

Zulässigkeit von Take-or-Pay-Klauseln in Gaslieferverträgen mit Sondervertragskunden

I. Einleitung

Die aktuelle Finanzkrise ist längst auch eine Produktionskrise. Dies wirkt sich massiv auf den Energiebedarf der produzierenden Unternehmen aus. Viele Unternehmen (nachfolgend „Sondervertragskunden“) mit hohem Energiebedarf haben im „Noch-Boom-Jahr“ 2008 Gas für die kommenden Jahre zu Festpreisen entweder selbst oder über entsprechende Einkaufsgemeinschaften eingekauft. Aufgrund der einbrechenden Produktion können sie jetzt weit weniger als geplant abnehmen. Dies hat schwerwiegende wirtschaftliche Folgen, da Gaslieferverträge oft sog. „Take-or-Pay-Klauseln“ (nachfolgend „ToP-Klauseln“) enthalten. Diese verpflichten den Abnehmer, den Preis für die vereinbarte Gasmenge oder eines gewissen Anteils davon (z. B. 70 – 80 %) unabhängig von der tatsächlich bezogenen Menge zu entrichten.¹

Im Nachfolgenden wird unter Berücksichtigung der Interessenlagen der Lieferanten (nachfolgend „Gasversorger“) und der Sondervertragskunden die Wirksamkeit von ToP-Klauseln betrachtet. Es wird angenommen, dass der zugrunde liegende Vertrag ein sog. „Full-Service“-Vertrag (Lieferung einschließlich Netznutzung bis zum Anschluss des Sondervertragskunden) ist, der eine ausschließliche Bezugsbindung des abnehmenden Sondervertragskunden enthält. Es werden zunächst die gesetzlichen Rechtsfolgen der Verletzung einer Mindestabnahmeverpflichtung dargestellt, um diese dann mit den in den Vereinbarungen enthaltenen Regelungen zu vergleichen und ggf. die Wirksamkeit einer abweichenden Klausel zu prüfen.

II. Rechtliche Einordnung von Gaslieferverträgen

Der Gasliefervertrag ist ein Schuldverhältnis im Sinne von § 241 Abs. 1 BGB. Bei der weiteren rechtlichen Einordnung ist maßgeblich auf den konkreten Inhalt und Umfang der vertraglichen Pflichten abzustellen. Hierbei ist die permanente Gaslieferverpflichtung des Gasversorgers sowie die bedarfsorientierte Abnahme durch den Kunden als hauptsächlicher Vertragsinhalt anzusehen. Verträge mit größeren Sondervertragskunden sind regelmäßig durch die Vereinbarung von Mindestabnahmemengen innerhalb bestimmter Zeiträume geprägt, die sich auch unmittelbar auf den Preis auswirken.

Der Gasliefervertrag ist zudem ein „gegenseitiger Vertrag“ im Sinne der §§ 320 ff. BGB. In synallagmatischer Beziehung zueinander stehen einerseits die Pflicht des Gasversorgers zur Belieferung des Kunden mit Gas und andererseits die Pflicht des Kunden zur Zahlung der abgenommenen Gasmenge. Fraglich ist, ob die Gaslieferverträge einer der gesetzlich geregelten

Vertragsformen zugeordnet werden können. Hier liegt ein Kaufvertrag gemäß § 433 BGB nahe.² Dabei ist der Verkäufer verpflichtet, die kontrahierte Gasmenge zu übergeben und zu übereignen, während der Käufer zu vollständiger Zahlung und der Abnahme des Kaufgegenstandes verpflichtet ist. Wie ist jedoch der den Verträgen innewohnende zeitbezogene Faktor zu bewerten?

Die Einordnung der hier zugrunde liegenden Verträge ist für die Prüfung der Wirksamkeit einzelner Klauseln von erheblicher Bedeutung³, da sich bei Nichtabnahme des Gases durch den Kunden unterschiedliche Rechtsfolgen ergeben.

Da die Belieferung mit Gas in der Regel nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgt, sondern über einen Zeitraum (Verträge mit 1 bis 3-jähriger Laufzeit sind üblich), ist umstritten, ob es sich bei einem Gasliefervertrag um ein Dauerschuldverhältnis⁴ oder einen Ratenlieferungsvertrag (gestreckter Kaufvertrag)⁵ handelt. Nach Umsetzung des Unbundling (strikte Trennung zwischen der Netzbetreiber- und Lieferantenstellung) muss hier wohl die Interessenlage neu gewichtet werden. Der Gasversorger haftet zwar bei einem Full-Service-Vertrag rein formal dem Kunden gegenüber für die jederzeitige Lieferbereitschaft, jedoch wird die Leistung tatsächlich vom Netzbetreiber erbracht. Welche Regeln hier gelten, richtet sich nach den Vereinbarungen zwischen Netzbetreiber und Gasversorger, so dass für den Gasversorger diese Pflicht nicht mehr so im Fokus stehen muss.

