

## **Zum Verhältnis von § 315 BGB zu §§ 19 GWB, 29 RegE GWB – Konsequenzen aus den Entscheidungen des Achten Senats des Bundesgerichtshofes vom 28.3. und 13.6.2007\***

### **Thesen**

Von Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Franz Jürgen Säcker, Berlin\*\*

#### **1.) Einseitige und zweiseitige Gestaltung**

Das BGB unterscheidet zwischen konsensualer (bi- oder multilateraler) Leistungsbestimmung (§ 311 BGB) und einseitiger (unilateraler) Leistungsbestimmung aufgrund eines vereinbarten leistungsausfüllenden Gestaltungsrechts (§ 315 BGB). Dem vereinbarten Leistungsbestimmungsrecht einer Vertragspartei steht ein gesetzlich (vgl. § 5 Abs. 2 GasGVV, § 5 Abs. 2 StromGVV) eingeräumtes Leistungsänderungsrecht gleich. Der Charakter einer einseitigen Preisfestsetzung i.S. von § 315 BGB wird auch nicht dadurch beseitigt, dass dieses Recht Teil des vertraglichen Leistungsangebots ist und vom Kunden akzeptiert worden ist. Ohne Annahme durch den Vertragspartner kommt ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht nicht zustande.<sup>1</sup> Wird es vereinbart, unterliegt es nach der Funktionstüchtigkeit der Privatautonomie i.S. ihrer normativen Leitidee sichernden Wertung des § 315 BGB zur Kompensation der fehlenden Mitwirkung des Kunden der Kontrolle nach billigem Ermessen. Die Entscheidungen des Achten Senats stellen erneut klar, was unter Juristen eigentlich nie hätte streitig werden dürfen, dass nämlich die §§ 315ff. BGB unmittelbar für alle vereinbarten einseitigen Leistungsbestimmungsrechte gelten, und zwar unabhängig von einer wirtschaftlichen Machtstellung der Partei, die zur Ausübung des Rechts befugt ist.

#### **2.) Automatische Preisanpassung**

Von der Leistungsbestimmung aufgrund eines bei Vertragsschluss vorbehaltenen einseitigen Gestaltungsrechts ist zu unterscheiden die ohne weitere Willenserklärung einer Vertragspartei wirksam werdende Abänderung des Vertrages durch eine bei Vertragsschluss vereinbarte, automatisch bei Vorliegen bestimmter Umstände eintretende Anpassung, z.B. mittels einer zulässigen Wertsicherungs- oder Spannenklausel nach § 2 PaPKG. Eine solche den Vertrag automatisch umgestaltende Vereinbarung löst mangels Gestaltungsermessens einer Vertragspartei keine Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB aus.

#### **3.) Beschränkung der Billigkeitskontrolle auf den Gegenstand des Leistungsbestimmungsrechts**

Die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB bezieht sich nur auf die Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts. Eine Inhaltszensur des im Grundvertrag vereinbarten Synallagmas von Leistung und Gegenleistung ist, wie der Achte Senat zutreffend feststellt, mit dieser Billigkeitsüberprüfung nicht verbunden. Jedem Vertrag wohnt, wie der Bundesgerichtshof<sup>2</sup> formuliert hat, eine im vertraglichen

\* Um einige Thesen ergänzter Vortrag beim Workshop zum Energierecht am 11.06.2007.

\*\* Der Autor ist Direktor des Instituts für Deutsches und Europäisches Wirtschafts-, Wettbewerbs- und Energierecht der Freien Universität Berlin.

1. Auch eine dynamische Verweisung auf künftige Preisblätter stellt, dogmatisch eingeordnet, ein einseitiges Preisbestimmungsrecht dar; vgl. BGH, RdE 2006, S. 81ff.; näher dazu Säcker, RdE 2006, S. 65ff.; Markert, RdE 2006, S. 84ff.

2. BGHZ 71, S. 234, 238; ferner RGZ 127, S. 245, 248.

Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung wurzelnde „Rentabilitätsvermutung“ inne, die es sachlich rechtfertigt, nur die die „Do, ut des“ – Beziehung abändernde *Preiserhöhung* auf ihre Angemessenheit hin zu prüfen.

