



ENERGIE NEWSLETTER

Juli 2019

[GGSC]

[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Liebe Mandantschaft,
sehr geehrte Damen und Herren,

nachdem die aktuellen Umfragen immer deutlicher zeigen, dass sich eine zunehmende Anzahl von Wählerinnen und Wählern mehr Klimaschutz wünschen, sehen die politischen Vorzeichen für die erneuerbaren Energien wieder besser aus.

[GGSC] hat jüngst an einer Studie mitgewirkt, die zeigt, dass der weitere Ausbau erneuerbarer Energien auch netztechnisch kurzfristig umsetzbar ist.

Diese und weitere Themen finden Sie in unserer aktuellen Ausgabe. Wir wünschen Ihnen dabei wie immer viel Freude bei der Lektüre.

Ihr [GGSC] Energieteam

DIE THEMEN DIESER AUSGABE:

- [Netzstudie: Weitere Integration der erneuerbaren Energien durch Netzoptimierung technisch und rechtlich möglich](#)
- [Neues zum Anlagenbegriff](#)
- [BGH stärkt Grundstückseigentümer/ Betreiber gegenüber BVVG](#)
- [Förderung erneuerbarer Energien: Mit Marktpreisniveau steht Absicherung im Vordergrund](#)
- [Härtefallregelung in Gefahr?](#)
- [Wärmewende ausgebremst: Stuttgart scheitert vorerst bei der Übernahme des Fernwärmenetzes](#)
- [Richtungsweisendes Urteil zu Preisgleitklauseln und Neues vom Statistischen Bundesamt – nicht kompatibel!](#)
- [Aktuelles: EuGH-Urteil zur HOAI](#)
- [GGSC] auf Veranstaltungen
- [GGSC] Online



[NETZSTUDIE: WEITERE INTEGRATION DER ERNEUERBAREN ENERGIEN DURCH NETZOPTIMIERUNG TECHNISCH UND RECHTLICH MÖGLICH]

[GGSC] hat zusammen mit technischen Experten für ein Konsortium der EE-Branche an einer Studie zur Optimierung der bestehenden Übertragungsnetze gearbeitet. Die Ergebnisse zeigen, dass die Netze bis zu ihrem Ausbau übergangsweise durch schnelle, kostengünstige Netzoptimierungsmaßnahmen, insbesondere integrales Freileitungsmonitoring, Online-Assistenzsysteme und Phasenschiebertransformatoren soweit ertüchtigt werden könnten, dass ein ungebremsster Ausbau der erneuerbaren Energien möglich wäre.

Ausbaubremse gem. Koalitionsvertrag nicht notwendig

Im Koalitionsvertrag wurde vereinbart, dass der weitere Ausbau erneuerbarer Energien mit dem Netzausbau synchronisiert werden müsse. Faktisch meinten die Koalitionäre damit, die erneuerbaren Energien müssten übergangsweise auf den Netzausbau warten. Dementsprechend wurden die Ausbaupfade für erneuerbare Energien (vgl. § 4 EEG) gedeckelt.

Digitalisierung der Netze geboten und zeitgemäß

Die Studie zeigt: Durch den schnellen, kombinierten Einsatz günstiger Instrumente am bestehenden Übertragungsnetz, vor allem moderner Software, können Netzengpässe verhindert und in ganz erheblichem Umfang

die bereits jetzt anfallenden Redispatchkosten (1,8 Milliarden allein 2018) reduziert werden bis der Netzausbau vollzogen ist. Zur Umsetzung der Maßnahmen sind wegen des kürzlich neu eingeführten § 43 f. EnWG anders als beim Netzausbau keine langwierigen Planfeststellungsverfahren erforderlich.

"Win-Win-Win-Situation"

Die schnelle Umsetzung der Maßnahmen kann nicht nur der Branche der erneuerbaren Energien helfen. Eine ganz erhebliche Reduzierung der Redispatchkosten wirkt sich positiv auf die Strompreise aus und nutzt damit den Endkunden als Letztverbrauchern. Problematisch ist allerdings, dass die Anreizregulierung in ihrer jetzigen Form eher den Netzausbau als Netzoptimierungsmaßnahmen anreizt. Daher schlagen die Verfasser der Studie vor, Anreize zu setzen, damit die Übertragungsnetzbetreiber von den Einsparungen durch Netzoptimierungsmaßnahmen wirtschaftlich profitieren.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Jochen Fischer](#)



Rechtsanwalt
[Udo Paschedag](#)



Rechtsanwältin
Gina Benkert

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[NEUES ZUM ANLAGENBEGRIFF]

Die Clearingstelle-EEG hat im Mai 2019 in einem Votumsverfahren den Anlagenbegriff für den Bereich Geothermie neu definiert. Danach zählen die Tiefbohrungen, die Förder- und Reinjektionspumpen sowie die oberirdischen Thermalwasserleitungen nicht zur Anlage. Anlage im Sinne von § 3 Nr. 1 EEG 2017 ist nur das Geothermiekraftwerk bestehend aus Generator, Turbine, Kühlaggregat etc.

