

Forum Contracting | Postfach 11 13 33 | 40513 Düsseldorf

An die Mitglieder
des Forum Contracting e. V.**Hauptstadtbüro Berlin**Oranienburger Straße 27
D-10117 BerlinTelefon 030-51 69 58 57-0
Telefax 030-51 69 58 57-7info@forum-contracting.de
www.forum-contracting.deVereinsregister:
VR 9142 | Amtsgericht Düsseldorf**Mitgliederrundschreiben | Nr. 4/2020 vom 21.04.2020**
Weitergabe von Belastungen aus dem BrennstoffemissionshandelSehr geehrte Damen und Herren,
liebe Mitglieder,

hiermit möchten wir Sie darauf hinweisen, dass Ihre Wärmelieferungsverträge in Hinblick auf den zum 01.01.2021 beginnenden Brennstoffemissionshandel möglicherweise einer Überarbeitung bedürfen. Sofern Sie diese Überarbeitung in Ihren Verträgen nicht bereits vorgenommen haben, sollten Sie zeitnah handeln und nicht bis 2021 warten.

1. Hintergrund

Worum geht es? Am 20.12.2019 ist das „Brennstoffemissionshandelsgesetz“ (BEHG) in Kraft getreten. Verpflichtete nach diesem Gesetz sind diejenigen Unternehmen, die Brennstoffe (insbesondere Heizöl, Benzin und Erdgas) in den Verkehr bringen. Das sind in erster Linie die großen Mineralölkonzerne (wie Shell, ARAL oder Esso), die mittelständischen Heizölhändler und die Gasversorgungsunternehmen.

Unternehmen, die als Wärmelieferanten tätig sind und Wärmeerzeugungsanlagen auf der Grundlage von Erdgas und/oder Heizöl betreiben, werden vom BEHG zwar nicht unmittelbar adressiert. Die Brennstofflieferanten werden aber ihre erhöhten Kosten aus dem nationalen Emissionshandel auf vertraglicher Grundlage an die Wärmelieferanten weitergeben.

Das ist vergleichbar mit der Energiesteuer: Genauso wie die vom Wärmelieferanten bezogenen Erdgasmengen mit Energiesteuer belastet sind, werden diese Mengen künftig auch mit den Kosten aus dem BEHG belastet sein. Während es allerdings bei der Energiesteuer zahlreiche Entlastungsmöglichkeiten gibt (z.B. § 53a EnergieStG), fallen diese beim Emissionshandel weg (mit Ausnahme der Härtefallregelung in § 11 BEHG).

Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag (DIHK) geht in seinem Merkblatt zum BEHG davon aus, dass Heizöl und Diesel zum 01.01.2021 um 6,5 Cent pro Liter teurer werden, Benzin um 5,6 Cent pro Liter und Erdgas um 0,5 Cent pro kWh. Allerdings legt der DIHK bei diesen Zahlen bereits die Erhöhungen der Zertifikatspreise zugrunde, die am 18.12.2019 im Vermittlungsausschuss beschlossen wurden, aber im BEHG noch nicht enthalten sind. Hierzu bedarf es noch eines gesonderten Gesetzes („Erstes Gesetz zur Änderung des BEHG“), das derzeit erst als Referentenentwurf vorliegt.

Ob der Gesetzgeber dieses Änderungsgesetz angesichts der finanziellen Belastungen von Wirtschaft und Verbrauchern aufgrund der Coronakrise unverändert erlässt, ist zweifelhaft.

2. Kostenumlage auf Wärmekunden

Unabhängig davon müssen sich die Wärmelieferanten auf erhöhte Brennstoffbezugpreise ab dem 01.01.2021 einstellen und sich so aufstellen, dass sie diese Belastungen an ihre Wärmekunden weitergeben können. Die Stellschraube hierfür ist der Wärmelieferungsvertrag. Es gibt keine gesetzliche Vorschrift, die es den Wärmelieferanten ausdrücklich gestattet, die Belastungen aus dem BEHG an die Wärmekunden weiterzugeben.

Hierbei ist zwischen Neuverträgen und Bestandsverträgen zu unterscheiden:

a) Neuverträge

Unter „Neuverträge“ sind im vorliegenden Zusammenhang Wärmelieferungsverträge zu verstehen, die noch nicht abgeschlossen sind. Gemeint ist quasi das Vertragsmuster, welches der Wärmelieferant für eine Vielzahl von künftigen Fällen vorhält.

Zum einen können die Belastungen des Erdgaspreises aus dem Brennstoffemissionshandel in die mathematische Formel aufgenommen werden, mit der die Anpassung des Wärmearbeitspreises während der Vertragslaufzeit beschrieben wird. Ergänzend sollte im Vertragstext darauf hingewiesen werden, dass das Formelzeichen für die BEHG-Komponente „gleich null“ ist, solange der Brennstoffemissionshandel noch nicht in Gang gesetzt ist, die Belastungen also noch nicht bestehen.

Zum anderen besteht die Möglichkeit, die Belastungen aus dem BEHG nicht in der mathematischen Formel zur Anpassung des Wärmearbeitspreises, sondern in einer gesonderten Vertragsklausel in Textform darzustellen, wobei diese Klausel aus Gründen der Preistransparenz im unmittelbaren Zusammenhang mit der mathematischen Klausel stehen sollte.

Hier darf die Vertragsgestaltung jedoch nicht stehenbleiben. Der Wärmelieferant muss in einem weiteren Schritt prüfen, ob der Brennstoffindex, auf den er im Rahmen der mathematischen Klausel zur Anpassung des Wärmepreises abstellt (z.B. Gasindex des Statistischen Bundesamtes), auch die Preiserhöhungen abbildet, die durch den Brennstoffemissionshandel entstehen (ggf. ist Rücksprache mit dem Statistischen Bundesamt zu nehmen).

