



Die Weiterentwicklung der  
Rechtsprechung zum  
Energierrecht im Jahr 2011  
aus der Sicht der  
Unternehmenspraxis

17. April 2012

**C L I F F O R D**  
**C H A N C E**

**Dr. Peter Rosin**



# Netznutzungs- entgelte

# Erlösberggrenzen (1/8)

- Entscheidungen des BGH vom 28. Juni 2011 (EnVR 48/10 und EnVR 34/10)
  - Ausgangsniveau
  - Einmaleffekt
  - Genereller sektoraler Produktivitätsfortschritt ( $X_{gen}$ )
  - Pauschaler Investitionszuschlag (PIZ)
  - Erweiterungsfaktor
  - Härtefall
- Entscheidung des BGH vom 31. Januar 2012 (EnVR 16/10)

# Erlösobergrenzen (2/8)

- **BGH EnVR 16/10:** Berücksichtigung des Xgen nach § 9 ARegV n.F. *„in der Ausgestaltung durch den Verordnungsgeber“* zulässig
  - Mit § 9 ARegV n.F. habe VO-Geber die ihm in § 21a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 EnWG eingeräumte Verordnungsbefugnis nicht überschritten
  - § 21a Abs. 6 S. 2 Nr. 5 EnWG n.F. ermächtige VO-Geber zum Treffen von *„Regelungen zum Verfahren bei der Berücksichtigung der Inflationsrate unter Einbeziehung der Besonderheiten der Einstandspreisentwicklung und des Produktivitätsfortschritts in der Netzwirtschaft“*; dies sei in § 9 ARegV erfolgt
  - Xgen sei Korrekturfaktor der allgemeinen Geldentwertung und nicht Effizienzvorgabe

# Erlösobergrenzen (3/8)

- **BGH EnVR 16/10:** Rückwirkende Anwendung des Xgen zum 1. Januar 2009
  - Rückwirkende Anwendung ergebe sich aus dem Wortlaut des § 9 ARegV n.F., der „*ersichtlich*“ für die gesamte erste Regulierungsperiode gelten solle
  - Begriff „*jährlich*“ sowie Einbeziehung durch „*Potenzierung*“ sprächen für Rückwirkung
  - Rückwirkung der Verordnungsänderung bedinge die Rückwirkung der Änderung ihrer Ermächtigungsgrundlage
  - Gesetzgeber hat eine „*Heilung*“ des festgestellten Mangels in der Verordnungsermächtigung gewollt
  - Ziel des Gesetzes sei daher die Schaffung einer Rechtsgrundlage für die laufende Regulierungsperiode
  - Keine Anhaltspunkte dafür, dass sich Heilung nur auf einzelne Jahre der ersten Regulierungsperiode beziehen sollte

# Erlösobergrenzen (4/8)

- **BGH EnVR 16/10:** Keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Rückwirkung
  - Neuregelung habe nur die Rechtslage wieder hergestellt, die bis zur Entscheidung des BGH vom 28. Juni 2011 der Handhabung durch die Regulierungsbehörden und der meisten OLGs entsprach
  - Kein schutzwürdiges Vertrauen bis zum Erlass der Neuregelung, weil diese „*unverzüglich*“ angekündigt wurde

# Erlösobergrenzen (5/8)

- **BGH EnVR 16/10:** Konkrete Festlegung des Xgen nicht zu beanstanden
  - Pauschale Festlegung für erste Regulierungsperiode nicht zu beanstanden, weil dieser eine Einschätzung des VO-Gebers zugrundeliegt, die prognostischen Charakter habe
  - Anwendung des Törnquist-Index als wissenschaftlich und international anerkannter Index für die Produktivitätsmessung nicht zu beanstanden
  - Anwendung des Xgen im ersten Jahr der Regulierungsperiode

# Erlösobergrenzen (6/8)

## ■ Härtefall

- Kostenanstieg seit Basisjahr („t-3“) kann Härte darstellen
  - Zwar: enge Auslegung, da Ausnahme
  - Aber: keine Beschränkung auf Naturkatastrophen usw.
  - Auch für Effizienzwert unter 100 % möglich
  - BNetzA hätte statt pauschaler Ablehnung jedenfalls Hinweis auf Ergänzungsbedarf (Gesamtkostensituation) geben müssen
- Bedeutsam für 2. Regulierungsperiode?



# Erlösobergrenzen (7/8)

## ■ Umsetzung der BGH-Rechtsprechung für Unternehmen

- BNetzA: Öffentlich-rechtlicher Vergleichsvertrag zur „Erledigung“ der durch den BGH entschiedenen Punkte
- Beschränkt auf diese Punkte, Streit wird im Übrigen fortgesetzt
- Inhalt des Vertragsentwurfs:
  - Anpassung an die geltend gemachten Werte für AiB und geleistete Anzahlungen i.R.d. § 6 Abs. 2 ARegV
  - Pauschaler Aufschlag von 0,35 Prozentpunkten auf FK bzw. EK-II

# Erlösbergrenzen (8/8)

- Xgen für 2009 bis 2011 auf 0 gesetzt, für 2012 und 2013 Anwendung der (seinerzeit bereits absehbaren) Rechtsänderung
  - Berücksichtigung von AiB und geleisteten Anzahlungen bei der Bestimmung des PIZ, Vergleichbarkeitsrechnung unter Zugrundelegung des EK für Neuanlagen i.H.v. 9,29 %
  - Ermittelter Betrag wird auf Erlösbergrenzen aufgeschlagen und verzinst über einen wählbaren Zeitraum ausgezahlt
- Offene Fragen:
    - Was passiert mit Unternehmen, die bislang noch keinen öffentlich-rechtlichen Vertrag abgeschlossen haben?