Abkehr vom bisherigen Anlagenbegriffsverständnis in der Geothermie

Als Reaktion auf das für den Biogasbereich maßgebende sogenannte Fermenter-Urteil des BGH (Az. VIII ZR 262/12 v. 23.10.2013) hatte die Clearingstelle (Az. 2016/9 vom 14.04.2016) den Anlagenbegriff mit einem vielbeachteten Votum für die erneuerbaren Energien konturiert. Ohne auf den Anlagenbegriff für die Geothermie näher einzugehen, hatte die Clearingstelle seinerzeit das Thermalwassersystem der Anlage zugeordnet. Hiervon weicht die Clearingstelle in ihrem aktuellen Votum ab.

Erdwärmegewinnung bedeutet nicht notwendiger Weise Stromerzeugung

Die Begründung liegt zwar noch nicht vor, aber offenbar folgt die Clearingstelle der Argumentation von [GGSC]. In tatsächlicher Hinsicht dürfte u. a. ausschlaggebend gewesen sein, dass die Erdwärmegewinnung durch das Thermalwassersystem weder im zu entscheidenden Fall noch generell zwangsläufig zur Stromerzeugung führt.

Zwar werden Geothermie-Projekte zu Beginn häufig durch die kalkulierbare Stromvergütung angereizt. Das nachhaltigere und längerfristige Interesse bei der Erdwärmegewinnung ist jedoch die direkte Nutzung von Wärme. Insbesondere Projekte, die von Beginn an über ein entsprechendes Fernwärmesystem verfügen, werden häufig ganz ohne Stromerzeugung angelegt und betrieben. Besonders langfristig ist Wärmeversorgung auch die wirtschaftlichere Nutzungsform.

Stärkung der Geothermie durch flexible Nutzungskonzepte

Auf Grundlage der Entscheidung können Bohrungen künftig flexibel und bestmöglich zur Stromerzeugung und/oder Wärmeversorgung genutzt werden. Bohrungen und Thermalwasserkreislauf dienen ebenso der Gewinnung des Einsatzstoffes, wie die Mais- oder Rapserte zur Gewinnung von Biomasse.

Schön wäre, wenn die Entscheidung der Clearingstelle bei der nächsten EEG-Novellierung eine gesetzliche Bestätigung erführe, weil nicht auszuschließen ist, dass das Thema bei einem anderen Projekt nochmals Gegenstand eines gerichtlichen Rechtsstreits werden würde.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Jochen Fischer](#)



und
Rechtsanwalt
[Dr. Thomas Reif](#)

-> [zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[BGH STÄRKT GRUNDSTÜCKSEIGENTÜMER/BETREIBER GEGENÜBER BVVG]

Viele EE-Vorhaben, insbesondere Windräder und Solaranlagen befinden sich auf vormals oder parallel landwirtschaftlich genutzten Flächen. In den neuen Bundesländern haben Landwirtschaftsbetriebe diese Grundstücke häufig von der Bodenverwertungs- und -verwaltungs GmbH (BVVG) erworben.

Die BVVG legt (bisher) in den einschlägigen Grundstückskaufverträgen für die ehemals in der DDR als volkseigenes Vermögen genutzten Flächen eine Zweckbindung, d.h. landwirtschaftliche Nutzung fest. Diese Zweckbindung sollen Rückkaufs- und Rücktrittsrechte sowie Entschädigungszahlungen sicherstellen. Dagegen hatte ein Landwirt geklagt und u.a. vor dem Kammergericht weitgehend Recht bekommen.

Ausgangssituation/Anlass für Klage

Die BVVG hat zur Sicherstellung der Zweckbindung zumindest in der Vergangenheit in den notariellen Grundstückskaufverträgen entsprechende Informations- und Genehmigungspflichten sowie Rückkaufs- und Rücktrittsrechte vorgesehen. Die Zweckbindung verpflichtete die Erwerber, von der BVVG erworbene Flächen 15 Jahre oder auch länger landwirtschaftlich zu nutzen. Weiterhin waren Klauseln vorgesehen, wonach die Grundstückseigentümer Entschädigungen zu zahlen haben, wenn sie einem Dritten die Errichtung und den Betrieb von Windenergie- und Solaranlagen auf den von der BVVG verkauften Flächen gestatten. Die in den Klauseln vorgesehenen Beträge waren regelmäßig sehr hoch angesetzt und umfassten

mindestens 75 % des auf die Gesamtnutzungsdauer der EE-Anlagen kapitalisierten Betrages, welchen der Anlagenbetreiber nach dem mit dem Grundstückseigentümer abgeschlossenen Nutzungsvertrag als Vergütung zu zahlen hat. Von der gesamten auf die verkauften Flächen entfallenden Vergütung war lediglich ein Bewirtschafter-/Pächteranteil von 15 % abzuziehen.