Sind später eintretende vorhersehbare Kostensteigerungen allerdings schon bei Vertragsschluss vom EVU vorausbedacht und in die Preisvereinbarung umfangsmäßig einbezogen worden, ist ein Eingriff in das ausgehandelte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung durch eine mit diesen Kostensteigerungen begründete Preiserhöhung i. S. von § 315 BGB unbillig. Ist z.B. in einem langfristigen Stromliefervertrag mit einem industriellen Sonderkunden ein üppiger Ausgangspreis vereinbart, der deutlich höher liegt als der Preis, der mit einem anderen Unternehmen mit gleichen Abnahmebedingungen früher vereinbart wurde, so kann die Billigkeitskontrolle einer Strompreiserhöhung aufgrund eines in beiden Verträgen gleich formulierten einseitigen Leistungsbestimmungsrechts durchaus dazu führen, dass der jüngere Vertrag noch nicht, der alte Vertrag dagegen an die Kostensteigerungen angepasst werden muss. Einen solchen Ausnahmefall hatte der Achte Senat allerdings nicht zu entscheiden. Als Erfahrungssatz lässt sich immerhin formulieren: Je kurzfristiger ein Vertrag abgeschlossen wird, umso weniger dürfte die Rentabilitätsvermutung durch bei Vertragsschluss vorhersehbare spätere Kostensteigerungen erschüttert werden können.

#### 4.) Maßstab der Billigkeitskontrolle

Der Bundesgerichtshof<sup>3</sup> hat in früheren Entscheidungen für die Ermessensentscheidung nach § 315 BGB immer eine umfassende Würdigung des Vertragszwecks und der Interessenlage beider Parteien gefordert und den energiewirtschaftlichen Grundsatz herangezogen, dass Energieversorgung unter Berücksichtigung der Sicherheit und Umweltfreundlichkeit so preisgünstig wie möglich zu gestalten ist, wobei dem EVU zur Finanzierung seiner Investitionen und Verzinsung des Eigenkapitals ein angemessener Gewinn zuzubilligen sei. Die Einbeziehung des vertraglichen Ausgangspreises zur Würdigung der Angemessenheit der Preiserhöhung in die Billigkeitskontrolle in dem unter 3. angeführten Ausnahmefall verlangt aber einen entsprechenden substantiierten Vortrag des Kunden und eine auf dieses Ziel gerichtete Klage. Andernfalls beschränkt sich die Billigkeitskontrolle auf die Nachprüfung, ob die gestiegenen Kosten die Preiserhöhung in der vom EVU geforderten Höhe rechtfertigen.

#### 5.) Verwirkung der Kontrolle

Nimmt der Kunde als Optionsempfänger jahrelang Preiserhöhungen aufgrund einer Anpassungsklausel ohne Widerspruch hin, darf der Energieversorger darauf vertrauen, dass der Kunde den von ihm abgeschlossenen Grundvertrag einschließlich der früheren Preiserhöhungen als angemessen akzeptiert. Jedenfalls verwirkt der Kunde das Recht, seinen Widerspruch gegen eine weitere Preiserhöhung mit dem Argument zu rechtfertigen, dass der vertragliche Ausgangspreis unangemessen hoch sei.<sup>4</sup> Auch der Achte Senat scheint auf diesem Standpunkt zu stehen. Als Verwirkungszeitraum bietet sich eine Analogie zu der zur Verjährung getroffenen Regelung in §§ 195, 199 Abs. 1 BGB an.

#### 6.) Gültigkeit der Klausel über die einseitige Leistungsbestimmung

Die Ausübung des Gestaltungsrechts nach § 315 BGB setzt voraus, dass die vertragliche Vereinbarung des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts rechtswirksam ist. Da das Bestimmungsrecht regelmäßig in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist, ist die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB und das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB zu beachten. Die Klausel muss daher klar und verständlich sein; Auslegungszweifel gehen zu Lasten des Verwenders. Manche der derzeit verwandten Klauseln sind mit der Unklarheitenregel, andere mit dem Transparenzgebot nicht ver-

einbar. Daraus folgt die Rechtsunwirksamkeit der Klauseln (§307 Abs. 2 S. 2 BGB).

