



Ist die HEL-Bindung noch zulässig? Fernwärme und Preisänderung

Kölner Gespräche zum Energierecht, 9. September 2010

RA Adolf Topp, Mag.rer.publ.
Stv. Geschäftsführer



WÄRME | KÄLTE | KWK

Überblick

- » Der Fall des OLG Naumburg
- » Grundlagen
- » Anwendung der AVBFernwärmeV
- » Preisklauselgesetz
- » Inhaltliche Anforderungen
(§ 24 Abs. 3 S. 1 AVBFernwärmeV)
- » Formelle Anforderungen
- » Zulässigkeit der Ölpreisbindung?

Urteil des OLG Naumburg vom 17. September 2009

- » **Aushandeln**
- » **Inhaltskontrolle nach § 307 BGB,
§ 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV als Maßstab**
- » **HEL mit Index „Rheinschiene“ unangemessen
für Sonderkunden**
- » **Berechtigung oder Verpflichtung zu Anpassung?**

» Leitungsgebundenheit und Contracting

- Anforderungen an Fernwärmeleitungen
 - doppelte Rohrleitungsverlegung (Vor-/Rücklauf)
 - Wärmedämmung (Vermeidung von Transportverlusten)
- besonders hoher Aufwand bei Leitungsverlegung
 - Faustformel: 8fache Kosten im Vergleich zu Gasleitungen¹
- Wärmenetz nicht erforderlich → Contracting
- Fernwärme ist jeder gewerbliche Verkauf von Wärme

Rechtliche Rahmenbedingungen

» Keine Geltung des EnWG für Fernwärme

- EnWG gilt nur für leitungsgebundene Versorgung mit Elektrizität und Gas (§ 1 Abs. 1 EnWG)
- keine analoge Anwendung auf Fernwärme:

„Der grundsätzliche Anwendungsbereich des EnWG wird beibehalten. Eine Ausdehnung auf andere Energieträger als Elektrizität und Gas - insbesondere Fernwärme - ist nicht vorgesehen.“²

Rechtliche Rahmenbedingungen

- » **Kaufrecht:** Wärmelieferung ist Kauf
- » **Art. 243 EGBGB:** VO-Ermächtigung
- » **AVBFernwärmeV:** Besonderheiten
 - Preisänderungsklausel § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV
 - lange Laufzeit: 10 Jahre mit 5jähriger Verlängerungsoption (§ 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV)
 - Verweis auf Rückforderungsprozess bei Streit über Rechnungen (§ 30 AVBFernwärmeV)

Anwendung der AVBFernwärmeV

» Grundsatz

- Verwendung von Vertragsbedingungen, die für eine Vielzahl von Verträgen **vorformuliert** sind (§ 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV)³
- AVBFernwärmeV gilt praktisch für jeden Kunden, sofern Vertragsbedingungen vorformuliert sind (Bsp. Textbausteine)

» Ausnahme

- AVBFernwärmeV gilt nicht für Industriekunden (§ 1 Abs. 2 AVBFernwärmeV)

Anwendung der AVBFernwärmeV

» Konkretisierungsbedürftigkeit

» Beispiele

- Laufzeit: § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV
 - Höchstlaufzeit: 10 Jahre
 - jede vertragliche Regelung \leq 10 Jahre zulässig
- Preisänderungsklausel: § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV
 - formelle und inhaltliche Mindestanforderungen
 - breiter Gestaltungsspielraum innerhalb dieser Grenzen

Anwendung der AVBFernwärmeV

» Prüfungsmaßstab

- sofern vorformulierte Vertragsbedingungen verwendet werden (siehe Grundsatz nach § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV), sind diese auf ihre Vereinbarkeit mit den §§ 2 bis 34 AVBFernwärmeV zu prüfen
 - Wirksamkeit der Klausel bei Vereinbarkeit
 - Unwirksamkeit der Klausel bei Verstoß
- abschließender Prüfungsmaßstab
 - keine zusätzliche Prüfung nach allgemeinem AGB-Recht (Urteil vom 28. Januar 1987, VIII ZR 37/86, Rdnr. 10 und 19⁴; Urteil vom 11. Oktober 2006, VIII ZR 270/05⁵)

Vertragssystem Strom und Gas

» Grundversorgung (§ 36 Abs. 1 EnWG)

- Versorgung zu allgemeinen Bedingungen und Preisen
- Anspruch nur für Haushaltskunden⁶
- Geltung der StromGVV/GasGVV

