Lieferanten, die AVB sehe die Sicherheitsleistung als Ausnahme vor, überzeugt nicht, da sich der Netzbetreiber in der Tarifversorgung einer Vielzahl einzelner Risiken ausgesetzt sieht. Bemessungsmaßstab der Sicherheit dürfen allerdings nur das zu zahlende Netznutzungsentgelt – für z.B. zwei Monate - sowie weitere Zahlungspflichten, etwa der Ausgleich für Mindermengen bei Kunden ohne registrierende ¼-Stundenleistungsmessung sein. Der teilweise gewählte Ansatz, die Sicherheit nach den Energieentnahmen des Kunden zu bemessen, ist nicht sachgerecht. Stellt der Lieferant die von seinen Kunden entnommene Energie nicht zeitgleich zur Verfügung, muss er sich diesbezüglich mit dem Übertragungsnetzbetreiber im Rahmen der Bilanzkreisverantwortung auseinandersetzen. Endet seine Bilanzverantwortung, etwa im Falle der Insolvenz, beliefert der Netzbetreiber den Kunden. Für diesen Fall vom Kunden vorher eine Sicherheit

zu verlangen ist nicht notwendig, da dieser ungeachtet der Insolvenz seines Lieferanten ja zahlungsfähig bleibt. Ob es ratsam ist, zwischen den einzelnen Lieferanten nach der Bonität zu unterscheiden, bleibt dem Ermessen des Netzbetreibers überlassen. In jedem Fall gilt es jedoch Diskriminierungen zu vermeiden. Allerdings können ein unterschiedliches Grundkapital oder sonstige bonitätswirksame Umstände im Einzelfall ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung sein.

### **Netzzugangsverordnung könnte Vertragsverhältnis mit dem Kunden entbehrlich machen**

Allein der faktische Zugang zum Netz ermöglicht dem Kunden die Entnahme von Energie einschließlich der damit verbundenen Netznutzung unabhängig davon, ob die Entnahmen durch einen Vertrag mit einem Lieferanten abgedeckt sind, der auch die Netznutzungsentgelte zahlt. Dieses potentielle Netznutzungs- bzw. Lieferverhältnis bedarf der Regelung, da die Regelungen der Tarifversorgung (AVBEItV/BTOEIt) nicht passen. Weiß der Kunde nichts von der Kündigung des Bilanzvertrages seines Lieferanten oder dessen Insolvenz, kommt durch seine fortdauernde Stromentnahme auch unter Berücksichtigung der Lehre vom Vertragsschluss kraft sozialtypischen Verhaltens, auf dem § 2 AVBEItV aufbaut, kein Tarifvertrag zustande. Dazu kommt es erst, wenn er in Kenntnis der Umstände weiterhin Strom bezieht; in diesem Fall ist jedoch die Laufzeit des dann zustande gekommenen Tarifvertrages der nächste Streitpunkt. Der Netzbetreiber wird nachvollziehbar darauf verweisen, dass die Mindestlaufzeit von einem Jahr der Ausgleich für kurzfristige Energiepreisschwankungen ist. Andererseits stammt § 32 AVB aus einer Zeit vor Liberalisierung des Marktes. Die Rechtsprechung, die durch Auslegung zu einer Interimsbelieferung kommt (vgl. z. B. LG Kiel v. 9. Mai 2001, 14 O Kart. 68/01) überzeugt vom wirtschaftlichen Ergebnis, nicht jedoch in der Begründung.

Dies ist eines von vielen Beispielen für den notwendigen Regelungsbedarf zwischen Netzbetreiber und Netzkunde. Die Entscheidung für eine Netznutzung des Lieferanten macht daher eine vertragliche Regelung mit dem Kunden nicht entbehrlich. Ein entsprechendes Regelungsbedürfnis wird daher in der Regel auch nicht bestritten. Nur über dessen Umfang und die Art und Weise des Zustandekommens gibt es unterschiedliche Auffassungen. Der in diesem Zusammenhang oft zitierte Anschlussvertrag bindet den Anschlussnehmer, d.h. in der Regel den Eigentümer, der aber nicht mit dem Nutzer identisch sein muss. Die AVB findet als Verordnung erst Anwendung, wenn ein Tarifvertrag zustande gekommen ist. Am einfachsten wäre die Schaffung einer Netzzugangsverordnung, die, der AVBEItV vergleichbar, das Vertragsverhältnis mit dem Kunden regeln würde. Neben der Verpflichtung die Entnahmen jederzeit durch einen offenen Liefervertrag auszugleichen, wären Regelungen zur Haftung, dem Zugang, der Übertragung von Abrechnungsdaten, Nutzungsrechten, der Lieferantenkonkurrenz und weiteren aus der AVB bekannte Sachverhalte, insbesondere aber

auch eine Mechanismus für eine Stromentnahme, die keinem Lieferanten zugeordnet werden kann, zu regeln.

Ob die Überarbeitung der AVBEItV durch das Bundeswirtschaftsministerium, die dem Vernehmen nach jetzt in die Absprache mit den Ländern eingebracht wird, für den Teil Netznutzung all diese Punkte berücksichtigt, wird sorgfältig zu prüfen sein.