Wesentlicher Inhalt des Urteils

Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte für auf landwirtschaftlichen Flächen errichtete Windenergieanlagen (WEA) zu prüfen, ob diese Regelungen wirksam sind. In seinem Urteil vom 14.09.2018 (Az. V ZR 12/17) bestätigt der BGH das Kammergericht. Somit ist eine von der BVVG vorgegebene Zahlungsverpflichtung, wonach der Landwirt einen überwiegenden Teil der Zahlungen aus dem Nutzungsvertrag mit dem Anlagenbetreiber an die BVVG abführen soll, unwirksam. Ein derartiger als Ablösebetrag zu verstehender Zahlungsanspruch ergebe sich nur, wenn ein gesetzliches Wiederkaufs- oder Rücktrittsrecht der BVVG nach der Flächenerwerbsverordnung bestehe.

Ein entsprechendes Wiederkaufsrecht setzt nach Ansicht des BGH voraus, dass Flächen generell „nutzbar werden“. Dies gelte nur für Flächen, welche z.B. durch einen Flächennutzungs- oder Bebauungsplan zu Bauland aufgewertet werden. Derartige Flächen könne die BVVG zum verbilligten Verkaufspreis zurückkaufen und gegen andere landwirtschaftliche Flächen austauschen.

Diese Voraussetzungen lagen für die der Entscheidung des BGH zugrundeliegenden WEA



nicht vor. Die Errichtung dieser WEA begründete sich bauplanungsrechtlich auf eine Einstufung als ein privilegiertes Außenbereichsvorhaben gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Existiert weder ein Flächennutzungs- oder Bebauungsplan, verändere daher die Realisierung einer WEA nicht den planungsrechtlichen Charakter der landwirtschaftlichen Flächen. Die Ausweisung von WEA in einem Windeignungsgebiet reiche nicht für eine planungsrechtliche Aufwertung der Flächen aus.

Daneben könne allerdings grundsätzlich ein Rücktrittsrecht der BVVG in Betracht kommen. Dies setzt nach Ansicht des BGH allerdings voraus, dass wesentliche Teile der verkauften Fläche nicht mehr für landwirtschaftliche Zwecke, sondern für Zwecke der Windenergieerzeugung verwendet werden. Von einem wesentlichen Teil ging der BGH in dem von ihm entschiedenen Fall bei der Errichtung von 3 WEA und betroffenen Flächen im Umfang von 1,41 % der insgesamt vom Landwirt erworbenen landwirtschaftlichen Flächen nicht aus.

Fazit/Konsequenzen/Auswirkungen für Windenergie-/Photovoltaikanlagen

Es ist zu begrüßen, dass der BGH einen seit Jahren laufenden Rechtsstreit zugunsten des Grundstückseigentümers und damit der Betreiber von WEA auf landwirtschaftlich genutzten Flächen entschieden hat. Offen bleibt die Reichweite des Urteils für die Praxis.

Für den Betrieb von WEA lässt sich ein Wiederkaufsrecht und damit auch eine Verpflichtung

zur Zahlung einer Entschädigung ausschließen, wenn die Standortflächen nicht überplant werden. Ebenso scheidet ein Rücktrittsrecht aus, wenn der Betrieb von WEA (Fundamente, Abstandsflächen) nur einen unwesentlichen Teil der insgesamt von der BVVG angekauften landwirtschaftlichen Flächen umfasst. Eine Grenze des dafür relevanten Flächenverhältnisses gibt der BGH nicht an. Nach unserer Ansicht dürfte ein Flächenanteil von unter 5 % noch als unwesentlich gelten können. Bei von einem Landwirt erworbenen umfangreichen Flächen dürfte daher die BVVG zukünftig in vielen Fällen keine Entschädigungszahlungen mehr verlangen können.

Im Einzelfall sollten die betroffenen Grundstückseigentümer jeweils prüfen, ob sie bereits gezahlte Entschädigungsbeträge für bestehende WEA erfolgreich zurückverlangen können. Teilweise werden derartige Ansprüche bereits verjährt sein. Weiterhin hat die BVVG wohl oft die konkret zu zahlenden Entschädigungsbeträge in entsprechenden Vereinbarungen geregelt. Dabei hat die BVVG zumindest in letzter Zeit wohl Formulierungen vorgegeben, wonach Rückforderungsansprüche selbst dann ausgeschlossen sein sollen, wenn aufgrund später ergangener Rechtsprechung keine Rechtsgrundlage für die vereinbarten Entschädigungszahlungen mehr besteht. Es spricht allerdings einiges dafür, dass auch diese Formulierungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen einzustufen und daher ebenfalls unwirksam sind.

Anders dürfte sich die Rechtslage für die Errichtung und den Betrieb von PV-Anlagen auf landwirtschaftlich genutzten ehemaligen „BVVG-Grundstücken“ darstellen. Auf



Grundlage der aktuellen Entscheidung bestehen wohl weiterhin ein Wiederkaufs- bzw. Rücktrittsrecht und damit die Möglichkeit der BVVG, eine hohe Entschädigungszahlung zu erzwingen. Details bleiben jedoch noch zu klären.