» Sonderkundenversorgung

- jede Versorgung außerhalb der Grundversorgung
 - Versorgung von Nicht-Haushaltskunden
 - Versorgung von Haushaltskunden zu anderen als den allgemeinen Bedingungen und Preisen
- bei Verwendung von vorformulierten Bedingungen Kontrolle nach allgemeinem AGB-Recht
 - Einbeziehung einzelner Regelungen der GVV weit verbreitet
 - bei unveränderter Einbeziehung kein Verstoß gegen allgemeines AGB-Recht („Leitbild“ der StromGVV/GasGVV - § 310 Abs. 2 BGB)

Unterschiede Fernwärme <> Strom und Gas

Vorformulierte Bindungen	Fernwärme	Strom und Gas
Vertragstyp	<p>Allgemeiner Wärmelieferungsvertrag Jeder Kunde, der nicht Industriekunde ist</p> <p>Industriekundenvertrag Industriekunde (§ 1 Abs. 2 AVBFernwärmeV)</p>	<p>Grundversorgungsvertrag Versorgung zu allgemeinen Bedingungen und Preisen (§ 36 Abs. 1 EnWG)</p> <p>Sonderkundenvertrag Versorgung außerhalb der Grundversorgung</p>
Gerichtliche Kontrolle der Klauseln	<p>Allgemeiner Wärmelieferungsvertrag Kontrolle nach §§ 2 bis 34 AVBFernwärmeV</p> <p>Industriekundenvertrag Kontrolle nach § 307 BGB unter Berücksichtigung des Leitbilds der AVBFernwärmeV</p>	<p>Grundversorgungsvertrag Kontrolle nach §§ 2ff. StromGVV/GasGVV</p> <p>Sonderkundenvertrag Unternehmer: Kontrolle nach § 307 BGB unter Berücksichtigung des Leitbilds der StromGVV/GasGVV Verbraucher: Kontrolle nach §§ 307 bis 309 BGB unter Berücksichtigung des Leitbilds der StromGVV/GasGVV</p>
Vertragsfreiheit	<p>Individualvertrag Ausgehandelte Bedingungen</p>	<p>Individualvertrag Ausgehandelte Bedingungen</p>

Unterschiede Fernwärme <> Strom und Gas

» **Schlussfolgerungen**

- Differenzierung zwischen Grundversorgungskunden (Tarifkunden) und Sonderkunden gibt es in der Fernwärmeversorgung nicht⁷
- gesetzliches Redaktionsversehen des § 310 Abs. 2 BGB
„Die §§ 308 und § 309 finden keine Anwendung auf Verträge der ... Fernwärmeversorgungsunternehmen über die Versorgung von **Sonderabnehmern** mit ... Fernwärme ..., soweit die Versorgungsbedingungen nicht zum Nachteil der Abnehmer von Verordnungen über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung von **Tarifkunden** mit ... Fernwärme ... abweichen.“

Begriffsbestimmungen

» Preisänderungsklauseln

- Definition: Vertragliche Regelung, welche die Änderung eines vertraglich vereinbarten Preises erlaubt

» Bedeutung des Preisklauselgesetzes

- Gesetz gilt nicht für Fernwärmelieferverträge⁸
- Bestätigung des ausschließlichen Prüfungsmaßstabs des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV⁷

Die Kostenentwicklung

» Maßgeblicher Gesetzestext

Die Klausel „darf nur so ausgestaltet sein, dass sie ... die Kostenentwicklung bei **Erzeugung** und **Bereitstellung** der Fernwärme durch das **Unternehmen**“ ... berücksichtigt.

- » Preisänderungsklauseln nach § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV sind Kombination aus Kostenelemente- und Spannungsklausel

» Maßgebliche Vorgaben

- Kosten des Unternehmens
- Erzeugungskosten
- Verteilungskosten

Die Kostenentwicklung

» Erzeugungskosten

- Kosten der Erzeugung der Wärme
 - Brennstoffkosten
 - Investitionskosten (Wärmeerzeugungsanlage/Kraftwerk)
 - Betriebskosten (Personalkosten)
 - ...

» Bereitstellungskosten

- Kosten der Verteilung der Wärme (Bsp. Pumpstrom)
- Kosten für Errichtung und Unterhalt der Netze

Die Kostenentwicklung

» Auswahl der Kostenelemente

- Gestaltungsspielraum
- Grenzen
- Angemessene Berücksichtigung der Kosten
 - keine unangemessene Übergewichtung
 - keine unangemessene Untergewichtung
- Verständlichkeit
 - Beschränkung auf einige Kostenelemente

» Beispiel: Grundpreis-Änderungsklausel

$$GP_{\text{neu}} = GP_0 (0,6 I/I_0 + 0,4 L/L_0)$$

Investitionsgüterkosten

(Kosten für Erzeugungsanlage und Netz)

Lohnkosten

(Betriebskosten)

Die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt

» **Maßgeblicher Gesetzestext**

Die Klausel „darf nur so ausgestaltet sein, dass sie ... die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt“ ... berücksichtigt.

