

Die Rückforderung von Stromnetznutzungs- entgelten durch Stromlieferanten

Berlin (enreg.), 15. September 2014
Stefan Rubel, Richter am OLG

rechtliche Ansatzpunkte für das Rückzahlungsbegehren

- §§ 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt., 315 Abs. 3 BGB
(Anspruch aus ungerechtfertigter
Bereicherung)
- § 33 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 3 GWB in
Verbindung mit Art. 82 S. 2 Buchstabe a EGV
(= Art. 102 S. 2 Buchstabe a AEUV)
(kartellrechtlicher Schadenersatzanspruch)

Vorschriften

- § 812 BGB:
(1) ¹Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet.
- § 315 BGB:
*(1) Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.
(3) ¹Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. ²Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird.*

Vorschriften

- Art. 102 AEUV:

¹Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

²Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen:

a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen

Vorschriften

- § 33 GWB:

(1) ¹Wer gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes, gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, ist dem Betroffenen zur Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet.

*(3) ¹Wer einen Verstoß nach Absatz 1 **vorsätzlich oder fahrlässig** begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.*

BGH-Urteile

- BGH I: Urteil vom 18.10.2005, KZR 36/04:
- 1. Hat ein Unternehmen dem Betreiber eines Elektrizitätsversorgungsnetzes für die Netznutzung ein Entgelt zu entrichten, das der Netzbetreiber als nach der Verbändevereinbarung Strom II plus ermittelten allgemein geltenden Tarif festgesetzt hat, ist regelmäßig anzunehmen, dass der Netzbetreiber das Entgelt nach billigem Ermessen zu bestimmen hat und die Billigkeit seiner Bestimmung der gerichtlichen Nachprüfung unterliegt.
- 2. Das Günstigkeitsprinzip und die Bedingungen guter fachlicher Praxis im Sinne des § 6 Abs. 1 EnWG 2003 konkretisieren für den Anwendungsbereich der Vorschrift den nach § 315 BGB zu beachtenden Maßstab billigen Ermessens.
- 3. Auf Netznutzungsentgelte, die für die Zeit seit dem 1. Januar 2004 zu entrichten sind, findet die an die Einhaltung der Verbändevereinbarung Strom II plus geknüpfte Vermutung der Erfüllung der Bedingungen guter fachlicher Praxis keine Anwendung mehr.

BGH-Urteile

- BGH II: Urteil vom 07.02.2006, KZR 8/05:
- Haben sich die Vertragsparteien eines vor Inkrafttreten des Energiewirtschaftsgesetzes 2005 geschlossenen Stromnetznutzungsvertrages nicht über das vertragliche Durchleitungsentgelt geeinigt, steht dem Netzbetreiber das Recht zu, das Entgelt nach dem durch das Günstigkeitsprinzip und die Bedingungen guter fachlicher Praxis im Sinne des § 6 Abs. 1 EnWG 2003 konkretisierten Maßstab billigen Ermessens zu bestimmen.

BGH-Urteile

- BGH III: Urteil vom 04.03.2008, KZR 29/06:
- 1. Dem Netzbetreiber steht nach § 6 Abs. 1 EnWG 1998 bei der Bestimmung des Netznutzungsentgelts ein gesetzliches Leistungsbestimmungsrecht zu.
- 2. Der Nachprüfung der Billigkeit des vom Wettbewerb nicht kontrollierten Netznutzungsentgelts steht es nicht entgegen, wenn der Preis bei Vertragsschluss beziffert worden ist oder der Netznutzer eine frühere Preiserhöhung nicht beanstandet hat.

BGH-Urteile

- BGH IV: Urteil vom 20.07.2010, EnZR 23/09:
- Für die gerichtliche Bestimmung eines Stromnetznutzungsentgelts für die Jahre 2003 und 2004 nach § 315 Abs. 3 BGB kann das Gericht mangels anderweitiger Angaben die Ergebnisse der unmittelbar nach Inkrafttreten des Energiewirtschaftsgesetzes 2005 durchgeführten Entgeltgenehmigungsverfahren heranziehen.

