

Das Gaswirtschaftsjahr 2011/12: Aktuelles für Netz, Beschaffung und Vertrieb

Rechtsanwältin Dr. Christine Wegerich

Boos Hummel & Wegerich

Rechtsanwälte • Zimmerstraße 56 • 101117 Berlin • Tel.: 030-2009547-0 • Fax: 030-2009547-19 • post@boos-hummel.de

Übersicht

- A. Auswirkungen der Kooperationsvereinbarung IV
- B. Entscheidung des OLG Düsseldorf zu Konzessionsabgabe Gas
- C. Preisgestaltung im Gasbereich vor dem Hintergrund aktueller Rechtsprechung
- D. Take-or-Pay-Forderungen im Vertrieb

Kooperationsvereinbarung IV

- Geltung seit 1.10.2011
- Wesentlichste Änderung: Neue **Lieferantenrahmenverträge** - Mustervertrag als Anlage 3 zwingend
- Darüber hinaus sechs weitere Standardverträge: z. B. Ein- und Ausspeisevertrag für Fernleitungsebene, Bedingungen für Bilanzkreisvertrag und Biogaseinspeisevertrag für VNB
- Erstmals Vorgaben zum Netzkopplungsvertrag
- **Leitfäden** der BNetzA jetzt **verbindlicher Bestandteil der KoV** (alte und neue)
- Fazit:
 - > erhöhte Anforderungen für **Netzbetreiber** (Netzkonto, MMMA, SLP)
 - > mehr Rechtssicherheit für **Beschaffung und Vertrieb** (klare Regelungen und Fristen für Bilanzkreisabrechnung, Standardverträge)

Hintergrund des Streits über KA Gas

- Höhe der zulässigen Konzessionsabgaben (KA) anhängig von Einordnung des Endkunden als **Tarif- oder Sonderkunde**
- Zur Verdeutlichung: **Sonderkunden-KA** im Gas **0,03 Ct/kWh**, **Tarifkunden-KA** abhängig von Einwohnerzahl und Verwendungszweck **0,22 – 0,93 Ct/kWh** (übersteigt die Margen im Gasvertrieb)
- **Abgrenzung** für den Gasbereich **unzureichend** durch § 1 Abs. 3 und 4 KAV geregelt;
 - Tarifkunden sind Kunden, die auf der Grundlage von Verträgen nach §§ 36 und 38 EnWG beliefert werden (Grund- und Ersatzversorgung)
 - anders im Strom: § 2 Abs. 7 KAV verbrauchsabhängige Fiktion der Tarifkundenbelieferung (> 30 KW und > 30.000 kWh/a)
 - damit ist Vertriebspolitik (Tarifstruktur des Grundversorgers) entscheidend für Höhe der KA
 - steuerliches Problem: Abführung überhöhter KA bei kommunalen Beteiligungsunternehmen ist verdeckte Gewinnausschüttung

Drittbefieferungsfälle

- Gesetzliche Unschärfe führt zu Unsicherheiten bei Durchleitungen: welche KA zahlen Drittlieferanten?
- Gesetzliche Regelung: **§ 2 Abs. 6 KAV**
„Liefere **Dritte** im Wege der Durchleitung Strom oder Gas an Letztverbraucher, so können im Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Gemeinde für diese Lieferungen **Konzessionsabgaben** bis zu der Höhe vereinbart oder gezahlt werden, **wie sie der Netzbetreiber in vergleichbaren Fällen für Lieferungen seines Unternehmens** oder durch verbundene oder assoziierte Unternehmen in diesem Konzessionsgebiet **zu zahlen** hat.“
- Regelungszweck: Wettbewerbsneutralität der KA

Beschluss des BKartA ./ GAG Gasversorgung Ahrensburg

- Vom 16.09.2009 – B 10 – 11/09
- **Hintergrund**
 - Gasversorgung Ahrensburg zu 100 % im Eigentum der Stadt Ahrensburg
 - Übernahme des Gasnetzes von E.ON Hanse im Jahr 2006
 - Bis dahin 50 % der Kochgas- und 99 % der Heizgaskunden Sondervertragskunden
 - Ab 2006 neue Einordnung: bis 100.000 kWh Jahresverbrauch nur Tarifkunden, gleich ob Belieferung durch GAG oder Dritte
 - Folge: stark erhöhtes KA-Aufkommen für die Stadt (erklärtes Ziel der Netzübernahme), gleichzeitig Verluste der Vertriebspartie Gas der GAG in 2007 und 2008
- **Entscheidung des BKartA**
 - **sämtliche Lieferungen Dritter** sind als Lieferungen an **Sonderkunden** einzuordnen, rückwirkende Erstattung angeordnet

OLG Düsseldorf vom 19.10.2011 – VI-3 Kart 1/11 (V)