Ist das der Fall, werden die Belastungen aus dem BEHG über den Index automatisch weitergegeben, aber eben nur anteilig (je nach Gewichtung des Brennstoffindex in der mathematischen Klausel) und mit zeitlicher Verzögerung, weil die Auswertungen des Statistischen Bundesamtes den tatsächlichen Preisentwicklungen hinterherlaufen.

Dadurch kann eine „Überkompensation“ entstehen: Wenn der Wärmelieferant den im ersten Schritt vorgeschlagenen Weg geht und die Belastungen aus dem Emissionshandel ausdrücklich auf den Kunden abwälzt, zugleich jedoch einen Brennstoffindex verwendet, der die Belastungen aus dem Emissionshandel ebenfalls berücksichtigt, nimmt er den Wärmekunden über Gebühr in Anspruch. Die Gerichte würden eine solche Wärmepreisregelung aller Voraussicht nach kippen.

Der Wärmelieferant ist also gehalten, einen Brennstoffindex zu finden, der die Belastungen aus dem Emissionshandel nicht abbildet. Notfalls muss er auf einen Börsenpreis abstellen (im Falle von Erdgas etwa einen Börsenpreis der EEX in Leipzig), was gegenüber „Verbrauchern“ im Sinne des § 13 BGB aus Gründen der Preistransparenz wiederum kritisch bewertet wird.

Wenn sich der Wärmelieferant für eine Bezugnahme auf einen „nackten“ Brennstoffpreis entscheidet, muss er zudem darauf achten, dass in seiner Formel zur Anpassung des Wärmearbeitspreises nicht nur die Belastungen aus dem Emissionshandel, sondern auch die anderen Belastungen des Brennstoffpreises (im Falle von Erdgas etwa die Energiesteuer sowie die Konzessionsabgaben) gesondert ausgewiesen werden. Das macht die Preisregelungen komplexer.

b) Bestandsverträge

Unter „Bestandsverträge“ werden vorliegend solche Wärmelieferungsverträge verstanden, die bereits unterschrieben sind; bei denen der Wärmelieferant folglich auf den Wärmekunden zugehen muss, um vertragliche Änderungen herbeizuführen.

Hier ist sorgfältig abzuwägen. Sofern die mathematische Preisanpassungsklausel für den Arbeitspreis auf einen Brennstoffindex abstellt, der die Belastungen aus dem Emissionshandel abbildet, kann es im Einzelfall, insbesondere bei sehr schwierigen Großkunden, eine Strategie sein, sich hiermit zufrieden zu geben, auch wenn – wie oben erwähnt – der Brennstoffindex die Belastungen aus dem Emissionshandel nur anteilig und zeitversetzt abbildet.

Bei Wärmekunden, die keine Probleme bereiten, etwa bei Konzernunternehmen, sollten die Verträge durch Unterzeichnung eines Nachtrages entsprechend den oben genannten Regelungen für Neuverträge angepasst werden.

Fraglich ist, wie bei Wärmekunden vorzugehen ist, denen man eine Vertragsänderung (Anpassung der Preisregelungen) anbietet, die sich aber beharrlich weigern, eine solche zu unterzeichnen. Bei diesen könnte man versuchen, über die in den Verträgen regelmäßig enthaltene Steuer- und Abgabeklausel zum Ziel zu gelangen.

Hier kommt es auf die konkrete Formulierung der Steuer- und Abgabenklausel an. Die Belastungen aus dem Emissionshandel sind jedenfalls keine Steuern bzw. Abgaben im engeren Sinn. Eine vergleichbare Thematik gab es bereits im Stromsektor nach Erlass des Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) im Jahr 2000.

Seinerzeit stellte sich die Frage, ob und inwieweit die Elektrizitätsversorgungsunternehmen sich für eine Weitergabe der Belastungen aus dem EEG auf die Steuer- und Abgabenklauseln berufen können. Die Diskussion wurde durch die beiden BGH-Urteile vom 22.12.2003 (VIII ZR 90/02 und VIII ZR 310/02) erfolgreich für die Elektrizitätsversorgungsunternehmen beendet. Der BGH regelte die Frage über eine ergänzende Vertragsauslegung.

Im Laufe der seinerzeitigen Diskussion haben viele Energieversorgungsunternehmen ihre Steuer- und Abgabenklausel angepasst, so dass diese heute umfassender ausgestaltet sind als noch vor der Jahrtausendwende.

Allerdings kommt es nach wie vor auf den Einzelfall an. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die Steuer- und Abgabenklausel den Charakter eines „Auffangtatbestandes“ hat und primär Fälle erfassen soll, die von den Parteien bei Vertragsunterzeichnung nicht gesehen wurden und für sie auch nicht vorhersehbar waren.

Das BEHG ist aber inzwischen nicht mehr nur ein „Silberstreif am Horizont“. Es ist geltendes Recht, auch wenn der Emissionshandel erst zum 01.01.2021 startet. Insbesondere bei Verträgen, die nach dem Inkrafttreten des BEHG am 20.12.2019 abgeschlossen worden sind, könnte es folglich schwierig werden, sich zwecks Weitergabe der Belastungen auf die Abgaben- und Steuerklausel zu berufen.

Bitte wenden Sie sich für eine Anpassung Ihrer Verträge an Ihre Rechtsberater. Das Forum Contracting kann keine Beratung im Einzelfall leisten.

Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen
gez. Dr. Andreas Klemm