BGH-Urteile

- BGH V: Urteil vom 15.05.2012, EnZR 105/10:
- Die nach dem Energiewirtschaftsgesetz 2005 genehmigten
Netznutzungsentgelte unterliegen der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs.
3 BGB. Der Maßstab billigen Ermessens wird durch die §§ 21 ff. EnWG und
die Vorschriften der Stromnetzentgeltverordnung konkretisiert.

BGH-Urteile

- BGH "Vattenfall", Beschluss vom 14.08.2008, KVR 39/07,
- sowie vorhergehend: BGH, Beschluss vom 30.03.2011, KVR 69/10,
- jeweils als Vorbereitung für BGH V

- BGH VI: Urteil vom 22.07.2014, KZR 27/13 (dazu ggf. später)

- BGH VII: Urteil vom 22.07.2014, KZR 13/13 (dazu ggf. später)

BGH-Urteile

- BGH ORWI, Urteil vom 28.06.2011, KZR 75/10: Wichtig für die Beurteilung des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs (so genannte „passing-on-defence“)
- Der Vorteil, der dem Geschädigten aus einer Abwälzung des kartellbedingten Preisaufschlags auf seine Abnehmer erwächst, kann unter dem Aspekt der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen sein.

Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung liegt beim Schädiger.

BGH-Urteile

- aber: BGH, Urteil vom 22.07.2014, KZR 27/13, Stromnetznutzungsentgelt VII:
- Ist eine Preisbestimmung gemäß § 315 Abs. 3 BGB unwirksam, so darf dem auf § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB gestützten Bereicherungsanspruch des Abnehmers auf Rückzahlung des nicht geschuldeten Teils des Entgelts grundsätzlich **nicht** entgegengehalten werden, dass der Gläubiger den überhöhten Preis ganz oder teilweise auf seine eigenen Abnehmer abwälzen konnte (Bestätigung von BGH, Urteil vom 4. Dezember 2007 XI ZR 227/06, BGHZ 174, 334 Rn. 34; Urteil vom 5. November 2002 XI ZR 381/01, BGHZ 152, 307, 315 f.). Dies gilt auch dann, wenn die nach § 315 Abs. 3 BGB unwirksame Preisbestimmung zugleich gegen kartellrechtliche Vorschriften verstößt oder dies zumindest nicht auszuschließen ist.
- Ob eine abweichende Beurteilung geboten ist, wenn das Verlangen eines überhöhten Entgelts ausschließlich auf einem Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften beruht, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung. (Rn. 53)

- **Stromnetznutzungsentgelt V (BGH, Urteil vom 15.05.2012, EnZR 105/10):**
- Was bedeutet diese Entscheidung für die Spruchpraxis, die Stromlieferanten und die Stromverteilnetzbetreiber?

Stromnetznutzungsentgelt V

- Ausgangspunkte:
Der Netzbetreiber hat die Billigkeit der von ihm verlangten Entgelte darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. (Rn. 33)
- Der Billigkeitsmaßstab ist nicht individuell, sondern muss aus der typischen Interessenlage des Netznutzungsverhältnisses und den für dessen Ausgestaltung maßgeblichen gesetzlichen Vorgaben der §§ 21 ff EnWG gewonnen werden. (Rn. 23 + 34)

Stromnetznutzungsentgelt V

- Die Entgeltbildung muss sich an § 1 Abs. 1, Abs. 2 EnWG, § 21 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 EnWG orientieren sowie die für die Entgeltermittlung maßgeblichen Vorschriften der StromNEV einhalten (Rn. 34), von besonderer Bedeutung dürfte § 21 Abs. 2 S. 2 EnWG sein, wonach keine Kosten oder Kostenbestandteile enthalten sein dürfen, die sich in ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, das heißt, für die Billigkeit kommt es darauf an, ob das geforderte Netzentgelt der **Deckung der Kosten des Netzbetriebs** und der **Erzielung eines im vertretbaren Rahmen bleibenden Gewinns** dient. (Rn. 35)

Stromnetznutzungsentgelt V

- konkrete Vorgehensweise (Rn. 36):
- Der Netzbetreiber kann sich zur Darlegung der Billigkeit auf die Entgeltgenehmigung stützen, sie ist ein wichtiges Indiz für die Billigkeit und Angemessenheit der genehmigten Entgelte.
- Der Netznutzer muss im Einzelnen darlegen, aus welchen Gründen die behördlich genehmigten Netzentgelte überhöht sein sollen und die indizielle Wirkung der Entgeltgenehmigung erschüttern.