Die Errichtung von PV-Freiflächenanlagen im Außenbereich setzt meist die Aufstellung eines Bebauungsplanes voraus. Ein Bebauungsplan ist regelmäßig auch erforderlich, um eine EEG-Förderung zu erhalten (vgl. § 38 a Abs. 1, i.V.m. § 37 Abs. 1 und 2 EEG). Deshalb wird gerade bei der Errichtung von größeren PV-Anlagen Bauland im vorgeannten Sinn geschaffen. Noch offen ist, ob das Kriterium einer wesentlichen Teilfläche erreicht wird. Immerhin nehmen die Aufständungen der Gestelle von PV-Anlagen nur einen geringen Flächenanteil ein. Zwar schränken die von PV-Modulen „überschatteten“ Flächen ggf. die ursprüngliche landwirtschaftliche Nutzung ein, lassen erfahrungsgemäß eine Nutzung als Grünland weiterhin zu.

Der BGH bringt damit viel Bewegung in die BVVG-Flächenthematik. Sowohl für Windenergie- als auch für PV-Anlagen sollte jeweils im konkreten Einzelfall geprüft werden, ob die Eigentümer bereits gezahlte Entschädigungszahlungen zurückfordern oder noch zu zahlende Beträge erfolgreich verweigern können, ohne dass dies die geplante Nutzung durch EE-Anlagen einschränkt.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Markus Behnisch](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[FÖRDERUNG ERNEUERBARER ENERGIEN: MIT MARKTPREISNIVEAU STEHT ABSICHERUNG IM VORDERGRUND]

Obwohl Wind- und PV-Projekte vielfach ein Marktpreisniveau erreicht haben, benötigen auch diese Branchen weiterhin staatliche Unterstützung.

So erhalten PV-Anlagen keine Marktprämie, weil die in den für die Anlagen relevanten Ausschreibungsrunden die Zuschlagswerte stark abgesunken sind. Gleichzeitig steigen die Börsenstrompreise. Ein Anspruch auf Zahlung der Marktprämie entfällt dann, wenn der für die Berechnung des Fördersatzes anzulegende Wert unter diesen Marktpreis fällt.

Wirtschaftlichkeit vorausgesetzt ist die Realisierung von EE-Anlagen ohne Inanspruchnahme einer EEG-Förderung die flexiblere und langfristig wirtschaftlich interessantere Option.

Zudem verursachen die zur Absicherung eines erteilten Zuschlages zu leistenden Zweitsicherheiten i.H.v. bis zu 45,00 €/kWp erhebliche Kosten (Inanspruchnahme von Bankbürgschaften) oder die Bindung von Eigenkapital. Gleichzeitig besteht ein hoher Zeitdruck für die Realisierung der Anlagen, weil andernfalls die Sicherheit und/oder der erteilte Zuschlag ganz oder vollständig verloren gehen.

Die Begrenzung des Förderanspruchs für Freiflächenanlagen auf eine installierte Leistung von 10 MWp mit eingeschränkten Möglichkeiten zu Erweiterungen erhöht die Errichtungskosten und verringert per se die Reali-



sierungsmöglichkeiten. So nehmen die speziell für die Errichtung aufzubringenden Kosten mit der zunehmenden Größe einer PV-Anlage ab.

Marktpreisfähigkeit ausnutzen

Eine Realisierung ohne Inanspruchnahme einer Förderung ist bereits aus dem Offshore-Bereich, d.h. bei der Errichtung von Windenergieanlagen auf See bekannt. Allerdings realisieren diese Projekte regelmäßig große Unternehmen mit hoher Finanzkraft. Darüber hinaus ist derzeit das Geschäftsmodell Power Purchase Agreement (PPA) in aller Munde. Allerdings setzt auch diese Vermarktungsform regelmäßig einen starken Partner voraus.

Gerade für kleine bis mittlere Projektentwickler und Investoren ist eine Bankfinanzierung regelmäßig notwendig, um eine EE-Anlage realisieren zu können. Die Tilgungs- und Zinsverpflichtungen laufen dann häufig 15 Jahre und mehr. Finanzierende Banken verlangen trotz eines den Fördersatz übersteigenden Marktpreises weiterhin als Risikoabsicherung den Nachweis einer Zahlungsberechtigung.

Akteursvielfalt erhalten

Mittlere und kleinere Unternehmen haben daher derzeit Schwierigkeiten, von der Marktpreisfähigkeit der Windenergie- und Photovoltaikanlagen ohne EEG-Förderung bzw. Ausschreibung zu profitieren. Die Möglichkeit einer sicheren Projektrealisierung der EEG-Förderung könnte jedoch mit staatlicher Unterstützung allein zur Absicherung der Finanzierung erreicht werden.

