

Rechtsanwalt Dr. Tobias Woltering, Düsseldorf

Risikoverteilung in EEG-Direktvermarktungsverträgen

Vertragliche Gestaltung von Leistungspflichten und Haftung

I. Einleitung

Die Direktvermarktung von Strom aus EEG-Anlagen hat in den vergangenen Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen. Seit Inkrafttreten des EEG 2014 ist die Direktvermarktung für Neuanlagen verpflichtend. Hinsichtlich der vertraglichen Bedingungen der Direktvermarktung haben der Anlagenbetreiber und das Direktvermarktungsunternehmen (im Folgenden auch als „Direktvermarkter“ bezeichnet) einen großen Gestaltungsspielraum. Gleichzeitig kann die Bedeutung des Direktvermarktungsvertrags für beide Vertragspartner kaum überschätzt werden: Er ist einerseits die Grundlage für den wirtschaftlichen Betrieb der EEG-Anlage und andererseits – insbesondere bei standardisierter Verwendung – ein wesentlicher Bestandteil des Vermarktungsmodells des Direktvermarktlers.

Dieser Beitrag behandelt die Risikoverteilung in Direktvermarktungsverträgen unter dem EEG 2014. Zunächst sollen exemplarisch mögliche Schadensszenarien bei der Abwicklung von Direktvermarktungsverträgen aufgezeigt werden (Abschnitt II). Im Anschluss werden die wesentlichen Stellschrauben bei der Verteilung der entsprechenden Risiken dargestellt. Hierzu gehören die klare Beschreibung und Aufteilung der Leistungspflichten zwischen den Vertragsparteien (Abschnitt III), die in einigen Situationen angezeigte Freistellung der Vertragsparteien von diesen Leistungspflichten (Abschnitt IV) sowie die Möglichkeiten der vertraglichen Gestaltung bzw. Begrenzung der Haftung (Abschnitt V).

II. Schadensrisiken bei der Abwicklung von Direktvermarktungsverträgen

Als Schaden gilt jede Einbuße, die jemand infolge eines bestimmten Ereignisses an seinen Gütern erleidet.¹ Bei der Abwicklung von Direktvermarktungsverträgen bestehen in dieser Hinsicht diverse Risiken.

1. Ausfall der Erzeugung und Reduzierung der Einspeisemengen

Durch einen Ausfall der Erzeugung bzw. eine Reduzierung der Einspeisemengen entfallen sowohl die Erlöse aus der Vermarktung als auch die EEG-Förderung. Gründe für einen

Erzeugungsausfall können z. B. technische Probleme oder höhere Gewalt (z. B. Abschaltung einer Windkraftanlage nach Blitzschlag oder bei Sturm) sein. Eine Reduzierung der Einspeisemengen kann etwa durch Störungen des Netzbetriebs, Maßnahmen des Einspeisemanagements nach § 14 EEG 2014 oder Maßnahmen des Netzbetreibers nach §§ 13, 14 EnWG ausgelöst werden. Gleiches gilt ggf. bei Störungen von Infrastrukturen Dritter, die für den Transport des Stroms von der Anlage zum Netz genutzt werden (z. B. Kabeltrassen, Umspannwerke). Auch wenn der Direktvermarkter die Einspeisung nach einer ferngesteuerten Reduzierung gemäß § 36 EEG 2014 nicht wieder hochfährt, obwohl dies aufgrund der Marktsituation angezeigt wäre, entsteht grundsätzlich ein entsprechender Schaden. Gegebenenfalls können bei einer Störung der Einspeisung Erlöse oder Einsparungen generiert werden, wenn der Strom in räumlicher Nähe, d. h. ohne Netznutzung, verkauft oder selbst verbraucht werden kann. Möglicherweise bestehen auch Regressansprüche gegen Dritte, wie z. B. Ansprüche aus der Härtefallregelung gemäß § 15 EEG 2014 oder aus einer Maschinenbruch- bzw. Ertragsausfallversicherung.

2. Nichtvorliegen der Fördervoraussetzungen

Soweit zwar Strom erzeugt und auch vermarktet wird, aber die Voraussetzungen für die Marktprämie nicht vorliegen, entsteht in der Regel ein Schaden in Höhe der ausbleibenden Marktprämienzahlungen.

a) Veräußerungsform ist keine Direktvermarktung

Der Anspruch auf Zahlung der Marktprämie setzt gemäß §§ 34 ff. EEG 2014 voraus, dass der erzeugte EEG-Strom direkt vermarktet wird. Dafür muss er gemäß § 5 Nr. 9 EEG 2014 an Dritte veräußert, d. h. auf Grundlage einer vertraglichen Einigung

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt bei Deloitte Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Düsseldorf.

1 Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 74. Aufl. (2015), Vor §§ 249 ff. BGB, Rdnr. 9.

vom Anlagenbetreiber an einen Abnehmer geliefert werden. Energiewirtschaftlich erfordert dies die Zuordnung der betroffenen EEG-Anlage zum Bilanzkreis des Abnehmers.² Teilweise wird auch vertreten, dass der Abnehmer ein Entgelt für den Strom zahlen muss.³ Eine Vermarktung vor Ort, bei der der Strom in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage verbraucht und nicht durch ein Netz durchgeleitet wird, ist keine Direktvermarktung im Sinne des § 5 Nr. 9 EEG 2014. Der Direktvermarktungsvertrag zwischen Anlagenbetreiber und Direktvermarkter muss diese Voraussetzungen abbilden.

b) Keine Fernsteuerbarkeit der EEG-Anlage

Voraussetzung der Marktprämie ist gemäß § 35 Nr. 2 EEG 2014 zudem die Fernsteuerbarkeit der Anlage im Sinne des § 36 EEG 2014. Diese liegt nicht vor, wenn die technischen Einrichtungen zum jederzeitigen Abruf der Ist-Einspeisung und zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung nicht vorhanden oder defekt sind, wenn dem Direktvermarkter die Befugnis zur Fernsteuerung nicht eingeräumt oder wenn ihm die Fernsteuerung tatsächlich unmöglich gemacht wird.⁴ Kurzzeitige Ausfälle führen dabei jedoch nicht unmittelbar zum Wegfall des Förderanspruchs.⁵

c) Bilanzierung in einem nicht sortenreinen Bilanzkreis

Nach § 35 Satz 1 Nr. 3 EEG 2014 muss der Strom zudem in einem Bilanz- oder Unterbilanzkreis bilanziert werden, in dem grundsätzlich nur EEG-Strom bilanziert wird, der im Rahmen der geförderten Direktvermarktung nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 vermarktet wird (sog. sortenreiner Bilanzkreis). Die Einstellung von sonstigem Strom bleibt jedoch gemäß § 35 Satz 1 Nr. 3 lit. b EEG 2014 ohne Folgen für den Anspruch auf die Marktprämie, wenn weder der Anlagenbetreiber noch der Direktvermarkter diese „Verunreinigung“ zu vertreten haben.⁶ Dabei wird der allgemeine Verschuldensmaßstab im Sinne des § 276 BGB anzulegen sein.⁷

Demnach entfällt der Anspruch auf die Marktprämie beispielsweise, wenn der Direktvermarkter die EEG-Strommengen schuldhaft einem Graustrom-Bilanzkreis zuordnet. Verunreinigt er umgekehrt einen EEG-Direktvermarktungsbilanzkreis, z. B. durch die fahrlässige Einstellung von Strom aus konventioneller Erzeugung oder aus sonstiger Direktvermarktung, entfallen die Marktprämienansprüche für sämtliche EEG-Strommengen in diesem Bilanzkreis.

