

# Peter Derleder

## Der Stopp der Gaspreiserhöhungen durch die Zivilrechtsprechung

### Vorstellung und Analyse eines wundersamen Eingriffs

#### *I. Einleitung*

Die Gasversorgungsunternehmen haben ihre traditionelle Preishoheit verloren. Überall verlieren sie Prozesse wegen Preiserhöhungen, in allen Instanzen bis zum BGH. Wenn erst einmal beim Amtsgericht Winsen/Luhe – wie Anfang des Jahres – in einem einzigen Termin verhandelte ca. 70 Erhöhungsklagen praktisch alleamt verloren gehen,<sup>1</sup> müssen bei den Gasversorgungsunternehmen die Alarmglocken klingeln. Die Zahl der Amtsgerichte, Landgerichte und Oberlandesgerichte,<sup>2</sup> die Preiserhöhungen für unwirksam erklärt haben, lässt sich schon gar nicht mehr übersehen. Und auch der BGH hat in einer ganzen Serie von Grundsatzentscheidungen die Preiserhöhungen aus früheren Jahren gestoppt. In Großstädten werden bereits Musterbriefe gegen Gaspreiserhöhungen an alle widerstandsbereiten Verbraucher verteilt. Für eine Wirtschaftsbranche ist dies ein singuläres, niederschmetterndes Ergebnis. Lediglich die im Aufbruchgeist der 1970er Jahre zeitweilig übermäßige Verstärkung der verfahrensmäßigen Anforderungen an Mieterhöhungen bei Wohnraum unter der Führung von Schmidt-Futterer und des LG Mannheim,<sup>3</sup> die praktisch zu einer vorübergehenden Mieterhöhungssperre<sup>4</sup> führte, lässt sich damit vergleichen.

Der wirtschaftliche Hintergrund für die neue Entwicklung bei den Gaspreisen sind die langfristig ganz überproportional gestiegenen Kosten, die die Mieter- und Eigentümerhaushalte und schließlich auch (über die Unterkunftskosten der Grundsicherung und der Sozialhilfe) den Sozialstaat erheblich belasten. Auch für 2010 haben die Gaspreise bei einer Reihe von Versorgern kräftig angezogen. Zugleich sind oft besonders hohe Gewinne der Energieversorger gemeldet worden. Im Mai 2010 hat die Kartellbehörde im nordrhein-westfälischen Wirtschaftsministerium gegen 19 Gasversorger im Bundesland zu ermitteln begonnen, ob kartellrechtswidrige Preismissbräuche festzustellen sind.<sup>5</sup> Was wird aus den Extra profiten, die die großen Versorgungsunternehmen selbst bei nachlassenden Preisen der Gasproduzenten aufgrund der Bindung des Gaspreises an den Ölpreis erzielt haben und womöglich erzielen können? Zeichnet sich eine Verschiebung auch unter den fossilen Energieträgern Öl und Gas ab? Auch jede Analyse der

1 AG Winsen/Luhe, Urt. v. 12.1.2010 – 18 C 861/09.

2 Die Begründungen waren zum Teil recht unterschiedlich. So hat etwa das Urt. des OLG Bremen v. 16.11.2007, ZIP 2008, 20, die Preisanpassungsklauseln eines regionalen Versorgers wegen mangelnder Transparenz nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB für unwirksam erklärt, eine Argumentation, der sich später der BGH nicht angeschlossen hat.

3 LG Mannheim NJW 1973, 712.

4 Beendet durch BVerfGE 37, 132.

5 Die Landeskartellbehörde NRW hat Vorermittlungen gegen 19 Gasversorger mit auffälligen Preisen begonnen. Diese berufen sich teilweise darauf, dass sie selbst langfristig an relativ hohe Preise ihrer Lieferanten gebunden seien.

Rechtsprechung kann nicht ohne Einordnung ihrer Ergebnisse in die größeren Zusammenhänge des Wandels der Energiewirtschaft auskommen.

Der Volksmund schlägt sich zu den Gaspreisen vor allem im Comic nieder. Verzweifelt bittet etwa der Statistiker eines großen Energiekonzerns vor einer übermannshohen Leinwand um eine Leiter, damit er die gemachten Gewinne weiter himmelwärts schreiben kann. Auf einem anderen Cartoon<sup>6</sup> steckt ein Mann in suizidaler Absicht kniend den Kopf gerade in den Gasofen, als seine Ehefrau in die Küche kommt und ihn, wenn man es ins Hochdeutsche übersetzt, mahnt: „Das können wir uns bei den gegenwärtigen Gaspreisen nicht leisten.“

Wenn die Rechtsprechung bei den Preiserhöhungen nun nicht mehr mitspielt, scheint sich eine Verschiebung des Kräfteverhältnisses zwischen der Rechtsmacht der Justiz und der Marktmacht der Unternehmen des Gasversorgungsektors abzuzeichnen. Amtsgericht entscheidet gegen E.ON, das könnte eine Botschaft von Heldenmut vor Wirtschaftsthronen sein. Die Entwicklung der Rechtsprechung ist auch durchaus frappierend. Nach einer Phase der Zurückhaltung noch in den Jahren 2007 und 2008 hat sich die Judikatur zu den Preisanpassungsklauseln so verschärft, dass man zum Zeitpunkt der Verkündung der letzten beiden Grundsatzurteile des BGH vom 24.3.2010<sup>7</sup> davon ausgehen konnte, dass überhaupt kein Akteur der Gasversorgungswirtschaft bei der Belieferung von Privathaushaltskunden eine wirksame vertragliche Preisanpassungsklausel benutzt. Darum geht dieser Beitrag der Frage nach, welche rechtlichen Mittel dafür zur Verfügung stehen und wie sie eingesetzt worden sind. Insbesondere die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle der Lieferverträge steht dabei zur Diskussion. Bevor dies allerdings erläutert werden kann, bedarf es zunächst einer Vergewisserung über die Marktstrukturen der Gasversorgung.

