



Licht und Schatten des BGH-Gaspreisurteils

Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs (VIII ZR 36/06) vom 13.6.2007¹

– von Dr. Achim-Rüdiger Börner, Rechtsanwalt in Köln –

Das lang erwartete² Urteil des Bundesgerichtshofs in dem von einem pensionierten Heilbronner Richter angestrebten Verfahren gegen den Gaslieferant des Heilbronner Versorgers³ zeigt auf der Basis einer fleißigen, umfänglich die Rechtsprechung und Literatur auswertenden Ausarbeitung der Urteilsgründe⁴ viel Licht und einigen Schatten zur Problematik von § 315 BGB⁵.

1. Licht

a) Hybris

Licht bringt zunächst einmal das Ergebnis, dass der Pensionär mit seiner Klage gescheitert ist. Nicht jeder Rentner kann einen Kohlepfennig kippen⁶, und nicht jedes Entgelt ist ein Kohlepfennig.

b) Bewährte Prinzipien

Licht bringt auch die Bestätigung der Rechtsprechung zu den Grundzügen von § 315 BGB⁷.

- § 315 BGB ermöglicht, dass ein essentielle negotii offen

bleibt, nämlich der Preis. Seine Präzisierung wird einer Partei überlassen, ohne dass die berechtigten Erwartungen der anderen Partei zum Preis enttäuscht werden dürfen. Daher ist der Maßstab der Billigkeit einzuhalten. Er greift nur ein, soweit der Preis nicht bereits im Vertrag bestimmt ist. (Ziff. II.2.b.bb. und II.3.c. vor aa., auch II.3.d. vor aa. und aa.(1))

- Vereinbarte Preise sind dennoch überprüfbar, wenn sie - wie meist in der Daseinsvorsorge - auf einer Monopolstellung beruhen und somit der auf die Sachleistung angewiesene Vertragspartner nicht einen Preis aushandeln, sondern einen vom Partner vorbestimmten Preis akzeptieren musste. (Ziff. II.3.d.aa.(2)).
- Für die Tarifversorgung gaben bisher § 4 I, II AVBGasV und gibt heute § 5 II GasGVV ein gesetzliches Recht zur Preisbestimmung, für dessen Ausübung § 315 BGB maßgeblich ist. (Ziff. II.2.b.)
- Zur Bestimmung der Billigkeit kommt es bei Massengeschäften auf die typischen Interessen der Parteien an. (Ziff. II.2.b.bb.)
- Die Kontrolle der billigen Preisbestimmung kann auf eine Preiserhöhung beschränkt werden. (Ziff. II.3.a.)⁸
- Die Bestimmung der Billigkeit hat von der tatsächlichen und nicht von einer ideellen Situation des bestimmenden Vertragspartners auszugehen. Seine Kosten sind nicht zu hinterfragen. Das gilt auch für die Bezugspreise, die er vereinbart hat. (Ziff. II.3. insbes. c., aber auch a.)
- Die Bestimmung der vertraglichen Äquivalenz wird - auch im Massengeschäft - nicht materiell verdrängt, weil eine kartellrechtliche Preisprüfung erfolgte oder hätte erfolgen können. (Ziff. II.2.c.)

¹ Abgedruckt in diesem Heft auf Seite 224, siehe auch Pressemitteilung des BGH vom 13.6.2007, Versorgungswirtschaft 2007 S. 192

² Zeitung für Kommunalwirtschaft

- Dezember 2006, S. 11: Warten auf die letzte Instanz,

- Januar 2007, S. 11: Gaspreisurteil fällt im März,

- April 2007, S. 25: Keine Billigkeitsprüfung beim Strom,

- Juli 2007, S. 12: Gerichte dürfen nur Erhöhung prüfen;

vgl. auch FAZ vom 16.6.07: Was tun gegen die hohen Gaspreise?

