

Ersatzfähigkeit von Ausgleichsenergiekosten des Direktvermarkters über die Härtefallregelung des § 15 EEG 2017

-

Rechtliche Stellungnahme im Rahmen der Konsultation zum Einspeisemanagement-Leitfaden 3.0

Gliederung

I.	Hintergrund und Aufgabenstellung	2
II.	Stellungnahme	2
1.	Anwendungsbereich der Drittschadensliquidation nicht eröffnet.....	3
a)	Kein Vertrag zwischen Anlagenbetreibern und Netzbetreibern	4
b)	Keine „Einbeziehung“ der Direktvermarkter	6
c)	Bestätigung durch BGH in vergleichbarem Fall	7
d)	Grundlegend unterschiedlicher dogmatischer Ansatz.....	8
e)	Zwischenergebnis	9
2.	Voraussetzungen der Drittschadensliquidation nicht erfüllt	9
a)	Kein Anspruch der Anlagenbetreiber.....	10
b)	Keine Schadensverlagerung.....	10
c)	Jedenfalls keine zufällige Schadensverlagerung	10
aa)	Risikoverteilung.....	11
bb)	Schadensrisiko entspricht dem Willen der Direktvermarkter	11
III.	Zusammenfassung	11

I. Hintergrund und Aufgabenstellung

Die Bundesnetzagentur konsultiert derzeit den Einspeisemanagement-Leitfaden 3.0. Im Anschluss an den mit den Stakeholdern durchgeführten Workshop am 30.11.2017 wurden verschiedene Themen im Zusammenhang mit der Direktvermarktung kontrovers diskutiert. Insbesondere haben sich die Teilnehmer mit der Frage auseinandergesetzt, ob ein Direktvermarkter, der zugleich die Bilanzkreisabwicklung übernommen und zu diesem Zweck den notwendigen Bilanzkreisvertrag mit dem Übertragungsnetzbetreiber geschlossen hat, höhere Ausgleichsenergiekosten, die aufgrund einer Einspeisemanagement-Maßnahme entstehen, über die Härtefallklausel des § 15 EEG 2017 ersetzt bekommt.

Da eine unmittelbare Anwendung dieser Norm mangels Einbeziehung des Direktvermarkters in den Adressatenkreis nicht in Betracht kommt, stellt sich nachfolgend die Frage, inwieweit diese Kosten im Rahmen eines Entschädigungsanspruchs des Anlagebetreibers zu berücksichtigen sind. Da dem Anlagenbetreiber, der nicht selbst Bilanzkreisverantwortlicher ist, aber kein Schaden in Form von höheren Ausgleichsenergiekosten durch Einspeisemanagement-Maßnahmen entstanden sein kann, wird im Weiteren diskutiert, ob die höheren Ausgleichsenergiekosten des bilanzkreisverantwortlichen Direktvermarkters über die Grundsätze der Drittschadensliquidation zum Anspruch des Anlagenbetreibers „gezogen“ werden können. Sollte dies der Fall sein, könnte sich der Direktvermarkter diesen Anspruch sodann vom Anlagebetreiber abtreten lassen und gegenüber dem Netzbetreiber geltend machen.

Die TenneT TSO GmbH als regelzonenverantwortlicher Übertragungsnetzbetreiber hat uns um eine rechtliche Stellungnahme gebeten, ob die vorstehend beschriebene Abwicklung über die Grundsätze der Drittschadensliquidation rechtlich möglich ist. Dieser bitte kommen wir nachfolgend gerne nach.

II. Stellungnahme

Die Direktvermarkter können die Kosten für Ausgleichsenergie aufgrund verschiedener rechtlicher Erwägungen nicht auf etwaige von den Anlagenbetreibern in Verbindung mit den Grundsätzen der Drittschadensliquidation abgetretenen Ansprüche stützen. In der soeben beschriebenen Konstellation ist weder ist der Anwendungsbereich der Drittschadensliquidation eröffnet, noch liegen deren Voraussetzungen vor.

Für die Drittschadensliquidation bedarf es nach allgemeiner Auffassung grundsätzlich des kumulativen Vorliegens von drei Voraussetzungen (vgl. nur MüKoBGB/*Oetker*, § 249 Rn. 289 ff.):

- Der Gläubiger bzw. Anspruchsteller hat zwar dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch, ihm ist jedoch kein Schaden entstanden.
- Dieser Schaden ist vielmehr einer dritten Person entstanden. Dieser steht jedoch dem Grunde nach kein Anspruch zu.
- Die Tatsache, dass der Anspruchsteller keinen Schaden, der Geschädigte hingegen keinen Anspruch hat, stellt eine aus Sicht des Schädigers zufällige Schadensverlagerung dar.

Doch das vermeintliche Vorliegen dieser drei Voraussetzungen darf nicht ohne weiteres zu der Annahme verleiten, dass eine Schadenskorrektur in Form der Drittschadensliquidation in jedem Fall zulässig ist. Denn aufgrund des Umstandes, dass es sich gerade um keine gesetzlich festgeschriebenen Voraussetzungen, sondern um ein von Seiten der Rechtsprechung im Laufe der Jahre aus Gründen der Billigkeit erschaffenes Rechtsinstrumentarium handelt, ist es stetes erforderlich, zunächst der Frage nachzugehen, ob und inwieweit die Gründe, die die Rechtsprechung zur Anwendung der Drittschadensliquidation bewogen haben, auf den jeweiligen Einzelfall übertragen werden können.