## *II. Der wirtschaftliche Kontext der Gaspreisentwicklung*

Der erzwungene Preiserhöhungsstillstand bringt die Branche bei Einbeziehung des wirtschaftlichen Gesamtzusammenhangs erstmals in gewisse Kalamitäten. Bisher prosperiert sie gerade aufgrund der durchgehend praktizierten Ölpreisbindung. Bis Anfang der 1980er Jahre wurde die Gasversorgung der meisten westdeutschen Städte und ihrer Stadtwerke von Stadtgas, das wegen seines Kohlenstoffmonoxidanteils giftig war, auf Erdgas umgestellt, was ohne große Umbauten möglich war. Für den Bau der Erdgasleitungen wurde Investitionssicherheit gewährt, indem die Gaspreise an die Preise für leichtes Heizöl gekoppelt wurden. Ein wichtiger Aspekt war dabei auch, dass die großen Energieversorger sich durch Ausweitung ihres (möglicherweise preisgünstigeren) Gasangebots nicht selbst mit ihrem Mineralölangebot Konkurrenz machen wollten. Bei der Ölpreisbindung ist es auch geblieben, nachdem die Gründungsjahre der Erdgasversorgung verstrichen waren.

Im Jahr 2003 wurden dann bereits 53 % aller Privathaushalte mit Erdgas beheizt. Davon wird etwa ein Fünftel in Deutschland selbst gefördert, während 32 % aus Russland, 26 % aus Norwegen und 19 % aus den Niederlanden kommen.<sup>8</sup> Das norwegische Gas kommt über eine Pipeline an der norddeutschen Küste an. Eine andere Pipeline steht für das Gas aus der Nordsee zur Verfügung. Die Pipelines für das russische Gas beschäftigen immer noch die Politik einschließlich ehema-

<sup>6</sup> Cartoon von Andreas Prüstel, abrufbar unter [http://www.toonpool.com/cartoons/gaspreise\\_18209](http://www.toonpool.com/cartoons/gaspreise_18209).

<sup>7</sup> BGH WM 2010, 1044 und 1050.

<sup>8</sup> Siehe den Überblick bei Wikipedia, URL: [http://de.wikipedia.org/wiki/Erdgas#Versorgung\\_in\\_Deutschland](http://de.wikipedia.org/wiki/Erdgas#Versorgung_in_Deutschland), Stand vom 17. Juni 2010.

liger Politiker. Die Abhängigkeit von Pipelines soll aber auch gemindert werden. Zum Ausgleich für kurzfristige Importstörungen und Bedarfsschwankungen werden ca. 19,1 Milliarden Kubikmeter Erdgas in deutschen Untergrundspeichern gelagert.<sup>9</sup> Für die Verwendung von Erdgas wird eine Erdgassteuer erhoben. Das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA)<sup>10</sup> registriert die Preisentwicklung und die Abnahmemengen. Die Importpreise für Erdgas sind seit Anfang der 90er Jahre oft sprunghaft gestiegen, aber auch gefallen. Im November 2008 lag der Importpreis für Erdgas bei 8.748 € je Terajoule,<sup>11</sup> im September 2009 bei 4.671 €. Eine derartig drastische Bezugskostenverringerung hätte sich in den Verbraucherpreisen entsprechend niederschlagen müssen, wenn sie nicht durch monopolistische und oligopolistische Strukturen verhindert worden wäre. Das liegt vor allem auch an den Besonderheiten des leitungsgebundenen Gasversorgungsmarkts mit seinem fehlenden Wettbewerb auf der Anbieterseite, mit den unterschiedlichen Geschäftsbedingungen der Unternehmen zur Preis-anpassung und der fragwürdig gewordenen Bindung der Gaspreise an die Heizölpreise.

Der größte deutsche Erdgasproduzent sitzt in Hannover.<sup>12</sup> Die größten Erdgasversorgungsunternehmen in Deutschland sind E.ON Ruhrgas (Essen), RWE Energy (Dortmund), VNG – Verbundnetz Gas (Leipzig), Shell (Hamburg) und Exxon Mobil (Hannover). Für den Transport sind vielfach Tochterunternehmen eingeschaltet. Der Vertrieb an die Endverbraucher erfolgt über ca. 700 Gasversorgungsunternehmen, praktisch die früheren Stadtwerke, die inzwischen weitgehend privatisiert sind. Nur die Verträge dieser 700 Unternehmen mit ihren Abnehmern waren bisher Gegenstand der Kontrolle durch den BGH.

Die Gaspreisentwicklung ist im letzten Jahrzehnt durch enorme Anstiege geprägt. Dies beruht vor allem auf der erörterten Kopplung mit den Ölpreisen, obwohl Erdgas und Erdöl getrennt voneinander gefördert werden. Die Gasreserven sind immer noch hoch. Die großen Gasanbieter investieren in Technologie und Gasleitungsbau. Langfristige Verträge mit den Gas exportierenden Ländern bieten an sich eine kalkulierbare Grundlage. Die großen Nachfrager können zunehmend auch die Preise der ausländischen Gaslieferanten durch Aushandlungen mitbestimmen.