³ Vorinstanzen AG Heilbronn, VIK-Mitteilungen 2005, 69; LG Heilbronn, RdE

2006, 88, zusammengefasst von R.S. in Energiewirtschaftliche Tagesfragen

2006, 94; zu den Einzelheiten s. auch FAZ vom 20.12.2006: Gasversorger vor

Gericht, und vom 21.12.2006: BGH will über Gaspreise urteilen

⁴ Vorlage in jeder Hinsicht offenbar AG Osterode am Harz RdE 2007, 93; ähnlich

LG Bonn RdE 2007, 84, 88

⁵ guter Überblick bei Höch/Göge, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 2006,

50; umfassend zuletzt Zenke/Wolfschläger (Hrsg.), § 315 BGB - Streit um Ver-

sorgerpreise, Frankfurt (VWEW) 2007

⁶ vgl. BVerfGE 91, 186 = NJW 1995, 381

⁷ Eriedigt ist damit das nicht nachvollziehbare Urteil des OLG Karlsruhe RdE 2006, 356 mit unzutreffender Anmerkung Gent

2. Schatten

Nun kommen die Schatten.

a) Billigkeit

Für den zum Bezugsbeginn geltenden Gaspreis hat der BGH anerkannt, dass er im Wettbewerb auf dem Wärmemarkt gebildet wird und der Kunde mit der Wahl des Wärmeträgers die Wahl eines Wettbewerbsprodukts und seines Preises trifft. Diese Überlegung gilt entsprechend für den Bezug von Nachtspeicherstrom/Heizstrom, der ebenfalls im Wettbewerb auf dem Wärmemarkt steht, und für den allgemeinen Strombezug, seitdem der Kunde infolge der Liberalisierung des Liefersektors unter mehreren Stromanbietern wählen kann⁸.

Für die späteren Preiserhöhungen hat der BGH aber unerklärbarerweise den Aspekt des Wettbewerbsmarkts nicht weiter beachtet.

Es ist ständige Praxis, dass die Gaspreise so gebildet werden, dass sie für Neukunden im Wärmemarkt attraktiv sind. Neu- und Altkunden (derselben Abnehmergruppe, ausgenommen Sondervertragskunden) erhalten dieselben Tarife, und die Wettbewerbsfähigkeit der Tarife für Neukunden schützt zugleich die Altkunden vor wettbewerbsfremden Preisen. Im Rahmen von § 315 BGB ist anerkannt, dass im Wettbewerb gebildete, d.h. wettbewerbsfähige Preise nicht unbillig sein können. Mit dem Nachweis, dass in dem Zeitraum, in dem der erhöhte Tarif galt, noch Neukunden abgeschlossen haben, hätte der Ortsversorger die Wettbewerbsfähigkeit seines Preises nachgewiesen und damit sämtliche Überlegungen zur Kostengerechtigkeit des erhöhten Tarifes entbehrlich gemacht. Das hatte der Unterzeichner im Anschluss an den Gesetzgeber⁹ bereits und für den vorliegenden Rechtsstreit frühzeitig dargelegt¹⁰.

Der BGH hat die Maßgeblichkeit von Vergleichspreisen, insbesondere räumlichen Vergleichspreise, wie sie § 19 IV Nr. 2 und 3 GWB heranziehen, für die Bestimmung der Billigkeit offen gelassen. Das war ungeschickt: Angesichts weitgehender Gleichheit der Lebensbedingungen kann man nicht behaupten, ein Preis, zumal ein Wettbewerbspreis, sei unbillig, wenn in der Nachbarschaft höhere Preise für dieselbe Leistung durchgesetzt werden¹¹.

Die Folge der Vernachlässigung der Wettbewerbsparameter ist, dass der BGH sich unnötig in Fallen begeben hat. Er hat nur noch Preiserhöhungen im Auge gehabt, nicht auch Preissenkungen.

Spätere Erhöhungen des Vertragspreises sind aus der Erhöhung der Kosten zu rechtfertigen. Hierzu sind die dem Bestimmenden entstandenen Kosten, jedenfalls die aus seinem Bezug von Vorprodukten, hinzunehmen (Ziff. II.3.c.).

Zur Billigkeit der Bestimmung der Preiserhöhung muss die den Preis bestimmende Partei die Rechtfertigung aus einer entsprechenden Kosten¹² nachweisen (II.3.a.). Das hat zwei Aspekte, nämlich den Nachweis der Erhöhung bestimmter Kosten und den Nachweis der sachgerechten Zurechnung der Mehrkosten auf den anzupassenden Vertrag. Hier kommt es zu wettbewerbsrelevanten Offenlegungen von Geschäftsgeheimnissen, die grundsätzlich in Widerspruch zu dem Recht auf Wahrung der Betriebsgeheimnisse stehen¹³. Eine Gesetzesauslegung, die zur Preisgabe von Betriebsgeheimnissen zur Durchsetzung von Preisforderungen

zwingt, obwohl es andere Wege der Kontrolle der Preisforderung gibt, ist m.E. nicht verfassungsgemäß.