Da die Drittschadensliquidation aus Billigkeitsgründen geschaffen wurde, ist damit zwingend zuvorvererst zu prüfen, ob eine Drittschadensliquidation tatsächlich auch der Billigkeit entspricht. Dies ist in der hier zu entscheidenden Konstellation indes nicht der Fall.

1. Anwendungsbereich der Drittschadensliquidation nicht eröffnet

Zunächst setzt eine Drittschadensliquidation stets das Vorliegen eines Schadensersatzanspruches voraus. Nach ständiger Rechtsprechung ist für die Zulassung einer Drittschadensliquidation der Gesichtspunkt maßgebend, dass der Schädiger keinen Vorteil daraus ziehen soll, dass ein Schaden, der eigentlich bei dem Vertragspartner eintreten müsste, zufällig aufgrund eines zu dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisses auf diesen verlagert ist (vgl. BGH, Urt. v. 11.02.1983 – V ZR 300/81 – WM 1983, 416, 417, Rn. 17 m.w.N.).

Letztlich stellt die Drittschadensliquidation also eine normative Korrektur der Differenzhypothese dar, welche nur bei der Berechnung eines Schadens heranzuziehen ist. In den hier relevanten Fällen der Einspeisemanagementmaßnahmen fehlt es aber schon an einem für einen Schadensersatzanspruch erforderlichen Fehlverhalten auf Seiten Netzbetreibers, sodass die von Seiten der Anlagenbetreiber an die Direktvermarkter abgetretenen Ansprüche ohnehin nur auf § 15 Abs. 1 EEG 2017 gestützt werden können.

Hierbei handelt es sich jedoch um keinen Schadensersatzanspruch, sondern ausweislich des klaren Wortlauts um einen Aufwendungsersatzanspruch, bei dem folglich – selbst bei weiter Auslegung des Aufwendungsbegriffs – keine normative Schadenskorrektur stattfinden kann. Die durch eine Fallgruppenbildung gekennzeichnete restriktive Handhabung der Drittschadensliquidation durch die Rechtsprechung verbietet es, dieses Rechtsinstitut in Fällen anzuwenden, in denen kein Schadensersatzanspruch geltend gemacht wird.

In sämtlichen Fallgruppen, in denen sich die Rechtsprechung für die Anwendung dieses Rechtsinstituts ausgesprochen hat, hat der Anspruchsteller gegen den Schädiger Ansprüche aus § 280 BGB geltend gemacht. Bei § 280 BGB handelt es sich um die Generalklausel für vertragliche Schadensersatzansprüche, die für sämtliche Arten von Schuldverhältnissen gilt und daher – wie auch andere Generalklauseln, z.B. § 823 BGB – so allgemein gehalten sein muss, dass die Möglichkeit besteht, im jeweiligen Einzelfall Korrekturen vorzunehmen und gegebene Unbilligkeiten zu beseitigen.

Der § 15 EEG 2017 hingegen ist eine spezielle Anspruchsgrundlage mit einem beschränkten Regelungsgehalt, die wegen ihres speziellen Charakters – der Anlagenbetreiber erhält eine Leistung ohne Gegenleistung – obendrein eng auszulegen ist. Sie wurde von vornherein nur

für sehr begrenzte und im Gesetz klar genannte Anwendungsfälle konzipiert. Dies ist eine gesetzgeberische Intention, die es zu akzeptieren gilt. Hier können nicht ohne weiteres normative Korrekturen vorgenommen werden.

Anhand einer genaueren Betrachtung der von der Rechtsprechung für die Drittschadensliquidation entwickelten Fallgruppen und der hierzu ergangenen Rechtsprechung wird deutlich, dass die Motive, die die Rechtsprechung zur Erschaffung und stetigen Anwendung dieses Rechtsinstitutes bewogen haben, im vorliegenden Fall nicht eingreifen. Im Einzelnen:

a) Kein Vertrag zwischen Anlagenbetreibern und Netzbetreibern

Der erste grundlegende Unterschied wird bei Heranziehung der wohl bekanntesten Fallgruppe der Drittschadensliquidation, des Versandkaufes, deutlich. Hier besteht eine vertragliche Beziehung zwischen dem Versender und dem Transportunternehmer, welche ersterem grundsätzlich einen eigenen Schadensersatzanspruch gegen den Transportunternehmer einräumt. Lediglich die Gefahrtragungsregel des § 447 BGB verhindert hier das Entstehen eines ersatzfähigen Schadens auf Seiten des Versenders.

Auch in allen anderen Fallgruppen der Drittschadensliquidation liegt ein entsprechendes Vertragsverhältnis zwischen dem ursprünglichen Anspruchsinhaber und dem Schädiger vor.

In den Fällen der mittelbaren Stellvertretung ist dies der zwischen dem mittelbaren Stellvertreter und dem Schädiger abgeschlossene Kaufvertrag. Auch in den Fällen der Obhut über fremde Sachen kontrahieren der Verwahrer und der Schädiger.

Es besteht also stets eine vertragliche Beziehung, deren schadensrechtliche Abwicklung durch die Einbeziehung des Geschädigten in irgendeiner Weise gestört wird. Der Schaden tritt nämlich nicht auf Seiten des Vertragspartners, sondern auf Seiten eines Dritten ein.