Der Gaspreis des Verbrauchers setzt sich aus mehreren Faktoren zusammen, wobei große Unterschiede in den Bezugsgrößen bestehen können. Zusammengefasst sind ca. 74 % für Produktion, Transport, Import, Speicherung und Verteilung anzusetzen, während ca. 23 % für Mehrwertsteuer und Erdgassteuer anfallen. Ca. 3 % entfallen für anteilige Förderabgabe und Konzessionsabgabe.

Ungeachtet der Rechtsprechungsentwicklung werden auch im Jahr 2010 erhebliche Gaspreissteigerungen erwartet. Der Energieexperte des Bundesverbandes Verbraucherzentralen geht davon aus, dass die Gaspreise für die Verbraucher in Deutschland in den nächsten Monaten um bis zu 15 % steigen werden. Der Preisanstieg sei Folge der Verteuerung des Mineralöls in der zweiten Jahreshälfte 2009. Wegen der Ölpreisbindung folge der Gaspreis dem Ölpreis mit einer Verzögerung von etwa sechs Monaten. Allerdings seien die Verbraucher der Verteuerung nicht hilflos ausgeliefert. Denn die Ölpreisbindung beim Gas verliere

9 Nach dem Stand von 2006. Der größte Untergrundspeicher wird von Wingas in Rehden mit 4,2 Milliarden Kubikmeter unterhalten.

10 Die BAFA ist eine Bundesoberbehörde im Bereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie.

11 Benannt ist die Einheit nach James Prescott Joule. Die Einheit Joule wird für alle Formen von thermischer Energie, mechanischer Energie und elektrischer Energie verwendet.

12 Die BEB Erdgas und Erdöl GmbH.

zunehmend an Bedeutung. Auf dem freien Markt werde Gas inzwischen deutlich billiger gehandelt, als es die Preisbindung vorsehe.<sup>13</sup>

295

### *III. Kartellrecht oder Vertragsrecht als Mittel der Preiskontrolle?*

Der BGH hat seit 2007 in jedem Jahr durch eine oder mehrere Grundsatzentscheidungen zu den Preiserhöhungen Stellung genommen. Sedes materiae gegenüber dem Missbrauch faktischer Marktmacht ist das Kartellgesetz mit seinem ordoliberalen Grundkonzept, das in den §§ 19, 20, 30, 33 GWB den Kartellämtern und letztlich dem Kartellrechtssenat des BGH durchaus ein in mehreren Novellen<sup>14</sup> ausgebautes und jedenfalls auf dem Papier wirksames Instrumentarium zur Unterbindung von Missbräuchen monopolistischer oder oligopolistischer Marktmacht bietet. In der Wirtschaftsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland ist dieses Instrumentarium bisher allerdings nur vereinzelt und unter extremen Umständen eingesetzt worden, insbesondere als die Valiumpreise in Deutschland dramatisch höher waren als in allen anderen westlichen Ländern.<sup>15</sup> Bei den Gaspreisen gab es jedoch nur bescheidene Anläufe zu einer kartellamtlichen Preiskontrolle.

Daneben bietet das Vertragsrecht Kontrollchancen. Gaslieferungsverträge sind normale Kaufverträge, jedoch in der Form von Dauerschuldverhältnissen. Werden die Preise vom Versorgungsunternehmen gegenüber dem Privathaushaltskunden erhöht, so bedingt sich der Lieferant meist ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht in seinen AGB aus und unterliegt dann der AGB-Kontrolle gem. §§ 305 ff. BGB, was die vertragliche Preisanpassungsklausel angeht, und der Billigkeitskontrolle, die § 315 BGB für alle Fälle einer einseitigen Leistungsbestimmung vorsieht. Weitgehend unstrittig ist, dass Preisanpassungsklauseln als Preisnebenabreden zu qualifizieren sind,<sup>16</sup> die der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht unterliegen.

Für die Anwendung der Bestimmungen des Kartellrechts ist beim BGH speziell der prominent besetzte Kartellrechtssenat zuständig, zu dem auch der BGH-Präsident gehört, falls er sich nicht mangels Interesses oder aus Kompetenzgründen vertreten lässt.<sup>17</sup> Der Kartellrechtssenat befasst sich meist in außerordentlicher Gründlichkeit mit der Abgrenzung der relevanten Märkte und muss sich jeweils mit einer hochspezialisierten Gilde von Kartellrechtspraktikern und -wissenschaftlern auseinandersetzen, die jederzeit auch für Publikationen ad hoc gut sind. Der für das Kaufrecht zuständige VIII. Zivilsenat des BGH hat demgegenüber mit einer Vielzahl von Rechtsmaterien (einschließlich des Mietrechts) und Märkten zu tun und fällt normalerweise nicht durch marktmachtkontrollbezogene Ambitionen auf.

13 Krawinkel, in: Stern vom 21.12.2009, <http://www.stern.de/wirtschaft/news/maerkte/expertenschaetzung-gaspreise-klettern-2010-um-bis-zu-15-prozent-1530919.html#>.

14 Insbesondere ist hier die 1999 in Kraft getretene 6. GWB-Novelle zu nennen, die in § 19 GWB ein Verbot des Missbrauchs von Marktmacht verankert hat.

15 BGHZ 68, 23, 33 - Valium I; BGHZ 76, 142, 150 - Valium II.

16 BGHZ 124, 254, 256; 143, 128, 129; 146, 331, 338.

17 Vorsitzender des Kartellrechtssenats bei der unten erörterten Entscheidung zu den Gaspreiserhöhungen war mit Prof. Dr. Bornkamm der Vorsitzende des für das Wettbewerbsrecht zuständigen I. Zivilsenats. Der gegenwärtige Präsident des BGH, Prof. Dr. Tolksdorf, hat jedoch ungeachtet seiner strafrichterlichen Tätigkeit den Vorsitz des Kartellrechtssenats inne.