Dies könnte z. B. durch eine staatliche Ausfallbürgschaft erreicht werden. Eine solche ließe sich möglicherweise aus der EEG-Rücklage finanzieren. Angesichts der weiteren Marktentwicklung müssten die Betreiber bzw. Banken derartige Bürgschaften in vielen Fällen voraussichtlich nicht in Anspruch nehmen. Es könnte aber ein Instrumentarium bestehen, welches es den finanzierenden Banken ermöglicht, Darlehen auch für kleinere und mittlere Unternehmen für die Errichtung und den Betrieb von PV-Anlagen ohne Förderung zu bewilligen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Jochen Fischer](#)

und



Rechtsanwalt
[Dr. Markus Behnisch](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[HÄRTEFALLREGELUNG IN GEFAHR?]

OLG Naumburg versagt Entschädigungszahlungen bei netzausbaubedingter Einspeisereduzierung

Für netzausbaubedingte Einspeisereduzierungen besteht nach Ansicht des OLG Naumburg kein Anspruch eines Anlagenbetreibers gegen seinen Netzbetreiber auf Entschädigung gemäß der EEG-Härtefallregelung des § 15 Abs. 1 Satz 1 EEG (Urteil vom 05.10.2018, Az. 7 U 25/18).



Damit bestätigte der erkennende Senat die vorinstanzliche Entscheidung des Landgerichts Halle und entschied im Wesentlichen wie das Landgericht Frankfurt/Oder (Urteile vom 27.11.2017, Az. 11 O 168/17, 11 O 148/17) in zwei weiteren vergleichbaren Verfahren.

In den genannten Fällen hatten Windenergieanlagenbetreiber die jeweils zuständigen Netzbetreiber auf Ersatz ihrer Einnahmeverluste für nicht eingespeisten bzw. abgenommenen EE-Strom verklagt. Zuvor forderten die Beklagten die Kläger dazu auf, ihre Windenergieanlagen aufgrund von Baumaßnahmen an den Trassen vom Netz zu trennen. Bei den Entscheidungen mussten die Gerichte die zentrale Frage klären, ob netzausbaubedingte Abschaltungen von den Einspeisemanagementregelungen umfasst sind.

Ausbauzweck kein Netzengpass

Das OLG Naumburg erkannte nur in drei der 18 geltend gemachten Netzabschaltungen eine Ersatzpflicht der Beklagten an, da nur in diesen Fällen eine entschädigungspflichtige Netzüberlastung vorgelegen habe. Soweit der Ersatzanspruch auf netzausbaubedingte Einspeisereduzierungen gestützt wurde, seien die Entschädigungsregelungen der §§ 14, 15 EEG nicht anwendbar. Das OLG Naumburg und auch das Landgericht Frankfurt (Oder) begründen ihre Entscheidungen damit, dass den Netztrennungen kein Netzengpass zugrunde gelegen habe, weil die Einspeisung nicht wegen einer drohenden Überlastung im Netz reduziert wurde, sondern aufgrund der vorsorglichen Netzausbaumaßnahmen erforderlich war.

Auslegung lässt Härtefallregelung ins Leere laufen

Mit ihrer sehr engen Auslegung des Netzengpasses stellen sich die Gerichte gegen die herrschende Literaturmeinung und weichen von dem Votum der Clearingstelle aus dem Jahr 2016 in einem ähnlich gelagerten Fall ab (Votum 2015/48).

Die sogenannte Härtefallregelung (§ 15 EEG) soll EEG-Anlagenbetreibern in Höhe von 95 % ihrer entgangenen Einnahmen absichern, wenn es insbesondere auch aufgrund des starken Zubaus von EEG-Anlagen zu Netzengpässen kommt. Damit soll das Investment des EEG-Anlagenbetreibers und mithin seine Überlebensfähigkeit für den Vergütungszeitraum gesetzlich abgesichert werden. Mit dieser gesetzlichen Zielrichtung ist es nicht vereinbar, wenn in den Fällen, in denen Netzbetreiber bereits frühzeitig, noch bevor Abschaltungen technisch notwendig sind, EE-Anlagen für den Netzausbau entschädigungslos vom Netz nehmen können. Anders als bei dem vom BGH bereits entschiedenen Fall zu Reparatur- und Wartungsmaßnahmen (Urteil vom 11.05.2016, Aktenzeichen VIII ZR 123/15) ging es bei den genannten Entscheidungen gerade nicht um Netzinstandhaltung, sondern den kapazitätsbedingten Ausbau. Entfällt bei Letzterem die Entschädigung gemäß § 15 EEG, sofern der Netzbetreiber nur rechtzeitig mit dem Netzausbau beginnt, läuft die Härtefallregelung faktisch ins Leere.

Dies kann nicht mit einem besonderen wirtschaftlichen Interesse der Netzbetreiber begründet werden, weil diese sowohl Härte-



fallzahlungen als auch den Netzausbau vollständig auf die Letztverbraucher umlegen können.