* Der Autor ist Rechtsanwalt mit dem Schwerpunkt Energiewirtschaftsrecht in der Rechts- und Patentanwaltssozietät Schneiders & Behrendt in Bochum. Sein Dank gilt RA Gerald Braun und den Rechtsreferendaren Kristina Hoffmann und Stefan Harder für ihre Mitwirkung.

1 Vgl. zum Thema auch de Wyl/Essig, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 2. Aufl. (2008), § 11 Rdnr. 191; für das Verhältnis Ferngas bzw. Fördergesellschaften zu den überregionalen Gasversorgern Theobald/Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 2. Aufl. (2008), S. 78; Wegerich/Seiferth, RdE 2009, 48 ff.

2 Siehe auch Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht, 2. Aufl. (2008), S. 178 f; Theobald/Theobald (o. Fußn. 1), S. 149; Palandt, 68. Aufl. (2009), § 433 BGB, Rdnr. 8, § 453 BGB, Rdnr. 6.

3 De Wyl/Essig (o. Fußn. 1), § 11 Rdnr. 81, halten diesen Streit im Wesentlichen für rein akademischer Natur.

4 So z. B. Kramer, in: Münchener Kommentar, 5. Aufl. (2007), Vor § 241 BGB, Rdnr. 98; Palandt, Vor § 311 BGB, Rdnr. 27 ff.

5 So z. B. BGHZ 81, 90 [91]; Reinholz, RdE 1999, 64 [73 f.].

Ein *Dauerschuldverhältnis* wird auf unbestimmte, längere Zeit ohne Festlegung einer bestimmten Liefermenge eingegangen, so dass ständige Leistungsbereitschaft des Gasversorgers erforderlich ist.⁶ Die konkrete Leistungsmenge richtet sich nach dem Bedarf des Abnehmers.⁷

Bei einem *Ratenlieferungsvertrag* handelt es sich um einen zeitlich gestreckten Kaufvertrag⁸, bei dem eine im Vorhinein fest bestimmte Menge geschuldet wird, die in bestimmten Teilmengen zu liefern ist. In Zeiten der „Just-in-time“-Lieferung ist das Merkmal der ständigen Leistungsbereitschaft bzw. der jederzeitigen Abrufmöglichkeit nicht mehr derart prägend, dass es zur Einordnung als Dauerschuldverhältnis zwingt; jedoch können einzelne Regeln für Bezugsverträge entsprechende Geltung haben (z. B. § 314 BGB).⁹

Bezüglich der Einordnung von Gaslieferverträgen ist demnach zu differenzieren: Legt ein Vertrag, wie z. B. der Tarifkundenvertrag fest, dass (a) der Abnehmer in einem bestimmten Zeitraum benötigte Gasmengen von dem Gasversorger bezieht und (b) der Gasversorger verpflichtet ist, auf Anforderung des Kunden die jeweils verlangte Menge Gas zu einem bestimmten Preis zu liefern, liegt mangels Festlegung konkreter Liefermengen ein Dauerschuldverhältnis vor.

Bei Sonderkundenverträgen mit festgeschriebenen (Mindest-) Abnahmemengen liegen hingegen Ratenlieferungsverträge vor, da die gekaufte Mindestmenge fest vereinbart ist. Es wird auf jederzeit möglichen Abruf durch den Kunden geliefert. Hier steht der kaufvertragliche Aspekt im Vordergrund. Die im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses zu erbringende Dienstleistung der Bereitstellung von Gas tritt in den Hintergrund. Besonders deutlich wird dies, wenn der Vertrag keine ausschließliche Bezugsbindung des Kunden enthält und der Kunde nach seiner Wahl bei mehreren Gasversorgern Abrufe tätigen kann.

III. Wirksamkeit von Mindestmengenvereinbarungen

Mindestmengenabreden werden oft vom Kunden gewünscht, weil sie den Preis reduzieren. Der Kunde legt die Mengen fest, der Gasversorger davon abhängig den Preis. Diese Abreden sind in der Gaswirtschaft bei Sonderkundenverträgen durchaus üblich und in vielen Formularverträgen vorgesehen.