Der Kaufrechtssenat stieg im Jahre 2007 dann auch ganz vorsichtig in die Fragen der Preiskontrolle ein, zunächst noch bei den Strompreisanpassungen. Im Urteil vom 28.3.2007<sup>18</sup> ging es um einen Stromlieferungsvertrag, bei dem der Lieferant von einem Tarifsysteem für den Verbraucher auf ein anderes übergehen wollte.<sup>19</sup> Einen exakten neuen Preis hatte der Lieferant nicht genannt, sondern nur Parameter, mit denen der neue Preis berechnet werden konnte. Der Kunde widersprach der Tarif- und Preisänderung, bezog aber weiterhin Strom. Der Kaufrechtssenat erklärte hier schlicht, es gehe um den Ausgangspreis aufgrund des durch den Strombezug konkludent vereinbarten Bezugsvertrags, der keinerlei vertragsrechtlicher Kontrolle unterliege, auch nicht nach dem AGB-Recht. Sei zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses der maßgebliche Tarif des Stromversorgungsunternehmens durch dieses veröffentlicht und als solcher zwischen den Parteien vereinbart, sei auch kein Raum für eine Billigkeitsüberprüfung nach § 315 BGB. Es handele sich vielmehr um die keiner Überprüfung zugängliche anfängliche Strompreisvereinbarung und nicht um die Vereinbarung eines Berechnungsverfahrens. Damit wurde noch einmal uneingeschränkt Privatautonomie proklamiert, auch wenn diese nur dem Anbieter zugutekam.

Eine entsprechende Anwendung des § 315 BGB auf den anfänglich vereinbarten Strompreis und damit eine Billigkeitskontrolle komme nicht in Betracht, meinte der Kaufrechtssenat. Eine solche könne zwar bei einer Monopolstellung des Versorgungsunternehmens oder einem Anschluss- und Benutzungszwang gerechtfertigt sein. Bei der Stromversorgung fehle es jedoch an einem solchen Anschluss- und Benutzungszwang. Ferner sei bei ihr der Nachfrager nicht auf den Anbieter angewiesen, da es an einer Monopolstellung fehle. Der Nachfrager könne Strom von einem anderen Anbieter seiner Wahl beziehen.

Von einer mit dem Strommarkt vergleichbaren Liberalisierung war der Markt der leitungsgelassenen Gasversorgung jedoch nicht geprägt. Als der Kaufrechtssenat es dann noch im gleichen Jahre mit 10 %-igen Heilbronner Gaspreiserhöhungen zu tun bekam,<sup>20</sup> konnte er nicht mehr einfach jede Kontrollfrage vermeiden. Der Kläger war ein normaler Tarifkunde. Tarifkunden haben das Recht, die Leistungen der Energieversorgung aufgrund des in § 36 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) verankerten Kontrahierungszwangs zu verlangen. Im Tarifkundenbereich sehen dann auch Verordnungsbestimmungen, jetzt die Gasgrundversorgungsverordnung (GasGVV),<sup>21</sup> ein Preisanpassungsrecht der Versorgungsunternehmen ohne weitere materielle Vorgaben vor. Davon zu unterscheiden sind die Sonderkunden, die aufgrund eines besonderen Vertrags je nach Mengen und Preisen unterschiedliche Tarife erhalten, was auch für eine Vielzahl von Haushaltskunden gilt. Für den Sonderkundenbereich gilt kein gesetzliches Preisanpassungsrecht, sondern nur das vertraglich ausbedungene.

Der Kläger, ein Heilbronner Abnehmer, begehrte die Feststellung, dass die von ihm verlangte Gaspreiserhöhung unbillig sei. Der Kaufrechtssenat nahm nun doch eine Billigkeitsüberprüfung nach § 315 BGB vor. Diese werde auch nicht durch die kartellrechtliche Missbrauchs kontrolle nach den §§ 19 und 33 GWB verdrängt.<sup>22</sup> Das hätte er nach der Zuständigkeitsverteilung im BGH auch nicht

18 BGHZ 171, 374 = NJW 2007, 1672.

19 Vom Tarifsysteem „local plus“ zum hinsichtlich des Verbrauchspreises teureren Tarifsysteem „local classic“.

20 BGHZ 172, 315 = NJW 2007, 2540.

21 VO vom 26.10.2006 (BGBl. I, 2391, 2396), inzwischen mehrfach geändert.

22 So schon der Kartellrechtssenat in BGHZ 164, 336, 346.

gut zu Lasten des Kartellrechtssenats vertreten können. § 315 BGB bleibe daneben eine vertragsrechtliche Regelung mit hohem Gerechtigkeitsgehalt, die neben eine deliktische Regelung wie im GWB trete.

Die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB ergebe jedoch, dass die Weitergabe von gestiegenen Bezugskosten an die Tarifkunden möglich sei, auch ganz unabhängig vom Vergleich mit den Gaspreisen anderer Versorgungsunternehmen. Durch Preiserhöhungen wegen gestiegener Bezugskosten nehme das Gasversorgungsunternehmen sein berechtigtes Interesse wahr, Kostensteigerungen während der Vertragslaufzeit an die Kunden weiterzugeben. Ein auf eine Bezugskostenerhöhung gestützte Preiserhöhung könne allerdings unbillig sein, wenn und soweit der Anstieg durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen ausgeglichen werde. Die weiteren allgemeinen Kosten der Beklagten seien jedoch ebenfalls nicht gesunken, sondern gestiegen.