Stromnetznutzungsentgelt V

- Gelingt dies dem Netznutzer muss der Netzbetreiber seine Kostenkalkulation vorliegen und im Einzelnen näher erläutern. Gefordert ist eine in sich geschlossene und nachvollziehbare Gesamtdarstellung, ein konkrete Darlegung, wie im Einzelnen Preisfindungsprinzipien angewendet wurden, um dem Gesetzeszweck des EnWG bestmöglich Rechnung zu tragen, nur Ergebnisse ohne Herleitung reichen nicht aus (siehe: BGH, Urteil vom 8.11.2011, EnZR 32/10, Rn. 20).

Was ist zu tun?

- Arbeitshypothese:

Dem BGH waren und sind die zeit-, personal- und systembedingt vorhandenen „Unzulänglichkeiten“ der Überprüfungen der Entgeltgenehmigungsanträge durch die Bundesnetzagentur hinlänglich bekannt gewesen. Gleichwohl geht er im Urteil „Stromnetznutzungsentgelt V“ von einer Indizwirkung der Entgeltgenehmigungen aus. Dies ist ein wichtiger Umstand, der bei der Interpretation der Entscheidung „Stromnetznutzungsentgelt V“ zu beachten ist.

Was ist zu tun?

- Um die Indizwirkung zu erschüttern, müssen daher im konkreten Einzelfall „Unzulänglichkeiten“, die über die üblicherweise vorhandenen „Unzulänglichkeiten“ der Prüfung durch die Bundesnetzagentur hinausgehen (z.B. muss ein offensichtlicher oder gravierender Verstoß der Bundesnetzagentur gegen Vorschriften des EnWG und insbesondere der StromNEV) substantiiert vorgetragen werden.
- Es kann auch vorgetragen werden, dass die Entgeltgenehmigung auf unrichtigen Tatsachenangaben des Netzbetreibers beruht, deren Fehlerhaftigkeit nicht aufgedeckt worden ist. (Rn. 23)

Was ist zu tun?

- In einem zweiten Schritt müsste substantiiert vorgetragen werden, welche rechnerischen Auswirkungen eine möglicherweise fehlerhaft Einzelposition auf das Gesamtergebnis, das Netznutzungsentgelt, hat.
- Nicht ausreichend dürfte die bloße Behauptung sein, es komme zu einer Entgeltminderung um einen bestimmten Prozentsatz ohne die Herleitung dieses Ergebnisses nachvollziehbar darzulegen.

Beachte:

- „Billigkeit“ eröffnet einen nicht unerheblichen Spielraum und Unbilligkeit setzt eine nicht unerhebliche Abweichung voraus. Es gibt nicht nur „ein“ richtiges Stromnetznutzungsentgelt.

Vorlage von Unterlagen durch den Netzbetreiber?

- ungeschwärzte Entgeltgenehmigung?
- ungeschwärzten Entgeltgenehmigungsunterlagen (Antragsunterlagen)?
- ungeschwärzte Kalkulationsunterlagen?

Vorlage von Unterlagen durch den Netzbetreiber?

- § 142 ZPO:

(1) ¹Das Gericht kann anordnen, dass eine Partei oder ein Dritter die in ihrem oder seinem Besitz befindlichen Urkunden und sonstigen Unterlagen, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorlegt.

Vorlage von Unterlagen durch den Netzbetreiber?

- Die Vorschrift des § 142 Abs. 1 ZPO befreit eine Partei, die sich auf eine Urkunde bezieht, nicht von ihrer Darlegungs- und Substantiierungslast. Das Gericht darf die Urkundenvorlegung nicht zum bloßen Zweck der Informationsgewinnung, sondern nur beim Vorliegen eines schlüssigen, auf konkrete Tatsachen bezogen Vortrags anordnen (BGH, Urteil vom 26.07.2007, XI ZR 277/05, juris, Rn. 20 m.w.N.).