Die Anwendbarkeit des AGB-Rechts unterstellt, richtet sich die Bewertung einer Klausel, mit der eine Mindestabnahmemenge vereinbart wird, gemäß § 310 Abs. 1 u. 2 BGB nur nach § 307 BGB in Verbindung mit den Wertungen der Klauselverbote aus §§ 308, 309 BGB. Die Inhaltskontrolle einer solchen Klausel ist beschränkt durch § 307 Abs. 3 BGB, wonach die den Grundsätzen der Vertragsfreiheit unterliegenden vertraglichen Regelungsgegenstände nicht überprüfbar sind. Damit sind der Kontrolle unmittelbare Abreden über den Vertragsgegenstand, Leistungsinhalte und Leistungsentgelte entzogen. Treffen die Parteien eine unmittelbare Regelung über eine Haupt-, Neben- oder Sonderleistung, besteht nach der neuen Recht-

sprechung des BGH eine Kontrollfähigkeit dahingehend, ob der Klausel eine echte Leistung zugrunde liegt oder ob der Verwender Aufwendungen für die Erfüllung eigener Pflichten oder für eigene Zwecke auf seinen Vertragspartner abzuwälzen versucht.¹⁰ Die Vereinbarung einer (Mindest-) Abnahmemenge ist bei Ratenlieferungsverträgen eine Bestimmung des Lieferumfangs und damit der Leistung selbst. Damit ist die Vereinbarung der Kontrolle durch das AGB-Recht entzogen. Soweit sich im Einzelfall keine Einschränkungen aus Treu und Glauben ergeben, ist die Vereinbarung einer (Mindest-) Abnahmemenge grundsätzlich wirksam möglich.

IV. Rechtsfolgen bei Verletzung einer Mindestabnahmevereinbarung

Wenn der Sondervertragskunde das Gas nicht wie vereinbart abnimmt, liegt grundsätzlich eine Leistungsstörung vor. Welche dies konkret ist, hängt davon ab, ob die Minderabnahme eine Haupt- oder Nebenpflichtverletzung darstellt.¹¹

1. Relatives oder absolutes Fixgeschäft

Die Nichtabnahme einer Sache führt zum Eintritt von Verzug (relatives Fixgeschäft) oder gar Unmöglichkeit (absolutes Fixgeschäft). Zur Annahme eines absoluten Fixgeschäftes muss die Einhaltung der Leistungszeit nach dem Parteiwillen derart wesentlich sein, dass „mit der zeitgerechten Leistung das Geschäft stehen und fallen soll“.¹² Dies richtet sich nach dem Vertragszweck und der gegebenen Interessenlage.

Die herrschende Meinung ist wohl der Ansicht, dass der Gasliefervertrag ein absolutes Fixgeschäft sei. Zur Begründung wird ausgeführt, dass ein Gasliefervertrag seinem Vertragszweck nach nur erfüllt werden kann, wenn das Gas exakt zum nachgefragten Zeitpunkt geliefert wird.¹³ Bezogen auf die Hauptleistungspflicht des Gasversorgers ist dies auch zutreffend. Aus diesem Grundverständnis lassen sich jedoch keine Rückschlüsse für den Fall ableiten, dass der Gläubiger innerhalb des vereinbarten Zeitraumes seiner Abnahmepflicht bezüglich

6 Palandt, Vor § 311 BGB, Rdnr. 28; Musielak, JuS 1979, 97.

7 Palandt, Vor § 311 BGB, Rdnr. 28 und 30.

8 Palandt, Vor § 311 BGB, Rdnr. 27.

9 De Wyl/Essig (o. Fußn. 1), § 11 Rdnr. 81; Palandt, Vor § 311 BGB, Rdnr. 27.

10 BGH, NJW 2002, 2386 [2387].

11 Sollte von einem Dauerschuldverhältnis ausgegangen werden, könnte auch nur eine bei Verschulden etc. Schadensersatz begründende Nebenpflichtverletzung vorliegen.

12 Palandt, § 323 BGB, Rdnr. 20; BGHZ 110, 96; BGH, NJW-RR 1989, 1373.

13 Koenig/Kühling/Rasbach (o. Fußn. 2), S. 179; Theobald/Theobald (o. Fußn. 1), S. 151.

der vereinbarten Menge nicht nachkommt. Der absolute Fixcharakter auch dieser Vereinbarung muss sich aus objektiven Umständen oder vertraglichen Festlegungen herleiten lassen.

