

*Zum Verhältnis von § 315 BGB zu §§ 19, 29 GWB nach der Entscheidung des Achten
Senats des Bundesgerichtshofes vom 28.3.2007*

**Vortrag beim
Workshop zum Energierecht
am
11. Juni 2007**

Thesen

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). 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.¹ Wird es vereinbart, unterliegt es nach der die 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 Entscheidung des Achten Senats stellt 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

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.

Vertragsschluss vereinbarte, automatisch bei Vorliegen bestimmter Umstände eintretende Anpassung, z.B. mittels einer 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.) Begrenzung 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 Billigkeitskontrolle nicht per se verbunden. Jedem Vertrag wohnt, wie der Bundesgerichtshof formuliert hat, eine im subjektiven Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung wurzelnde „Rentabilitätsvermutung“ inne, die es m.E. rechtfertigt, nur die Preiserhöhung auf ihre Angemessenheit hin zu prüfen. Die Rentabilitätsvermutung bleibt gewahrt, wenn die eingetretenen Kostensteigerungen schon bei Vertragsschluss vom EVU vorausbedacht wurden. Ist 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 gleich formulierten einseitigen Leistungsbestimmungsrechts durchaus dazu führen, dass der jüngere Vertrag noch nicht, der alte Vertrag dagegen an die Kostensteigerungen angepasst werden muss. Je kurzfristiger ein Vertrag abgeschlossen wird, umso weniger dürfte die Rentabilitätsvermutung durch vorhersehbare Kostensteigerungen erschüttert werden können.

4.) Maßstab der Billigkeitskontrolle

Der Bundesgerichtshof² hat in früheren Entscheidungen für die Ermessensentscheidung nach § 315 BGB immer eine umfassende Würdigung des Vertragszwecks und der Interessenlage beider Parteien gefordert und den energiewirtschaftlich 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 verlangt aber einen entsprechenden substantiierten Vortrag des Kunden. 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 davon ausgehen, dass er den von ihm abgeschlossenen Grundvertrag einschließlich des Preises als angemessen akzeptiert. Er verwirkt dann das Recht, seinen Widerspruch gegen eine weitere Preiserhöhung mit dem Argument zu rechtfertigen, dass schon der vertragliche Ausgangspreis unangemessen hoch gewesen sei. Als Verwirkungszeitraum bietet sich die zur Verjährung getroffene 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

² Vgl. BGH, NJW-RR 1992, S. 183; BGHZ 154, S. 5.

muss daher klar und verständlich sein; Auslegungszweifel gehen zu Lasten des Verwenders. Manche der derzeit verwandten Klauseln sind mit der Unklarheitenvermeidungsregel, andere mit dem Transparenzgebot nicht vereinbar.

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.

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 anzuwenden³; denn nach deutschem Recht stehen vertragliche und deliktsrechtliche Ansprüche nebeneinander. Es gibt – ich verweise auf Kipps heute unbestrittene Lehre von den Doppelwirkungen im Recht⁴ – keinen logischen Vorrang der Prüfung von § 19 GWB vor § 315 BGB. 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

³ Anderer Ansicht Kühne, NJW 2006, S. 654ff.

⁴ Vgl. Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht, in: Festschrift für v. Martitz, 1911, S. 209ff.

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.⁵ 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). Im konkreten Einzelfall kann allerdings, wie unter 3.) angeführt, 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.⁶

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 (RWE und E.ON, kommunale Energieversorgungsunternehmen) 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, 29 GWB.⁷ Der Kunde kann daher bei überlegener dominanter Marktmacht des EVU Preiserhöhungen gemäß § 19, 29 GWB und § 315 BGB angreifen.

11.) Analoge Anwendung des § 315 BGB?

⁵ Insoweit übereinstimmend *Kühne*, RdE 2005, S. 241ff.

⁶ Ebenso *Busche*, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, im Erscheinen (2007), Anhang zu § 39 RdNr. 11.

⁷ 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).

Eine analoge Anwendung des § 315 BGB auf Monopol- oder Oligopolsachverhalten ist, da keine Gesetzeslücke als Rechtfertigungsgrund für richterliche Rechtsfortbildung mehr vorliegt, in Zukunft überflüssig. Die Monopolrechtsprechung zu § 315 BGB⁸ 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 eibnen. Der Bundesgerichtshof hat dies in seiner neuen Rechtsprechung zur Rückforderung überhöhter, nicht geschuldeter Preisbestandteile gemäß § 812 BGB exemplarisch modelliert.⁹

12.) Die 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 unmittelbare Preisobergrenze für die Netznutzungsentgelte vorgegeben wird, sondern auch bei dem von 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 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 allerdings darlegen, dass seine konkreten Netznutzungsentgelte die von der Regulierungsbehörde festgesetzte Gesamterlösobergrenze nicht überschreiten. Bei Diskriminierung kann der Stromkunde allerdings ungebremst durch die Fiktion des

⁸ Vgl. dazu die Nachweise bei *Arzt/Fitzner*, Zulässigkeit von Preiserhöhungen durch Gasversorgungsunternehmen gegenüber Haushaltskunden, ZNER 2005, S. 305ff.

⁹ BGH, RdE 2003, S. 188ff.

§ 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.