In diesem Urteil ging der Senat aber auch schon auf die Kopplung der Gaspreise an die Preise für leichtes Heizöl ein. Er beschränkte sich darauf, den Vertrag zwischen dem regionalen Gasversorgungsunternehmen und dem Haushaltskunden zu überprüfen. Er sei nicht in der Lage, die Preisbildung der Vorlieferanten rechtlich zu überprüfen. Es fehle auch an einer Monopolstellung der Beklagten, deretwegen sich eine Billigkeitskontrolle rechtfertigen könne. Zwar sei die Beklagte in Heilbronn der einzige Anbieter von leitungsgebundener Versorgung mit Gas und daher auf dem Gasversorgungsmarkt keinem unmittelbaren Wettbewerb ausgesetzt. Sie stehe aber auf dem Wärmemarkt in einem Substitutionswettbewerb mit Anbietern konkurrierender Heizenergieträger wie Heizöl, Strom, Kohle und Fernwärme. Das war das letzte Mal, dass ein solcher Substitutionswettbewerb unterstellt wurde.

Die Resonanz auf dieses Urteil in der Fachliteratur war positiv, zumal die energiewirtschaftsrechtlichen Lehrstühle traditionell von der Energiewirtschaft gehegt und gepflegt werden. Büdenbender<sup>23</sup> wies in seiner Stellungnahme aber schon auf die Gefahr hin, dass womöglich bald mit den gleichen Kriterien die vertraglichen Preisanpassungsklauseln beanstandet werden könnten, weil sie insbesondere die obligatorische alsbaldige Weitergabe von Kostensenkungen nicht regelten.

#### V. *Der Paukenschlag des Kartellrechtssenats des BGH aus dem Jahr 2008*

Im Urteil des Kartellrechtssenats vom 29.4.2008<sup>24</sup> wurde die Befürchtung des Wegbrechens der üblichen vertraglichen Preisanpassungsklauseln erstmals wahr. Es ging um eine Sammelklage gegen Gaspreiserhöhungen des beklagten Versorgungsunternehmens aus Lieferungen für Ostsachsen, wobei in dessen AGB zwischen Grundpreis und Arbeitspreis differenziert und die Lieferantin schlicht für berechtigt erklärt worden war, die Gaspreise zu ändern, wenn eine Preisänderung durch den Vorlieferanten erfolge. Der Kartellrechtssenat traute sich zwar nur ansatzweise eine Marktmachtkontrolle nach dem GWB zu. Dafür zog er entschlossen das unauffälligere Vertragsrecht heran.

Der Senat beanstandete es nicht, dass die Beklagte vom Berufungsgericht als marktbeherrschendes Unternehmen qualifiziert worden war, da sie mangels eines funktionierenden Durchleitungssystems wirksamem Wettbewerb anderer Gasanbieter nicht ausgesetzt sei. Relevanter Markt sei nur der Gasversorgungs-

<sup>23</sup> Büdenbender NJW 2007, 2945.

<sup>24</sup> BGHZ 176, 244.

markt, da ein einheitlicher Markt für Wärmeenergie nicht bestehe. Ein Wechsel zu einem anderen Energieträger sei mit erheblichen, als Marktzutrittsschranken wirkenden Umstellungskosten verbunden, so dass nur in Ausnahmefällen die Substitution durch einen anderen Energieträger in Betracht komme. Dass so kurz und knapp der relevante Markt festgestellt wurde, trug dem öffentlichen Lamento über die Gaspreissteigerungen Rechnung. Zum Kartellrecht beschränkte sich der Senat jedoch darauf, die Beweislast für einen Marktmachtmissbrauch dem benachteiligten Kunden aufzuerlegen. Der Haushaltskunde konnte jedoch dazu offenbar nichts beweisen.

Der Kartellrechtssenat verlegte sich dann auf die Inhaltskontrolle der Preisanpassungsklauseln der beklagten Lieferantin nach dem AGB-Recht, insbesondere dessen Generalklausel in § 307 BGB, der AGB mit unangemessener Benachteiligung des Kunden für unwirksam erklärt. Unter Zugrundelegung der kundenfeindlichsten Auslegung<sup>25</sup> beanstandete der BGH, dass die Beklagte sich nur das Recht vorbehalte, Erhöhungen ihres Gaseinstandspreises an die Kunden weiterzugeben, nicht aber die Verpflichtung übernehme, bei gesunkenen Gestehungskosten den Preis zu senken. Dadurch werde es der Beklagten ermöglicht, eine erhöhte Kostenbelastung durch eine Preiserhöhung aufzufangen, hingegen den Vertragspreis bei einer Kostensenkung durch einen geringeren Einstandspreis unverändert zu lassen. Risiken und Chancen einer Veränderung des Einstandspreises würden damit zwischen den Parteien ungleich verteilt. Eine Preisanpassungsklausel müsse das vertragliche Äquivalenzverhältnis wahren und dürfe dem Verwender nicht die Möglichkeit eines Zusatzgewinns eröffnen. Beanstandet wurde ferner, dass die Beklagte den Anpassungszeitpunkt bestimmen konnte, womöglich mit verzögerter Weitergabe verringerter Einstandskosten.