Es stellt sich jedoch die Frage, inwieweit die schuldhafte Pflichtverletzung eines Anlagenbetreibers neben dem eigenen ggf. auch fremde Marktprämienansprüche vernichtet. Dies würde einerseits das Haftungsrisiko des Anlagenbetreibers empfindlich erhöhen. Andererseits würde das Risiko steigen, seinen eigenen Marktprämienanspruch wegen Verunreinigungen zu verlieren, die andere Anlagenbetreiber verursachen. Der Wortlaut des § 35 Satz 1 Nr. 3 lit. b EEG („nicht von *dem* Anlagenbetrei-

ber oder *dem* Direktvermarktungsunternehmer zu vertreten“, [Hervorhebung durch den Verfasser]) kann dahingehend ausgelegt werden, dass nur das Verschulden der am jeweiligen Direktvermarktungsvertrag beteiligten Vertragsparteien relevant ist. Die schuldhafte Pflichtverletzung des Anlagenbetreibers würde demnach nur zum Wegfall des *eigenen* Marktprämienanspruchs führen. Die vorsätzliche bzw. fahrlässige Verunreinigung durch einen dritten Anlagenbetreiber wäre dagegen unerheblich und könnte auch nicht dem Direktvermarkter zugerechnet werden.⁸ Allerdings ist es mangels höchstrichterlicher Klärung des Anwendungsbereichs von § 35 Satz 1 Nr. 3 lit. b EEG 2014 nicht ausgeschlossen, dass die Norm in der Praxis anders ausgelegt wird. Aus diesem Grund sollten die entsprechenden Risiken bei der Vertragsgestaltung berücksichtigt werden.

d) Verstoß gegen das Ausschließlichkeitsprinzip

Die Förderung entfällt darüber hinaus, wenn in der Anlage nicht ausschließlich erneuerbare Energien oder Grubengas eingesetzt werden und somit gegen das sog. Ausschließlichkeitsprinzip im Sinne des § 19 Abs. 1 EEG 2014 verstoßen wird. Dies ist beispielsweise grundsätzlich der Fall, wenn der Betreiber einer Biogasanlage den EEG-fähigen Brennstoffen fossile Brennstoffe beimischt (sog. Mischfeuerung) oder wenn phasenweise auf fossile Brennstoffe umgestellt wird (sog. alternierende, bivalente Betriebsweise).⁹

e) Nichtvorliegen sonstiger Voraussetzungen der Marktprämie

Darüber hinaus setzt der Anspruch auf die Marktprämie voraus, dass der Anlagenbetreiber dem Netzbetreiber die Grünstromeigenschaft des direkt vermarkteten Stroms überlässt (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014) und dass für den Strom keine vermiedenen Netzentgelte nach § 18 Abs. 1 Satz 1 StromNEV

2 Sösemann, in: Beck'scher Online-Kommentar zum EEG 2014, Stand: 1.4.2015, § 5 Nr. 9 EEG, Rdnr. 8.

3 So Herz/Valentin, EnWZ 2014, 358 [359]; vgl. auch Altröck/Oschmann, in: Altröck/Oschmann/Theobald, Kommentar zum EEG, 4. Aufl. (2013), § 33a EEG, Rdnr. 43; zu Recht a.A. Sösemann, in: BeckOK-EEG (o. Fußn. 2), § 5 Nr. 9 EEG, Rdnr. 8.

4 Ausführlich zur Fernsteuerbarkeit: Sösemann/Hölder, in: BeckOK-EEG (o. Fußn. 2), § 36 EEG, Rdnr. 7 ff.

5 Sösemann/Hölder, in: BeckOK-EEG (o. Fußn. 2), § 36 EEG, Rdnr. 13.

6 Vgl. auch BT-Drs. 18/1304, S. 137.

7 Vgl. Herz/Valentin, EnWZ 2014, 358 [360], die jedoch mindestens grobe Fahrlässigkeit fordern.

8 Vgl. hierzu auch Sösemann, in: BeckOK-EEG (o. Fußn. 2), § 35 EEG, Rdnr. 17 f.

9 Boewe/Bues, in: BeckOK-EEG (o. Fußn. 2), § 25 EEG, Rdnr. 6 ff.; zu den Ausnahmen vom Ausschließlichkeitsprinzip siehe dort Rdnr. 13 ff.

in Anspruch genommen werden (§ 35 Nr. 1 EEG 2014). Auch wenn die speziellen Voraussetzungen für die Förderung von Strom aus Biomasse gemäß § 47 Abs. 3 EEG 2014 nicht vorliegen, entfällt der Förderanspruch (§ 47 Abs. 4 EEG 2014). Die Nichteinhaltung der Mitteilungspflichten des Anlagenbetreibers gegenüber dem Netzbetreiber nach § 71 EEG 2014 führt dagegen gemäß § 19 Abs. 3 EEG 2014 lediglich dazu, dass der Förderanspruch nicht fällig wird.

3. Verringerung der Förderung bei Verstößen gegen sanktionsbewehrte Vorschriften des EEG 2014

Die EEG-Förderung kann gemäß § 25 EEG 2014 aufgrund von Verstößen gegen sanktionsbewehrte Vorschriften des EEG 2014 wegfallen oder reduziert werden. Wie beim Nichtvorliegen der Fördervoraussetzungen entsteht ein Schaden in Höhe der EEG-Förderung, die Anlagenbetreiber und Direktvermarkter ansonsten erhalten hätten.

So reduziert sich der anzulegende Wert für die Dauer des Pflichtverstoßes auf null, wenn der Anlagenbetreiber die nach der Anlagenregisterverordnung erforderlichen Angaben nicht übermittelt (§ 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 EEG 2014) oder wenn der Anlagenbetreiber den Nachweis über die Stilllegung einer anderen Anlage nach § 100 Abs. 2 Satz 3 EEG 2014 nicht erbringt (§ 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EEG 2014). Bei der Nichteinhaltung der prozentualen Aufteilung der Veräußerungsformen im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 2 EEG 2014 bzw. dem Fehlen des entsprechenden Nachweises verringert sich der anzulegende Wert bis zum Ablauf von drei Kalendermonaten nach dem Pflichtverstoß auf null (§ 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 EEG 2014).