Bei Energielieferverträgen wird zum Teil die Besonderheit hervorgehoben, dass regelmäßig kein Interesse mehr an der Nachholung der Lieferung besteht. Der Zeitfaktor sei bei dieser Art von Verträgen wesentlich, da sich die Preise für die Lieferung von Rohstoffen häufig ändern und der Gasversorger mit der Abnahmemenge bei der Festlegung der Preise kalkuliert. Dieses Argument kann letztlich bei jedem Liefergeschäft angeführt werden. Da eine Nachlieferung tatsächlich möglich ist, müssen sich aus dem konkreten Vertragsverhältnis Anhaltspunkte für eine grundsätzliche Störung eines Leistungsinteresses ergeben, das als solches auch wesentlicher Teil des Schuldverhältnisses geworden ist.

Sollte in den Verträgen kein besonderes schützenswertes Interesse des Gasversorgers an der Einhaltung der Lieferzeit zum Ausdruck kommen, ist nicht von einem absoluten Fixgeschäft auszugehen. Allein die Kostenschwankungen sind spezifischer Teil der Preiskalkulation. Dies ist aber grundsätzlich nicht auf Ebene der Leistungsinteressen einzuordnen, sondern Teil der Preisgefahr auf Seiten des Schuldners, also des Gasversorgers.¹⁴

2. Rechtsfolge: Verzug oder Unmöglichkeit

Da es sich je nach Ausgestaltung des konkreten Vertrages um ein relatives oder ein absolutes Fixgeschäft handeln kann, ergeben sich unterschiedliche Rechtsfolgen.

a) Relatives Fixgeschäft

Ein Gläubiger kann durch Nichtannahme der Leistung gleichzeitig in Gläubiger- und Schuldnerverzug kommen, wenn auch die Annahme geschuldet ist. Bei Gaslieferverträgen steht die Abnahme als eigene Leistungspflicht des Sondervertragskunden im Vordergrund. Eine Minderabnahme des Sondervertragskunden führt daher zum Schuldnerverzug gemäß § 286 BGB. Der Gasversorger kann also Ersatz des ihm entstandenen Verzögerungsschadens verlangen. Eine Mahnung ist im Regelfall gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB überflüssig. Demgegenüber bleibt die Pflicht zur Nacherfüllung trotz Schadensersatzpflicht bestehen. Der Schadensersatzanspruch des Gasversorgers richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen.¹⁵

b) Absolutes Fixgeschäft oder sonstige Unmöglichkeitsgründe

Unmöglichkeit kann nur unter besonderen Umständen im Einzelfall angenommen werden, beispielsweise unter den Aspekten des Zweckfortfalls (z. B. Betrieb des Sondervertragskunden wird eingestellt) oder eben bei Annahme eines absoluten Fixgeschäfts. Führt die Verspätung der Abnahme zur

Unmöglichkeit der Erfüllung der Abnahmepflicht, wird der Gasversorger nach § 275 Abs. 1 BGB von seiner Lieferpflicht frei, unabhängig davon, ob er die Umstände zu vertreten hat. Der Anspruch auf die Gegenleistung entfällt gemäß § 326 Abs. 1 BGB. Der Gasversorger erhält dafür einen Anspruch auf Ersatz der getätigten Aufwendungen und des entgangenen Gewinns gemäß §§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 2 BGB. Beruht die Unmöglichkeit auf einer zu vertretenden Pflichtverletzung des Sondervertragskunden (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB), kann der Gasversorger nach § 283 BGB auch Schadensersatz verlangen.

V. Wirksamkeit einfacher ToP-Klauseln

Die einfache ToP-Klausel weicht demnach von den gesetzlichen Rechtsfolgen und der grundsätzlich geltenden Darlegungs- und Beweislast im Falle einer Minderabnahme ab. Dabei ist die ToP-Klausel klar von der Mindestabnahmemengenvereinbarung zu trennen. In dem hier angenommenen Fall legt die ToP-Klausel nur eine besondere Rechtsfolge – vollständige Bezahlung auch der nicht gelieferten Differenzmenge – bei Unterschreiten der vereinbarten Mindestabnahme fest.