Hierbei handelt es sich auch keinesfalls um einen unbeachtlichen Nebenaspekt. Vielmehr hat der Bundesgerichtshof die Drittschadensliquidation anhand von Grundsätzen des Vertragsrechts entwickelt. So führt der Bundesgerichtshof in dem ersten von ihm zur Drittschadensliquidation zu entscheidenden Fall (Urt. v. 23.11.1954 – I ZR 78/53 mit Verweis auf RGZ 170, 246) aus:

„Wenn jemand eine fremde Sache, mag ihm diese auf Grund Vertrages oder aus Gefälligkeit überlassen sein, dazu verwendet, um gegenüber einem andern, **mit dem er einen Vertrag geschlossen hat**, seine Vertragspflichten zu erfüllen, so ist, wenn nicht aus den besonderen Umständen des Einzelfalles sich etwas anderes ergibt, **im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung** (§ 157 BGB; RGZ 164, 196, 202) eine stillschweigende Vereinbarung zwischen den Vertragsschließenden anzunehmen, daß die vertragliche Haftpflicht des anderen Teiles den Schutz der dem Vertragszweck, dienenden Sache auch dann umfaßt, wenn die Sache einem anderen gehört.“

(Hervorhebungen von hier)

Die Ausführungen des Bundesgerichtshofes zur Drittschadensliquidation zeigen, dass diese Rechtsfigur letztlich – wie schon vom Reichsgericht dargelegt – auf eine ergänzende Vertragsauslegung nach § 157 BGB gestützt wird. Für eine für die Drittschadensliquidation kon-

stitutive ergänzende Vertragsauslegung ist ein entsprechender Vertrag zwischen dem ursprünglichen Anspruchsinhaber und dem Schädiger zwingendes Erfordernis.

Diese strikte Anbindung der Drittschadensliquidation an das Vertragsrecht untermauert der Bundesgerichtshof erneut in seiner aktuellsten Entscheidung zur Drittschadensliquidation (Urt. v. 14. 1. 2016 – VII ZR 271/14).

Besagter Fall war keiner der bis zu diesem Zeitpunkt bestehenden Fallgruppen zuzuordnen, sodass das Gericht erneut dogmatische Ausführungen zur Drittschadensliquidation vorgenommen hat. So führt der Bundesgerichtshof aus:

„Aufgrund einer **Vertragspflichtverletzung kann der Vertragspartner** den daraus entstehenden Schaden grundsätzlich nur insoweit geltend machen, als er bei ihm selbst eingetreten ist (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 1997 – IX ZR 41/97, NJW 1998, 1864, 1865, juris Rn. 6). In besonders gelagerten Fällen lässt die Rechtsprechung allerdings eine Drittschadensliquidation zu, bei der der Vertragspartner den Schaden geltend machen kann, der bei dem Dritten eingetreten ist, der selbst keinen Anspruch gegen den Schädiger hat. Für die Zulassung einer Drittschadensliquidation ist der Gesichtspunkt maßgebend, dass der Schädiger keinen Vorteil daraus ziehen soll, wenn ein Schaden, der eigentlich bei dem Vertragspartner eintreten müsste, zufällig aufgrund eines zu dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisses auf diesen verlagert ist (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1983 – V ZR 300/81, WM 1983, 416, 417, juris Rn. 17 m. w. N.). Die Anwendung der Grundsätze der Drittschadensliquidation scheidet aus, wenn die Drittschadensliquidation zu einer **dem allgemeinen Vertragsrecht widersprechenden Schadenshäufung** führen würde (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juni 1985 – VII ZR 23/84, BGHZ 95, 128, 136 f., juris Rn. 29; Urteil vom 12. Juli 1968 – V ZR 14/67, DB 1968, 2168 f., juris Rn. 17 f.; Urteil vom 10. Juli 1963 – VIII ZR 204/61, BGHZ 40, 91, 107, juris Rn. 31).“

(Hervorhebungen von hier)

Der Bundesgerichtshof legt also dar, dass die Grundsätze der Drittschadensliquidation keine Anwendung finden, wenn dies dem allgemeinen Vertragsrecht zuwiderlaufen würde. So wird klargestellt, dass die Drittschadensliquidation dogmatisch dem Vertragsrecht zuzuordnen ist und lediglich innerhalb vertraglicher Beziehungen als Korrekturinstrumentarium fungiert.

Diese strikte Anbindung der Drittschadensliquidation an das Vertragsrecht führt dazu, dass sie außerhalb vertraglicher Beziehungen nicht herangezogen werden kann. Schließlich bedarf es dort weder einer ergänzenden Vertragsauslegung, noch besteht die Gefahr einer dem allgemeinen Vertragsrecht widersprechenden Schadenshäufung.

In Bezug auf die hier relevante Konstellation bedeutet dies, dass es den Anlagenbetreibern nicht möglich ist, den Schaden der Direktvermarkter zu ihrem Anspruch „zu ziehen“, um diesen Anspruch anschließend an die diese – die Direktvermarkter – abzutreten. Zwischen den Anlagenbetreibern und den Netzbetreibern besteht bei Einschaltung eines Direktvermarkters keinerlei vertragliche Beziehung, die als Grundlage hierfür dienen könnte. Mithin können die Anlagenbetreiber keineswegs mit dem Versender in den Fällen des Versandkaufs verglichen werden. Ebenso wenig greift ein Vergleich zum mittelbaren Stellvertreter oder zum Verwahrer.