[GGSC] betreut ebenfalls einige Windparkbetreiber in vergleichbaren Verfahren. Es bleibt abzuwarten, wie letztlich der BGH entscheidet.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Jochen Fischer](#)
und



Rechtsanwältin
Gina Benkert

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[WÄRMEWENDE AUSGEBREMST: STUTTGART SCHEITERT VORERST BEI DER ÜBERNAHME DES FERNWÄRMENETZES]

Im Urteil des LG Stuttgarts vom 14.2.2019 – 11 O 225/16 ist die Stadt Stuttgart mit ihrer Forderung gegen die EnBW auf Übereignung des Fernwärmenetzes nach Ablauf des Konzessionsvertrages unterlegen. Das Urteil ist nicht rechtskräftig, die Stadt hat Berufung eingelegt.

Sachverhalt

Der Konzessionsvertrag zwischen der Stadt Stuttgart und der EnBW als Fernwärmeversorger war abgelaufen. Eine sogenannte „Heimfallklausel“ war darin nicht vereinbart. Bei solchen Regelungen ist der Versorger verpflichtet, nach Vertragsende das Netz

gegen Entgelt an die Kommune zu übereignen. Häufig sind solche Klauseln Bestandteil von Gestattungs- und Konzessionsverträgen.

Begründung des Gerichts

Das Gericht hat alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen verneint. In kartellrechtlicher Hinsicht führt das Gericht dabei aus: Die Stadt habe keinen Anspruch auf Übereignung oder Beseitigung der Leitungen, weil die EnBW aus § 19 GWB Anspruch auf Einräumung von Leitungsverlegungsrechten habe. Der Gesetzgeber habe in Kenntnis anderer Regelungen für Strom und Gas keine Laufzeitbegrenzung bei Fernwärmeleistungen vorgesehen, demnach darf die Kommune nach Auslaufen des Vertrags den Abschluss eines neuen nicht verweigern. Andernfalls missbrauche sie ihr Monopol über das Wegerecht. Der Versorger ist zwar gegenüber den Endkunden Monopolist, nach Auffassung des Gerichts sei die Netzübernahme durch die Kommune aber dennoch kartellrechtlich nicht geboten, weil dabei nur ein Monopolist durch einen anderen Monopolisten ausgetauscht würde.

Bewertung

Bleibt es bei der Entscheidung, führt das zu Ewigkeitsrechten bei der Wärmeversorgung. Das vermag nicht zu überzeugen.

Zwar trifft es zu, dass 20-jährige Laufzeitbegrenzungen gemäß § 46 Abs. 2 EnWG nur für die Sparten Strom und Gas existieren. Das Gericht berücksichtigt jedoch nicht, dass sich auch im Wassersektor trotz fehlender Laufzeitbegrenzung zunehmend die Auffassung durchsetzt, dass zeitlich unbegrenzte -



faktisch ewige - Wasserkonzessionsverträge rechtswidrig sind. Bei 20-jähriger Laufzeit sah der EuGH im Wassersektor noch keinen Grund für Beanstandungen. Die Landeskartellbehörde NRW etwa akzeptiert nur noch Konzessionsverträge mit einer maximalen Laufzeit von 40 Jahren. Sie vertritt die Auffassung, dass eine „praktisch unbegrenzte Laufzeit“ als wettbewerbsbeschränkend und diskriminierend gemäß §§ 19, 20 GWB und dem europäischen Primärrecht (Art. 102 AEUV) unzulässig seien. Dem stimmen weite Teile der juristischen Literatur zu.

Bis zur Liberalisierung des Strom- und Gasmarkts war dieser durch kartellrechtliche Ausnahmeregelungen privilegiert, so dass Marktabschottungen zulässig waren, die sonst strikt verboten sind. Fernwärmeversorgung hatte solche Privilegien nie, sondern stand stets im Wettbewerb. Das Urteil des LG Stuttgart ist angesichts dieser Historie nicht überzeugend, denn danach würden für Fernwärmeversorgung Ewigkeitsrechte bestehen, die nur für die ehemaligen sektoralen Ausnahmereiche galten und selbst für diese aufgehoben wurden.

Das LG Stuttgart geht fälschlich davon aus, es liege im vorliegenden Fall keine Wettbewerbsbeschränkung vor, weil es sich um ein nicht-ausschließliches Wegerecht handele. Dabei lässt es den entscheidenden Aspekt jedoch außer Acht. Der BGH geht nämlich in ständiger Rechtsprechung zutreffend davon aus, dass die wettbewerbsbeschränkende Wirkung eines Wegerechts nicht von dessen Ausschließlichkeit abhängt, sondern von der abschottenden Wirkung des bestehenden Netzes. Faktisch besteht also Ausschließlichkeit, weil der Aufbau paralleler Netze absolut unwirtschaftlich wäre.

Wir halten das Urteil daher vor allem aus wettbewerbsrechtlichen Gründen für problematisch. Es zeigt jedenfalls deutlich, dass man bei der Gestaltung und Verhandlung von Konzessionsverträgen sehr umsichtig agieren muss.