Beispiel: „Der Sondervertragskunde ist verpflichtet, die vereinbarte Menge zu bezahlen, auch wenn er eine geringere Menge abnimmt.“

1. Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Solche ToP-Klauseln werden in Gaslieferverträgen gegenüber Sondervertragskunden, d. h. grundsätzlich Unternehmern, formularmäßig verwendet und unterliegen gemäß § 310 Abs. 1 BGB wie AGB der eingeschränkten Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB.¹⁶ § 310 Abs. 2 BGB greift als Ausnahme nicht, da ToP-Klauseln in der Gasgrundversorgungsverordnung nicht vorgesehen sind.

a) Schranken der Inhaltskontrolle

Nach § 307 Abs. 3 BGB sind die der Vertragsfreiheit unterliegenden Regelungsgegenstände nicht überprüfbar (siehe oben). Der Kontrolle entzogen sind damit unmittelbare Abreden über den Vertragsgegenstand, Leistungsinhalte und Leistungsentgelte (siehe oben, Ziffer III). Preisvereinbarungen unterliegen nicht der Inhaltskontrolle, soweit sie Art und Umfang der Vergütung unmittelbar regeln.¹⁷ Der Inhaltskontrolle

14 Palandt, § 275 BGB, Rdnr. 33.

15 Zu der Pflicht zur Schadensminimierung gemäß § 254 Abs. 2 Alt. 2 BGB gehört ggf. auch die anderweitige Veräußerung nicht abgerufener Gasmengen.

16 BGHZ 93, 358.

17 BGHZ 106, 46; BGH, NJW 1999, 864; BGH, NJW 2002, 2386.

unterworfen sind hingegen Abreden, die sich zwar mittelbar auf den Preis auswirken, an deren Stelle aber bei Fehlen einer vertraglichen Regelung dispositives Gesetzesrecht treten kann.¹⁸

Für den Gasversorger garantiert die ToP-Klausel eine gesicherte Gesamtvergütung. Damit könnte die Klausel Element der sog. „Preisabrede“, also Teil der freien Vertragsgestaltung und damit als Ausfluss der Privatautonomie jeglicher Inhaltskontrolle entzogen sein. Gegenüber dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist jedoch rechtssystematisch zu berücksichtigen, dass eine Preisabrede die Vergütungshöhe als vereinbarten Kaufpreis nach § 433 Abs. 2 BGB betreffen muss. Die Bezahlung des Preises ist „die“ Hauptpflicht des Käufers. Da jedoch die ToP-Klausel eine Bezahlungspflicht auch ohne Abnahme des Kaufgegenstandes „Gas“ vorsieht, steht sie außerhalb des engen synallagmatischen Verhältnisses von Lieferung und Abnahme und damit außerhalb der konkreten Preisabrede.¹⁹

Zwar können grundsätzlich solche Klauseln nicht als Preisnebenabreden angesehen werden, die das geschuldete Entgelt betragsmäßig erkennen lassen.²⁰ Dies gilt jedoch wiederum nicht, wenn die konkrete Abrede die vertragsnatürlichen wesentlichen Rechte und Pflichten zum Nachteil des Vertragspartners einschränkt.²¹ Obwohl ToP-Klauseln also eine Auswirkung auf den Kauf-/Lieferpreis haben (siehe oben), sind sie daher regelmäßig als Preisnebenabreden zu qualifizieren²² und der Überprüfung gemäß § 307 Abs. 2 BGB zugänglich.

b) Unangemessene Benachteiligung

Bestimmungen in AGB sind gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

aa) Pauschalierter Schadensersatz

Die Vereinbarung eines Anspruchs des Klauselverwenders auf pauschalierten Schadensersatz ist nach § 307 BGB in Verbindung mit § 309 Nr. 5 BGB unzulässig, wenn (1) die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt oder (2) dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, dass ein Schaden überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger ist als die Pauschale.

Auch die ToP-Klausel kann als pauschalierte Schadensersatzregelung verstanden werden, da durch sie (anteilig) der vereinbarte Kaufpreis als pauschale Zahlungsverpflichtung verschuldensunabhängig festgeschrieben wird. Sie legt die Zahlungsverpflichtung in einer vom Schaden völlig unabhängigen Summe als unbedingte Rechtsfolge einer Minderabnahme fest.²³ Eine Pauschale, die auf den vereinbarten vollen Preis nicht einmal

den erzielten oder erzielbaren (vgl. § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB) Erlös aus einem anderweitigen Verkauf anrechnet, ist zu hoch. Gerade bei einem speicherbaren Medium wie Gas bedarf dies keiner weiteren Argumentation.²⁴

Zu beachten ist noch, dass es im unternehmerischen Verkehr für die Wirksamkeit einer Klausel ausreichend ist, wenn der Gegenbeweis nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist.²⁵

bb) Vertragsstrafe

Eine ToP-Klausel kann zudem als Vertragsstrafenabrede verstanden werden. Gemäß § 309 Nr. 6 BGB ist eine Klausel unzulässig, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder der verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, die Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird. Dies gilt nach herrschender Meinung im Verkehr zwischen Unternehmen jedoch nur dann, wenn der Schuldner gemäß § 307 BGB unangemessen benachteiligt wird.²⁶ Deshalb muss im Einzelfall je nach Höhe des insgesamt geltend gemachten „Vertragsstrafenanspruchs“ entschieden werden. Es ist vor allem darauf zu achten, welchen Prozentsatz des Gesamtkaufpreises die Zahlungsverpflichtung aufgrund der ToP-Klausel ausmacht.