Das Hauptproblem steckt hier jedoch noch nicht. Es liegt vielmehr in der Annahme des BGH, spätere Preiserhöhungen, die sich in unbestrittenen Schlussrechnungen niederschlagen und vorbehaltlos bezahlt werden, seien genehmigt und vereinbart (II.3.d.bb.).

Die Leistungsbestimmung könne unbillig sein, wenn und soweit der Anstieg durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen ausgeglichen werde (II.3.b.). Im Zusammenspiel mit der Vereinbarung zur abgelaufenen Rechnungsperiode (II.3.d.) reduziert sich diese Gegenposition aber auf die Berücksichtigung einer Kostenminderung in der aktuellen Vertragsperiode.

Eine weite Genehmigungsfiktion der vorbehaltlosen Zahlung auf die letzte Schlussrechnung würde bedeuten, dass der Kunde jedenfalls die erkannten eventuellen Übervorteilungen nicht erst einmal hinnehmen könnte; er müsste sofort widersprechen und Zahlungen zurückhalten, um seine Rechte für die Zukunft zu wahren. Ohne Widerspruch wäre er auch für die Zukunft auf den erhöhten Preis festgelegt.

Das ist nicht nur eine unpraktikable Prozesstreiberei, sondern auch sachlich falsch.

Die Zahlung und das Fehlen des Widerspruchs können sich nur auf die konkrete Schlussrechnung beziehen. Ein darüber hinausgehende Erklärungswille ist damit nicht vorhanden.

Das zeigt sich schon daran, dass die Preisveränderung nach § 315 BGB kein einmaliger Vorgang und im Falle einer kostengebundenen Preisveränderung nicht nur vereinbartes Recht, sondern auch vereinbarte Pflicht ist.

Die Möglichkeit, den Preis nach § 315 BGB zu bestimmen, muss nicht nur zu Preiserhöhungen, sondern kann auch zu Preissenkungen führen. Sind nennenswerte Kostensenkungen eingetreten, ist es unbillig, weiter den alten, hohen Preis zu fordern. Da die Forderung laufend gestellt wird, kommt es zu einer fortlaufenden Preisbestimmung, und ihr muss der Vertragspartner jeweils die Unbilligkeit entgegenhalten können, damit die Waffengleichheit gewahrt ist. Die Waffengleichheit bedeutet die Äquivalenz für den Prozess zur Bestimmung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung und ist erforderlich, soweit letztere Äquivalenz nicht durch Einigung erzielt wird.

Der BGH sagt selbst, dass bei der Preisbestimmung nicht nur Erhöhungen, sondern auch Senkungen der Kosten beachtlich sind (II.3.b.). In beiden Fällen kann es nicht nur um aktuelle, nach der letzten Schlussrechnung eingetretene Veränderungen, sondern auch solche aus der Vergangenheit gehen. Dann aber kann die Vereinbarungswirkung zur letzten Schlussrechnung nur den Äquivalenzdisput für diesen Leistungszeitraum deckeln.

Dass im vorliegenden Fall der Kunde ins Blaue hinein vorgezogen hatte, er die Kostensenkungen nicht ausreichend darlegen konnte und damit das Ergebnis vorhersehbar war, hat den Blick für die Urteilsbegründung leider verengt. Es hat durchaus in der deutschen Gasversorgung Phasen gegeben, in denen die Gaspreise gefallen sind und die Ortsversorger die Preissenkungen ihrer Vorlieferanten an die Kunden durchgereicht haben. Man denke an die Preisrückgänge, als die Ölpreise sich nach Ölpreiskrisen normalisierten, und an das Überangebot im Weltgasmarkt in den 90er Jahren. Es ist also nicht so, dass der Kunde immer in der schlechten Lage wäre, nur unspezifiziert vortragen zu können. Allerdings hat er das Risiko, Kostensenkungen erst später zu bemerken, eventuell erst nach einer akzeptierten Schlussrechnung.

