



[FLEXIBILISIERUNG DER GEOTHERMIENUTZUNG:

RICHTUNGSWEISENDES VOTUM DER CLEARINGSTELLE EEG ZUM ANLAGENBEGRIFF BEI GEOTHERMIE]

Die Clearingstelle EEG hat im Mai 2019 ein für die Geothermiebranche bedeutendes Votum abgegeben. Sie hat entschieden, dass zu einer „Anlage“ im Sinne von § 3 Nr. 1 EEG 2017 nur die unmittelbar der Stromerzeugung dienenden Komponenten gehören, also das eigentliche Geothermiekraftwerk (Generator, Turbine, Kühlaggregate etc.). Nicht zur Anlage zählen demnach die Tiefbohrungen, die Förder- und Reinjektionspumpen sowie die oberirdischen Thermalwasserleitungen. Schnittstelle ist dabei der Wärmetauscher, an dem die Erdwärme des Thermalwassers an das Arbeitsmittel des Kraftwerks abgegeben wird.

Anlass für das Votum ist die geplante Stilllegung eines Kalina-Kraftwerks, das im Jahr 2007 in Betrieb ging, mittlerweile aber konstruktions- und verschleißbedingt nicht mehr wirtschaftlich betrieben werden kann. Statt diesem soll ein modernes, deutlich effizienteres ORC-Kraftwerk errichtet und betrieben werden.

Die Netzbetreiberin als Anspruchsgegnerin vertrat den Standpunkt, für ein solches Kraftwerk laufe die ursprüngliche Einspeisevergütung des alten Kraftwerks fort. Daraus würde folgen, dass die Vergütung nach wenigen Jahren endet. Der Bau und Betrieb eines neuen Kraftwerks mit Investitionen von rund 15 Mio. Euro ließe sich trotz besserer Effizienz so nicht darstellen. Die Netzbetreiberin berief sich dabei u.a. auf Ausführungen der Clearingstelle im Votum 2012/19, wonach die Infrastruktur zur Nutzbarmachung der

Erdwärme - z.B. Bohrungen, Pumpen und Wärmetauscher - regelmäßig allein zur Stromerzeugung errichtet werde, so dass es sich hierbei um Anlagenbestandteile handle.

[GGSC] vertritt die Anspruchstellerin und argumentierte im Verfahren, dass Tiefbohrungen ebenso wenig zur Stromerzeugungsanlage zählen wie Mais- oder Rapsfelder bei EEG-Strom aus Biomasse. Der Betreiber einer Geothermieanlage muss ebenfalls wählen können, ob er Erdwärme selbst fördert oder aus (bereits vorhandenen) Bohrungen einkauft. Hinzu kommt: die Bohrungen sind viele Jahrzehnte für unterschiedliche Zwecke nutzbar und die direkte Wärmenutzung ist zumindest langfristig von größerer Bedeutung als die Stromerzeugung. Die betreiberfeindliche Auslegung der Anspruchsgegnerin würde demgegenüber dazu führen, dass sinnvolle Nutzungskonzepte wegen unzureichender oder unsicherer Einspeisevergütung nicht umgesetzt werden. Zudem würden auf dem Markt für Bereitstellung oder Abnahme von Erdwärme auf Lieferanten- bzw. Nachfrageseite Monopole zementiert, weil neue Kraftwerke das Inbetriebnahmejahr des bisher belieferten Kraftwerks übernehmen würden, so dass Wechselbewegungen zwischen Kraftwerksbetreibern und Nutzungsarten nicht lukrativ sind. Das wäre mit Kartellrecht und den EU-Grundfreiheiten unvereinbar. Mit dem von der Anspruchstellerin vertretenen Anlagenbegriff hingegen sind Bohrungen flexibel und bestmöglich zur

Stromerzeugung und Wärmeversorgung nutzbar, ohne dass eine EEG-Überförderung zu befürchten ist.

Diesen Argumenten von [GGSC] ist die Clearingstelle offensichtlich gefolgt und hat ein positives Signal für den Geothermiesektor



gegeben (die Begründung selbst liegt noch nicht vor). Damit ist nun sichergestellt, dass Anlagenbetreiber auch für neu errichtete und erstmals in Betrieb genommene Geothermiekraftwerke, die aus bereits genutzten Bohrungen versorgt werden, die jeweils aktuelle EEG-Vergütung für den Vergütungszeitraum von 20 Jahren erhalten.

[GGSC] berät seit über fünfzehn Jahren zahlreiche Geothermieprojekte zur Stromerzeugung und/oder Wärmeversorgung und beleuchtet dabei die verschiedensten rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Aspekte. Mit der umfassenden Branchenkenntnis gelingt es uns auch immer wieder, Mandanten in komplexen Rechtsstreitigkeiten erfolgreich zu vertreten.

[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 Umbastierung 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 berechtigte 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.

[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 Fernwärmegestattungen 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 handle. 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.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
Dr. Thomas Reif
reif@ggsc.de

und



Rechtsanwalt
Robert Kutschick
kutschick@ggsc.de