Die Anwendung der Grundsätze der Drittschadensliquidation scheidet also bereits aus diesem Grunde aus.

b) Keine „Einbeziehung“ der Direktvermarkter

Hieran anknüpfend findet die Drittschadensliquidation auch aus dem Grund keine Anwendung, dass die Direktvermarkter nicht in das zwischen den Anlagenbetreibern und den Netzbetreibern – hier ohnehin nicht bestehende – Schuldverhältnis „einbezogen“ werden, wie dies bei der Drittschadensliquidation der Fall ist, sondern selbst mit den Netzbetreibern vertraglich kontrahieren.

Es existiert also eine durch einen eigenen Vertragsschluss herbeigeführte Verbindung zwischen den Direktvermarktern und den Anlagenbetreibern. Damit fehlt es an dem für die Drittschadensliquidation konstitutiven Charakter der „Einbeziehung“. In sämtlichen Fällen der Drittschadensliquidation besteht zwischen Drittem und Schädiger keine vertragliche Beziehung; diese besteht vielmehr lediglich zwischen Zedenten und Schädiger. Hier ist es jedoch genau umgekehrt; es besteht also lediglich eine vertragliche Beziehung zwischen Drittem (den Direktvermarktern) und Schädiger (den Netzbetreibern), nicht aber zwischen Zedenten (den Anlagenbetreibern) und Schädiger.

Sämtliche Fallgruppen der Drittschadensliquidation zeichnen sich aber gerade dadurch aus, dass der Geschädigte aufgrund seines vertraglichen Verhältnisses zum Zedenten hinsichtlich der Ersatzfähigkeit des ihm entstandenen Schadens an dem Rechtsverhältnis zwischen dem Zedenten und dem Schädiger teilnimmt. Der Geschädigte und der Schädiger stehen also ursprünglich in keinerlei Beziehung zueinander; eine solche Beziehung wird vielmehr durch besagten Vertrag zwischen Geschädigtem und Zedenten hergestellt.

Im Beispielsfall des Versandkaufs würden Käufer und Transportunternehmer also an voneinander gänzlich unabhängigen Rechtsverhältnissen teilnehmen – zum einen der Vertrag zwischen Verkäufer und Käufer und zum anderen der Vertrag zwischen Verkäufer und Transportunternehmer –, wenn es nicht zu einem Schaden auf Seiten des Käufers gekommen wäre. Die Liquidation des Schadens des Käufers durch den Verkäufer und die abschließende Abtretung des Schadensersatzanspruchs an den Käufer soll verhindern, dass der Käufer aufgrund dessen, dass er mit dem Schädiger keine vertragliche Beziehung eingegangen ist, seinen Schaden diesem gegenüber nicht geltend machen kann.

Die aus den soeben dargestellten, voneinander zu trennenden Rechtsverhältnissen resultierende Schutzbedürftigkeit des Geschädigten soll also dadurch kompensiert werden, dass dieser über die Drittschadensliquidation gewissermaßen in die schuldrechtliche Beziehung zwischen Zedenten und Schädiger einbezogen wird.

Gleiches gilt für die mit der Drittschadensliquidation rechtlich verwandten Fälle des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten. Auch hier ist der Dritte aufgrund eines fehlenden vertraglichen Anspruchs gegen den Schädiger schutzbedürftig. Dies wird dadurch korrigiert, dass ein solcher Anspruch für ihn durch seine Einbeziehung in ein anderes Schuldverhältnis konstruiert wird. Diese dogmatischen Parallelen zwischen der Drittschadensliquidation und dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten werden

dadurch bestätigt, dass der Bundesgerichtshof in zahlreichen Urteilen eine Abgrenzung dieser beiden Rechtsinstitute vorgenommen und dabei festgestellt hat, dass der einzige Unterschied in der beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten entstehenden Risikohäufung beim Schädiger besteht. So führt der Bundesgerichtshof z.B. in seinem Urteil vom 14. 1. 2016 (VII ZR 271/14) aus:

„Die Anwendung der Grundsätze der Drittschadensliquidation scheidet aus, wenn die Drittschadensliquidation zu einer dem allgemeinen Vertragsrecht widersprechenden **Schadenshäufung** führen würde (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juni 1985 – VII ZR 23/84, BGHZ 95, 128, 136 f., juris Rn. 29; Urteil vom 12. Juli 1968 – V ZR 14/67, DB 1968, 2168 f., juris Rn. 17 f.; Urteil vom 10. Juli 1963 – VIII ZR 204/61, BGHZ 40, 91, 107, juris Rn. 31).“

(Hervorhebung von hier)

Die vorliegende Konstellation weicht indes erheblich von den dargestellten Grundsätzen ab. So kontrahieren die Direktvermarkter und die Netzbetreiber hier unmittelbar vertraglich miteinander. Der Ausgangspunkt sämtlicher Fälle der Einbeziehung eines Dritten, nämlich seine Schutzbedürftigkeit, die dadurch entsteht, dass ihm mangels vertraglicher Beziehung zum Schädiger kein eigener Anspruch gewährt wird, ist hier also gar nicht gegeben. Hier gewährt der zwischen Direktvermarktern und Netzbetreibern abgeschlossene Vertrag ersteren lediglich keinen eigenen Anspruch. Die vermeintliche Schutzbedürftigkeit der Direktvermarkter entsteht hier also erst dadurch, dass sie selber mit den Netzbetreibern kontrahieren, ohne gesetzlich abgesichert zu sein.