Das Urteil ist unmittelbar nur für Fälle bedeutsam, in denen keine „Heimfallklausel“ vereinbart wurde. In der Literatur wird die Meinung vertreten, solche Klauseln seien wegen Ausnutzung von Marktmacht missbräuchlich und die Kommune sei aus § 19 GWB verpflichtet, den Vertrag mit dem Netzinhaber zu verlängern oder neu abzuschließen. Nach der Gegenauffassung soll das Wettbewerbsrecht solche Ewigkeitsrechte jedoch gerade verhindern. Höchststrichterlich geklärt ist das bisher nicht.

Kommunen, die eine Netzübernahme im Wärmesektor planen, sollten den Fortgang des Verfahrens im Auge behalten. Kommunen, die im Rahmen der Wärmewende Netze aufbauen (lassen) wollen, sollten sich gut überlegen, wem sie diese Aufgabe übertragen. Setzt sich die versorgerfreundliche Auffassung durch, dann bestehen kaum Chancen, ein Netz zu rekommunalisieren, wenn es einmal in privater Hand errichtet und betrieben wurde. Möchte die Kommune die Steuerungsmöglichkeiten für die Wärmewende und den Einsatz erneuerbarer Energien in der Hand behalten, dann sollte sie besser eigenen Stadt- oder Gemeindewerken die Wärmeversorgung anvertrauen, statt die Entscheidungen - ewig? - einem Privaten zu überlassen.

[GGSC] berät zahlreiche Kommunen und kommunale Unternehmen in rechtlicher sowie betriebswirtschaftlicher Hinsicht beim



Aufbau von Wärmeversorgung und der erfolgreichen Einleitung der Wärmewende.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Thomas Reif](#)
und



Rechtsanwalt
[Robert Kutschick](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[RICHTUNGSWEISENDES URTEIL ZU PREISGLEITKLAUSELN UND NEUES VOM STATISTISCHEN BUNDESAMT – NICHT KOMPATIBEL!]

Das OLG Frankfurt hat in einem überraschenden und der bisherigen Praxis widersprechenden Urteil entschieden, dass ein Fernwärmeversorger während der Vertragslaufzeit nicht berechtigt ist, eine einseitige Änderung der mit dem Kunden vereinbarten Preisgleitklausel vorzunehmen (OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 21.03.2019 – 6 U 190/17 und 6 U 191/17).

Hintergrund

Ausgangspunkt des Urteils war ein Schreiben, dass die Beklagte als Fernwärmeversorger im September 2015 an ihre Kunden geschickt hat. In diesem Schreiben teilte die Beklagte ihren Kunden mit, dass sie zum 01.10.2015 das Preissystem und die Preisänderungsregelung durch öffentliche Bekanntmachung ändern werde. Sowohl die Preise

sollten umstrukturiert werden als auch die verwendeten Faktoren anders gewichtet werden. Dabei berief sich die Beklagte auf § 4 Abs. 2 AVBFernwärmeV, wonach allgemeine Versorgungsbedingungen, wozu auch die Preisänderungsregelungen zählen, durch öffentliche Bekanntmachung geändert werden können.

Begründung des Gerichts

Das OLG Frankfurt ist der Ansicht, dass ein Fernwärmeversorger nicht berechtigt ist, einseitig durch öffentliche Bekanntmachung vereinbarte Preisgleitklauseln zu ändern.

Zwar hat das Gericht erkannt, dass Verträge bzw. die Preise auf Änderungen der Umstände / Kostenstruktur hin angepasst werden müssen; dies berechtige die Versorgungsunternehmen jedoch nicht, die Preisgleitklauseln einseitig zu ändern. Eine einschlägige Rechtsgrundlage für eine solche einseitige Änderung existiere nicht. Entgegen der bisherigen Rechtsprechung und Praxis könne eine Änderung insbesondere nicht auf die AVBFernwärmeV oder eine entsprechende Vertragsklausel gestützt werden. § 4 Abs. 2 AVBFernwärmeV enthalte lediglich eine formelle Voraussetzung, regle jedoch gerade nicht die materiellen Voraussetzungen für das Wirksamwerden einer solchen Änderung.

Empfehlung des Gerichts

Vielmehr verweist das Gericht auf die Möglichkeit eines Änderungsvertrages (bedarf der Zustimmung des Kunden) oder einer Änderungskündigung (die erst bei Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit möglich ist).



Letzteres sei laut OLG Frankfurt auch völlig unproblematisch, da ein Fernwärmeversorger ja schließlich nicht daran gehindert ist, kürzere Vertragslaufzeiten und Kündigungsfristen abzuschließen.

Schwerwiegende Folgen

Die Empfehlung des Gerichts für kurze Vertragslaufzeiten kann Wärmeversorger nicht überzeugen, gerade wenn im Zuge der Wärmewende Netze neu verlegt werden und der Versorger auf lange Vertragslaufzeiten zur Sicherung der Amortisation seiner Investitionen angewiesen ist. Auch die Kunden möchten Sicherheit und wünschen in der Praxis oftmals sogar längere Laufzeiten als nach der AVBFernwärmeV zulässig.