### **Doppelvertragsmodell als Lösung – Typische Schwachpunkte**

Das Doppelvertragsmodell wahrt die Interessen des Netzbetreibers, indem der Kunde, gegebenenfalls durch seinen Lieferanten als Vertreter, einen Netznutzungsvertrag schließt, der neben der potentiellen Netznutzung und Belieferung vollwertiger Zugangsvertrag ist. Die juristische Ausgestaltung solcher Verträge lässt allerdings zum Teil noch zu wünschen übrig. So ist schon der Begriff des „Ruhens“ unscharf. Im Interesse einer zu jeder Zeit eindeutigen Leistungsbeziehung sollte das Netznutzungsverhältnis mit dem Kunden aufschiebend bedingt sein. Auch sollte der Begriff den Netzbetreiber nicht dazu verleiten, eine unangemessene, aufschiebend bedingte gesamtschuldnerische Haftung des Netzkunden zu vereinbaren. Eine Folge solcher Unschärfen könnte sein, dass der Vorsteuerabzug für den Lieferanten, dem die ganze Vertragsgestaltung ja dienen soll, unmöglich wird. Ansonsten gilt es die typischen Fehler bei der Ausgestaltung von Netzverträgen zu vermeiden, etwa die unwirksame Ausdehnung einer § 6 AVB entsprechenden Haftung auf sonstige Sachverhalte, umständliche, nicht praxisgerechte und möglicherweise diskriminierende Wechselprocedere oder die Änderung der Entgelte durch bloße Veröffentlichung. Eine unwirksame Preisanpassung könnte dem Netzbetreiber noch nach 30 Jahren entgegengehalten werden: ein teurer Spaß! Auch aus Gründen der Verhandlungsökonomie empfiehlt es sich hier auf in sich konsistente abgestimmte Vertragsmodelle, etwa das von BBH in Zusammenarbeit mit BET entwickelte Modell, das die neusten kartellrechtlichen Vorgaben berücksichtigt, zurückzugreifen.

### **Kann der Netzbetreiber auf einen Vertrag mit dem Kunden bestehen?**

Die bisherige Rechtsprechung steht dem Wunsch des Netzbetreibers, sein aktuelles bzw. potenzielles Verhältnis mit seinem Netzkunden zu regeln, nicht entgegen. So hat sich auch das Landgerichts Potsdam (2 O 362/2000) lediglich gegen einen Netznutzungsvertrag gerichtet, der die Netznutzung zwingend durch den Kunden vorsieht. Soweit einige Gerichte eine Netznutzung ohne jegliche vertragliche Grundlage vorsehen, ist dies rechtlich nicht haltbar, da wichtige Fragen, insbesondere die Haftung, völlig unregelt blieben. Auch in der Verlautbarung der Kartellbehörden vom 19.04.2001 wird das Interesse des Netzbetreibers, das Verhältnis mit dem Netzkunden zu regeln, anerkannt. Am Doppelvertragsmodell wird allerdings kritisiert, die darin liegende Vereinbarung einer potentiellen Netznutzung des Netzkunden könne nicht gegen dessen Willen erzwungen werden. Diese Auffassung vernachlässigt jedoch einseitig die aufgezeigten legitimen Interessen des Netzbetreibers, die

Ersatzbelieferung einschließlich der Netznutzung nahtlos zu regeln. Dies gilt um so mehr bei leistungsgemessenen Kunden, bei denen eine Fortbelieferung nach den allgemeinen Tarifen in der Regel nicht sachgerecht ist.

Soweit die Kartellbehörden darauf verweisen, den berechtigten Interessen des Netzbetreibers, sein Verhältnis zum Netzkunden zu regeln, könne auch genügt werden, indem der Lieferant auf andere Art und Weise "dem Netzbetreiber diese Rechte in gleichem Umfang verschafft", werden die Konsequenzen dieses Ansatzes verkannt. Zwar wird allenthalben über zu umfangreiche Netznutzungsverträge diskutiert - Fakt ist jedoch, dass sich ihr Umfang nicht wesentlich von den Regelungen der AVBEItV unterscheidet, die vom Verordnungsgeber als ausgewogen erachtet wurde. Wie aufgezeigt, sind mit Blick auf das potenzielle Liefer- bzw. Netznutzungsverhältnis auch Regelungen zur Messung und die anderen in der AVBEItV enthaltenen Regelungen zwingend aufzunehmen. Darüber hinaus besteht durch die komplexe Situation im liberalisierten Markt – Trennung von Netz und Belieferung – weiterer Regulierungsbedarf. Solange der Gesetzgeber daher nicht in Form einer überarbeiteten und in Liefer- und Netzteil aufgespaltenen AVBEItV eine 'kleine Netzzugangsverordnung' schafft, führt in der Praxis kein Weg an einem Netzzugangsvertrag zwischen Kunden und Netzbetreiber vorbei. Diesen kann selbstverständlich der Lieferant im Namen des Kunden schließen. Theoretische Lösungen, wie ein Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB), der in seinem Umfang dem Netzzugangsvertrag entsprechen müsste, erscheinen wenig sachgerecht, denn damit hätte der Kunde nichts gewonnen und der Lieferant zusätzlichen Aufwand für das Vertragsmanagement.

### **Regelung des Netzzuganges als Voraussetzung einer Drittbeflieferung**

Zu heftigem Streit führen regelmäßig Klauseln in Rahmenverträgen, die eine Belieferung von einer Regelung des Verhältnisses Netzkunde/Netzbetreiber – sei es auf andere Weise als durch einen unmittelbaren Vertrag – abhängig machen. Zwar ist die Herbeiführung einer entsprechenden Regelung zunächst nicht unmittelbar Angelegenheit des Lieferanten. Eine Verknüpfung ist gleichwohl zwingend geboten, da der Netzbetreiber Kunden, zu denen sein Verhältnis nicht auf einer belastbaren Basis steht, vom Netz nehmen müsste; dies sollte er zur Vermeidung späterer Auseinandersetzungen von vornherein klarstellen. Der Lieferant sollte daher im eigenen Interesse an der Herstellung der Belieferungsfähigkeit mitwirken.

Der Netznutzungsvertrag wird daher – in Form eines Netzzugangsvertrages mit potentieller Belieferung/Netznutzung – bis zur Verabschiedung einer Netzzugangsverordnung weiterleben.