Dass ein Direktvermarkter in § 15 EEG 2017 nicht genannt ist, ist aber eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers. Das hiermit für die Direktvermarkter verbundene Risiko gehen diese bewusst ein. Die Drittschadensliquidation kann nicht den Zweck haben, dem Geschädigten einen Anspruch zu verschaffen, wenn dieser bewusst eine Vertragskonstruktion gewählt hat, in der ihm kein eigener Anspruch eingeräumt wird.

c) **Bestätigung durch BGH in vergleichbarem Fall**

Diese Rechtsauffassung wird durch ein weiteres Urteil des Bundesgerichtshofs bestätigt (Urt. v. 07.05.2009 – III ZR 277/08 – BGHZ 181, 12), welches zu einem Fall ergangen ist, in dem die Rechtslage – in Bezug auf Interessenlage und Schutzbedürftigkeit der Parteien – mit der hier relevanten vergleichbar ist.

In diesem Fall hatte ein Wirtschaftsprüfungsunternehmen im Auftrag der Bundesanstalt für Finanzaufsicht eine Prüfung eines Unternehmens vorgenommen und dabei ein unrichtiges Gutachten erstellt. Dadurch kamen Anleger zu Schaden, welche die Klägerin (eine gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 ESAEG bei der Kreditanstalt für Wiederaufbau errichtete Entschädigungseinrichtung) entschädigen musste. Diese klagte daraufhin gegen das Wirtschaftsprüfungsunternehmen. Hinsichtlich der Voraussetzungen der Drittschadensliquidation führt der BGH aus:

„Dieses Rechtsinstitut soll die ungerechtfertigte Entlastung des Schädigers durch eine zufällige Schadensverlagerung verhindern. Es greift deshalb ein, wenn das jeweils geschützte Interesse infolge besonderer Rechtsbeziehungen zwischen dem aus dem Vertrag berechtigten Gläubiger und dem Träger des Interesses dergestalt auf den Dritten verlagert ist, dass der Schaden - aus Sicht des Schädigers zufällig - ihn und nicht den

Gläubiger trifft (...). Das bedeutet, dass der Schaden zumindest, da im Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger nur solche Rechtsgüter geschützt sind, die - wenigstens potentiell - Letzterem zustehen. (...) Die der Klägerin erwachsene Vermögenseinbuße, die gegen sie gerichteten Entschädigungsansprüche der Anleger, konnte jedoch von vornherein nur bei ihr und nicht bei der Bundesanstalt eintreten. (...) Für die Drittschadensliquidation ist kennzeichnend, dass der Schaden aufgrund der Besonderheiten des Innenverhältnisses zwischen dem Gläubiger der geschuldeten Leistung und dem Träger des geschützten Interesses nicht Ersteren, sondern Letzteren trifft. Dass die Klägerin den Entschädigungsansprüchen der Anleger ausgesetzt ist und nicht die Bundesanstalt, beruht jedoch nicht auf dem Innenverhältnis beider Einrichtungen, sondern insbesondere darauf, dass die Anstalt im Außenverhältnis zu den Anlegern nicht haftet (§ 4 Abs. 4 FinDAG) und nur die Klägerin Entschädigungen schuldet (§ 4 Abs. 1 ESAEG). Darüber hinaus kommt eine Drittschadensliquidation nur in Betracht, wenn die "Zufälligkeit" der Schadensverlagerung Folge der bestehenden Rechtslage ist. In der hier gegebenen Fallgestaltung liegt aber nach der Gesetzeslage weder eine Schadensverlagerung noch ein zufälliges Ergebnis vor. Vielmehr beruht es auf einer **Entscheidung des Gesetzgebers**, dass die Anlegerentschädigung allein Aufgabe der Entschädigungseinrichtungen gemäß § 6 ESAEG und nicht der Bundesanstalt ist.“

(Hervorhebungen von hier)

Der Bundesgerichtshof bestätigt die hier vertretene Rechtsauffassung durch seine Ausführungen eindeutig.

Die wichtigste Aussage des Urteils stellt hierbei die Verneinung der Drittschadensliquidation unter Hinweis auf die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers dar. Die Tatsache, dass lediglich die Klägerin als Entschädigungseinrichtung aus § 4 Abs. 1 ESAEG Ersatz schulde, beruhe auf einer Entscheidung des Gesetzgebers, die nicht im Wege der Drittschadensliquidation korrigiert werden könne.

So stellt sich auch die Sachlage vorliegend dar: Dass lediglich Anlagenbetreiber aus § 15 EEG 2017 berechtigt werden, ist eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung. Diese darf nicht im Wege der Anwendung der Grundsätze der Drittschadensliquidation unterlaufen werden.

d) **Grundlegend unterschiedlicher dogmatischer Ansatz**

Letztlich ist bei der Frage, ob ein Fall der Drittschadensliquidation vorliegt, zwingend der dogmatische Ansatz derselben zu berücksichtigen.