Anders ist jedoch zu entscheiden, wenn ein absolutes Fixgeschäft angenommen wird, denn § 339 BGB setzt für die Verwirkung einer Vertragsstrafe unbedingt voraus, dass der Schuldner in Verzug kommt, da die Vertragsstrafe akzessorisch zur Hauptverbindlichkeit ist.²⁷

2. Allgemeine Rechtsgrundsätze

Die aktuelle Finanzkrise dürfte nicht als höhere Gewalt, d. h. ein von außen kommendes, nicht voraussehbares und auch durch äußerste vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht

18 BGHZ 106, 46; 124, 256.

19 Siehe auch de Wyl/Essig (o. Fußn. 1), § 11 Rdnr. 192; a. A. Wegerich/Seifert, RdE 2009, 48 [51], die die Klausel deshalb als nicht AGB-rechtlich überprüfbare „Abrede“ einordnen wollen, weil eine synallagmatische Verknüpfung mit der Leistung des Lieferanten durch die Klausel gerade vermieden werden sollte!

20 Hierfür ist ausreichend, wenn das Entgelt durch einfache Rechenschritte zu ermitteln ist.

21 BGH, NJW 1985, 3013, 3014.

22 BGH, NJW 1985, 3013, 3014 m. w. N.; bzgl. der Argumentation als Entgelt für Neben- oder Zusatzleistungen siehe auch Palandt, § 307 BGB, Rdnr. 61.

23 Nach h. M. ist § 309 Nr. 5 a BGB grundsätzlich auch im Verkehr zwischen Unternehmern anwendbar, BGH, NJW 1994, 1068; Palandt, § 309 BGB, Rdnr. 32.

24 Vgl. auch de Wyl/Essig (o. Fußn. 1), § 11 Rdnr. 193.

25 BGH, NJW 1994, 1068.

26 Palandt, § 309 BGB, Rdnr. 38.

27 Palandt, § 339 BGB, Rdnr. 13.

abwendbares Ereignis²⁸, zu qualifizieren sein, da Wirtschaftskrisen grundsätzlich zyklisch auftreten.

In der Literatur²⁹ wird zudem die Anwendbarkeit der gesetzlichen Regelungen zur „Störung der Geschäftsgrundlage“ nach §§ 313 ff. BGB auf Verträge diskutiert, die konkret unter der aktuellen schweren Krise „leiden“. Angesichts der restriktiven Rechtsprechung zur Ölkrise 1973³⁰ und zur Stahlkrise 2004³¹ wird dieses Thema nicht vertieft. Zudem beträfe dies nur Verträge, die abgeschlossen wurden, bevor bei Anwendung äußerster kaufmännischer Vorsicht die herannahende Krise erkennbar war.

Anhaltspunkte für die Sittenwidrigkeit des Geschäfts insbesondere in Form der Knebelung des Sondervertragskunden oder für Kartellrechtsverstöße sind in der hier zugrunde gelegten allgemeinen Konstellation ebenfalls nicht erkennbar.

VI. Zulässigkeit einzelner Varianten von ToP-Klauseln

1. ToP-Klauseln mit Nachbezugsregelung

ToP-Klauseln sind häufig mit Nachbezugsmöglichkeiten versehen. Die Nachbezugs klauseln, auch „Make-up“- oder „Carry-forward“-Klauseln genannt, ermöglichen dem Sondervertragskunden, das noch nicht abgenommene Gas bis zur vertraglich vereinbarten Mindestabnahmemenge auch nach Ablauf des Vertrages „nachzubeziehen“. Mit Blick auf die Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB sind Nachbezugsberechtigungen unbedenklich, da den Sondervertragskunden durch diese Regelung im Verhältnis zur gesetzlichen Regelung kein großer Nachteil trifft. Er erhält die von ihm bezahlte Energie lediglich zeitlich versetzt. Allerdings sind solche Nachbezugsvereinbarungen unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten (z. B. daraus resultierende überlange Vertragsdauer) nur mit entsprechender Vorsicht anwendbar.

2. ToP-Klauseln mit Rückverkaufsregelung

Rückverkaufsklauseln werden mit unterschiedlichen Indizes und unterschiedlichen Berechnungsformeln verwandt.