In anderen Fällen verringert sich der anzulegende Wert auf den Monatsmarktwert. Dies gilt etwa bei einem Verstoß gegen technische Vorgaben zum Netzanschluss gemäß § 9 EEG 2014 für die Dauer des Pflichtverstoßes (§ 25 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2014). Bei einem Verstoß gegen die im Rahmen der Einspeisevergütung gemäß § 39 Abs. 2 EEG 2014 geltende Gesamtandienungspflicht erfolgt die Verringerung mindestens für den gesamten Kalendermonat, in dem ein solcher Verstoß erfolgt ist (§ 25 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EEG 2014).¹⁰ Fehler bei der Mitteilung eines Wechsels der Veräußerungsform führen zu einer entsprechenden Verringerung des anzulegenden Werts bis zum Ablauf des Kalendermonats, der auf die Beendigung des Pflichtverstoßes folgt (§ 25 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 EEG 2014). Bei einem Verstoß gegen das Doppelvermarktungsverbot erfolgt die Reduzierung für die Dauer des Verstoßes zusätzlich der darauf folgenden sechs Kalendermonate (§ 25 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4, Satz 2 EEG 2014). Bei Nichterbringung des Nachweises gemäß § 47 Abs. 3 EEG 2014 verringert sich der anzulegende Wert in dem jeweiligen Kalenderjahr gemäß § 47 Abs. 4 EEG 2014 auf den Monatsmarktwert (MW_{EPEx}). Im Rahmen der geförderten Direktvermarktung ist es unerheblich, ob der anzulegende Wert auf null oder auf den Monatsmarktwert reduziert wird.¹¹

4. Sonstige Schadensszenarien

a) Abweichung der Einspeisung von den Prognosen

Soweit die tatsächliche Einspeisung einer EEG-Anlage von der Prognose abweicht, die der Direktvermarkter bei der Bewirtschaftung seines Bilanzkreises verwendet hat, können Kosten für Ausgleichsenergie anfallen. Dies ist z. B. denkbar, wenn der Betreiber einer Biogasanlage von dem vereinbarten Fahrplan abweicht oder eine EEG-Anlage unerwartet ausfällt.¹²

b) Ungewollte Ummeldung in die Einspeisevergütung gemäß § 38 EEG 2014

Ferner kann ein Schaden durch die ungewollte Ummeldung direkt vermarkteter Strommengen in die Einspeisevergütung gemäß § 38 EEG 2014 entstehen. Kann im Rahmen der anteiligen Vermarktung im Sinne des § 20 Abs. 2 EEG 2014 eine der Tranchen – aus welchen Gründen auch immer – keinem Bilanzkreis zugeordnet werden, ist der zuständige Netzbetreiber nach der sog. MPES-Festlegung der BNetzA verpflichtet, alle Tranchen der betroffenen EEG-Anlage(n), also auch die in die Direktvermarktung gemeldeten Tranchen, der Einspeisevergütung nach § 38 EEG 2014 zuzuordnen.¹³ Der Schaden besteht in diesem Fall aus der Differenz zwischen der Marktprämie und den in der Direktvermarktung erzielbaren Marktpreisen einerseits und der Einspeisevergütung gemäß § 38 EEG 2014 (in Höhe des um 20% reduzierten anzulegenden Werts) andererseits. Dieses Risiko kann sich etwa dann realisieren, wenn die Anlagen (bzw. Tranchen) bei verschiedenen Direktvermarktern kontrahiert sind, von denen einer insolvent wird. Für solche Fälle ist eine Auffangregelung in dem Vertrag mit dem „unbeteiligten“ Direktvermarkter sinnvoll, die diesen dazu verpflichtet, umgehend die gesamte Anlagenleistung zumindest übergangsweise auf sich anzumelden.¹⁴

c) Durch Dritte verursachte Schäden

Schäden können auch durch Dritte verursacht werden, etwa weil Abnehmer des vom Direktvermarkter verkauften Stroms

10 Dies ist relevant bei kleinen Anlagen, die in die Einspeisevergütung nach § 37 EEG 2014 wechseln können.

11 Ein Unterschied ergibt sich jedoch im Rahmen der Einspeisevergütung nach § 37 oder § 38 EEG 2014.

12 Siehe hierzu auch Abschnitt V 2.

13 Diese Notwendigkeit ergibt sich aus § 20 Abs. 2 EEG 2014, vgl. BNetzA, Beschl. v. 29.1.2015 – BK6-14-110, S. 15; Sösemann, in: BeckOK-EEG (o. Fu&N. 2), § 20 EEG, Rdnr. 13; vgl. auch Lehnert/Wagner/Rumpf, EnWZ 2015, 201 [202 ff.].

14 BNetzA, Beschl. v. 29.1.2015 – BK6-14-110, S. 15; vgl. auch Lehnert/Wagner/Rumpf, EnWZ 2015, 201 [206].

ihren Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommen oder weil der Netzbetreiber die vom Direktvermarkter veranlasste Bilanzkreiszuordnung einer EEG-Anlage nicht ordnungsgemäß durchführt.

III. Vertragliche Verteilung der Leistungspflichten

Realisiert sich eines der in Abschnitt II aufgezeigten Schadensrisiken, stellt sich die Frage, welche Vertragspartei im Ergebnis für den Schaden aufkommen muss, d. h. ob der Geschädigte ggf. einen Anspruch gegen seinen Vertragspartner hat. Der allgemeine schuldrechtliche Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 ff. BGB setzt u. a. eine Pflichtverletzung des Vertragspartners voraus. Die vertragliche Aufteilung der (Leistungs-) Pflichten zwischen dem Anlagenbetreiber und dem Direktvermarkter ist daher die Grundlage für die Frage, wer welche der dargestellten Risiken trägt und wer für welche Schäden haftet.

1. Lieferung von EEG-Strom

Die Hauptleistungspflicht des Anlagenbetreibers in einem EEG-Direktvermarktungsvertrag ist die Lieferung von Strom aus einer EEG-Anlage. Diese Lieferpflicht kann jedoch unterschiedlich ausgestaltet sein. Bei der Lieferung aus Biogas- oder Biomasseanlagen wird die Stromlieferung häufig in Form eines Fahrplans geschuldet. Bei nicht steuerbarer Erzeugung (insbesondere Solar- und Windenergie) erfolgt die Lieferung dagegen regelmäßig unstrukturiert, also im Sinne von „geliefert wie erzeugt“.

Da die Marktprämie für die Wirtschaftlichkeit des Direktvermarktungsvertrags in der Regel elementar ist, schuldet der Anlagenbetreiber grundsätzlich die Lieferung von Strom aus einer förderfähigen EEG-Anlage und damit auch die Einhaltung bestimmter Fördervoraussetzungen (z. B. des Ausschließlichkeitsprinzips oder der Fernsteuerbarkeit gemäß § 36 EEG 2014).

2. Stromabnahme, Bilanzkreismanagement und Vermarktung

Die Hauptleistungspflichten des Direktvermarktungsunternehmers sind die kaufmännisch-bilanzielle Abnahme sowie die Vermarktung des gelieferten Stroms.¹⁵ Dies umfasst insbesondere die Zuordnung und Bilanzierung des EEG-Stroms in einem sortenreinen Bilanzkreis. Zwar kann sich der Direktvermarkter hinsichtlich des Bilanzkreismanagements eines Dritten (etwa eines Dienstleisters) bedienen.¹⁶ Gegenüber dem Anlagenbetreiber ist er jedoch für das Bilanzkreismanagement verantwortlich. Daraus folgt, dass der Direktvermarkter grundsätzlich die Kosten für Ausgleichsenergie zu tragen hat. Wo und in welcher Form der Direktvermarkter den Strom seinerseits veräußern muss, ist in den gesetzlichen Regelungen zur geförderten Direktvermarktung nicht geregelt.¹⁷ Dies wird im Rahmen

der vertraglichen Vereinbarungen regelmäßig (konkludent) in das Ermessen des Direktvermarktlers gestellt und fällt damit grundsätzlich ebenfalls in dessen Risikobereich.