Grundsätzlich steht nur demjenigen, dem tatsächlich ein Schaden entstanden ist, ein entsprechender Anspruch gegen den Schädiger auf Zahlung von Schadensersatz zu. Die Drittschadensliquidation ist eine absolute Ausnahme von diesem Grundsatz.

Da die Drittschadensliquidation gesetzlich nicht geregelt ist, steht deren Anwendung unter der Prämisse, dass der gesetzgeberische Wille respektiert wird, mithin durch die Anwendung der Drittschadensliquidation keine Ansprüche konstruiert werden, welche dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen.

Dies lässt sich einfach anhand der Fallgruppe der sog. Gefahrentlastung nachvollziehen: Die Gefahrtragungsregelungen des § 446 BGB oder des § 644 BGB dienen grundsätzlich der Ri-

sikozuweisung zwischen Verkäufer und Käufer bzw. Werkunternehmer und Besteller und haben in der Regel mit der rechtlichen Beziehung zu an diesen Verträgen nicht partizipierenden Dritten – wie z.B. dem schädigenden Transportunternehmer – nichts zu tun. Dass die Gefahrtragungsregelungen direkten Einfluss auf die Ansprüche von Verkäufer und Werkunternehmer gegen diese Dritten haben, ist also bloßer Reflex der Regelungen, nicht aber der seitens des Gesetzgebers mit ihnen verfolgte Zweck.

Daher lässt der Wille des Gesetzgebers in diesem Zusammenhang eine richterliche Rechtsfortbildung wie die Drittschadensliquidation zu. Die möglichen Wirkungen der Gefahrtragungsregelungen auch außerhalb der jeweiligen kauf- und werkvertraglichen Beziehungen wurden schlicht nicht bedacht.

Gänzlich anders stellt sich dies jedoch in der hier zu beurteilenden Konstellation dar. Hier existiert kein mit den Gefahrtragungsregeln der §§ 446, 644 BGB vergleichbares gesetzgeberisches Instrumentarium, dessen Anwendung als bloßer Reflex dazu führen würde, dass eine unbillige Schadensverlagerung stattgefunden hat.

Vielmehr ist hier lediglich die Regelung des § 15 Abs. 1 EEG 2017 relevant, welche – unzweideutig – ausschließlich den Anlagenbetreiber zur Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen berechtigt. Der Gesetzgeber hat es trotz Kenntnis von der zunehmenden Bedeutung der Direktvermarktung bewusst unterlassen, die Anspruchsberechtigung entsprechend auf Direktvermarkter auszudehnen. Es besteht somit kein Bedürfnis einer Ergebniskorrektur durch die Anwendung der Grundsätze der Drittschadensliquidation. Im Ergebnis scheitert die Drittschadensliquidation also aus denselben Gründen wie eine Analogie des § 15 Abs. 1 EEG 2017, nämlich der fehlenden Kompatibilität mit dem Willen des Gesetzgebers.

e) **Zwischenergebnis**

Im Ergebnis gibt es also drei wesentliche Gesichtspunkte, die vorliegend bereits gegen die grundsätzliche Anwendbarkeit der Drittschadensliquidation sprechen:

1. Es besteht keine Rechtsbeziehung zwischen den Anlagenbetreibern und den Netzbetreibern, die Grundlage für eine Drittschadensliquidation sein könnte.
2. Es existiert eine eigene vertragliche Beziehung zwischen den Direktvermarktern und den Netzbetreibern, die ersteren nach der bewussten Entscheidung des Gesetzgebers keinen eigenen Anspruch gewährt.
3. § 15 Abs. 1 EEG 2017 ist keine mit den Gefahrtragungsregeln der §§ 446, 644 BGB vergleichbare Regelung, die als Reflex eine unbillige Schadensverlagerung nach sich zieht. Eine Drittschadensliquidation liefe also dem Willen des Gesetzgebers zuwider.

2. **Voraussetzungen der Drittschadensliquidation nicht erfüllt**

Neben dem Umstand, dass der Anwendungsbereich der Drittschadensliquidation gemäß den vorstehenden Ausführungen bereits nicht eröffnet ist, liegen auch die eingangs dargelegten drei Voraussetzungen der Drittschadensliquidation nicht vor.

a) Kein Anspruch der Anlagenbetreiber

So mangelt es bereits an einem Anspruch der Anlagenbetreiber, der an die Direktvermarkter abgetreten werden könnte. Die Grundsätze der Drittschadensliquidation können grundsätzlich nur herangezogen werden, um den Schaden im Rahmen eines ansonsten vollständig bestehenden Schadensersatzanspruches zu begründen. Wenn jedoch dem Grunde nach schon gar kein Anspruch bestehen kann, kommt eine Drittschadensliquidation ohnehin nicht in Betracht.

Wie bereits dargestellt kommt als einzige potentielle Anspruchsgrundlage für die an die Direktvermarkter abgetretenen Ansprüche § 15 Abs. 1 EEG 2017 in Betracht. Als Grundlage für den Ersatz der Ausgleichsenergiekosten wäre insoweit auf das Tatbestandsmerkmal der „zusätzlichen Aufwendungen“ zurückzugreifen. Mithin müssten die Anlagenbetreiber gegen die Netzbetreiber einen Anspruch auf Ersatz von Ausgleichsenergiekosten als „zusätzliche Aufwendungen“ haben.