# Effizienzvergleich und § 15 ARegV (1/7)

- Rügen der Netzbetreiber u.a. bzgl. fehlender Eignung von Vergleichsparametern und fehlerhafter Datengrundlage
- Begründete Anhaltspunkte für Fehlerhaftigkeit aus Parallelbenchmarking (BMT 2008) durch Polynomics
- Problem: BNetzA stellt Original-Datensatz nicht zur Verfügung, um Fehlerhaftigkeit nachweisen zu können („Black-box“)

# Effizienzvergleich und § 15 ARegV (2/7)

## ■ OLG Brandenburg, Beschl. v. 20.10.2011, RdE 2012, 107 – 115:

- § 67 Abs. 1 EnWG (Anhörung) verlangt, dass die Beteiligten sich zu allen entscheidungserheblichen Tatsachen äußern und so Verfahren und Ergebnis beeinflussen können. Deshalb müssen den Beteiligten sowohl die entscheidungserheblichen Tatsachen mitgeteilt als auch die beabsichtigte Entscheidung so konkret umschrieben werden, dass die Beteiligten erkennen können, zu welchen Fragen eine Äußerung zweckmäßig ist. Zu unterrichten sind die Beteiligten daneben über die rechtlichen Grundlagen der beabsichtigten Entscheidung sowie über wesentliche rechtliche Wertungen
- Nach diesen Grundsätzen muss die Bf. durch die Anhörung in die Lage versetzt werden, die Ermittlung ihres individuellen Effizienzwertes nachvollziehen zu können
  - Veröffentlichung der Parameterauswahl, Modellbildung und Ausreißeranalyse
  - Informationsveranstaltungen
  - Verbände-Projekt „Benchmarking Transparenz 2008“

# Effizienzvergleich und § 15 ARegV (3/7)

- Es ist nicht Aufgabe des Unternehmens, das durch die Festlegung der EOG in seiner unternehmerischen Freiheit beschränkt wird, den Umfang der Beschränkung durch eigene Ermittlungen nachvollziehbar zu machen
- Entwicklung des Effizienzvergleichsmodells gehört zu den entscheidungserheblichen Tatsachen
- Da die Bf. die Datengrundlage für den Effizienzwert auf inhaltliche Richtigkeit nicht überprüfen kann, ist ihr insoweit ein Anhörungsrecht zuzubilligen. Allerdings gilt dieses nicht schrankenlos. Begrenzt ist es durch die dem Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Dritter dienenden Bestimmungen wie § 31 Abs. 3 ARegV und der auch im Regulierungsverfahren anwendbaren §§ 29, 30 VwVfG sowie des § 71 EnWG

# Effizienzvergleich und § 15 ARegV (4/7)

- § 73 Abs. 1 S. 1 EnWG ist dahingehend zu verstehen, dass das jeweilige EVU nachvollziehen können muss, wie sich die festgesetzten EOG errechnen. Die Bf. muss in die Lage versetzt sein, die Ermittlung ihres individuellen Effizienzwertes nachvollziehen bzw. nachvollziehen zu lassen
- Die Auswahl des „richtigen“ Effizienzvergleichsmodells ist ein komplexer Prozess, der aus der Natur der Sache heraus für die Regulierungsbehörde mit Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum verbunden sein muss
- Die Ermittlung einer gänzlich fehlerfreien Datenbasis kann rechtlich nicht verlangt werden
- Mit Blick auf den der BNetzA zustehenden weiten Beurteilungsspielraum und die gesetzlichen sowie verordnungsrechtlichen Anforderungen an den Effizienzvergleich kann die Bf. nicht verlangen, dass alternative Berechnungsmodelle durchgespielt und dargestellt werden

# Effizienzvergleich und § 15 ARegV (5/7)

- § 15 ARegV ist im System der Effizienzwertermittlung eine Ausnahmegvorschrift. Besonderheit iSd § 15 ARegV ist nicht jeder den Betrieb eines NB prägende Umstand, welcher sich bei der Mehrzahl der NB nicht findet. Vielmehr hat der Begriff der Besonderheit nach dem allgemeinen Sprachgebrauch die Bedeutung, dass der so bezeichnete Umstand nach Art oder Umfang nur bei wenigen Unternehmen der Vergleichsgruppe gegeben ist; Einzigartigkeit ist hingegen nicht erforderlich

# Effizienzvergleich und § 15 ARegV (6/7)

## ■ Bzgl. fehlerhafter Datengrundlage

- Kein hinreichend substantiierter Vortrag des Netzbetreibers (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.01.2011 (VI-3 Kart 185/09), Rn. 124)
- Es sei nicht ersichtlich, dass die aufgezeigten Fehler bei der Datenerhebung in nennenswerter Weise das Ergebnis des Effizienzvergleichs beeinflusst hätten (OLG Koblenz, Beschl. v. 28.04.2011 (W 41/09 Kart), S. 17)



# Effizienzvergleich und § 15 ARegV (7/7)

- Bzgl. Bestimmung der Vergleichsparameter (OLG Koblenz, Beschl. v. 28.04.2011 - W 41/09 Kart)
  - BNetzA hätte weites Regulierungsermessen und Einschätzungsprärogative bei Bestimmung der Vergleichsparameter nach § 13 Abs. 3, 4 ARegV
  - Es sei nicht ersichtlich, dass Auswahl der Parameter rechtsfehlerhaft wäre