Wie Kosteneinsparungen in den Tarif umzusetzen sind, damit die Billigkeit gewahrt ist, bleibt in künftigen Entscheidungen zu präzisieren. Sicher ist dabei zu berücksichtigen, dass die Billigkeit ein sehr grober Maßstab ist und angesichts

⁸ BGH, Urteil vom 26.3.2007 (VIII ZR 144/06), NJW 2007, 1672 = RdE 2007, 158 = Versorgungswirtschaft 2007, 193, zusammengefasst von R.S. In: Energiewirtschaftliche Tagesfragen 2007, 98; s.a. auch FAZ vom 29.3.2007: BGH lehnt Strompreiskontrolle ab; zuvor schon AG Potsdam RdE 2005, 207

⁹ Nachweise in Ziff. II.3.d.aa.(2) des Urteils

¹⁰ Zeitung für Kommunalwirtschaft März 2005, S. 11 (Rechtsteil): Keine Pflicht zur Offenlegung

¹¹ zutreffend AG Leer RdE 2007, 27, 29; ebenso AG Grevenbroich RdE 2006, 62

¹² BVerfG NVwZ 2006, 1041

eines bisher bereits akzeptierten Preisniveaus eine nicht punktgenaue Durchreichung der Ersparnisse (gerundet auf die zweite Stelle hinter dem Komma des Cent-Betrages, vgl. II.3.a. am Ende) kaum das Verdikt der Unbilligkeit und die Rechtsfolge des Verlustes von Entgelten auslösen dürfte.

b) Rechtsschutzbedürfnis

Natürgemäß wird ein Zivilgericht sich die Kontrolle der Äquivalenz eines Vertragspreises niemals aus der Hand nehmen lassen. Überlegungen zur materiellen Kongruenz der kartellrechtlichen Kontrolle nach dem GWB und der vertraglichen Kontrolle nach dem BGB bzw. - in den Urteilsgründen - zur deliktischen und vertraglichen Verhaltenskontrolle hat der BGH dementsprechend zurückgewiesen (II.2.c.).

Allerdings fehlt in der Urteilsbegründung die Überlegung, dass in Massenschuldverhältnissen mit Tarifpreisen eine allgemeine Preiskontrolle möglich und der individuellen vertraglichen Äquivalenzkontrolle, auch wenn sie nur pauschaliert erfolgt (II.2.b.bb. am Ende), vorzuziehen ist. Mit der individuellen Preiskontrolle nimmt ein einzelner Kunde seine Chancen wahr, während die Last aus nicht erstattetem Verfahrensaufwand und die Last aus verlorenen Verfahren letztlich die übrigen Kunden tragen. Das »Spiel auf Kosten Dritter« wird verhindert durch eine angemessene Überprüfung des Rechtsschutzbedürfnisses. Haben die Behörden, die zum Schutz der Allgemeinheit die Preise zu kontrollieren haben, entschieden, fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für einen Zivilrechtsstreit. Andernfalls würde ein obsiegender Prozessierer doppelt kassieren, einmal die zivilgerichtliche angeordnete Preissenkung für den streitgegenständlichen Abrechnungszeitraum und einmal die behördlich angeordnete Preissenkung, die in der Regel in künftigen Abrechnungszeiträumen den Kunden gutzubringen ist, um kostspielige und teilweise unmögliche Rückabwicklungen zu vermeiden.

Demnach wäre hier die Klage unzulässig gewesen (zu pauschal daher II.1. des Urteils). Im vorliegenden Fall hatte der wenig sinnvolle Streit um die Statthaftigkeit von Feststellungs- oder Leistungsklage den Blick des Gerichts für das Wesentliche vernebelt.

3. Zukunft

In Zukunft wird es den Streit um den Lieferpreis nach § 315 BGB nur noch im Bereich von Anschluss- und Benutzungszwang geben.

Für die Strompreise gibt es bereits Wettbewerb¹³.

Im Gassektor kommt es ab dem Herbst aufgrund der Kooperationsvereinbarung der Gasnetzbetreiber zum Lieferantenwettbewerb, so dass die Kunden frei wechseln können, wenn ihnen ein Preis nicht mehr schmeckt.

Für die Lieferpreiskontrolle endet damit grundsätzlich der unselige Kostenbezug. In den Vordergrund tritt nun die AGB-Kontrolle der Preisgleitklauseln¹⁴.

Zur Kontrolle aktueller Strom- und Gasnetzpreise ist § 315 BGB entbehrlich¹⁵, weil die Netztarife vorgreiflich von der Re-

gulierungsbehörde nach § 21 EnWG 2005 (Kostenpreise) und § 21a EnWG 2005 (Anreizpreise) bestimmt werden und sich eine Unbilligkeit, den zulässigen Höchstpreis zu bestimmen, angesichts der Härte der Regulierung nicht darlegen lässt. Aus der Genehmigung eines Vollversorgungstarifs nach § 12 BTO/Elt hat der BGH allerdings nur ein Indiz für die Billigkeit entnommen, das die Beweislast für die billige Preisbestimmung nicht ändere¹⁶. M.E. verändert die behördliche Preisgenehmigung aber zumindest die Darlegungslast, so dass die Angriffe von Kunden regelmäßig unsubstantiiert sein werden; im Übrigen kann ein genehmigter Preis nicht unbillig im Sinne von § 315 BGB sein.