Das vertraglich eingeräumte Kündigungsrecht der Abnehmer schließe die insgesamt festzustellende Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht aus. Offen ließ der Kartellrechtssenat, ob das Gewicht des Gaseinkaufspreises bei der Kalkulation des Gesamtpreises allein entscheidend sein konnte. Ferner könne der Beklagten auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein Preisänderungsrecht zugebilligt werden. Eine solche komme nur in Betracht, wenn sich die mit dem Wegfall einer Klausel entstehende Lücke nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen lasse und dies zu einem unzumutbaren Ergebnis im Vertragsgefüge führe. Die Beklagte wurde demgemäß auf ihr nach dem Vertrag bestehendes Recht verwiesen, nach zweijähriger Vertragsdauer zu kündigen.

## *VI. Die Ausdifferenzierung der Kontrollkriterien durch den Kaufrechtssenat*

### *1. Die Grundsatzentscheidungen des Jahres 2009*

Dem Kaufrechtssenat blieb in der Folgezeit nichts anderes übrig, als den Spuren des Kartellrechtssenats weitgehend zu folgen. Er übernahm in zwei Grundsatzentscheidungen vom 15.7.2009<sup>26</sup> das allgemeine Äquivalenzerfordernis, nach dem sich das Preis-Leistungs-Verhältnis nicht durch einseitige Preisanpassungen verschieben darf, also die nachträgliche Erzielung von Zusatzgewinnen ausgeschlossen ist, ferner die Verpflichtung zur Weitergabe von Kostensenkungen, die

25 Diese war bis dahin nur im Verbandsprozess angewandt worden (BGHZ 139, 190, 199; 158, 149, 155) und wurde nunmehr auch für den Individualprozess eines einzelnen Kunden gegen eine AGB-Regelung herangezogen.

26 BGHZ 182, 41 = NJW 2009, 2667; BGHZ 182, 59 = NJW 2009, 2662.

klauselmäßig verankert sein müsse, sowie die Beschränkung der Terminierungswillkür des Versorgungsunternehmens für Preisadjustierungen. Desgleichen verweigerte er wie der Kartellrechtssenat eine ergänzende Vertragsauslegung, mit der den Unternehmen dann doch zu einer Preisadjustierung verholfen werden könnte. Eine gewisse Renitenz zeigte der Kaufrechtssenat, indem er offen ließ, ob nicht das Kündigungsrecht für den Kunden eine ernst zu nehmende Alternative biete.

Mit einer gewundenen Begründung ging der Kaufrechtssenat schließlich darauf ein, dass den Versorgungsunternehmen bei der Grundversorgung von Tarifkunden im Rahmen der Daseinsvorsorge ein gesetzliches Preisadjustierungsrecht ohne materielle Vorgaben gewährt wird, nämlich nach § 5 GasGVV, während Sonderkunden gegenüber nur ein vertragliches Preisadjustierungsrecht bestehen kann, für dessen klauselmäßige Verankerung die Rechtsprechung strenge Anforderungen stellt. Hier postulierte der Kaufrechtssenat den Rechtsgrundsatz, der Sonderabnehmer bedürfe keines stärkeren Schutzes als der Tarifabnehmer. Die daraus folgende Konsequenz, dass auch gegenüber dem Sonderabnehmer Preisadjustierungen ohne materielle Vorgaben durchgeführt werden könnten, vermied der Senat jedoch, indem er die Überlegung nachschob, das gesetzliche Preisänderungsrecht sei im konkreten Fall nicht uneingeschränkt in die Verträge mit Sonderkunden übernommen worden und die Übernahme wirke sich bei Sonderkunden eventuell anders aus.

Damit wurde jedoch ein Rechtsirrtum durch einen anderen geheilt. In Wirklichkeit bestimmt die gesetzliche Regelung für die Grundversorgung in § 5 GasGVV nur, dass ein Preisadjustierungsrecht besteht, ferner wie es durch öffentliche Bekanntmachung auszuüben ist und welche Fristen gelten. Es muss aber dabei bleiben, dass die Preisadjustierung durch einseitige Willenserklärung des Versorgungsunternehmens gegenüber dem Tarifabnehmer der Billigkeitskontrolle des § 315 BGB unterliegt, was durchaus dem Wortlaut und dem Sinn des § 5 GasGVV entspricht. Soweit die Versorgungsunternehmen gegenüber Sonderkunden sich ein vertragliches Anpassungsrecht klauselmäßig vorbehalten, wird die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle wirksam. Die materiellen Vorgaben für die Wahrung des Äquivalenzverhältnisses gelten dann aufgrund des § 307 BGB. Besteht ein gesetzliches Anpassungsrecht, müssen sie im Rahmen der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB zum Zug kommen. Nur auf diese Weise lässt sich eine widerspruchsfreie Gesamtregelung für Tarif- und Sonderkunden erreichen. In jedem Fall erklärte auch der Kaufrechtssenat in den beiden Grundsatzentscheidungen des Jahres 2009 sowohl auf eine Verbandsklage<sup>27</sup> wie auf eine Individualklage hin Preisadjustierungsklauseln in den Verträgen von Gasversorgungsunternehmen für unwirksam und strich sie damit ersatzlos.

## 2. Die Abbildung der Bezugspreise

Die Gasversorgungsbranche war aber nicht faul und versuchte, mit anderen Klauseln zum gleichen wirtschaftlichen Erfolg zu kommen. Sie wich von den traditionellen Anpassungsklauseln mit einseitigem Bestimmungsrecht, das jetzt so streng kontrolliert wurde, auf Gleitklauseln und Spannungsklauseln aus, nach denen die Preisänderungen ohne Erforderlichkeit einer Willenserklärung eintreten können. Damit geriet sie allerdings in den Anwendungsbereich des Preis-klauselgesetzes<sup>28</sup> (PreisKIG), das aus währungspolitischen (antiinflationistischen) Gründen automatischen Preiserhöhungen einen Riegel vorschreibt, nach dessen

<sup>27</sup> Nach § 1 Unterlassungsklagengesetz (UKlaG).