Die Entscheidung schafft insbesondere Konflikte zur Rechtsprechung des BGH zur Kostenkorrelation bei Preisgleitklauseln. Der BGH hat in den letzten Jahren insbesondere an die Abbildung konkreter Materialaufwendungen in der Wärmepreisgleitklausel strenge Anforderungen aufgestellt. Ändert sich das Versorgungskonzept und werden neue Energiequellen genutzt, muss die Preisgleitklausel angepasst werden. Das aber wäre nach dem Urteil des OLG Frankfurt nicht zulässig.

Auch die üblichen Entwicklungen beim Statistischen Bundesamt können so nicht mehr aufgefangen werden. In Folge einer Umbasierung vom Statistischen Bundesamt auf das Jahr 2015 hat eine Aktualisierung der Indizes der Fachserien 17 Reihe 1 und Reihe 7 im Frühjahr 2019 stattgefunden. Außerdem erscheint der „Zentralheizungsindex“ nicht mehr in der Fachserie 17 Reihe 7, sondern

wird unter einer neuen Bezeichnung „Wärmepreisindex“ separat in der Datenbank des Statistischen Bundesamtes aufgeführt. Diese Änderungen erforderten bisher ebenfalls eine Anpassung der Preisgleitklausel im Wärmelieferungsvertrag, was nach dem Urteil des OLG Frankfurt nun aber nicht mehr möglich sein soll. Das wirft die berechnete Frage auf, wie mit solchen Änderungen dann in Zukunft umgegangen werden soll.

Angesichts der nicht überzeugenden Argumentation des Gerichts und der daraus folgenden gravierenden Konsequenzen sowohl für die Versorgungsunternehmen als auch für die Kunden bleibt jedoch abzuwarten, ob dieses Urteil in der nächsten Instanz vor dem BGH standhält. Das OLG Frankfurt hat die Revision jedenfalls zugelassen.

[GGSC] berät seit vielen Jahren Wärmeversorger betriebswirtschaftlich und rechtlich bei der Gestaltung und Verwendung von Wärmelieferverträgen, Preisen und Preisgleitklauseln.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Thomas Reif](#)
und



Rechtsanwalt
[Robert Kutschick](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[AKTUELLES: EUGH-URTEIL ZUR HOAI]

Was hat der EuGH entschieden?

Der EuGH hat „festgestellt“, dass das Mindestsatzgebot und das Höchstsatzgebot in § 7 Abs. 1 HOAI gegen EU-Recht verstößt. Hintergrund dieser Entscheidung ist die sog. EU-Dienstleistungsrichtlinie. Nach dieser Richtlinie müssen die EU-Staaten überprüfen, ob staatliches Preisrecht wirklich nötig ist oder besser abgeschafft werden sollte. Die Dienstleistungsrichtlinie und die Rechtsprechung des EuGH legen Kriterien fest, ein Staat in einer bestimmten Branche Preise festlegen darf. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so ist die Preisregelung rechtswidrig und muss abgeschafft werden. Darum ging es also: Gibt es eine sachliche Rechtfertigung für das Mindestsatzgebot in der HOAI?

Die Bundesrepublik hat sich in dem Verfahren auf den Standpunkt gestellt, der Mindestsatz sichere die Qualität der Planungsleistungen und sei deshalb erforderlich und legitim. Bei einem flächendeckenden Preisverfall würde die Qualität der Planung leiden; das sei für Auftraggeber und Verbraucher nicht hinnehmbar.

Dem ist der EuGH nicht gefolgt. Er hat sich vielmehr der Auffassung des EuGH-Generalanwalts angeschlossen, der argumentiert hat, die Erfahrung anderer europäischer Länder zeige, dass die Planungsbranche auch ohne staatliches Preisrecht durchaus funktioniere. Die von der Bundesrepublik dazu vorgebrachten Argumente seien kein ausreichender Nachweis, um zu begründen, dass

man Mindesthonorare für Architekten und Ingenieure wirklich brauche.

In unserem [-> HOAI-Sondernewsletter - EuGH-Urteil zur HOAI](#) (PDF) informieren wir Sie darüber ausführlich.

[HINWEIS AUF ANDERE GGSC-NEWSLETTER]

HOAI Sondernewsletter

Juli 2019

- [Was hat der EuGH entschieden?](#)
- [Welche Auswirkungen hat dieses Urteil – sofort und mittelfristig?](#)
- [Auswirkungen auf laufende Projekte](#)
- [Auswirkungen auf künftige Verträge](#)
- [Auswirkungen auf streitige Honorarforderungen?](#)
- [Was wird nun mit der HOAI?](#)

Vergabe Newsletter

Juni 2019

Einige Themen dieser Ausgabe:

- Vergabefreiheit von Rettungsdienstleistungen an Gemeinnützige – EuGH
- Angebotsabgabe in der eVergabe – grundsätzlich elektronisch
- Keine Direktvergabe nach VO EG 1370/2007 für ÖPNV-Aufträge im regionalen Busverkehr