Dieser Anspruch kann ihnen aber von vorneherein nicht zustehen. Denn dafür fehlt es bereits an dem notwendigen Rechtsverhältnis zwischen den *Anlagenbetreibern* und den *Netzbetreibern*, das die Anlagenbetreiber zunächst zur Entrichtung von Ausgleichsenergie verpflichtete, bevor sie über § 15 Abs. 1 EEG 2017 Ersatz dafür verlangen können. Dieses Schuldverhältnis besteht auf Grundlage des Bilanzkreisvertrages aber von Anfang an zwischen den *Direktvermarktern* als Bilanzkreisverantwortlichen und den *Netzbetreibern* als Bilanzkreiskoordinatoren. Damit sind ausschließlich die Direktvermarkter zur Zahlung von Ausgleichsenergie gegenüber den Netzbetreibern verpflichtet.

b) Keine Schadensverlagerung

Darüber hinaus scheidet die Drittschadensliquidation daran, dass in Bezug auf die Ausgleichsenergie keine Schadensverlagerung stattfindet. Letztlich tritt der „Schaden“ – hier die Vergütungspflicht für die angefallene Ausgleichsenergie – dort ein, wo es zu erwarten ist: nämlich auf Seiten der Direktvermarkter. Denn die Vergütungspflicht der Direktvermarkter resultiert unmittelbar aus ihrem Bilanzkreisvertrag mit den Netzbetreibern. Damit die Drittschadensliquidation bezüglich der Ausgleichsenergie überhaupt durchgreifen könnte, müsste sich der Schaden also von den Direktvermarktern auf einen Dritten verlagern. Dies ist indes nicht der Fall.

c) Jedenfalls keine zufällige Schadensverlagerung

Selbst wenn man die Grundsätze der Drittschadensliquidation für anwendbar hielte und einen grundsätzlichen Anspruch der Anlagenbetreiber annähme, lägen die weiteren Voraussetzungen nicht vor. Erforderlich ist stets, dass eine für den Schädiger zufällige Schadensverlagerung gegeben ist. Der Schädiger soll also nicht dadurch privilegiert werden, dass das Schadensrisiko zufällig einer anderen Person aufgebürdet ist.

aa) Risikoverteilung

In der hier zu beurteilenden Konstellation tritt der Schaden aber nicht zufällig bei einer Person ein, die nicht anspruchsberechtigt ist. Vielmehr entspricht genau dies der typischen Situation. Denn der Anspruch auf Zahlung von Ausgleichsenergie stellt nicht eine zufällig in der Person der Direktvermarkter entstandene Belastung dar.

Der Anspruch entsteht wie vertraglich vereinbart zwischen den Direktvermarktern als Bilanzkreisverantwortlichen und den Netzbetreibern als Bilanzkreiskoordinatoren aus dem zwischen ihnen geschlossenen Bilanzkreisvertrag. Ein Bezug zur Direktvermarktung in vertraglicher Hinsicht und zum Anlagenbetreiber in persönlicher Hinsicht besteht in diesem Rechtsverhältnis nicht.

bb) Schadensrisiko entspricht dem Willen der Direktvermarkter

Eine Drittschadensliquidation scheidet zudem aus, wenn sie nicht dem Willen des Geschädigten entspricht (BGH, Urt. v. 10.05.1984 – I ZR 52/82 – NJW 1985, 2411, 2412). In den hier zu beurteilenden Fällen gewähren die Direktvermarkter den Anlagenbetreibern für den Strom meist eine fixe Vergütung und veräußern den Strom daraufhin am Markt im eigenen Risiko.

Aufgrund dieser bewusst so vereinbarten Risikoverteilung sind die zugrundeliegenden Direktvermarktungsverträge so auszulegen, dass keine Liquidation im Drittinteresse durch die Anlagenbetreiber stattfinden soll.

Ansonsten hätte die Direktvermarkter, wenn sich ihre Erwerbserwartungen nicht erfüllen, stets die Möglichkeit, sich mittels der Drittschadensliquidation schadlos zu halten, was im klaren Widerspruch zum vertraglich eingegangenen Risiko stünde. Direktvermarktungsverträge unterliegen keinen gesetzlichen Vorgaben. Vielmehr steht deren Inhalt zur Disposition der Parteien. Wenn die Direktvermarkter dann im Nachhinein zu der Erkenntnis gelangen, dass sie einen für sie schlechten Vertrag geschlossen haben, weil ihnen das Risiko des schlecht kalkulierbaren Ausgleichsenergieanfalls zu hoch ist, so ist dies ein Umstand der ihnen vorher hätte bekannt sein müssen.

Letztlich ist die Risikoverteilung bezüglich anfallender Ausgleichsenergie absolut steuerbar und nicht zufällig. Die Situation ist daher mit dem klassischen Fall der Drittschadensliquidation, dem zufälligen Untergang einer Sache, nicht vergleichbar.

III. Zusammenfassung

Mithin ist eine Drittschadensliquidation in den vorliegend relevanten Fällen nicht möglich. Dieses, dem Schutz des Geschädigten dienende Rechtsinstitut, kann nicht herangezogen werden, um Schäden auszugleichen, die einem bewusst eingegangenen, gesetzlich so vorgesehenen Risiko erwachsen sind.