# MEA im Rahmen der ARegV (1/2)

## ■ Hintergrund

- BGH zu § 23a EnWG (Beschluss vom 14. August 2008, KVR 39/07 - Vattenfall): Mehrerlöse, die Netzbetreiber dadurch erzielt haben, dass sie in dem Übergangszeitraum zwischen Antragstellung und erster Entgeltgenehmigung ihre bisherigen Entgelte (zu Recht) beibehalten haben, dürfen nicht den Netzbetreibern verbleiben, sondern sind periodenübergreifend zu saldieren
- LRegB hat periodenübergreifende Saldierung in der Anreizregulierung auf § 34 Abs. 1 ARegV i.V.m. § 10 GasNEV analog gestützt

# MEA im Rahmen der ARegV (2/2)

## ■ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. April 2011 (VI-3 Kart 133/10)

- „Die Anordnung der Mehrerlössaldierung ist grundsätzlich rechtmäßig“ (Rn. 32)
- Saldierungszeitraum: in der ersten Regulierungsperiode innerhalb von drei Jahren, §§ 34 Abs. 1 S. 2 ARegV, 11 S. 4 StromNEV, 10 S. 4 GasNEV (Rn. 52)

## ■ BGH Beschluss vom 31. Januar 2012 (EnVR 16/10)

- MEA entsprechend § 9 StromNEV findet in der Anreizregulierung Anwendung

# Investitionsbudgets, § 23 ARegV

- Verschiedene Entscheidungen des OLG Düsseldorf zu spezifischen Streitpunkten:
  - Betrag zur Vermeidung von Doppelanerkennungen (BVD)
  - Ermittlung der kalk. Gewerbesteuer
  - Befristung der Genehmigung
  - Nutzungsdauern für Offshore-Anbindungsanlagen
  - Bestimmung des kapitalmarktüblichen Vergleichszinssatzes für FK
  - Verzinsung des EK-II bei investitionsprojektspezifischer Konzernfinanzierung
  - Auslegung des § 23 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 ARegV

# FSV Verlustenergie (1/3)

## ■ Hintergrund

- BNetzA-Festlegung vom 21.10.2008 (BK6-08-006) über bestimmte Aspekte der Verlustenergiebeschaffung
- Zeitgleich Vorlage einer FSV durch Netzbetreiber und Antrag auf Festlegung der FSV als wirksame Verfahrensregulierung i.S.d. § 11 Abs. 2 Satz 4 ARegV
- Zurückweisung des Antrags durch BNetzA
- Gegenstand von Beschwerdeverfahren
- OLG Düsseldorf: Kein Anspruch auf Verfahrensregulierung

# FSV Verlustenergie (2/3)

## ■ BGH Beschl. v. 24.05.2011 (EnVR 27/10)

- Voraussetzungen für Erlass einer Verfahrensregulierung nicht erfüllt, weil keine umfassende Regulierung des betreffenden Bereichs durch freiwillige Selbstverpflichtung
- FSV muss umfassend sein, d.h. den Netzbetreibern dürfen keine Spielräume einer Kostenbeeinflussung belassen werden
- Zudem muss das Regelwerk (FSV) mit den für den Bereich geltenden Rechtsnormen im Einklang stehen

# FSV Verlustenergie (3/3)

- Die von den Netzbetreibern vorgelegte FSV kann nur dann als wirksame Verfahrensregulierung anerkannt werden, wenn sie die inhaltlichen Vorgaben der das Ausschreibungsverfahren betreffenden Festlegung der BNetzA (Festlegung v. 21.10.2008) einhält
- Das ist vorliegend nicht der Fall, weil die von den Netzbetreibern vorgelegte FSV von den zwingenden Vorgaben der BNetzA-Festlegung abweicht

# Netznutzungsentgelte

## ■ BGH, Urt. v. 08.11.2011, RdE 2012, 63:

- „Nach der Rechtsprechung des Senats steht dem Netzbetreiber bei der Bestimmung des Netznutzungsentgelts im Falle einer entsprechenden vertraglichen Gestaltung ein vertragliches oder nach § 6 Abs. 1 EnWG 1998 ein gesetzliches Leistungsbestimmungsrecht zu, das er regelmäßig nach billigem Ermessen auszuüben hat und das hinsichtlich der Billigkeit seiner Bestimmung der gerichtlichen Nachprüfung unterliegt.“





# Vertrieb – Preisänderungsklauseln

# Spannungsklausel – „HEL-Klausel“ (1/5)

## ■ Prinzip

*„...bei denen die in ein Verhältnis zueinander gesetzten Güter oder Leistungen im Wesentlichen gleichartig oder zumindest vergleichbar sind (Spannungsklauseln)“*

- Bindung des Preises an Preisentwicklung vergleichbarer Güter
- Bindung des Gaspreises an den Preis für leichtes Heizöl (HEL)

→ Effekt: Preissteigerungen auch dann möglich, wenn für Gasversorger keine Steigerung der eigenen Bezugskosten bzw. keine Kostensteigerungen in anderen Bereichen

# Spannungsklausel – „HEL-Klausel“ (2/5)

## ■ Prinzip

- Verwendung gegenüber Verbrauchern  
HEL-Entscheidungen des BGH v. 24.03.2010, Az. VIII ZR 178/08 und Az. VIII ZR 304/08 → Unwirksamkeit gemäß § 307 Abs. 1 BGB
- Übertragbarkeit auf Unternehmer?
  - Noch keine Entscheidung des BGH
  - Bejaht vom OLG Hamm (Urteil vom 28.10.2009, Az. 1-2 U 60/10)
  - Inzwischen aber von einer Reihe von Gerichten verneint

# Spannungsklausel – „HEL-Klausel“ (3/5)

## ■ Übertragbarkeit der „HEL-Entscheidungen“ des BGH auf Unternehmer?

- Eine ganze Reihe von Landgerichten hat die Übertragbarkeit auf Unternehmen mittlerweile abgelehnt:

- HEL-Klausel als **Individualvereinbarung**

- LG Hanau (Urteil v. 23.02.2012 Az. 7 O 656/11)

- HEL-Klausel ist **Preishauptabrede** gemäß § 307 Abs. 3 BGB

- LG Berlin (Urteil v. 23.12.2010, Az. 9 O 294/10)

- LG Münster (Urteil v. 13.01.2012 Az. 010 O 29/11)

- LG München (Urteil v. 13.01.2012 Az. 23 O 13695/11)

- LG Kassel (Urteil v. 22.02.2012 Az. 4 O 200/11)

- HEL-Klausel bei Verwendung gegenüber einem Unternehmer **nicht unangemessen**

- LG Oldenburg (Urteil v. 12.01.2012 Az. 9 O 1840/11)

# Spannungsklausel – „HEL-Klausel“ (4/5)

## ■ LG Oldenburg Urteil v. 12.01.2012, Az. 9 O 1840/11

- HEL-Klausel einem Unternehmer gegenüber **nicht unangemessen** nach § 307 Abs. 1 BGB
  - Unternehmereigenschaft ist bei Interessenabwägung zu berücksichtigen
  - Unternehmer weniger schutzwürdig, da Effekt der HEL-Klausel - Preissteigerung auch dann, wenn keine höheren Kosten - bekannt war bzw. hätte bekannt sein müssen
  - Unternehmer wurde durch VEA beraten und verfügte auch deshalb über weitreichendere Kenntnisse als ein Verbraucher („überlegenes Unternehmerwissen“)
  - Vertragsschluss obwohl Funktionsweise der HEL-Klausel bei Vertragsschluss bekannt

# Spannungsklausel – „HEL-Klausel“ (5/5)

## ■ LG Hanau Urteil v. 23.02.2012, Az. 7 O 656/11

- „HEL-Klausel“ wurde zwischen den Parteien ausgehandelt
  - Bei der Frage, ob eine Klausel ausgehandelt wurde, sind die Besonderheiten des Unternehmerverkehrs zu berücksichtigen
  - Wirtschaftliche Verhandlungsmacht und Belieferungsalternativen sprechen gegen ein „Diktieren“ der Preisklausel durch Versorger
- HEL-Klausel ist Preishauptabrede
  - Regelung beziffert Preis bei Vertragsschluss nicht unmittelbar, sondern legt die für Ermittlung des Preises maßgebliche Bewertungsfaktoren und Verfahren fest
  - Stellt aus der maßgeblichen Sicht des Kunden die eigentliche Preisabrede dar

# AGB-Recht

## ■ OLG Hamm, Urteil, v. 22.11.2011, RdE 2012, S. 114 f.:

- Der Grundversorger ist nach § 5 Abs. 2 S. 2 GVV verpflichtet, zu den beabsichtigten Änderungen zeitgleich mit der öffentlichen Bekanntgabe eine briefliche Mitteilung an den Kunden zu versenden und die Änderungen auf seiner Internetseite zu veröffentlichen
- AGB, in denen lediglich eine „individuelle Bekanntgabe“ vorgesehen ist, sind unwirksam. Es liegt keine unveränderte Übernahme des § 5 Abs. 2 S. 2 GVV vor, so dass nicht wegen der Leitbildfunktion der GVV keine unangemessene Benachteiligung des Verbrauchers im Sinne von § 307 Abs. 1 und 2 BGB vorliegt

# Fernwärmelieferungsverträge (1/4)

## ■ 4 BGH-Entscheidungen im Jahr 2011

- Urteile vom 06.04.2011, Az. VIII ZR 273/09, Az. VIII ZR 66/09; Urteil vom 06.07.2011, Az. VIII ZR 37/10; Urteil vom 13.07.2011, Az. VIII ZR 339/10)
- Inhalt von Preisanpassungsklauseln nach § 24 Abs. 4 S. 1 AVBFernwärmeV:
  - Kostenentwicklung bei Erzeugung und Bereitstellung von Fernwärme durch das Unternehmen
  - Verhältnisse auf dem Wärmemarkt
- Transparenzanforderungen nach § 24 Abs. 4 S. 2 AVBFernwärmeV
  - Ausweisung der maßgeblichen Berechnungsfaktoren in vollständiger und allgemein verständlicher Form



# Fernwärmelieferungsverträge (2/4)

## Wesentliche Aussagen des BGH

### ■ Maßstab für die Inhaltskontrolle

- § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV ist **abschließende** Sonderregelung
- Daher grundsätzlich **keine** Inhaltskontrolle nach **§ 307 BGB** (Ausnahme § 1 Abs. 3 AVBFernwärmeV oder Industriekundenverträge nach § 1 Abs. 2 AVBFernwärmeV)
  - Umkehrschluss aus § 1 Abs. 3 AVBFernwärmeV
  - § 27 AGBG
- Dennoch Berücksichtigung der Rechtsprechung zu § 307 Abs. 1 S. 2 BGB im Rahmen von § 24 Abs. 4 S. 2 AVBFernwärmeV sowie der Rechtsprechung zu § 307 Abs. 1 S. 1 BGB hinsichtlich des Kostenelements in § 24 Abs. 4 S. 1 AVBFernwärmeV
- §§ 305 Abs. 2, 305 b, 305 c, 306 BGB anwendbar