3. Vergütung

Entsprechend der Hauptleistungen vergüten der Direktvermarkter die Stromlieferung und der Anlagenbetreiber im Gegenzug die Vermarktung des Stroms. In der Praxis werden diese Beträge häufig miteinander verrechnet oder es wird lediglich ein Strompreis vereinbart, in den das Vermarktungsentgelt von Anfang an „eingepreist“ ist. Zur Bestimmung des Strompreises, den der Direktvermarkter an den Anlagenbetreiber zahlt, wird häufig auf den anzulegenden Wert abgestellt. Der Anlagenbetreiber trägt demnach grundsätzlich kein Marktpreisrisiko. Es ist jedoch grundsätzlich denkbar, den Strompreis auch an die vom Direktvermarkter realisierten Erlöse zu koppeln, um den Anlagenbetreiber an den Chancen und Risiken des Marktes partizipieren zu lassen.¹⁸

Im Übrigen hängt das Vergütungsmodell regelmäßig davon ab, ob der Anlagenbetreiber die Marktprämie entsprechend der gesetzlichen Regelung selbst vom Netzbetreiber einzieht oder ob der Direktvermarkter die Marktprämie mit dem Netzbetreiber abrechnet.¹⁹ Außerdem sollte geregelt werden, ob und wie sog. Ausfallarbeit, d. h. Strommengen, die aufgrund von ferngesteuerter Reduzierung durch den Direktvermarkter nicht erzeugt worden sind, zu ermitteln und zu vergüten ist. Gleiches gilt für die Frage, wie etwaige Härtefallzahlungen im Sinne des § 15 EEG 2014 oder sonstige Zahlungen Dritter auf die Vertragspartner aufgeteilt werden sollen.

4. Einhaltung der sanktionsbewehrten Vorschriften des EEG 2014

Des Weiteren muss über eine klare Zuteilung der Verantwortlichkeiten sichergestellt werden, dass die Förderung nicht aufgrund von Verstößen das EEG 2014 entfällt (vgl. Abschnitt II 3). Ohne eine abweichende vertragliche Regelung dürfte die Einhaltung der in § 25 EEG 2014 genannten Vorschriften grundsätzlich in den Verantwortungsbereich des Anlagenbetreibers fallen und damit – zumindest konkludent – als dessen Pflichten vereinbart sein. Dies gilt etwa in Bezug auf die Übermittlung der nach der Anlagenregisterverordnung erforderlichen

15 Vgl. Sösemann, in: BeckOK-EEG (o. Fußn. 2), § 5 Nr. 9 EEG, Rdnr. 8.

16 Sösemann, in: BeckOK-EEG (o. Fußn. 2), § 35 EEG, Rdnr. 15.

17 Sösemann/Hölder, in: BeckOK-EEG (o. Fußn. 2), § 34 EEG, Rdnr. 12.

18 Vgl. Sösemann, in: BeckOK-EEG (o. Fußn. 2), § 5 Nr. 9 EEG, Rdnr. 8.

19 Ggf. muss der Anlagenbetreiber entsprechende Vollmachten erteilen oder die Ansprüche abtreten.

Angaben, die Erbringung des Nachweises über die Stilllegung einer anderen Anlage nach § 100 Abs. 2 Satz 3 EEG 2014, die Einhaltung der technischen Vorgaben zum Netzanschluss gemäß § 9 EEG 2014, die Beachtung der Gesamtandienungspflicht gemäß § 39 Abs. 2 EEG 2014²⁰ und die Erbringung des Nachweises gemäß § 47 Abs. 3 EEG 2014.

Abhängig von der konkreten Ausgestaltung des Direktvermarktungsvertrags und der Rolle des Direktvermarkters (z. B. im Rahmen eines „Rundum-Sorglos-Pakets“ für den Anlagenbetreiber), kann jedoch auch der Direktvermarkter ausdrücklich oder konkludent zur Einhaltung bestimmter Vorschriften des EEG 2014 verpflichtet sein, z. B. zur Beachtung der prozentualen Aufteilung der Veräußerungsformen im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 2 EEG 2014 bzw. zur Erbringung des entsprechenden Nachweises, zur ordnungsgemäßen Mitteilung eines Wechsels der Veräußerungsform sowie zur Beachtung des Doppelvermarktungsverbots im Sinne des § 80 EEG 2014.

5. Mitteilungs- und Meldepflichten gegenüber dem Netzbetreiber

Die Festlegung der Bundesnetzagentur BK6-14-110 zu „Marktprozessen für Erzeugungsanlagen“ legt die Rollenverteilung bei Meldungen zu Kündigung, Lieferbeginn, Lieferende und Zählwertübermittlung in der geförderten Direktvermarktung sowie zu Wechseln der Veräußerungsform und Aufteilung der Vermarktungsform detailliert fest.²¹ Darüber hinaus verpflichtet § 71 EEG 2014 den Anlagenbetreiber, dem Netzbetreiber alle für die Endabrechnung des Vorjahres erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen. Soweit für die Erfüllung dieser Melde- und Mitteilungspflichten die Unterstützung des jeweiligen Vertragspartners erforderlich ist, sollte dies im Vertrag geregelt werden.

6. Informationspflichten und Datenübermittlung zwischen den Parteien

Außerdem kann es sinnvoll sein, bestimmte Informationspflichten zwischen den Vertragsparteien ausdrücklich festzulegen. So sollte der Anlagenbetreiber etwa dazu verpflichtet werden, den Direktvermarkter unverzüglich über Umstände aus seinem Verantwortungsbereich zu unterrichten, die zu einem Wegfall der Fördervoraussetzungen oder zu einer nicht unerheblichen Änderung der Einspeisung führen, z. B. Anlagenstörungen (nach Überschreitung bestimmter Bagatellgrenzen bzgl. Zeitraum und Kapazität) und strukturelle Änderungen (Erweiterungen, Stilllegungen). Zur Unterstützung der Prognoseerstellung kann der Anlagenbetreiber außerdem dazu verpflichtet werden, dem Direktvermarkter bestimmte Erzeugungsdaten zu übermitteln (z. B. eigene Prognosen, historische Lastgänge, Echtzeitmessdaten). Umgekehrt sollte der Direktvermarkter verpflichtet werden, dem Anlagenbetreiber alle Umstände mitzuteilen, die zu einer Störung der Direktvermarktung führen, damit der Anlagenbetreiber ggf. von seinen Rechten gemäß § 20 Abs. 3

EEG 2014 (Wechsel des Direktvermarkters bzw. Veräußerung des Stroms vor Ort) Gebrauch machen kann.

7. Anlagenverfügbarkeit

In Direktvermarktungsverträgen für Strom aus Biogas- oder Biomasseanlagen wird vom Anlagenbetreiber häufig eine bestimmte Mindestverfügbarkeit der Anlage garantiert, z. B. in Form eines prozentualen Wertes oder als Mindest-Benutzungsstundenzahl bezogen auf das Kalenderjahr. Nichtverfügbarkeiten aufgrund von planmäßigen bzw. abgestimmten Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten oder aufgrund von Störungen, die der Direktvermarktungsunternehmer oder Dritte (z. B. der Netzbetreiber) zu verantworten haben, werden dabei nicht berücksichtigt. Wird die garantierte Mindestverfügbarkeit unterschritten, haftet der Anlagenbetreiber für die daraus entstehenden Schäden.