Dieses Resultat ergibt sich ohne weiteres aus der Betrachtung eines abschließenden, zusammengefassten Vergleichs der zu beurteilenden Fälle mit den Fällen, in denen eine Drittschadensliquidation stattfindet:

Sämtliche Fallgruppen haben gemeinsam, dass der eigentliche Anspruchsteller sowohl mit dem Schädiger als auch mit einem Dritten vertraglich kontrahiert und der Schaden – aus Sicht des Schädigers zufällig – nicht beim Anspruchsteller sondern aufgrund des Innenverhältnisses zwischen diesem und dem Dritten bei Letzterem entsteht, der indes mangels eines eigenen Vertrages mit dem Schädiger seinen Schaden nicht liquidieren kann. Folglich macht der Anspruchsteller den Schaden selbst gegenüber dem Schädiger geltend. So soll zum einen eine als unbillig empfundene Privilegierung des Schädigers vermieden werden. Darüber hinaus soll aber auch der Dritte geschützt werden, der selber in keinerlei Beziehung zum Schädiger stand und somit auch keine eigenen Ansprüche gegen diesen geltend machen kann.

In den hier relevanten Konstellationen kontrahieren die Anlagenbetreiber nicht mit den Netzbetreibern. Letztere sind lediglich mit den Direktvermarktern vertraglich verbunden. Dieser Unterschied begründet eine gänzlich neue Interessenlage und Risikoverteilung. Zum einen bestand mangels vertraglicher Beziehung zwischen den Anlagenbetreibern und den Netzbetreibern nie die Möglichkeit des Entstehens eines Schadensersatzanspruchs auf Seiten der Anlagenbetreiber. Zum anderen die Direktvermarkter selbst mit den Netzbetreibern ein vertragliches Verhältnis, welches den Direktvermarktern – was ihnen bewusst ist – keinen eigenen Anspruch aus § 15 EEG 2017 einräumt. Mithin besteht die einzige Parallele der hier zu beurteilenden Fälle zu den anerkannten Fällen einer Drittschadensliquidation darin, dass die Netzbetreiber hier nicht zur Zahlung verpflichtet sind. Da dies aber nicht auf bloßen Zufälligkeiten, sondern vielmehr auf einer von allen Beteiligten bewusst ausgewählten vertraglichen Konstruktion beruht, ist hier keine Korrektur vorzunehmen.

Diese abschließende rechtliche Würdigung wird in besonders klarer Weise durch ein weiteres Urteil des Bundesgerichtshofs bestätigt (vgl. Ur. v. 04.12.1997 – IX ZR 41/97). So tätigt das Gericht auch in diesem Urteil dogmatische Ausführungen, die die hiesige Rechtsauffassung untermauern:

„Nur ausnahmsweise kann der Vertragspartner einen Drittschaden geltend machen, wenn das durch den Vertrag geschützte Interesse infolge der rechtlichen Beziehungen zu einem Außenstehenden in der Weise auf diesen verlagert ist, daß der Schaden ihn und nicht den Gläubiger trifft. (...) In derartigen Fällen darf der Schuldner keinen Vorteil daraus ziehen, **daß sein Vertragspartner keinen eigenen Schaden erlitten hat und derjenige, bei dem die schädigende Handlung sich ausgewirkt hat, zu ihm in keinen rechtlichen Beziehungen steht.**“

(Hervorhebungen von hier)

Eine Drittschadensliquidation ist also (nur) dann vorzunehmen, wenn der Vertragspartner des Schädigers keinen Schaden erlitten hat, der Geschädigte hingegen mangels rechtlicher Beziehung zum Schädiger keinen eigenen Anspruch hat.

Vorliegend sind Vertragspartner des Schädigers und der Geschädigte indes identisch: Es handelt sich jeweils um die Direktvermarkter. Und diese stehen auch in einer (eigenen) rechtlichen Beziehung zu den Netzbetreibern. Sie haben lediglich aufgrund der bewussten Ent-

scheidung des Gesetzgebers keinen eigenen, diesem Rechtsverhältnis erwachsenden Anspruch. Das stets für die Bejahung einer Drittschadensliquidation ins Feld geführte Argument der Vermeidung einer unbilligen Privilegierung des Schädigers kann in einer solchen Konstellation nicht eingreifen. Unbillig wäre hier nicht die fehlende Schadensersatzpflicht der Netzbetreiber. Unbillig wäre vielmehr die Konstruktion einer – nach geltendem Recht nicht bestehenden – Schadensersatzpflicht Netzbetreiber, wenn damit lediglich das Ziel verfolgt wird, den Direktvermarktern, die bewusst eine für sie risikoreiche Vertragskonstellation gewählt hat, einen lukrativen Anspruch zu gewähren.

Schließlich liegt keine – auch nicht aus Sicht der Netzbetreiber – zufällige Schadensverlagerung vor, weil die erhöhten Ausgleichsenergiekosten dort entstanden sind, wo sie nach dem maßgeblichen Bilanzkreisvertrag auch zu erwarten waren. Damit gehen die Direktvermarkter das Risiko, an die Netzbetreiber Ausgleichsenergie zahlen zu müssen, bewusst ein. Mithin ist allen Beteiligten von vorneherein bewusst, dass diese Kosten nur auf Seiten der Direktvermarkter eintreten können.

gez. Göge

Göge, LL.M.
Rechtsanwalt