- Zurückweisung der Beschwerden gegen Beschluss des BKartA
- **Zuständigkeit:** für Fälle des Behinderungsmissbrauchs eines Netzbetreibers gem. §§ 130 Abs. 3 GWB i.V.m. § 111 Abs. 1, 2 EnWG **ausschließlich die Regulierungsbehörden und nicht die Kartellbehörden**
 - Zuständigkeitsrüge muss bis zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens erhoben werden
- für Durchleitungen Dritter **immer Sonderkunden-KA**
- **maßgeblich für die Vergleichbarkeit** der Lieferung nach § 2 Abs. 6 Satz 1 KAV sei die „materiell-rechtliche Kundenstruktur und damit die Definition der **Kundengruppen nach § 1 Abs. 3,4 KAV** ... und nicht die Tarifstruktur des mit dem Netzbetreiber verbundenen Vertriebs“

Fazit

- Bei Drittbelieferungsfällen immer nur Sonderkunden-KA!
- Bisher eigene Grenzen zur Abgrenzung von Tarif- und Sonderkunden
- Jetzt: jeder Haushaltskunde, der Sondervertrag schließt (§ 41 EnWG) = Sonderkunde nach KAV
- Jetzt: jeder neue Gewerbekunde mit Bedarf von mehr als 10.000 kWh = Sonderkunde nach KAV
- Abführung der Tarifkunden-KA wäre in diesen Fällen rechtsgrundlos und verdeckte Gewinnausschüttung an Gesellschafter
- Differenzierung von gewerblichen und privaten Kunden künftig zwingend nötig
- Bei echten Haushaltskunden (privater Eigenbedarf) ggf. über Erhöhung der Sonderkunden-KA-Grenze zugunsten der Gemeinde nachdenken

Ausgangspunkt: Grundversorgung oder Sondervertrag?

- Rechtsunsicherheit durch **Entscheidungen des KG Berlin und des OLG Düsseldorf**, wonach der Grundversorger **nur einen Grundversorgungstarif** anbieten dürfe, alle anderen Tarife seien Sonderverträge
- Weitere Obergerichte hatten sich dem angeschlossen
- Nun hat OLG Düsseldorf mit zwei Urteilen vom 14.04.2011 diese Rechtsprechung aufgegeben, auch der **BGH** hat mit Urteil vom 11.05.2011 (VIII ZR 42/10) klar gestellt, dass **verschiedene Tarife im Rahmen der Grundversorgung möglich** sind

Preisanpassung bei Sonderverträgen

- Welche Möglichkeiten gibt es?
 - Preisanpassungsklausel in Form einer **Kostenelementeklausel**
 - Anpassung nach **billigem Ermessen**, hier Überprüfung nach § 315 BGB möglich
 - **HEL-Formel** als Preisvereinbarung
 - unveränderte Übernahme des „Preisanpassungsrechts“ aus **§ 5 Abs. 2 GasGVV**

Preisanpassungsklausel als Kostenelementeklausel

- hier AGB-Recht zu beachten: **Transparenz und Angemessenheit** (§ 307 BGB)
- BGH: Grundsätzliche Anerkennung eines Interesses des Lieferanten Preis an die aktuelle Kostenentwicklung anzupassen, aber
- **Hohe Anforderungen des BGH** (Ausgangspunkt „Flüssiggasentscheidung“ aus 2005):
 - Einzelne Kostenelemente müssen offen gelegt werden
 - Diese müssen richtig gewichtet werden, d. h. deren Anteil an den Kosten muss der Realität entsprechen
 - Dennoch muss die Klausel transparent sein, d. h. für Durchschnittskunden verständlich
 - Klausel darf keine Gewinnmaximierung ermöglichen, d.h. Kostensenkungen müssen ebenso preiswirksam werden wie Kostenerhöhungen

HEL-Formel als Preisvereinbarung (1)

- BGH, Urteil vom 24.03.2010 - VIII ZR 304/08
- In der Presse stark beachtet als erstes BGH-Urteil zur „**HEL-Preisbindung**“
- Allerdings zeigen die Entscheidungsgründe:
 - kein generelles Urteil zur Ölpreisbindung, vielmehr Bestätigung und Konkretisierung der BGH-Vorgaben zur Angemessenheit von Preisanpassungsklauseln
- Sachverhalt:
 - Vereinbarung von HEL-Formeln für Erdgassonderverstragskunden
 - Bindung des Arbeitspreises zu 92% an HEL
 - keine Berücksichtigung weiterer Preisbestandteile

HEL-Formel als Preisvereinbarung (2)

- Wesentliche **Aussagen**:
 - HEL-Preisänderungsklausel genügt dem **Transparenzgebot** i. S. d. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, da Werte öffentlich zugänglich
 - HEL-Preis spiegelt keinen Marktpreis wieder, den es mangels Wettbewerbs gar nicht gibt
 - AGB-rechtliche **Inhaltskontrolle** nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB der Preisänderungsklausel (sog. Spannungsklausel), da keine reine Preisabrede, sondern ergänzende **Preisnebenabrede**, an deren Stelle bei Fehlen einer Regelung Gesetzesrecht treten könnte
 - Daher in Zukunft: **Gestaltung von HEL-Formeln als Preisvereinbarung**, nicht lediglich als Preisänderungsklausel
- **Fazit**: realistische HEL-Klausel als Preisvereinbarung möglich