Direktvermarktungsverträge für Strom aus volatiler Erzeugung (insbesondere Wind- und Photovoltaik) enthalten dagegen teilweise entgegengesetzte Regelungen, wonach der Anlagenbetreiber ausdrücklich nicht für die Verfügbarkeit der Anlage haftet und insbesondere nicht zu Ersatzlieferungen oder Ausgleichszahlungen verpflichtet ist, wenn die Anlage – aus welchen Gründen auch immer – nicht oder nur teilweise verfügbar ist und keinen Strom oder weniger als die prognostizierte Menge produziert. Derartige Regelungen sind erkennbar vom bisherigen Modell der Einspeisevergütung geprägt, bei dem die Vergütung pro Kilowattstunde grundsätzlich der einzige Anreiz für eine verlässliche Betriebsführung der Anlage war. Gegebenenfalls kann es jedoch sinnvoll sein, auch in Bezug auf Anlagen mit nicht steuerbarer Erzeugung bestimmte Mindest-Betriebszeiten zu vereinbaren, in denen die Anlagen – selbstredend unabhängig von der tatsächlichen Produktion – für die Stromerzeugung zur Verfügung stehen. Jedenfalls sollte vereinbart werden, dass planbare Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten, die zu längeren Stillständen führen, mit dem Direktvermarkter abzustimmen sind.

IV. Leistungsfreistellungen

Ist ein Vertragspartner aufgrund von bestimmten äußeren Umständen, die nicht in seinem Einflussbereich liegen und die er nicht zu vertreten hat, an der Vertragserfüllung gehindert,

²⁰ Relevant bei sog. kleinen Anlagen, die in die Einspeisevergütung nach § 37 EEG 2014 wechseln können.

²¹ Ergänzend gelten die Vorschriften der Festlegung BK6-06-009 (GPKE) entsprechend, vgl. BNetzA, Beschl. v. 29.1.2015 – BK6-14-110, Anlage 1, S. 3; vgl. Lehnert/Wagner/Rumpf, EnWZ 2015, 201.

kann es sinnvoll sein, ihn insoweit von seinen vertraglichen Leistungspflichten freizustellen. Ein Schadensersatzanspruch des Geschädigten scheidet dann in der Regel mangels Pflichtverletzung aus.²²

1. Höhere Gewalt

Sog. Höhere Gewalt-Klauseln stellen eine Vertragspartei, soweit diese aufgrund von höherer Gewalt an der Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten gehindert ist, von diesen Verpflichtungen frei. Im Gegenzug wird auch der andere Vertragspartner von seiner vertraglichen Verpflichtung zur Erbringung der Gegenleistung befreit. Oft wird der Begriff der höheren Gewalt definiert als ein von außen kommendes Ereignis, welches auch durch die zu erwartende Sorgfalt nicht voraussehen war und nicht verhütet werden konnte, beispielsweise Krieg, Terror, Unruhen, Naturgewalten (z. B. Blitzeinschlag), Feuer und Epidemien sowie Anordnungen der öffentlichen Hand und Arbeitsk Kampfmaßnahmen (z. B. Streik oder Aussperrungen).²³ Darüber hinaus enthalten die Klauseln regelmäßig Informationspflichten gegenüber dem Vertragspartner. Außerdem sind alle wirtschaftlich und technisch vertretbaren Anstrengungen zur Begrenzung der Auswirkungen der höheren Gewalt zu unternehmen. In einem Direktvermarktungsvertrag können weitere (konkretere) Regelungen aufgenommen werden, um die Auswirkungen der höheren Gewalt bzw. der Leistungsfreistellung zu begrenzen. Insbesondere sollte sichergestellt werden, dass die Anlage bei einer Freistellung des Direktvermarkters – soweit dies im Einzelfall möglich und wirtschaftlich sinnvoll ist – in die Einspeisevergütung nach §§ 37 oder 38 EEG 2014 umgemeldet wird.

2. Netzstörungen

Auch für den Fall einer Netzstörung sollte eine Leistungsfreistellung aufgenommen werden, da die Störung des Netzes typischerweise weder vom Anlagenbetreiber noch vom Direktvermarkter zu vertreten ist. Bei der Formulierung der Klausel ist grundsätzlich eine Anlehnung an die Regelung in § 6 Abs. 3 StromGKV möglich, der als Leitbild für Leistungsfreistellungen in Bezug auf Netzstörungen in allen Spannungsebenen dient.²⁴ Allerdings wird der Strom bei einem Direktvermarktungsvertrag nicht aus dem Netz heraus an einen Verbraucher geliefert, sondern von einem Erzeuger in das Netz hinein. Insofern ist eine Anpassung der Klausel erforderlich. Die konkrete Formulierung hängt auch davon ab, welche Vertragspartei für die Netznutzung verantwortlich ist.

3. Störungen von sonstigen Infrastrukturen

Eine Freistellung von den Leistungspflichten kann auch für den Fall einer Störung sonstiger Infrastrukturen, die der Anlagenbetreiber nutzt, sinnvoll sein, etwa wenn der erzeugte Strom zum Zwecke der Einspeisung in das Netz durch eine

zwischen geschaltete Kabeltrasse oder ein Umspannwerk eines Dritten durchgeleitet wird. Die Störung einer solchen Infrastruktur wäre dann grundsätzlich ebenfalls als von außen kommend zu bewerten. Ist der Infrastrukturbetreiber dagegen – wie in der Praxis häufig der Fall – mit dem Anlagenbetreiber gesellschaftsrechtlich oder auf sonstige Weise vertraglich verbunden, sollte indes geprüft werden, inwieweit der Anlagenbetreiber den Infrastrukturbetrieb kontrollieren kann und eine entsprechende Störung daher im Ergebnis eher seiner Risikosphäre zuzurechnen ist.

4. Einspeisemanagement und Maßnahmen nach §§ 13, 14 EnWG

Schließlich sollte eine Leistungsfreistellung auch für den Fall vereinbart werden, dass der Netzbetreiber Maßnahmen des Einspeisemanagements nach § 14 EEG 2014 ergreift oder die Anlage nach den §§ 13 und 14 EnWG regelt.

V. Verschuldensmaßstab und Art und Umfang des Schadensersatzanspruchs

Die Verletzung einer vertraglichen Pflicht kann einen Schadensersatzanspruch des Vertragspartners im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB begründen. Dafür muss der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten haben und der anderen Vertragspartei durch die Pflichtverletzung ein Schaden entstanden sein. Soweit ein Vertrag keine abweichenden Regelungen vorsieht, gelten der gesetzliche Verschuldensmaßstab nach §§ 276 ff. BGB und die gesetzlichen Regelungen zu Art und Umfang des Schadensersatzanspruchs gemäß §§ 249 ff. BGB.

1. Gesetzlicher Verschuldensmaßstab nach §§ 276 ff. BGB

Nach § 276 Abs. 1 BGB hat der Schuldner grundsätzlich Vorsatz und jede Form der Fahrlässigkeit zu vertreten. Auch für das entsprechende Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen hat der Schuldner gemäß § 278 BGB einzustehen. Der Schuldner haftet demnach, wenn er oder seine Erfüllungsgehilfen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen haben.²⁵ Dabei gilt ein objektiv-abstrakter Sorgfaltsmaßstab, der jedoch durch vertragliche Abreden – insbesondere durch eine detail-

22 Vgl. Hartmann, in: Danner/Theobald, Energierecht, 84. EL (2015), § 6 StromGKV, Rdnr. 17 ff.

23 Vgl. Thüsing, in: Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 36. EL (2015), Teil „Vertragsrecht“, Höhere Gewalt, Rdnr. 2.