#### 7.) Bedeutung der §§ 17 Abs. 1 S. 3 StromGVV/GasGVV

Der Gesetzgeber hat durch §§ 17 Abs. 1 S. 3 StromGVV/GasGVV klargestellt, dass die Prüfung nach § 315 BGB, die sich auf die Angemessenheit des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung bezieht, durch das Energierecht nicht eingeschränkt (aber auch nicht erweitert) ist.<sup>5</sup>

#### 8.) Konkurrenzrechtliches Verhältnis von § 315 BGB zu § 19 GWB

Es gibt weder *de lege lata* noch *de lege ferenda* einen Grund, das private Vertragsrecht, das sich in § 315 BGB allgemeingültig widerspiegelt, durch Vorschriften des allgemeinen oder besonderen Deliktsrechts – dazu gehört § 19 GWB – als verdrängt anzusehen. Das Vertragsrecht kann Deliktsrecht – etwa im Haftungsmaßstab – modifizieren, aber nicht umgekehrt. § 19 GWB ist, seit die Sechste GWB-Novelle diese Vorschrift zu einem Schutzgesetz i.S. von § 823 Abs. 2 BGB, § 33 GWB gemacht hat, neben der schuldvertragsrechtlichen Inhaltskontrolle anzuwenden<sup>6</sup>; denn nach deutschem Recht stehen vertragliche und deliktsrechtliche Ansprüche unstreitig nebeneinander. Es gibt – ich verweise auf *Kipps* heute unbestrittene Lehre von den Doppelwirkungen im Recht<sup>7</sup> – keinen logischen Vorrang der Prüfung von § 19 GWB vor § 315 BGB.<sup>8</sup> *Kipp* hat die Lehre von den Doppelwirkungen im Recht u.a. auch ganz pragmatisch damit begründet, dass eine Anfechtung, wenn sich der Irrtum oder die Täuschung leichter beweisen lassen, nicht durch eine u.U. vorgelagerte schwierige und u.U. erfolglose Prüfung nach §§ 134, 138 BGB ausgeschlossen werden könne.

#### 9.) Inhaltliche Gleichheit der Kontrollmaßstäbe von §§ 19 GWB, 315 BGB

Von der formalen konkurrenzrechtlichen Frage des Verhältnisses von § 315 BGB und § 19 GWB ist die Frage nach den inhaltlichen Maßstäben der Konkretisierung der unbestimmten Gesetzesbegriffe in den beiden Vorschriften zu unterscheiden. Hier ist ein grundsätzlicher Gleichklang anzustreben.<sup>9</sup> Was missbräuchlich i.S. von § 19 GWB ist, kann nicht billig i.S. von § 315 BGB sein. Auch bei § 315 BGB sind nicht die realen Kosten, sondern die effizienten Kosten Bezugspunkt, wenn man die Norm kohärent in das moderne Vertrags- und Wirtschaftsrecht einfügt; denn die Produktion unnötiger Kosten kann überhöhte Preise nicht rechtfertigen (§§ 1, 2 EnWG).<sup>10</sup> Zu den unnötigen Kosten gehören auch vermeidbare Erhöhungen von Preisen auf der Beschaffungsseite. Im konkreten Einzelfall kann allerdings, wie bereits unter 3.) dargelegt, der gemäß § 315 BGB angemessene Preis unter den aktuellen Kosten effizienter Leistungserbringung i.S. von § 19 GWB liegen, wenn im Energieliefervertrag künftige Kostensteigerungen schon vorweggenommen sind.<sup>11</sup>

3. Vgl. BGH, NJW-RR 1992, S. 183, 184; BGHZ 154, S. 5, 8f.

4. Vgl. Säcker, RdE 2006, S. 65, 74; zur Verwirkung des Klagerechts in solchen Situationen vgl. z.B. BVerwGE 44, S. 294, 299f.

5. Vgl. dazu näher BGH, ZNER 2005, S. 320, 321f.; näher dazu Säcker, RdE 2006, S. 65, 72f.

6. Vgl. BGGHZ 41, S. 271, 278; Markert, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 20001, § 20 RdNr. 226ffm.w.N.; anderer Ansicht Kühne, NJW 2006, S. 654ff.