Die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt

» Gesetzgeberische Wertentscheidungen

Die Vorschrift trägt „dem Umstand Rechnung, dass sich die Fernwärmepreisgestaltung **nicht losgelöst** von den Preisverhältnissen am Wärmemarkt vollziehen kann.“¹⁰

„Diese Klauseln beziehen somit Kostenveränderungen auch von **Konkurrenzenergieträgern** ein, d. h. solche Energieträger, die das Fernwärmeversorgungsunternehmen bei der Erzeugung der Fernwärme selbst nicht einsetzt, auf die aber Wettbewerber des Fernwärmeversorgungsunternehmens auf dem Wärmemarkt zurückgreifen.“¹¹

» Hintergründe

- Misstrauen des Gesetzgebers gegenüber reinen Kostenentwicklungen
- andernfalls keine Anreize zur Kostenersparnis
- Margenveränderungen gesetzlich angelegt
 - Gewinnschmälerung des ineffizienten Versorgers
 - Gewinnsteigerung des effizienten Versorgers

Die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt

» **Schlussfolgerungen**

- „Kleine Anreizregulierung“
 - Assoziation zur Anreizregulierung nach EnWG
 - Rechtsprechung des BGH zum Verbot der Veränderung der Gewinnmarge in Preisanpassungsklauseln (Auslegung des § 307 Abs. 1 BGB) nicht auf Fernwärme übertragbar

» **Definition des Wärmemarkts**

- Sachliche Abgrenzung
 - keine Übertragung der kartellrechtlichen Lehren
 - Gesetzgeber unterstellt für § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV einheitlichen Wärmemarkt

Die angemessene Berücksichtigung

» Maßgeblicher Gesetzestext

Die Klausel „darf nur so ausgestaltet sein, dass sie **sowohl** die Kostenentwicklung ... **als auch** die jeweiligen Verhältnisse auf dem jeweiligen Wärmemarkt **angemessen**“ **berücksichtigt**.

» Bedeutung

- Gewährleistung des gewünschten Kompromisses aus Kostenelementeklausel und Spannungsklausel
 - Verbot der Verdrängung des einen Elements durch das andere Element
 - Gebot der angemessenen Gewichtung von Kostensituation und Verhältnissen auf Wärmemarkt

Angemessene Berücksichtigung

» **Schlussfolgerungen**

- Bandbreite an Gestaltungsmöglichkeiten von Preisänderungsklauseln
- angemessene Auswahl und Gewichtung von Klausелеlementen
- es gibt keine allgemeingültige Preisänderungsklausel für sämtliche Versorgungsunternehmen
- es gibt mehrere denkbare Preisänderungsklauseln für ein bestimmtes Versorgungsunternehmen

Allgemeine Verständlichkeit

» Nachvollziehbarkeit der Klausel

- BGH zum Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB¹²
 - Maßstab: „Verständnis- und Erkenntnismöglichkeiten eines typischerweise zu erwartenden Durchschnittskunden ..., von dem die aufmerksame Durchsicht der Vertragsbedingungen, deren verständige Würdigung und die Berücksichtigung ihres erkennbaren Sinnzusammenhangs erwartet werden kann“.
 - Preisgleitklausel mit Parametern aus öffentlich zugänglichen Quellen zulässig
- BGH zu Preisänderungsklauseln vor Geltung der AVBFernwärmeV¹³
 - „Die Änderung der für den Wärmepreis maßgeblichen Kostenfaktoren für den zurückliegenden Abrechnungszeitraum kann er [Wärmekunde] den Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamts entnehmen.“

Allgemeine Verständlichkeit

» Schlussfolgerungen

- Klauseln sind verständlich, wenn sie
 - in mathematischer Form dargestellt werden
 - wenn die Werte der Klausелеlemente öffentlich zugänglich sind

Zulässigkeit der Ölpreisbindung

- » **Abhängigkeit von Funktion der Ölpreisbindung**
 - Repräsentation der Kostensituation des Unternehmens?
 - Repräsentation der Verhältnisse des Wärmemarkts?