24 Vgl. Schöne, in: Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke (o. Fußn. 23), Teil „Klauselwerke“, Stromlieferverträge, Rdnr. 154.

25 Vgl. Grüneberg, in: Palandt (o. Fußn. 1), § 276 BGB, Rdnr. 12.

lierte Beschreibung der jeweiligen Aufgaben – in gewissem Umfang verstärkt oder abgemildert werden kann.²⁶ Zu berücksichtigen sind zudem die Besonderheiten des jeweiligen Geschäftstyps und der typischerweise daran Beteiligten.²⁷ Insofern dürfte der an den Direktvermarkter anzulegende Sorgfaltsmaßstab tendenziell steigen, je mehr der Direktvermarktungsvertrag dem Anlagenbetreiber eine Art „Rundum-Sorglos-Paket“ verschafft. Dies gilt erst recht, wenn es sich bei dem Anlagenbetreiber um einen Verbraucher handelt, an den wiederum ggf. ein weniger strenger Sorgfaltsmaßstab anzulegen ist.

2. Art und Umfang des gesetzlichen Schadensersatzanspruchs

In den oben beschriebenen Schadensszenarien ist der Gläubiger gemäß §§ 249, 251 BGB regelmäßig in Geld zu entschädigen. Der zu ersetzende Schaden umfasst dabei gemäß § 252 BGB auch den entgangenen Gewinn.²⁸ Die Höhe des Schadensersatzanspruchs richtet sich nach der sog. Differenzhypothese. Als Schaden gilt demnach die Differenz zwischen der tatsächlichen Vermögenslage und der hypothetischen Vermögenslage, die ohne das schädigende Ereignis bestehen würde.²⁹ Insbesondere bei der Berechnung des entgangenen Gewinns sowie unter den Voraussetzungen des § 376 Abs. 2 HGB wird dabei vom Grundsatz der konkreten Schadensberechnung auf Basis der tatsächlichen Vermögensminderung und der tatsächlich ausbleibenden Vermögensmehrung abgewichen und auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und den typischen Durchschnittsgewinn abgestellt (abstrakte Schadensberechnung).³⁰ So wird etwa unterstellt, dass ein Kaufmann Waren zum Marktpreis kaufen und verkaufen kann.³¹ Allerdings bleibt der Gegenbeweis des Schuldners zulässig, dass der Schaden tatsächlich geringer ausgefallen ist als es die abstrakte Schadensberechnung indiziert.³²

Demnach wird der Anlagenbetreiber grundsätzlich auf jene Strommengen verweisen können, die bei normalem Betrieb erzeugt worden wären, und der Direktvermarkter auf Erlöse, die er an den Energiemärkten hätte erzielen können. Dennoch kann die Schadensberechnung in einigen der oben aufgezeigten Szenarien schwierig sein, zum Beispiel die Bezifferung der konkreten Ausgleichsenergiekosten, wenn der Anlagenbetreiber eine Abweichung der tatsächlichen Einspeisung von den bei der Bilanzkreisbewirtschaftung verwendeten Prognosewerten verschuldet hat. Denn soweit der Direktvermarkter die unter Vertrag stehenden EEG-Anlagen in ein größeres Portfolio überführt, um Erzeugungsschwankungen einzelner Anlagen – etwa aufgrund unvorhersehbarer Ausfälle – möglichst auszugleichen, hängt der konkrete Schadensumfang auch immer von der Entwicklung des Gesamtportfolios ab. Im Einzelfall kann der Ausfall einer Anlage sogar positive Auswirkungen haben, etwa weil andere Anlagen im Portfolio zur gleichen Zeit mehr Strom erzeugen als prognostiziert. Im Ergebnis dürfte es somit darauf hinauslaufen, dass der typische Schaden auf Grundlage plausibler und nachvollziehbarer Rechenmodelle abstrakt dargelegt wird.

3. Vertragliche Haftungsbeschränkungen

Anlagenbetreiber und Direktvermarkter können im Wege vertraglicher Vereinbarungen von den gesetzlichen Vorgaben zum Verschuldensmaßstab und zum Umfang des Schadensersatzanspruchs abweichen (vgl. § 276 Abs. 1 BGB). Gemäß § 276 Abs. 3 BGB ist grundsätzlich nur der Ausschluss oder die Begrenzung der Haftung für Vorsatz des Schuldners unzulässig.³³ Darüber hinaus können spezialgesetzliche Regelungen (z. B. § 7 HaftPflG, § 14 ProdHaftG) einer Haftungsbegrenzung entgegenstehen. Soweit in Direktvermarktungsverträgen allerdings Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) verwendet werden – was in der Praxis der Regelfall sein dürfte –, unterliegen die Haftungsbegrenzungen zusätzlich den Bestimmungen des AGB-Rechts (§§ 305 ff. BGB).

a) Einschränkung der AGB-Kontrolle

AGB sind inhaltlich grundsätzlich an den §§ 307 ff. BGB zu messen. Im Fall von Direktvermarktungsverträgen dürfte die Inhaltskontrolle jedoch regelmäßig gemäß § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB beschränkt sein, denn typischerweise stellt der Direktvermarkter die AGB und der Anlagenbetreiber ist Unternehmer.³⁴ Damit unterliegen die Direktvermarktungs-AGB nur der Kontrolle gemäß § 307 und § 308 Nr. 1 a und 1 b BGB. Die Wertungen der § 308 Nr. 1 und Nr. 2 bis 8 und § 309 BGB können jedoch gemäß § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB auch im Verkehr zwischen Unternehmern im Rahmen der allgemeinen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB zu berücksichtigen sein.³⁵ Handelt es sich bei dem Anlagenbetreiber um einen Verbraucher im Sinne des § 13 BGB, sind § 308 Nr. 1 und Nr. 2 bis 8 sowie § 309 BGB direkt anwendbar. Eine An-

26 Grüneberg, in: Palandt (o. Fußn. 1), § 276 BGB, Rdnr. 15; Grundmann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. (2012), § 276 BGB, Rdnr. 57 ff.

27 Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. (2014), § 276 BGB, Rdnr. 29; Schulze, in: Handkommentar zum BGB, 8. Aufl. (2014), § 276 BGB, Rdnr. 13 f.

28 Vgl. hierzu Grüneberg, in: Palandt (o. Fußn. 1), § 252 BGB, Rdnr. 1 ff.

29 Oetker, in: Münchener Kommentar (o. Fußn. 26), § 249 BGB, Rdnr. 18 ff.; Grüneberg, in: Palandt (o. Fußn. 1), Vor §§ 249 ff. BGB, Rdnr. 10.

30 Grüneberg, in: Palandt (o. Fußn. 1), Vor §§ 249 ff. BGB, Rdnr. 21 f.; § 252, Rdnr. 6.

31 Grüneberg, in: Palandt (o. Fußn. 1), § 252 BGB, Rdnr. 6; Oetker, in: Münchener Kommentar (o. Fußn. 26), § 252 BGB, Rdnr. 20.