Beispiel:

„Sollte während der Vertragslaufzeit erkennbar werden, dass der Sondervertragskunde seine ToP-Menge von 80 % der vorgesehenen Jahresliefermenge nicht erreichen wird, ist er berechtigt, entsprechende Teilmengen an den Lieferanten zurückzuverkaufen. Als Rückkaufpreis wird der (...) -Preis, maximal jedoch der vertraglich vereinbarte Arbeitspreis, abzüglich (...) Cent/kWh (für Transport und Transaktionskosten) herangezogen.“

Problematisch sind hier zunächst die pauschal in Ansatz gebrachten Kosten für Transport und Transaktion. Auch gehen die zumeist mittel- oder langfristige abgeschlossenen Lieferverträge

auf Verteilerebene nicht vom aktuellen (...) -Preis aus, so dass an die Stelle einer konkreten Schadenberechnung eine fiktive, vom konkreten Schaden unabhängige (und damit mehr oder minder pauschalierte) Berechnung tritt. Es ist auch kaum davon auszugehen, dass die Netznutzungsverträge mit den Netzbetreibern wirksame ToP-Klauseln enthalten, so dass für das nicht bezogene Gas in der Regel kein Netznutzungsentgelt bezahlt werden musste. Wie bereits diese Überlegungen zeigen, könnte die Klausel gemäß § 307 in Verbindung mit § 309 Nr. 5 a BGB unwirksam sein, wenn die Pauschale den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt. Freilich ist auch hier eine Einzelfallbetrachtung unerlässlich.

3. Tunnelklausel

Die sog. „Tunnelklausel“ hat beispielhaft den folgenden Wortlaut:

„Die jährlich tatsächlich im Rahmen des Vertrages gelieferte Energiemenge soll kleiner 110 % und größer 90 % (Tunnel) der erwarteten Energiemenge sein. Falls die jährlich gelieferte Energiemenge außerhalb des Tunnels liegt, wird wie folgt verfahren:

Für Verbrauchsmengen, die vom Erwartungswert abweichen, wird die Differenz der Marktwerte zzgl. einer Abwicklungsgebühr berechnet. Bei Mehrbezug ergibt sich die Differenz der Marktwerte aus dem Spotmarktpreis abzüglich des Baseload-Preises im Zeitpunkt der Beschaffung, bei Minderbezug ergibt sich die Differenz aus dem Baseload-Preis abzüglich des Spotmarktpreises. Die Abwicklungsgebühr wird bei beiden Varianten fällig.“

Die Tunnelklausel ist als allgemeine ToP-Klausel zu werten, da sie eine unbedingte Zahlungsverpflichtung vorsieht, wenn Zielmengen außerhalb des vereinbarten Tunnels erreicht werden. Insofern gilt bezüglich der rechtlichen Einordnung zunächst das zuvor zur ToP-Klausel mit Rückverkaufsregelung Gesagte. Darüber hinaus wird bei der oben zitierten Tunnelklausel eine „Abwicklungsgebühr“ erhoben, die nach den allgemeinen schadensersatzrechtlichen Regelungen kaum zu ersetzende eigene Aufwendungen pauschaliert in Ansatz bringt.

Die Tunnelklausel weicht in einem weiteren Punkt von einer „üblichen“ ToP-Klausel ab. Die übliche ToP-Klausel bezieht sich regelmäßig auf eine vertraglich festgelegte Mindestabnahmemenge, während die Tunnelklausel diese selbst festlegt. Ist also die Tunnelklausel aus den vorgenannten Gründen insgesamt unwirksam, besteht auch keine wirksame Mindestmengenvereinbarung.

28 BGHZ 100, 157.

29 Feißel/Gorn, BB 2009, 1138 ff.

30 BGH, BB 1977, 1574 f.; BB 1978, 1033.

31 OLG Hamburg, BauR 2006, 680; OLG Stuttgart, VergabeR 2009, 514.

Die Klausel spricht zudem zunächst von einem „Erwartungswert“ im Sinne einer Zielvereinbarung. Erst durch das dann geschaffene „Tunnelszenario“ wird daraus eine Mindestmengenvereinbarung. Sie dürfte deshalb auch als überraschende Klausel nach § 305 c Abs. 1 BGB unwirksam sein.