# Fernwärmelieferungsverträge (3/4)

## Wesentliche Aussagen des BGH

- Gleichrangigkeit von Kosten- und Marktelement
  - Notwendigkeit der Trennung der Kosten- von der Marktkomponente im Rahmen der Arbeitspreise
    - Abstufungen nur im Rahmen der **Angemessenheit** zulässig
- Ausgestaltung des Kostenelements
  - Keine Kostenechtheit, nur **Kostenorientierung** (hinreichende Erkennbarkeit kostenmäßiger Zusammenhänge, (-), wenn HEL-Bindung in Klausel und Erdgas tatsächlich eingesetzt)
  - Indikator als Bemessungsgröße, der an die tatsächliche Entwicklung des überwiegend eingesetzten Brennstoffes anknüpft
  - Bei Grundpreis kann Investitionsgüterindex „passen“
- Ausgestaltung des Marktelements
  - Unzulässigkeit der Beschränkung auf den lokalen Fernwärmemarkt
  - **Allgemeiner** Wärmemarkt maßgeblich

# Fernwärmelieferungsverträge (4/4)

## Wesentliche Aussagen des BGH

### ■ Transparenzanforderungen

- Im „Mindestmaß“ entsprechend § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, d.h. Kunde muss den Umfang der Preissteigerungen aus der Klausel erkennen und Berechtigung einer Erhöhung an der Klausel selbst messen können
- Unzulässigkeit der Verwendung von variablen Preisbestandteilen, wenn deren Berechnungsweise für die Kunden nicht erkennbar ist („fEG-Faktor“)

### ■ Rechtswidrige Preiserhöhung infolge unwirksamer Preisanpassungsklausel als Anwendungsfall des § 30 Nr. 1 AVBFernwärmeV

- Zulässigkeit der Klärung der Wirksamkeit der PAK bereits im Abrechnungsprozess, da eine Ungewissheit über den Umfang der geschuldeten Leistung besteht. Es wäre unangemessen, die Kunden auf einen Rückforderungsprozess zu verweisen. Schutz des Kunden vor unangemessenen Preisanpassungen würde ansonsten nicht erreicht



## Vertrieb – Weitere AGB

# Haftung

*„Der Versorger haftet auch bei schuldhafter Verletzung wesentlicher Vertragspflichten, bei leichter Fahrlässigkeit jedoch der Höhe nach beschränkt auf die bei Vertragsschluss vorhersehbaren vertragstypischen Schäden (wesentliche Vertragspflichten sind solche, deren Erfüllung den Vertrag prägt und auf die der Kunde vertrauen darf).“*

- Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, weil nicht erkennbar, was der „vertragstypische Schaden“ ist?

➤ **Rechtsprechung:**

- Verstoß ( + ): OLG Frankfurt, Urteil v. 17.10.2011, Az. 6 U 6/11 (nicht rechtskräftig); OLG Hamm, Urteil v. 9.12.2011, Az. I-19 U 38/11 (nicht rechtskräftig; anders noch Vorinstanz)

# Lastschriftverfahren

*„Der Vertrag setzt die Erteilung einer Einzugsermächtigung voraus.“  
oder „Als Zahlungsart steht dem Kunden das Lastschriftverfahren  
zur Verfügung.“*

- Verstoß gegen §§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 41 Abs. 2 S.1 EnWG (Verpflichtung zum Angebot verschiedener Zahlungsweisen bzw. –möglichkeiten) wegen unangemessener Benachteiligung durch Abweichung von gesetzlicher Regel?

## ➤ **Rechtsprechung:**

- Verstoß ( + ): OLG Hamm, Urteil v. 9.12.2011, Az. I-19 U 38/11(nicht rechtskräftig)
  - Verstoß gegen zwingende Vorschrift des § 41 Abs. 2 EnWG
- Verstoß ( - ): LG Berlin, Urteil v. 5.11.2009, Az. 97 O 21/09,
  - Angebot muss vor Vertragsschluss erfolgen, Auswahl der Zahlungsmöglichkeiten über Produktportfolio ist ausreichend

# Zustandekommen des Vertrages

*„Der Stromlieferungsvertrag kommt zustande, sobald der Versorger dies bestätigt und den verbindlichen Lieferbeginn mitteilt.“*

- Verstoß gegen § 308 Nr. 1 BGB, da Zeitpunkt für Annahme des Angebots unbestimmt?
- Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 147 Abs. 2 BGB, weil Kunde unangemessen lange gebunden wird?

## ➤ **Rechtsprechung:**

- Verstoß ( + ): OLG Frankfurt, Urteil v. 17.10.2011, Az. 6 U 6/11 (nicht rechtskräftig); OLG Hamm, Beschluss v. 26.09.2011, Az. 6 U 94/11 (rechtskräftig)
- Verstoß ( - ): OLG Hamm, Urteil v. 9.12.2011, Az. I-19 U 38/11 (nicht rechtskräftig)
  - Regelung betrifft nur die Form der Annahme, nicht die Frist
  - Aus Sicht des durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Kunden keine Bindungswirkung ohne Auftragsbestätigung

# Beginn der Erstlaufzeit

*„Die Erstlaufzeit (von zwei Jahren) beginnt mit dem in der Auftragsbestätigung genannten Lieferbeginn.“*

- Verstoß gegen § 309 Nr. 9 lit. a) BGB, da Laufzeit ggf. länger als zwei Jahre, da diese bei Dauerschuldverhältnissen mit Vertragsschluss beginnt?
- Kein Ausgleich durch Widerrufsrecht, da dieses nicht stets gegeben ist?

## ➤ **Rechtsprechung:**

- Verstoß ( + ) OLG Sachsen-Anhalt, Urteil v.17.2.2011, Az. 1 U 76/10 (rechtskräftig)
  - In Zusammenschau mit Liefervortrag, nach dem eine Belieferung innerhalb der nächsten drei Monate erfolgt, Kundenbindung
- Verstoß ( - ): OLG Hamm, Urteil v. 9.12.2011, Az. I-19 U 38/11(nicht rechtskräftig)
  - Auslegung bei Erstlaufzeiten bis ca. 1,5 Jahren lebensfremd!