<sup>28</sup> Gesetz vom 7.9.2007 (BGBl. I, 2246).

Absatz 1 der Betrag von Geldschulden also nicht unmittelbar und selbsttätig durch den Preis oder Wert von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden darf, die mit den vereinbarten Gütern oder Leistungen nicht vergleichbar sind. Davon macht § 1 Abs. 2 PreisKlG eine Ausnahme bei Spannungsklauseln, die sich auf den Preis oder Wert vergleichbarer Güter beziehen, sowie bei Kostenelementeklauseln, wo die Preise der Veränderung von Kosten folgen. Den Umgehungsversuch mit einer Spannungsklausel stoppte der BGH in einer weiteren Grundsatzentscheidung vom 24.3.2010.<sup>29</sup>

Der damit befasste Kaufrechtssenat ließ offen, ob es sich um eine unwirksame Gleitklausel oder eine zulässige Spannungsklausel handelte. Entweder handle es sich um eine von vornherein unwirksame Gleitklausel nach § 1 Abs. 1 PreisKlG oder um eine nach § 307 BGB wegen unangemessener Benachteiligung des Kunden unwirksame Spannungsklausel. Diese Unangemessenheit leitete er jedoch nicht aus dem Vergleich des von Sonderkunden beanstandeten erhöhten Preises mit üblichen Marktpreisen her, da es an einem Marktpreis für Gas fehle. Bei der Lieferung von leitungsgebundenem Gas sei kein wirksamer Wettbewerb festzustellen. Eine Gaspreisänderung könne sich nur über die Weitergabe von Kostensteigerungen legitimieren.

Damit rückte der Bezugspreis der regionalen Versorgungsunternehmen ins Blickfeld, die ebenfalls Gaspreise auf der Basis der Ölpreisbindung bezahlen müssen. Der Kaufrechtssenat blieb aber dabei, dass er die Bezugskosten der Lieferanten nicht vertragsrechtlich korrigieren, also keinen Einfluss auf die Verträge zwischen den Großabnehmern und den regionalen Versorgern nehmen könne. Dies entspricht der Tatsache, dass die regionalen Versorger gegenüber den sie beliefernden Großunternehmen keine reale Verhandlungsmacht haben. Der Senat verlangte jedoch eine differenzierte Zugrundelegung der verschiedenen Kostenpositionen der Lieferanten. Dementsprechend wurde eine Preisanpassungsklausel gem. § 307 BGB für unwirksam erklärt, bei der unklar war, ob die Vorlieferanten bei ihren Preisbestimmungen dieselben oder jedenfalls vergleichbare örtliche Notierungen als Vergleichsgröße herangezogen, ob sie zusätzliche Bemessungsfaktoren vorgesehen hatten, ob vergleichbare Fixkosten angesetzt und ob dieselben Berechnungszeiträume zugrunde gelegt waren. Es sei deshalb nicht ausgeschlossen, dass die beanstandeten Klauseln zu einer Erhöhung des Preises führten, obwohl die Bezugskosten nicht in vergleichbarem Maß gestiegen seien. Selbst wenn man die gleichen Änderungen bei den Bezugs- und den Lieferpreisen der Versorgungsunternehmen aufgrund der Ölpreisbindung unterstelle, ergebe sich die Möglichkeit einer unzulässigen Gewinnsteigerung daraus, dass die beanstandeten Klauseln nur auf die Heizölpreise abstellten und die Kosten in anderen Bereichen (insbesondere Netz- und Vertriebskosten) unberücksichtigt ließen, da bei diesen Kostensenkungen auftreten könnten. Theoretisch könne zwar der Arbeitspreis lediglich die Bezugskosten des Versorgungsunternehmens abdecken und dem Grundpreis die Abgeltung der sonstigen Kosten überlassen. Es wurde aber beanstandet, dass der Berechnung des Grundpreises nur eine einzige Variable, der Stundenlohn, zugrunde gelegt war, während die staatlichen Abgaben und die nicht auf Personalaufwendungen entfallenden Anteile der Netz- und Vertriebskosten und die dort möglichen Kostensenkungen unberücksichtigt geblieben seien. Damit ermöglichten die beanstandeten Klauseln eine verdeckte Gewinnsteigerung, was ihre Unwirksamkeit zur Folge habe.

29 BGH WM 2010, 1044.

In einer Parallelenentscheidung vom selben Tage<sup>30</sup> ging der Kaufrechtssenat sogar noch weiter und verlangte, dass die Vertragsklausel die mögliche Kostenentwicklung beim Versorgungsunternehmen „zutreffend abbilde“. Hierfür legte er strengste Maßstäbe an.<sup>31</sup>

### *VII. Die Vorgaben des BGH für eine neue Preisanpassungsklausel*

Es versteht sich, dass der BGH nicht eine wesentliche Wirtschaftsfraktion längere Zeit im Regen stehen lassen kann, auch wenn er energisch den Preiserhöhungen der letzten Jahre entgegengetreten ist. Die Branche rätselt deswegen darüber, wie sie alle Anforderungen der beiden Senate des BGH am besten erfüllen kann. Dafür ist eine Analyse der gesamten Entscheidungsserie erforderlich.