VII. Zusammenfassung

Zahlreiche Varianten von ToP-Klauseln in Gaslieferverträgen mit Sondervertragskunden können unwirksam sein: Sie widersprechen, da sie volle Bezahlung auch nicht abgenommener

Gasmengen verlangen, der AGB-rechtlichen Forderung, dass die Vereinbarung eines pauschalierten Schadensersatzes nur möglich ist, wenn dieser dem üblicherweise zu erwartenden Schaden entspricht. ToP-Klauseln können jedoch wirksam sein, wenn sie Nachbezugsrechte oder eine Rückverkaufsmöglichkeit vorsehen, so dass der pauschalierte Schadensersatz mit den üblicherweise zu erwartenden tatsächlichen Schäden nach summarischer Prüfung in etwa übereinstimmt. Die Vereinbarung von Mindestabnahmemengen unter der entsprechenden Leistungsbestimmungsrubrik von Gaslieferverträgen ist dagegen grundsätzlich wirksam, da das AGB-Recht gemäß § 307 Abs. 3 BGB keine Anwendung findet.

Rechtsprechung

ZVG §§ 154 Satz 1, 155 Abs. 1

1. Das Versorgungsunternehmen, das für das verwaltete Grundstück Energie und Wasser liefert, kann „Beteiligter“ im Sinne von § 154 Satz 1 ZVG sein.

2. Zu den vorweg zu berichtigenden Ausgaben der Verwaltung gehören Kosten für Energie und Wasser, die aufgrund der vom Verwalter abgeschlossenen oder fortgesetzten Lieferungsverträge entstehen.

BGH, Urt. v. 5. 3. 2009 – IX ZR 15/08

Vorinstanz: OLG Schleswig, Urt. v. 21. 12. 2007 – 1 U 66/07

Zum Sachverhalt: Am 5. 6. 2001 ordnete das zuständige *Amtsgericht* auf Antrag einer Gläubigerin die Zwangsverwaltung für den Gebäudekomplex in T. an und bestellte den Beklagten zum Zwangsverwalter. Bei dem Gebäudekomplex handelt es sich um eine Wohn- und Geschäftsgebäudeanlage, dessen Räumlichkeiten an unterschiedliche Nutzer vermietet waren. Die Klägerin, ein kommunales Versorgungsunternehmen, lieferte für die Gebäudeanlage Gas, Strom und Wasser. Mit Schreiben vom 14. 6. 2001 teilte der Beklagte der Klägerin die Anordnung der Zwangsverwaltung und seine Bestellung zum Verwalter mit. Er bat sie, die Rechnungen für alle Verbrauchsstellen, die der Allgemeinversorgung sämtlicher Mieter in der verwalteten Anlage dienten, ab sofort an ihn zu erteilen.

Die Klägerin setzte ihre Lieferungen fort. In der Folgezeit entrichtete der Beklagte lediglich (Abschlags-)Zahlungen auf Allgemeinstrom (21.465,39 EUR), Heizungsstrom (5.598,35

EUR) sowie Gas (158.328,- EUR), während er bezüglich der Wasserlieferungen keine Zahlungen an die Klägerin erbrachte. Für die Mieter der zwangsverwalteten Anlage erstellte er Betriebskostenabrechnungen, in die er die von der Klägerin erteilten Rechnungen für Allgmeinstrom, Gas und Wasser einstellte. Am 19. 11. 2004 wurde die Gebäudeanlage zwangsversteigert, worauf das *Amtsgericht* das Zwangsverwaltungsverfahren aufhob und dem Beklagten aufgab, zum 9. 2. 2005 die Schlussrechnung zu erstellen. Der Beklagte teilte der Klägerin mit Schreiben vom 1. 12. 2004 die Aufhebung der Zwangsverwaltung mit und meldete mit sofortiger Wirkung die Verbrauchsstellen auf die Ersteherin der Gebäudeanlage um.

Für den Bezug von Allgmeinstrom im Jahre 2004 erhielt der Beklagte von der Klägerin eine als Schlussrechnung bezeichnete Abrechnung vom 16. 12. 2004, auf die er keine Zahlungen leistete. Weitere Abrechnungen der Klägerin hat der Beklagte nach seinem Vorbringen erst mit Schreiben vom 8. 4. 2005 erhalten. Zuvor hatte er seine Schlussrechnung als Zwangsverwalter erstellt und als Überschuss an die Gläubigerin insgesamt 389.970,69 EUR ausgezahlt.

Die Klägerin macht geltend, der Beklagte hätte vor Auszahlung des Überschusses angemessene Rücklagen bilden müssen, um die noch offen stehenden Ansprüche aus den erfolgten Versorgungslieferungen erfüllen zu können. Das *Landgericht* hat der Klage – unter Zurückweisung im Übrigen – in Höhe von 86.242,87 EUR stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten blieb ohne Erfolg. Mit seiner vom *Berufungsgericht* zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.