

## Kartellrecht

### Differenzierung bei Energiepreisen wegen unvorhersehbar und kurzfristig höherer Bezugspreise

EnWG §§ 36, 38, 102, 106, 108

1. Das Energieversorgungsunternehmen, das in der Grundversorgung verschiedene Tarife anbieten kann, ist dabei nicht auf eine verbrauchsabhängige Differenzierung beschränkt. Auch höhere Beschaffungskosten können ein sachlicher Grund für eine Preisdifferenzierung sein.

2. Die Tarifspaltung zwischen Alt- und Neukunden beruht auf einem sachlichen Grund und stellt daher keine Diskriminierung dar, wenn das als Grund- und Ersatzversorger tätige Energieversorgungsunternehmen damit dem Umstand Rechnung trägt, dass es in einem nicht vorhersehbaren Maß zusätzliche Energie – und das zu höheren Preisen – beschaffen muss, weil es durch die unvorhersehbare Entwicklung auf den Energiemärkten zum Ende des Jahres 2021 und das kurzfristige Ausscheiden einzelner Energielieferanten aus dem Markt zumindest vorübergehend zusätzliche Haushaltskunden in erheblichem Umfang zu beliefern hat. (Leitsätze des Gerichts)

**OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.4.2022 – 5 W 2/22 (Kart), BeckRS 2022, 7551 – Marktverhaltensregeln**

#### Sachverhalt

Die Antragsgegnerin, das kundenstärkste lokale Energieversorgungsunternehmen für Strom und Gas, das als Grundversorger zum Abschluss des Vertrags und zur Energieversorgung der Haushaltskunden verpflichtet ist, hat mit Wirkung ab dem 21.12.2021 in der Preisgestaltung zwischen Alt- und Neukunden unterschieden. Altkunden waren Kunden, deren Vertrag vor dem 21.12.2021 begonnen, Neukunden solche, deren Vertrag am 21.12.2021 oder später begonnen hatte. Der Antragsteller, eine Verbraucherzentrale, nahm die Antragsgegnerin im einstweiligen Verfügungsverfahren auf Unterlassung dieser Preisspaltung in Anspruch. Das LG Dortmund wies den Antrag zurück.

#### Entscheidung

Die zum OLG Düsseldorf eingelegte sofortige Beschwerde bleibt erfolglos.

Das OLG Düsseldorf sieht in der Unterscheidung der Preise für Alt- und Neukunden keinen Verstoß gegen § 36 EnWG. Nach dieser Bestimmung ist der sog Grundversorger verpflichtet, alle in seinem Gebiet ansässigen Netzverbraucher mit Energie zu versorgen. Für diese Grundversorgung sind die öffentlich anzugebenden und im Internet zu veröffentlichen Allgemeinen Bedingungen und Preise maßgeblich. Der Grundversorger unterliegt für die Haushaltskunden dem Kontrahierungszwang zeitlich unbeschränkt und bis zur Grenze der wirtschaftlichen Zumutbarkeit. Die Grenze einer grundsätzlich zulässigen Differenzierung bei Preisen liege für die Antragsgegnerin als Monopolist darin, dass eine Ungleichbehandlung nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolgen darf, so das OLG. Die Antragsgegnerin habe einer für sie unvorhersehbaren Sondersituation zum Ende des

Jahres 2021 unterlegen, da kurzfristig einzelne Energielieferanten aus dem Markt ausgeschieden waren und die Antragsgegnerin deren Kunden aufnehmen musste. Die Antragsgegnerin habe hierfür wegen der Erhöhung der von ihr an ihre Lieferanten zu zahlenden Energiepreise unvorhersehbar und erheblich höhere Beschaffungskosten. Erhöhte Beschaffungskosten des Grundversorgers stellten keinen Fall der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit dar, der eine Befreiung vom Kontrahierungszwang hätte begründen können. Der sachliche Grund für die Tarifspaltung zwischen Alt- und Neukunden liege darin, dass die Antragsgegnerin mindestens vorübergehend zusätzliche Haushaltskunden in einem solchen Umfang zu beliefern hatte, dass sie in einem nicht vorhersehbaren Maß zusätzliche Energie – und dies zu höheren Preisen – beschaffen musste. Derart kurzfristig vom Grundversorger zu beschaffende Ersatzenergie sei typischerweise um ein Vielfaches teurer als die Energie, die der Versorger geplant und mit großem zeitlichen Vorlauf beschaffen kann. Ihm sei es nach § 38 I Nr. 3 EnWG allerdings untersagt, die Zusatzbelastung durch die höheren Kosten nur den ersatzversorgten Haushaltskunden in Rechnung zu stellen. Daher sei es zutreffend gewesen, alle Neukunden mit den höheren Preisen zu belegen.

#### Praxishinweis

Der Beschluss nimmt teilweise die Reformvorhaben zum EnWG vorweg. Nach dem Referentenentwurf ist eine Änderung des § 36 EnWG dahin beabsichtigt, dass zukünftig die für die Grundversorgung veröffentlichten Allgemeinen Bedingungen und Preise nicht danach unterscheiden dürfen, wann der Abschluss eines Grundversorgungsvertrags erfolgt. Vielmehr soll im Rahmen des § 38 EnWG das Gebot der Gleichpreisigkeit der Ersatzversorgung aufgegeben werden. Der Grundversorger soll künftig die Allgemeinen Preise der Ersatzversorgung jeweils zum ersten Tag eines Kalendermonats ermitteln und ohne Einhaltung einer Frist anpassen können. Bei ihrer Ermittlung kann er einen Aufschlag für erhöhte Vertriebskosten und einen besonderen Beschaffungskostenanteil vorsehen. Das Bedürfnis von Grundversorgern, in ihrer Funktion als Interimsversorger auch preislich kurzfristig auf die etwaige Erhöhung von Beschaffungskosten für die Ersatzversorgung reagieren zu können, soll durch die Anpassung des § 38 EnWG berücksichtigt werden. Gegenstand des Verfügungsverfahrens war nicht die Frage, inwieweit ein Missbrauch in der Höhe der maßgeblichen Preise liegen kann. Dies unterliegt der speziellen Missbrauchsaufsicht nach § 29 GWB. Missbräuchlich ist gemäß § 29 GWB u. a. das Fordern von Entgelten, die ungünstiger sind als diejenigen anderer Versorgungsunternehmen oder von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten. Ferner ist die Forderung von Entgelten verboten, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten, sodass die Kartellbehörde alternativ zur Vergleichsmarktbetrachtung nach Nr. 1 des § 29 GWB eine kostenbasierte Entgeltkontrolle durchführen kann. Somit ist auch der absolute und nicht nur der relativ im Vergleich zu anderen Unternehmen überhöhte Preis Gegenstand der Missbrauchsaufsicht. § 29 GWB soll bis zum 31.12.2027 verlängert werden. ■