Das besprochene Urteil wird somit eher Fernwirkungen auf die Bestimmung von Monopolpreisen und Daseinsvorsorgetarifen in anderen Sektoren haben. Dort wird weniger das unzureichende Verständnis der Gaspreisbildung als vielmehr die fehlende Analyse des Rechtsschutzbedürfnisses und die offen gelassene Vergleichspreismethode problematisch.

4. Waffengleichheit

Unverändert nachteilig für die Versorgungswirtschaft wird sich die Rechtsprechung zur vereinbarten bzw. sogar gesetzlich vorgesehenen Einschränkung des Ausschlusses von Zurückbehaltungsrechten¹⁷ auswirken. Grundlage der Versorgungswirtschaft ist, dass der Kunde die Leistung sofort oder auf erstes Anfordern erhält. Dementsprechend hat er auf erstes Anfordern zu zahlen, und zwar unbeschadet seiner Rückforderungsmöglichkeit und ohne Auswirkung auf die Darlegungs- und Beweislast im Rückforderungsprozess; dementsprechend war in § 30 AVB (Strom/Gas/Wasser/Fernwärme) ein Zurückbehaltungsrecht auf Fälle offensichtlicher Fehler beschränkt. Damit war entschieden, dass die geringfügige Mehrbelastung des Kunden aus einer eventuell unberechtigten Mehrforderung des Versorgers unbeachtlich war im Vergleich zur Notwendigkeit, die Finanzierung der Daseinsvorsorge zu sichern, und zugleich entschieden, dass sämtliche Ausgleichungen allein im Verhältnis zum Kunden, nicht aber zu Lasten anderer erfolgen würden. Heute kann jeder Kunde ohne nähere Darlegung Beträge einbehalten, was insbesondere in engen Zeiten immer beliebter wird. Wenn dann später der Kunde unterliegt und nachzahlen soll, kann er nicht mehr, ist verzogen oder sonst wie ausgefallen, und der Fehlbetrag ist von den übrigen Kunden aufzubringen. So kann jeder Kunde versuchen, zu Lasten und auf Kosten der versorgten Allgemeinheit seine Interessen durchzusetzen. Es wird nicht gesehen, dass die Versorger - und darunter auch Monopolisten - im Grunde nur treuhänderisch die Gelder ihrer Kunden in Sachleistungen umsetzen und dann alles, was ein Kunde nicht bezahlt, die anderen valutieren müssen¹⁸. Hier ist der Gesetzgeber aufgerufen, die unselige Rechtsprechung schnellstens zu korrigieren und die Rechtfertigung der sofortigen Zahlung auf erstes Anfordern wieder zur Geltung zu bringen. § 17 I 3 StromGVV und GasGVV sind zu streichen.

¹³ s.o. FN 2

¹⁴ BGH NJW 2007, 210 = RdE 2007, 80 = CuR 2006, 130 zur Fernwärme; LG Bonn RdE 2007, 84, 85 ff zum Sonderkundenvertrag Gas; Überblick in Zeitung für Kommunale Wirtschaft 2006, S. 12: Klauseln müssen präziser sein

¹⁵ zur Kontrolle der Netznutzungsentgelte vor der Regulierung s. BGHZ 164, 336, 342 = NJW 2006, 684 = RdE 2006, 81 (Stromnetznutzungsentgelt I) und BGH RdE 2006, 242 (Stromnetznutzungsentgelt II); zutreffend war als Vorinstanz OLG Stuttgart RdE 2005, 237.

¹⁶ BGHZ 164, 336, 344 unter Hinweis auf BGH NJW 2005, 2919, 2923

¹⁷ Leading case ist BGH NJW 2005, 2919 = RdE 2005, 268

¹⁸ zutreffend LG Berlin RdE 2005, 112 und KG RdE 2005, 103

**VERSORGUNGS
WIRTSCHAFT**

Internet: www.verlag-versorgungswirtschaft.de

E-Mail: kundenservice@verlag-versorgungswirtschaft.de