32 Grüneberg, in: Palandt (o. Fußn. 1), § 252 BGB, Rdnr. 6.

33 Für Vorsatz von Erfüllungsgehilfen gilt diese Einschränkung gemäß § 278 Satz 2 BGB nicht.

34 Da der Direktvermarkter ebenfalls Unternehmer ist, würde die Einschränkung der Inhaltskontrolle auch gelten, wenn der Anlagenbetreiber die AGB stellen würde.

35 Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Kommentar zum AGB-Recht, 5. Aufl. (2009), § 310 BGB, Rdnr. 21 ff.; Wurmnest, in: Münchener Kommentar (o. Fußn. 26), § 307 BGB, Rdnr. 77.

wendung des § 310 Abs. 2 Satz 1 BGB kommt wohl nicht in Betracht.³⁶

b) Allgemeine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB

Nach § 307 BGB dürfen Bestimmungen in AGB den Vertragspartner des Verwenders nicht unangemessen benachteiligen.³⁷ Eine solche Benachteiligung liegt insbesondere dann vor, wenn die Regelungen nicht klar und verständlich oder mit wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung unvereinbar sind oder wenn sie den Vertragszweck durch Einschränkung wesentlicher Rechte und Pflichten gefährden.³⁸

Nach der Rechtsprechung des BGH greifen die in § 309 Nr. 7 BGB geregelten Verbote zu Haftungsausschlüssen und -begrenzungen über §§ 307, 310 Abs. 1 BGB grundsätzlich auch im Verkehr zwischen Unternehmern.³⁹ Danach ist ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für Personenschäden unzulässig.⁴⁰ Gleiches gilt für die Haftung für Vorsatz des Erfüllungsgehilfen.⁴¹ Auch ein Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit des Verwenders, seiner gesetzlichen Vertreter sowie seiner leitenden und einfachen Erfüllungsgehilfen ist mit § 307 BGB unvereinbar.⁴² Umstritten ist dagegen, ob und inwieweit bei grober Fahrlässigkeit (von Erfüllungsgehilfen) eine Haftungsbegrenzung (auf den vorhersehbaren vertragstypischen Schaden) zulässig ist.⁴³

Darüber hinaus ergibt sich nach ständiger Rechtsprechung des BGH aus § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB der Grundsatz, dass bei der Verletzung wesentlicher Vertragspflichten auch ein Ausschluss der Haftung für (einfache) Fahrlässigkeit eine Gefährdung des Vertragszwecks darstellt und daher unzulässig ist.⁴⁴ Zu den wesentlichen Vertragspflichten zählen jedenfalls die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Hauptpflichten eines Vertrages, darüber hinaus aber auch jene Pflichten, die der Verwender nach Inhalt, Natur und Zweck des Vertrags zu erfüllen hat bzw. deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Erfüllung der Vertragspartner daher vertraut und vertrauen darf.⁴⁵ Erfasst sind also auch Nebenpflichten, die für den Schutz des Vertragspartners von grundlegender Bedeutung sind.⁴⁶ Bei Direktvermarktungsverträgen gehören daher jedenfalls die Stromabnahme, die ordnungsgemäße Bilanzierung, die Vermarktung, die Vergütung sowie ggf. die Einhaltung bestimmter Fördervoraussetzungen zu den wesentlichen Vertragspflichten des Direktvermarkters (vgl. Abschnitt III). Eine AGB-Bestimmung, die die Haftung für (einfach) fahrlässige Verletzungen dieser Pflichten ausschließt, ist unzulässig.

Mit § 307 BGB sind schließlich auch solche Klauseln unvereinbar, die die Haftung für vertragstypische vorhersehbare Schäden ausschließen.⁴⁷ Dieser Begriff erfasst alle Schadenspositionen, mit denen der Verwender typischerweise als Folge von schuldhaften Verletzungen vertragswesentlicher Pflichten zu rechnen hat.⁴⁸ Dies trifft auf die oben skizzierten Schadensszenarien (Abschnitt II) grundsätzlich zu.

Möglich ist demnach lediglich der Ausschluss der Haftung des Verwenders für leicht fahrlässige Verletzungen unwesentlicher Vertragspflichten.⁴⁹ Darüber hinaus kann die Haftung für leichte Fahrlässigkeit auf den vorhersehbaren vertragstypischen Schaden begrenzt werden. Summenmäßige Haftungsbegrenzungen sind dabei zulässig, soweit sie in einem angemessenen Verhältnis zum vertragstypischen Schadensrisiko stehen.⁵⁰ Im Übrigen kommt es bei der Beurteilung von Haftungsklauseln nach der Rechtsprechung des BGH „immer maßgeblich auf die Umstände und Besonderheiten des jeweiligen Falles“ an.⁵¹ So hat der BGH in einer speziellen Fallgestaltung ausnahmsweise auch eine formularmäßige Haftungsfreizeichnung für grobe Fahrlässigkeit einfacher Erfüllungsgehilfen auf Grund der branchentypischen Besonderheiten als zulässig angesehen.⁵² Auch mit Blick auf den

36 Wegen des abweichenden Verwendungskontextes dürften die Direktvermarktungs-AGB – auch bei gleichem Wortlaut – nicht mit den Versorgungsbedingungen für Tarifkunden vergleichbar sein, vgl. hierzu auch Basedow, in: Münchener Kommentar (o. Fußn. 26), § 310 BGB, Rdnr. 23 f.

37 Vgl. Grüneberg, in: Palandt (o. Fußn. 1), § 307 BGB, Rdnr. 10 ff.

38 Vgl. Grüneberg, in: Palandt (o. Fußn. 1), § 307 BGB, Rdnr. 10 ff.

39 BGH, Urt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, NJW 2007, 3774; Grüneberg, in: Palandt (o. Fußn. 1), § 309 BGB, Rdnr. 55; Wurmnest, in: Münchener Kommentar (o. Fußn. 26), § 309 BGB, Rdnr. 33; kritisch Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer (o. Fußn. 35), § 309 Nr. 7 BGB, Rdnr. 135 ff.

40 BGH, Urt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, NJW 2007, 3774; Graf von Westphalen, in: Graf von Westphalen (o. Fußn. 23), Teil „Vertragsrecht“, Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln, Rdnr. 34.

41 Ein Haftungsausschluss oder eine Haftungsbegrenzung für eigenen Vorsatz ist bereits wegen § 276 Abs. 3 BGB unzulässig.

42 BGH, Urt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, NJW 2007, 3774; Grüneberg, in: Palandt (o. Fußn. 1), § 309 BGB, Rdnr. 55.

43 Vgl. Wurmnest, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. (2012), § 309, Rdnr. 36; Graf von Westphalen, in: Graf von Westphalen (o. Fußn. 23), Teil „Vertragsrecht“, Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln, Rdnr. 39; siehe auch BGH, Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86, NJW 1988, 1785.

44 Grüneberg, in: Palandt (o. Fußn. 1), § 309 BGB, Rdnr. 48; BGH, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91, NJW 1993, 335, Urt. v. 5.5.1992 – VI ZR 188/91, NJW 1992, 2016 (2017).

45 Grüneberg, in: Palandt (o. Fußn. 1), § 307 BGB, Rdnr. 35; Wurmnest, in: Münchener Kommentar (o. Fußn. 26), § 309 BGB, Rdnr. 26.

46 Grüneberg, in: Palandt (o. Fußn. 1), § 307 BGB, Rdnr. 35.

47 BGH, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91, NJW 1993, 335; Grüneberg, in: Palandt (o. Fußn. 1), § 309 BGB, Rdnr. 48.