Zulässigkeit der Ölpreisbindung

» Repräsentation der Verhältnisse des Wärmemarkts

- Ölpreis dominiert Preise am Wärmemarkt
 - maßgeblicher Anteil des Heizöls am Wärmemarkt (1/3)
 - Ölpreisbindung des Marktführers Erdgas
 - Phänomen der Ölpreisbindung auch bei regenerativen Energieträgern (Holzpellets)
 - Phänomen des *Fuel Switch* in USA auch ohne Ölpreisbindung (gleichgerichtete Entwicklung von Öl- und Erdgaspreisen)¹⁵

→ generelle Zulässigkeit der Verwendung des Ölpreises zur Repräsentation des Wärmemarkts

Zulässigkeit der Ölpreisbindung

» Bezugnahme auf Notierung „Rheinschiene“

- bei Wärmelieferverträgen mit Unternehmen generell zulässig
 - Rücksichtnahme auf Gewohnheiten im Verkehr zwischen Unternehmen
 - Berücksichtigung von Handelsbräuchen (§ 346 HGB)

- bei Wärmelieferungsverträgen mit Verbrauchern zulässig
 - Preisargument
 - Rheinschiene bildet gemittelten Preis der wichtigsten deutschen Berichtsorte → Dämpfung der Ölpreisausschläge
 - Berichtsorte der Rheinschiene genießen gute Anbindung an Ölhafen Rotterdam
 - Preise anderer Berichtsorte berücksichtigen zusätzliche Transportkosten
 - Preis abseits der Rheinschiene sind tendenziell höher
 - Kontinuitätsargument
 - Statistisches Bundesamt tauscht häufig Berichtsorte aus
 - Rheinschiene als Zusammenfassung wichtiger Berichtsorte wird dauerhaft notiert

These

1. § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV lex specialis zu § 307 BGB
2. Automatische Preisänderungsklauseln sind hinzunehmen
3. Keine Übertragung der Gas-Rechtsprechung auf Wärme

Petitum:

Der BGH möge bei seiner dogmatisch zutreffenden Rechtsprechung (Urteil vom 28. Januar 1987, VIII ZR 37/86, Rdnr. 10 und 19¹⁶; Urteil vom 11. Oktober 2006, VIII ZR 270/05¹⁷) bleiben.



- ¹ - *Erdmann/Zweifel*, Energieökonomik, 2008, S. 319.
- ² - Bundesrat-Drucksache 613/04, S. 78.
- ³ - § 1 Abs. 1 S. 1 AVBFernwärmeV: „Soweit Fernwärmeversorgungsunternehmen für den Anschluss an die Fernwärmeversorgung und für die Versorgung mit Fernwärme Vertragsmuster oder Vertragsbedingungen verwenden, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind, gelten die §§ 2 bis 34.“
- ⁴ - JURIS; BGHZ 100, 1; NJW 1987, 1622; RdE 1987, 165; WM 1987, 506 ff.
<http://www.agfw.de/762.0.html#c939>
- ⁵ - NJW 2007, S. 210; CuR 2006, Heft 4, 130 ff.; ZNER 2006, Heft 4, 341 f.; WuM, 2006, Heft 12, 689 ff.; IR 2007, 17 f. mit Anm. Topp; NJW 2007, Heft 4, 210 f.; RdE 2007 80 ff.; EWeRK Info 6/2007, S. 7 mit Anm. von Winter; <http://www.agfw.de/762.0.html#c939>
- ⁶ - § 3 Nr. 22 EnWG: „Letztverbraucher, die Energie überwiegend für den Eigenverbrauch im Haushalt oder für den einen Jahresverbrauch von 10.000 Kilowattstunden nicht übersteigenden Eigenverbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke kaufen.“
- ⁷ - *Büdenbender*, Zulässigkeit der Preiskontrolle von Fernwärmeversorgungsverträgen nach § 315 BGB, 2005, S. 67f.; *Witzel*, in Witzel/Topp, Kommentar zur AVBFernwärmeV, 2. Aufl. 1997, S. 45

- ⁸ - § 1 Abs. 3 AVBFernwärmeV: „Die Vorschriften ... über die Zulässigkeit von Preisklauseln in Wärmelieferungsverträgen nach der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme bleiben unberührt“
- ⁹ - Bundestags-Drucksache 16/4391, S. 27.
- ¹⁰ - Bundesrat-Drucksache 90/80, S. 56 – Begründung zur AVBFernwärmeV.
- ¹¹ - Bundestag-Drucksache 16/4391, S. 27 – Begründung zum PrKG.
- ¹² - BGH, Urt. v. 24.03.2010, Az. VIII ZR 304/08 Rn. 22 sowie VIII ZR 178/08 Rn. 15.
- ¹³ - BGH, Urt. v. 06.12.1978, Az. VIII ZR 273/77, NJW 1979, 1304-1306.
- ¹⁴ - BGH, Urt. v. 11.10.2006, Az. VIII ZR 270/05 Rn. 9-11; *Witzel*, in Witzel/Topp, Kommentar zur AVBFernwärmeV, 2. Aufl. 1997, S. 191.
- ¹⁵ - *Erdmann/Zweifel*, Energieökonomik, 2008, S. 239.
- ¹⁶ - BGH, Urteil vom 28. Januar 1987, Fn. 4
- ¹⁷ - BGH, Urteil vom 11. Oktober 2006, Fn. 5 und Literaturliste vom 7. September 2010