7. Vgl. Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht, in: Festschrift für v. Martitz, 1911, S. 209ff.

8. Zutreffend Dreher, ZNER 2007 (Heft 2).

9. Insoweit übereinstimmend Kühne, RdE 2005, S. 241ff.

10. Näher dazu Säcker, Der Independent System Operator, 2007, S. 14ff.

11. Ebenso Busche, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, im Erscheinen (2007), Anhang zu § 39 RdNr. 11.

## 10.) Funktion der §§ 19 GWB, 29 RegE GWB

§ 19 GWB und § 29 RegE GWB sind – genauso wie §§ 19, 20 GWB – nebeneinander im Wege der Idealkonkurrenz anzuwenden und werden in Zukunft, wenn sich die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB im Regelfall auf die Kontrolle der Preiserhöhung beschränkt, eine wesentlich größere Bedeutung spielen als in der Vergangenheit, um die Preisgestaltung in ihrer Gesamtheit zu überprüfen. Marktbeherrschende Unternehmen (z.B. RWE und E.ON, kommunale Gasversorgungsunternehmen) unterliegen auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und des OLG Düsseldorf zur Marktbeherrschung von Energieversorgungsunternehmen uneingeschränkt, d.h. auch bei Preisvereinbarungen im Grundvertrag dem Missbrauchsverbot gemäß §§ 19 GWB, 29 RegE GWB.<sup>12</sup> Der Kunde kann daher bei überlegener, dominanter Marktmacht des EVU Preiserhöhungen gemäß §§ 19 GWB, 29 RegE GWB i.V. mit § 33 GWB und § 134 BGB sowie gemäß § 315 BGB angreifen.

## 11.) Analoge Anwendung des § 315 BGB?

Eine analoge Anwendung des § 315 BGB auf Monopol- bzw. Oligopolverhältnisse ist, da keine Gesetzeslücke als Rechtfertigungsgrund für richterliche Rechtsfortbildung mehr vorliegt, in Zukunft überflüssig. Die Monopolrechtsprechung zu § 315 BGB<sup>13</sup> entbehrt seit der Sechsten GWB-Novelle der inneren Rechtfertigung. Beweisrechtliche Unterschiede zwischen dem Verfahren nach § 315 BGB einerseits, § 19 GWB andererseits lassen sich durch sachgerechte Anforderungen an die Verteilung von Aufklärungsobliegenheiten und durch sensible Substantiierungs- und Beweislastverteilungsregeln ebnen. Der Bundesgerichtshof hat dies in seiner neuen Rechtsprechung zur Rückforderung überhöhter, nicht geschuldeter Preisbestandteile gemäß § 812 BGB exemplarisch modelliert.<sup>14</sup>

## 12.) Kontrolle überhöhter Netznutzungsentgelte im Rahmen von § 315 BGB?

Eine gerichtliche Kontrolle der Netznutzungsentgelte als Bestandteil der Strom- und Gaspreise ist im Verfahren nach § 19 GWB gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 HS 3 EnWG und im Verfahren nach § 315 BGB in analoger Anwendung dieser Vorschrift ausgeschlossen. Dies gilt auch im Rahmen der künftigen Anreizregulierung gemäß § 21a EnWG. § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 EnWG schließt nicht nur bei einer Preis-Cap-Regulierung, bei der den Unternehmen eine Preisobergrenze für die Netznutzungsentgelte vorgegeben wird, sondern auch bei dem vom Entwurf der Anreizregulierungsverordnung vorgesehenen Revenue-Cap-Verfahren die Einleitung eines Missbrauchsverfahrens wegen des Verdachts aus, dass die Netznutzungsentgelte „von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden“. Dies muss entgegen *Weyer*<sup>15</sup> sinngemäß auch für Verfahren nach § 31, 32 EnWG und für Verfahren nach den §§ 19, 20 GWB (§ 111 Abs. 3 EnWG) sowie in analoger Anwendung des § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 EnWG für Verfahren gemäß § 315 BGB gelten. Bei einem Revenue-Cap-Verfahren muss das EVU im Konfliktfall dem Netznutzer gegenüber darlegen, dass seine konkreten Netznutzungsentgelte die von der Regulierungsbehörde festgesetzte Gesamterlösobergrenze nicht überschreiten. Bei Diskriminierung kann der Stromkunde allerdings ungebremst durch die Fiktion des § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 EnWG gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 2-4 oder Nr. 6 EnWG i.V. mit § 32 EnWG vorgehen.

12. Vgl. BGH, WuW/E DE-R, S. 1206ff. – Strom und Telefon I.; OLG Düsseldorf vom 6.6.2007, Az. VI-2 Kart 7/04 (V).

13. Vgl. dazu die Nachweise bei *Arzt/Fitzner*, Zulässigkeit von Preiserhöhungen durch Gasversorgungsunternehmen gegenüber Haushaltskunden, ZNER 2005, S. 305ff.

14. BGH, RdE 2003, S. 188ff.

15. *Weyer*, N&R 2007, S. 14, 19.