48 Vgl. BGH, Urt. v. 27.9.2000 – VIII ZR 155/99, NJW 2001, 292 (302); Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Kommentar zum BGB, 2. Aufl. (2012), § 307 BGB, Rdnr. 40.

49 Wurmnest, in: Münchener Kommentar (o. Fußn. 26), § 309 BGB, Rdnr. 37.

50 Grüneberg, in: Palandt (o. Fußn. 1), § 309 BGB, Rdnr. 51; Wurmnest, in: Münchener Kommentar (o. Fußn. 26), § 309 BGB, Rdnr. 39.

51 BGH, Urt. v. 14.11.2000 – X ZR 211/98, NJW-RR 2001, 342 (343).

52 BGH, Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86, NJW 1988, 1785 (Schiffswerftvertrag).

Haftungsausschluss in den AGB eines Energieversorgungsunternehmens hat die Rechtsprechung Haftungsregelungen zugelassen, die von den aufgezeigten Grundsätzen abweichen.⁵³ Insoweit kann ggf. auch in Direktvermarktungs-AGB eine abweichende Haftungsregelung aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls gerechtfertigt sein.

Die Haftung des Vertragspartners des Verwenders kann – mit Ausnahme der Haftung für Vorsatz des Schuldners – grundsätzlich auch im Rahmen von AGB beliebig begrenzt oder ausgeschlossen werden. Daher könnte der Direktvermarkter dem Anlagenbetreiber zum Beispiel einen Haftungsausschluss für einfache Fahrlässigkeit auch bei der Verletzung seiner wesentlichen Vertragspflichten (vor allem die Lieferung von förderfähigem EEG-Strom) gewähren.

c) Rechtsfolgen bei Verstößen gegen AGB-Recht

Ein Verstoß gegen das AGB-Recht berührt die Wirksamkeit des Gesamtvertrags gemäß § 306 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht.⁵⁴ Allein die unzulässige Klausel ist unwirksam. Soweit dadurch im Vertrag eine Lücke entsteht, greifen gemäß § 306 Abs. 2 BGB die gesetzlichen Regelungen. Die Grundsätze der geltungserhaltenden Reduktion kommen ebenso wenig zur Anwendung wie etwaige salvatorische Klauseln des Vertrags.⁵⁵ Da die Regelungen des BGB zu Verschuldensmaßstab und Haftungsumfang grundsätzlich auch auf Direktvermarktungsverträge angewendet werden können, ist auch für eine ergänzende Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB in der Regel kein Raum.⁵⁶ Verstößt eine Haftungsregelung des Direktvermarktungsvertrags gegen AGB-Recht, gilt damit grundsätzlich die gesetzliche Haftung.

VI. Indirekte Einschränkung der vertraglichen Risiken und weitere Regelungen

Eine indirekte Einschränkung der Haftungsrisiken können die Vertragsparteien durch die Vereinbarung kurzer Vertragslaufzeiten, über Regelungen zu Vertragsanpassungen (z. B. Wirtschaftsklauseln) sowie die Gestaltung der Kündigungsrechte erreichen. Zwar begründen derartige Regelungen im konkreten Schadensfall weder eigene Schadensersatzansprüche gegenüber dem Vertragspartner noch begrenzen sie umgekehrt die eigene Haftung. Allerdings kann sich der benachteiligte Vertragspartner auf diese Weise früher von einem „in Schieflage“ geratenen Vertrag lösen oder ggf. dessen Anpassung verlangen. Dies kann etwa relevant werden, wenn sich die rechtliche Grundlage der Direktvermarktung oder die Marktsituation grundlegend ändern oder wenn ein bestimmtes Verhalten des Vertragspartners zwar keine Verletzung der vertraglichen Pflichten darstellt, aber – aus welchen Gründen auch immer – zu wirtschaftlichen Nachteilen der betroffenen Vertragspartei führt.

In einem Direktvermarktungsvertrag sind außerdem in gewissem Umfang auch Vertragsstrafen denkbar.⁵⁷ Insbesondere im

Zusammenhang mit Pflichten, deren Einhaltung für die Wirtschaftlichkeit des Vertrags zwar von großer Bedeutung ist, bei deren Nichteinhaltung der Schaden aber gleichwohl nur schwer oder gar nicht zu ermitteln ist (vgl. Abschnitt V 2), können Vertragsstrafen sinnvoll sein.

VII. Fazit

Bei der Gestaltung von Direktvermarktungsverträgen sollten die Risiken eindeutig zwischen den Vertragsparteien aufgeteilt werden. Dies geschieht zum einen durch eine möglichst genaue Beschreibung der einzelnen Leistungspflichten, etwa durch Regelungen zur Form der Stromlieferung und zur Anlagenverfügbarkeit. Zum anderen sollten die Vertragsparteien in Fällen höherer Gewalt, bei Netzstörungen, Einspeisemanagement und Maßnahmen nach §§ 13, 14 EnWG sowie ggf. bei Störungen sonstiger Drittinfrastrukturen grundsätzlich von ihren jeweiligen Leistungspflichten freigestellt werden. Pflichtverletzungen, auf die der jeweilige Vertragspartner möglicherweise einen Schadensersatzanspruch stützen könnte, scheiden damit in diesen Fällen aus.

Darüber hinaus kann es sinnvoll sein, die Haftung der Vertragsparteien vertraglich zu begrenzen. Bei der AGB-rechtlichen Gestaltung von Haftungsklauseln sind dabei die Vorgaben der §§ 305 ff. BGB sowie die umfassende Judikatur des BGH zu berücksichtigen, die die Gestaltungsfreiheit erheblich einschränken. Zulässig sind jedoch in der Regel ein Ausschluss der Haftung des Verwenders für leicht fahrlässige Verletzungen nichtwesentlicher Vertragspflichten sowie in Bezug auf die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten die Begrenzung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit auf den vorhersehbaren vertragstypischen Schaden. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die Besonderheiten von EEG-Direktvermarktungsverträgen (z. B. dass typischerweise der Abnehmer des Stroms der Verwender der AGB ist) die Vergleichbarkeit insbesondere mit klassischen Energieversorgungsverträgen relativieren. Insoweit ist im Einzelfall zu prüfen, ob und inwieweit das jeweilige Direktvermarktungskonzept eine Abweichung von den durch die Rechtsprechung etablierten Grundsätzen des AGB-Rechts rechtfertigt.

53 BGH, Urt. v. 25. 2. 1998 – VIII ZR 276/96, NJW 1998, 1640.

54 Nur wenn der geänderte Vertrag für eine Vertragspartei unzumutbar ist, wird gemäß § 306 Abs. 3 BGB ausnahmsweise der gesamte Vertrag unwirksam.

55 Vgl. BGH, Urt. v. 14. 11. 2000 – X ZR 211/98, NJW-RR 2001, 342 (343); Thüsing, in: Graf von Westphalen (o. Fußn. 23), Teil „Vertragsrecht“, Salvatorische Klauseln, Rdnr. 8.

56 Vgl. Lindacher, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer (o. Fußn. 35), § 306 BGB, Rdnr. 15 ff. [m.w.N.].

57 Vgl. Grüneberg, in: Palandt (o. Fußn. 1), § 309 BGB, Rdnr. 38; Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer (o. Fußn. 35), § 309 Nr. 6 BGB, Rdnr. 100 ff.