# Verfahren zwischen Wettbewerbern - Festpreiswerbung

*Werbung mit Festpreis, obwohl bestimmte Preisbestandteile variabel sind*

- Festpreiswerbung irreführend?

- **Entscheidung des Gerichts:**

- Verstoß ( - ): OLG Hamm, Urt. v. 8.11.2011, Az.: I-4 U 58/11
  - Festpreiswerbung nicht bereits deswegen irreführend, weil bestimmte Preisbestandteile nicht fest, sondern variabel sind
  - Festpreiswerbung darf mit entsprechenden Sternchen-Hinweis auf bestimmte Preisbestandteile eingeschränkt werden
  - In Sternchen-Hinweis ist grds. lediglich aufzuführen, welche Preisbestandteile variabel sind u. nicht von Festpreisgarantie erfasst sind
  - Einschränkung bei variablen Preisbestandteilen, sobald diese ca. 20-25% (oder höher) des Gesamtpreises ausmachen: Im Sternchen-Hinweis zur Vermeidung einer Irreführung anzugeben, wie Verhältnis der festen zu variablen Anteilen ist

# Prognoseabweichung

## ■ LG Düsseldorf, Urt. v. 30.09.2011, RdE 116 ff.

- „Prognoseabweichungen, z.B. aufgrund von Sonder- und Zusatzschichten, Betriebsferien, geplanten Abschaltungen, Wartungsarbeiten, Schichtplanänderungen oder wesentlichen Änderungen in der elektrischen Ausstattung, sind ebenfalls in den vereinbarten Preisen enthalten, soweit Kunde derartige Änderungen im Lastverhalten spätestens bis 00:00 Uhr zwei Werktage (montags bis freitags) vor der geplanten Änderung meldet. Andernfalls behält sich der Lieferant das Recht vor, die dadurch entstandenen Kosten in Rechnung zu stellen.“
- Das LG hat die Klausel für wirksam erachtet und dem Lieferanten einen Schadensersatzanspruch zuerkannt
- Klausel ist hinreichend bestimmt, weil anzeigepflichtig eindeutig nur eine Verhaltensänderung des Kunden ist, die Einfluss auf den Verbrauch hat. Ungeplante oder gar unverschuldete Abweichungen sind ebenso wenig anzeigepflichtig wie bloße Änderungen im Verbrauch

# AGB-Recht/EEG (Blindarbeitsentgelt) (1/2)

- BGH, Urt. v. 06.04.2011, RdE 2012, 23 – 28
  - „Für die HT-Verrechnungsblindarbeit und die NT-Verrechnungsblindarbeit wird dem EEG-Einspeiser ein Blindarbeitsentgelt in Rechnung gestellt.“
  - Einer Aufrechnung des NB gegenüber dem EEG-Einspeiser von Entgelten für Verrechnungsblindarbeit mit dem EEG-Einspeiseentgelt steht seit dem 01.08.2004 das in § 12 Abs. 4 S. 1 EEG 2004 enthaltene Aufrechnungsverbot entgegen. Danach ist eine Aufrechnung nur zulässig, soweit die Forderung unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist
  - Grund der Forderung war im konkreten Fall bestritten (Mindestvergütung nach EEG, § 307 BGB); erstaunlicherweise nicht Zulässigkeit des Blindarbeitsentgelt als solche
  - Blindarbeitsentgelt verstößt nicht gegen die nach § 3 Abs. 1 S. 2, § 7 Abs. 1 S. 1 EEG 2000 bestehende Pflicht des NB, die dort bezeichnete Mindestvergütung zu bezahlen

# AGB-Recht/EEG (Blindarbeitsentgelt) (1/2)

## ■ BGH, Urt. v. 06.04.2011, RdE 2012, 23 – 28

- Durch die Festlegung einer Mindestvergütung hat der Gesetzgeber die Vereinbarung bestimmter technischer Anforderungen an den einzuspeisenden Strom und dabei einzuhaltende Leistungsfaktoren ebenso wenig ausschließen wollen wie die Vereinbarung eines Blindarbeitsentgelts
- BGH argumentiert mit Materialien und Praxis der NB
- Vereinbarung über Spannung, Frequenz und  $\cos \Phi$  des vom AB einzuspeisenden Strom stellen nach dem BGH eine nicht der Inhaltskontrolle unterliegende Hauptabrede dar
- Abrede über Zahlung eines Blindarbeitsentgelts bei abweichender Beschaffenheit hält AGB-Kontrolle stand



# Konzessions- vertragsrecht

# Konzessionsvertragsrecht

- OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.10.2011, RdE 2012, S. 65 - 72
  - Für Fälle des Behinderungsmissbrauchs eines Netzbetreibers sind gemäß § 130 Abs. 3 GWB iVm § 111 Abs. 1, 2 EnWG die Regulierungsbehörden zuständig. Zwar gibt es an sich in diesen Fällen wegen § 30 Abs. 1 Nr. 2 EnWG und § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB eine Doppelzuständigkeit. Aber Spezialitätsgrundsatz in § 111 Abs. 2 EnWG.
  - Die Betroffene hatte bei Lieferungen dritter Versorger die hohe Tarifikunden-KA in Rechnung gestellt.