OLG Düsseldorf

- OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.08.2014, VI-2 U (Kart) 2/13
- OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.09.2014, VI-2 U (Kart) 1/13
- jeweils (vorauss.) Klageabweisung

Einzelprobleme

- kalkulatorische Eigenkapitalquote von 40% gemäß § 7 Abs. 1 StromNEV unangemessen?
- kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung von 6,5 % für Altanlagen und von 7,91 % für Neuanlagen gemäß § 7 Abs. 6 StromNEV unangemessen?
- nicht sachgerechte Zuordnung von Vermögenswerten des Sach- und Anlagevermögens im Rahmen des Prüfung- und Genehmigungsverfahrens durch die Bundesnetzagentur?

weitere Probleme

§ 33 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 3 GWB in Verbindung mit Art. 82 S. 2 Buchstabe a EGV (= Art. 102 S. 2 Buchstabe a AEUV):

- Geltung der Indizwirkung der Entgeltgenehmigung?
- schuldhaftes Verhalten des Netzbetreibers ausgeschlossen, wenn dem Netznutzer ein regulierungsbehördlich genehmigtes Entgelt berechnet wurde?
- kein Schaden, weil der Netznutzer das Netznutzungsentgelt als durchlaufende Kostenposition vollständig an den Letztverbraucher "durchgereicht" hat? (→ siehe Folien 13 u. 14)

weitere Probleme

- § 276 BGB:

(2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

- § 21 EnWG:

(1) Die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang müssen angemessen, diskriminierungsfrei, transparent und dürfen nicht ungünstiger sein, als sie von den Betreibern der Energieversorgungsnetze in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb ihres Unternehmens oder gegenüber verbundenen oder assoziierten Unternehmen angewendet und tatsächlich oder kalkulatorisch in Rechnung gestellt werden.

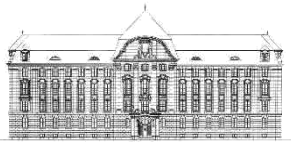
neues Geschäftsmodell?

- behaupteter Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot der §§ 20, 21 EnWG, weil Rückzahlungen vom Netzbetreiber an dem Netznutzer erfolgt sind und zwar entweder aufgrund Urteils oder aufgrund (gerichtlichen) Vergleichs!

totes Geschäftsmodell?

- Auskunftsklage zur Vorbereitung von Schadenersatzklagen der HH-EL Energiehandel GmbH, GF RA Andreas Grigoleit/Hamburg, aus abgetretenen vermeintlichen Schadenersatzansprüchen von Endkunden gegen Stromverteilnetzbetreiber, Urteile (durchgängig Klageabweisungen): OLG Celle, Beschluss vom 4. September 2012, 13 U 64/12 (Kart), Vorinstanz: LG Hannover, Urteil vom 07.03.2012, 21 O 61/11 und
- eigene Schadensersatzklage wegen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot: Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 10. April 2013, 16 U (Kart) 148/12, Vorinstanz: LG Kiel, Urteil vom 16. November 2012, 14 O 22/12.Kart und
- Rücknahme einer Klage vor dem LG Mannheim, 22 U 39/11 Kart, offenbar ebenfalls Auskunftsklage.
- Weitere Aktivitäten der HH-EL Energiehandel GmbH sind unklar, auf der Internetseite wird das Geschäftsmodell nach wie vor beworben.

Vielen Dank!



Oberlandesgericht
Düsseldorf
2. Kartellsenat



Stefan Rubel
Richter am Oberlandesgericht

Oberlandesgericht Düsseldorf
2. Kartellsenat, Vergabesenat und 27. Zivilsenat
Cecilienallee 3
40474 Düsseldorf

Tel.: 0211/4971-235 (Frau Reimann/Frau Giesen)
E-Mail: stefan.rubel@olg-duesseldorf.nrw.de