# Grundversorgungsverordnungen (StromGKV / GasGKV) – Eine Vorstellung der wesentlichen Änderungen

von RA Jan-Hendrik vom Wege und RA Dr. Jasper Finke\*

## Überblick und Hintergrund

Zum 08.11.2006 sind die Grundversorgungsverordnungen Strom und Gas (StromGKV und GasGKV)<sup>1</sup> in Kraft getreten und ersetzen die seit dem Jahr 1979 geltenden Verordnungen über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden (AVBELT) bzw. für die Gasversorgung von Tarifkunden (AVBGasV). Damit werden die Rechtsbeziehungen zwischen Energieversorgungsunternehmen und ihren Kunden im Bereich der Grundversorgung (früher Belieferung von Tarifkunden) neu ausgestaltet. Daneben werden Details der in §38 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) neu eingeführten Ersatzversorgung näher geregelt. Um dem Gedanken des Unbundling, d.h. der Trennung des Monopolbereichs Netz von den Wettbewerbsbereichen Beschaffung, Handel und Vertrieb von Energie, Rechnung zu tragen wurden bisher in den AVB enthaltenen Regelungen zum Netzanschluss getrennt von den Vorschriften zur Grundversorgung in der Niederspannung- bzw. Niederdruckanschlussverordnung (NAV/NDAV) geregelt. Die „Entflechtung“ der im bisherigen Energiewirtschaftsgesetz einheitlich geregelten Anschluss- und Versorgungspflicht – nunmehr getrennt in § 18 (Anschlusspflicht) bzw. § 36 EnWG (Grundversorgungspflicht) – machte separate Regelwerke für den Netzbereich einerseits und den Vertriebsbereich andererseits erforderlich.<sup>2</sup>

Obwohl sich die neuen Verordnungen weitestgehend am Inhalt der AVBELT / AVBGasV orientieren, gestalten die StromGKV und GasGKV<sup>3</sup> die Rechtsbeziehungen in einigen Punkten umfassend neu aus. Im nachstehenden Beitrag werden einige der wichtigsten Änderungen gegenüber den Vorgängerordnungen AVBELT und AVBGasV erläutert, die bereits heute bekannten Anwendungsprobleme dargestellt und Vorschläge für den Umgang mit ihnen unterbreitet.

## Anwendungsbereich

### Sachlicher Anwendungsbereich

In den GKV werden zum einen die Allgemeinen Bedingungen, zu denen Energieversorgungsunternehmen Haushaltskunden in Niederspannung bzw. Niederdruck im Rahmen der Grundversorgung nach § 36 Abs. 1 EnWG<sup>4</sup> zu allgemeinen Preisen mit Elektrizität bzw. Gas zu beliefern haben, geregelt. Zum anderen gestalten die Verordnungen das Ersatzversorgungsverhältnis nach § 38 Abs. 1 EnWG weiter aus. Trotz der Tatsache, dass die Ermächtigungsgrundlage des Ordnungsgebers gemäß § 39 Abs. 2 EnWG diesen allein zur Regelung Allgemeiner Bedingungen für Haushaltskunden in der Grund- und Ersatzversorgung berechtigt, regeln sie auch die Bedingungen für die Ersatzversorgung von Nicht-Haushaltskunden.<sup>5</sup> Somit werden durch die GKV der Grundversorgungs-

\* Die Autoren sind Rechtsanwälte in der auf das Energie- und Infrastrukturrecht spezialisierten Kanzlei Becker Büttner Held.

1. BGBl. I Nr. 50, S. 2391; BGBl. I Nr. 50, S. 2396.

2. Vgl. Hartmann, in: Danner/Theobald, § 1 StromGKV, Rn. 8.

3. Soweit im Folgenden inhaltlich keine Differenzierung zwischen Strom und Gas erforderlich ist, wird einheitlich von „GKV“ gesprochen.

4. Vgl. zur Grundversorgung Eder, in: Danner/Theobald, § 36 EnWG, Rn. 1 ff.

5. Hierzu: Hartmann, in: Danner/Theobald, § 1 StromGKV, Rn. 10, der zutreffend einen Verstoß gegen Art. 80 GG identifiziert und die StromGKV / GasGKV insofern für nichtig erachtet, aber die mittelbare Anwendbarkeit der Verordnungen für die Ersatzversorgung von Nicht-Haushaltskunden anerkennt.