# Übersicht Rechtsprechung aus 2011 (1/5)

- Übereignungsanspruch nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG / End-schaftsklauseln, Netzkaufpreis (Sachzeitwert <-> Ertragswert), OLG Frankfurt, Urteil vom 14.06.2011 (Az. 11 U 36/10):
  - Weitergeltung der Kaufering-Rechtsprechung des BGH (Maßstab ist Sachzeitwert, solange er den Ertragswert nicht erheblich übersteigt und prohibitive Wirkung entfaltet) auch nach Novellierung des EnWG, allerdings kein Ansatz eines Erheblichkeitszuschlags – angemessene Vergütung liegt nicht zwingend jeweils bis zu 10 % über dem Ertragswert
  - Der neue NB kann zukünftige Erträge aus den übernommenen Anlagen nur auf der Grundlage des kalkulatorischen Restwertes erzielen (Ertragswert unter Berücksichtigung der Vorgaben der StromNEV)
  - Angemessen ist nach all dem eine Vergütung, die dem auf Basis des um BKZ und Netzanschlusskostenbeiträge bereinigten kalkulatorischen Restwerts bestimmten Ertragswert entspricht
  - BNetzA, Beschluss vom 26.01.2012 (Az. BK6-11-052): Bestätigung der Kaufering-Entscheidung des BGH, Verweis auf Möglichkeit der Kaufpreisvereinbarung unter Vorbehalt gerichtlicher Überprüfung

# Übersicht Rechtsprechung aus 2011 (2/5)

## ■ Umfang des Übereignungsanspruchs

- OLG Frankfurt, Urt. v. 14.06.2011 (Az. 11 U 36/10): erfasst sind auch sog. gemischt genutzte Anlagen. Nach dem Wortlaut von § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG sollen alle für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung notwendigen Verteilungsanlagen übereignet werden; unerheblich sei, ob und ggf. zu welchem Anteil Leitungen auch der Versorgung außerhalb des Konzessionsgebiets dienen
- Bei der Bestimmung, ob eine Anlage “notwendig” für die örtliche Versorgung ist, muss die denkbare Möglichkeit, die Anlage auch im Wege der Durchleitung zu nutzen, unberücksichtigt bleiben
- BNetzA, Beschluss vom 26.01.2012 (Az. BK6-11-052): Erfasst sind alle Verteilungsanlagen, die nicht hinweg gedacht werden können, ohne dass die Versorgung bestimmter Letztverbraucher ausgeschlossen würde (bspw. Mittelspannungsanlagen, nicht aber Transitleitungen oder Hochspannungsanlagen) – damit können auch sog. gemischt genutzte Anlagen der Übereignungspflicht unterfallen



# Übersicht Rechtsprechung aus 2011 (3/5)

## ■ Konzessionsabgaben:

- Mengengrenzvereinbarungen in Konzessionsverträgen
  - OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.10.2011 (Az. VI-3 Kart 17/11 (V)): Unzulässigkeit von Mengengewichtungen in Konzessionsverträgen im Fall der Durchleitung Dritter, die mit ihren Kunden Sonderverträge geschlossen haben – maßgeblich ist allein die Definition den Kundengruppen in § 1 Abs. 3 und 4 KAV
- Erstattung von Konzessionsabgaben
  - BGH, Urteil vom 01.02.2011 (EnZR 57/09): bei Grenzpreisvergleich nach § 2 Abs. 4 KAV sind den vom Statistischen Bundesamt ermittelten Durchschnittserlösen aller Sondervertragskunden die von einzelnen Stromabnehmern gezahlten Durchschnittspreise ohne Einbeziehung von Stromsteuerermäßigungen gegenüberzustellen

# Übersicht Rechtsprechung aus 2011 (4/5)

## ■ Vergabe von Konzessionsverträgen:

- BKartA, Beschluss vom 21.11.2011 (Az. B10-17/11): Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung einer Gemeinde bei mangelnder klarer Benennung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung gegenüber den Bietern, Bevorzugung einzelner Bieter ohne sachlichen Grund und/oder Forderung von im Widerspruch zur KAV stehender Gegenleistungen
- LG Kiel, Urteile vom 03.02.2012 (Az. 14 O Kart. 83/10 und 14 O 12/11 Kart): Unwirksamkeit des Konzessionsvertrags (und daher auch kein Übereignungsanspruch des Neukonzessionärs nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG), wenn die Vergabe des Konzessionsvertrages nicht transparent und diskriminierungsfrei erfolgte; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Gemeinde die gemäß § 46 Abs. 3 EnWG zu beachtenden Ziele des EnWG nicht in ihre Auswahlkriterien einbezieht, sondern allein wirtschaftliche/fiskalpolitische Interessen verfolgt



# Öffentliches Recht

# EuGH zu Klagerechten von Umweltverbänden

## (1) Bisherige Rechtslage:

- § 2 Abs. 1 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG)
  - Nur ein eingeschränktes Klagerecht für (anerkannte) Umweltverbände bei der Geltendmachung der Verletzung einer Rechtsvorschrift, die dem Umweltschutz dient, Rechte Einzelner begründet und für die Entscheidung von Bedeutung sein kann
  - ➔ **Kein Klagerecht** bzgl. Rechtsvorschriften, die zwar den Umweltschutz bezwecken, aber die **Allgemeinheit** und nicht den Einzelnen schützen
  
- Trianel-Entscheidung des EuGH vom 12.5.2011 (Rs. 115/09):
  - Beschränkung des Klagerechts von Umweltverbänden widerspricht Art.10a Abs. 1 und 3 der UVP-Richtlinie (RL 85/337/EG i. d. F. der RL 2009/31/EG)
  - ➔ EuGH bejaht ein Klagerecht bzgl. der Verletzung von Rechtsvorschriften, die dem Umweltschutz dienen und aus dem Unionsrecht hervorgegangen sind, auch wenn diese nur die Allgemeinheit schützen
  - ➔ EuGH bejaht zudem ein unmittelbares Klagerecht aus Art. 10a Abs. 3 Satz 3 der UVP-Richtlinie