Übernahme von § 5 Abs. 2 GasGVV in Sonderverträge

- Contra: Inhalt der Vorschrift -> nach OLG Oldenburg ergebe sich nicht einmal für einen juristisch vorgebildeten Menschen, dass es sich überhaupt um ein Preisanpassungsrecht handelt
- Aber **BGH** vom 28.10.2009 – VIII ZR 320/07: **Übernahme von § 4 AVBGasV** sei jedenfalls **wirksam**, da dort Rechtspflicht zur Weitergabe von Kostensenkungen vorgesehen („**Leitbild**“ der GVV)
- **Jetzt** Rechtssicherheit fraglich, da verschiedene **Vorlagefragen** an den Europäischen Gerichtshof (EuGH)

Vorlage an den Europäischen Gerichtshof (EuGH)

- OLG Oldenburg und BGH haben Ende 2010/Anfang 2011 den EuGH angerufen
- Ziel: Klärung der Vereinbarkeit der deutschen Rechtslage mit Vorgaben aus der europäischen Klauselrichtlinie für Verbraucherverträge (KlauselRL) und der Gasbinnenmarktrichtlinie (GasRL)
- Sachverhalte: Wirksamkeit von Preisanpassungsklauseln in Gaslieferverträgen mit Sonderkunden, Klauseln bestehen in unveränderter Wiedergabe von § 4 AVBGasV

Vorlage an den Europäischen Gerichtshof (EuGH)

- **BGH bisher:** Preisanpassungsklausel, die § 4 AVBGasV unverändert wiedergibt, stelle **keine unangemessene Benachteiligung** des Kunden dar (§ 307 BGB)
- Denn: Gesetzgeber habe Maßstab gesetzt, der gerichtlicher Kontrolle entzogen sei – auch, wenn Klausel nur vertraglich einbezogen
- Vereinbarkeit mit Europarecht?
 - OLG Oldenburg: nein wg. Verstoß gegen in KlauselRL und GasRL verankertem Transparenzgebot
 - BGH: ja, denn KlauselRL sei nicht anwendbar für Vertragsklauseln, die auf bindendem Recht „beruhen“, selbst wenn nur vertragliche Einbeziehung und keine direkte Anwendbarkeit

Vorlage an den Europäischen Gerichtshof (EuGH)

- **BGH:** außerdem seien Vorgaben der KlauselRL erfüllt: zulässig seien Vertragsanpassungen, wenn rechtzeitige Information des Kunden und Kündigungsrecht, auch Vorgaben der GasRL erfüllt, denn Transparenzgebot gelte nur für „geltende“ Preise nicht für Preisanpassungen
- **Fazit:**
 - bemerkenswerter Konflikt der deutschen Gerichte
 - EuGH eher verbraucherfreundlich: Entscheidung für Europarechtswidrigkeit scheint möglich, d.h. Ende nicht nur der BGH-Rspr. zu § 4 AVBGasV, sondern auch für Klauseln nach § 5 GasGVV
 - > BGH hat im Mai/Juni 2011 auch im Hinblick auf Tarifkunden entsprechende Vorlagefragen an den EuGH gestellt
 - > Bedeutung für **Grundversorgung** noch völlig offen, jedenfalls muss der **Versorgungspflicht** auch ein **Recht zur Preisanpassung** gegenüber stehen

Umgang mit Take-or-Pay-Forderungen

- Entstehung der Forderungen oft 2008 (Wirtschaftskrise), d. h. Verjährung Ende 2011 -> bis Ende des Jahres gerichtlich geltend machen
- Erfolgsaussichten hängen von konkreter Ausgestaltung der Klausel an, bislang keine gerichtliche Klärung der Zulässigkeit (AGB-Recht und Kartellrecht)
- Argumente
 - Klausel „ausgehandelt“ oder einseitig „gestellt“?
 - unangemessene Benachteiligung ? Abhängig vom Einzelfall (Preis, Verhältnis Vergütungsverpflichtung und Gasbedarf, vor allem Nachbezugsrechte, Rückkaufklausel)
 - allgemeine Wirtschaftsklauseln/Loyalitätsklauseln und Wegfall der Geschäftsgrundlage spielen wg. ausdrücklicher Vertragsbestimmung meist keine Rolle
- In Zukunft: Rückkaufklauseln, evtl. Nachbezugsrechte, Anrechnung von Erlösen aus Deckungsgeschäften, individuelles Aushandeln steigert Rechtssicherheit

Wir danken für Ihre Aufmerksamkeit.

Boos Hummel & Wegerich

Rechtsanwälte • Zimmerstraße 56 • 10117 Berlin • Tel.: 030-2009547-0 • Fax: 030-2009547-19 • post@boos-hummel.de