# EuGH zu Klagerechten von Umweltverbänden

## (2) Folgeentscheidungen des BVerwG

### ■ Urteil vom 29.09.2011 (7 C 21/09): Anschluss an die EuGH-Entscheidung

- Beschränkung der Rügebefugnis von Umweltverbänden in § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 UmwRG (welcher die Begründetheit von Rechtsbehelfen betrifft) auf drittschützende Umweltvorschriften ist europarechtswidrig
- Keine richtlinienkonforme Auslegung der Vorschrift möglich (eindeutiger Wortlaut)
- Umweltverbände können Rügen bis zur erforderlichen Änderung des UmwRG unmittelbar auf Art. 10a der UVP-Richtlinie stützen

### ■ Beschluss vom 10.01.2012 (7 C 20/11): Vorlagebeschluss

- betrifft wiederum die Auslegung des Art. 10a der UVP-Richtlinie und die Europarechtskonformität des UmwRG
- Frage, ob bereits Verfahrensfehler bei der Durchführung von Umweltverträglichkeitsprüfungen (UVP) zur gerichtlichen Aufhebung von Genehmigungen führen
- dem steht derzeit § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UmwRG entgegen, wonach nur das vollständige Unterlassen der UVP zur Aufhebung der Genehmigung führt
- Verfahrensfehler führen im Übrigen nur dann zur Aufhebung der Genehmigung, wenn sie kausal für eine Verletzung materiellen Rechts sind („Kausalitätsrechtsprechung“ des BVerwG, § 46 VwVfG)
- das BVerwG will i. E. klären lassen, ob es bei seiner bisherigen Kausalitätsrechtsprechung bleiben kann



# Erneuerbare Energien

# EEG 2012 – ungelöste Fragen: Netzverknüpfungspunkt (1/3)

## ■ Ausgangspunkt: Wortlaut § 5 Abs. 1 S. 1 EEG 2009

„Netzbetreiber sind verpflichtet, Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien und aus Grubengas unverzüglich vorrangig an der Stelle an ihr Netz anzuschließen (Verknüpfungspunkt), die im Hinblick auf die Spannungsebene geeignet ist, und **die in der Luftlinie kürzeste Entfernung zum Standort der Anlage aufweist**, wenn nicht **ein anderes Netz** einen technisch und wirtschaftlich günstigeren Verknüpfungspunkt aufweist.“

→Wortlaut in EEG 2012 unverändert!

## ■ bisher nach Rechtsprechung des BGH

- *Netzanschlussanspruch bezieht sich nur auf wirtschaftlich günstigsten Verknüpfungspunkt (abgeleitet aus Gesetzesbegründung zum EEG 2004)*
- *grundsätzlich im Wege einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung zu ermitteln, unabhängig von Verteilung der Kostentragungslast*

## ■ abweichend: OLG Hamm und OLG Düsseldorf

# EEG 2012 – ungelöste Fragen: Netzverknüpfungspunkt (2/3)

## ■ OLG Hamm, Urteil vom 03.05.2011, Az. I-21 U 94/10 (rechtskräftig)

- *"Der Senat ist [...] der Auffassung, dass [die] Rechtsprechung [zum EEG 2000 und 2004 bzgl. des gesamtwirtschaftlichen Vergleichs] auf das neue EEG [2009] nicht anwendbar ist. [...] Der Anschluss an einen weiter entfernt liegenden Verknüpfungspunkt im selben Netz stellt eine schuldhafte Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB dar [...]"*
- → kurz:
  - maßgeblich ist zunächst immer der in Luftlinie in kürzester Entfernung liegende Verknüpfungspunkt
  - nur, wenn in einem anderen Netz ein anderer Verknüpfungspunkt in Betracht kommt, ist eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung durchzuführen

## ■ ebenso OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.11.2011, Az. I-17 U 157/10 (nicht rechtskräftig)



# EEG 2012 – ungelöste Fragen: Netzverknüpfungspunkt (3/3)

- Empfehlung der Clearingstelle 2011/1 vom 29.09.2011 zum gesetzlichen Netzverknüpfungspunkt gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 EEG 2009:

- *"Der gesetzliche Netzverknüpfungspunkt gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 EEG2009 ist dann nicht der in Luftlinie nächstgelegene Netzverknüpfungspunkt, wenn ein technisch und wirtschaftlich günstigerer Verknüpfungspunkt vorliegt. Der gesetzliche Verknüpfungspunkt ist in diesem Fall der technisch und wirtschaftlich günstigste Netzverknüpfungspunkt, und zwar auch dann, wenn kein anderes, sondern dasselbe Netz den technisch und wirtschaftlich günstigsten Netzverknüpfungspunkt aufweist. Der **technisch und wirtschaftlich günstigste Verknüpfungspunkt ist durch eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung der Kosten zu ermitteln.**"*

→ kurz: *festhalten an BGH-Rechtsprechung, aber keine Verbindlichkeit der Empfehlung*

- Derzeit: Rechtslage unklar, Klärung durch EEG 2012 verpasst, Entscheidung durch BGH abzuwarten

**C L I F F O R D**  
**C H A N C E**

[www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

Clifford Chance, Königsallee 59, 40215 Düsseldorf

© Clifford Chance 2012

Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ·

Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000

Weitere Informationen zur Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft – u.a. auch im Hinblick auf die erforderlichen Angaben gem. §§ 2,3 DL-InfoV – finden Sie unter [www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

GERMANY-1497702-v3