#### *1. Der Ausgangspreis*

Der BGH ist bei seiner Haltung geblieben, dass die Ausgangspreise zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keiner vertragsrechtlichen Kontrolle unterworfen werden können. Insoweit wäre nur eine kartellrechtliche Marktmachtkontrolle nach den §§ 19, 20, 32, 33 GWB möglich, von der die Rechtsprechung jedoch weit entfernt ist. Die vertragsrechtliche Kontrolle setzt dagegen erst während der Durchführung des Dauerschuldverhältnisses ein.

#### *2. Die Struktur der vertraglichen Anpassungsklauseln*

Lange Zeit sind in der Vertragspraxis Anpassungsklauseln benutzt worden, nach denen dem Anbieter ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB ohne weitere Vorgaben ermöglicht war. Theoretisch war danach eine Anpassung nach den jeweiligen Marktpreisen für Gas, aber auch eine Anpassung an Kostenentwicklungen eröffnet. Die an Marktpreisen, eventuell auch an einem Vergleichsmarkt orientierte Preisanpassung hat der BGH jedoch bei der leitungsgebundenen Gasversorgung mit Rücksicht auf die mangelnde Konkurrenz auf Anbieterseite verworfen. Es kommt also, solange es nicht zu einer weitergehenden Liberalisierung des Gasversorgungsmarkts gekommen ist, nur noch eine kostenorientierte Anpassungsklausel in Betracht, die jedoch so abgefasst sein muss, dass der Anbieter das Äquivalenzverhältnis nicht unkontrolliert zu seinen Gunsten ändern kann.

Der Kontrolle unterliegen sämtliche Formen der Anpassungsklauseln, auch die Spannungsklauseln. Um eine zulässige Spannungsklausel handelt es sich, wie dargelegt, nur, wenn das Referenzgut gleichartig oder zumindest vergleichbar ist. Das ist hinsichtlich des leichten Heizöls mit Rücksicht auf die den beiden Ener-

<sup>30</sup> BGH WM 2010, 1050, in anderer Besetzung erlassen.

<sup>31</sup> Die Argumentation dazu lautete: Zwar beziehe die Beklagte 90 % der benötigten Erdgasmenge von einem Großlieferanten und habe dafür einen Gaspreis zu zahlen, der allein an die Preisentwicklung bei leichtem Heizöl gekoppelt sei. Die restlichen 10 % des Erdgases liefere ein anderer Lieferant, wobei der hier zu entrichtende Preis zu 80 % an den Preis für leichtes Heizöl und zu 20 % an den Preis für schweres Heizöl gebunden sei. Auch wenn damit insgesamt 98 % der Gesamtbezugskosten der Beklagten an die Preisentwicklung für leichtes Heizöl anknüpfen und die rechtlichen 2 % an die Kosten für schweres Heizöl, sei damit nicht gesichert, dass die Ölpreisbildung der Beklagten gegenüber ihren Vorlieferanten ihrer Art und ihrem Umfang nach im wesentlichen der von der Beklagten gegenüber ihren Endkunden praktizierten Ölpreisbindung entspreche. Zudem blieben die weiteren Kosten (Netz- und Vertriebskosten sowie staatliche Abgaben) unberücksichtigt. Es sei auch nicht so, dass durch den Arbeitspreis nur die Gasbezugskosten ausgeglichen würden, durch den Grundpreis aber die übrigen Kosten, so dass eine Kostensenkung insoweit ausgeklammert bliebe. Dies gelte auch für die Klausel zum Grundpreis, der lediglich an die Lohnindexziffer anknüpfe.

gieträgern gemeinsame Wärmeerzeugung lange Zeit bejaht worden. Berücksichtigt man jedoch in stärkerem Maße die ökologischen Unterschiede zwischen den Energieträgern, die im Hinblick auf die internationalen Abkommensverpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland immer bedeutsamer werden, insbesondere hinsichtlich des Klimawandels und des unterschiedlichen Maßes an Treibhausgasemissionen, dann erscheint die Bejahung der Gleichartigkeit und Vergleichbarkeit als überholt. Mangels Vergleichbarkeit von Gas und Öl ist somit bei Zugrundelegung eines Green New Deal meines Erachtens davon auszugehen, dass leichtes Heizöl kein zulässiges Referenzgut mehr, eine Preisbildung auf seiner Basis somit nach § 1 Abs. 1 PreisKlG unzulässig ist.

### 3. Die Kriterien im Einzelnen

#### a. Die Wahrung des Äquivalenzverhältnisses

Oberster Grundsatz ist die Aufrechterhaltung des bei Vertragsabschluss begründeten Äquivalenzverhältnisses, da bei dessen Änderung eine Kündigung erforderlich ist. Dieses Äquivalenzverhältnis wird auf der einen Seite durch die Vergütung des Kunden und auf der anderen durch die Kosten des Versorgungsunternehmens bestimmt, die den Gewinn eingrenzen.

#### b. Die zeitliche Dimension

Die mögliche Gewinnerweiterung hat zunächst eine zeitliche Dimension, da an der Weitergabe von Kostenerhöhungen und -senkungen bei den Versorgungsunternehmen kein gleich gewichtiges Interesse besteht. Deswegen stellt es schon einen der BGH-Rechtsprechung folgenden Fortschritt in der AGB-Gestaltung dar, wenn bestimmte Anpassungstermine fixiert werden, etwa der 1.4. und der 1.10. eines Kalenderjahres. Darüber hinaus legt der BGH großen Wert darauf, dass auch explizit die rechtzeitige Weitergabe von Kostensenkungen in den Anpassungsklauseln als Pflicht verankert ist. Die Verbindung von Terminierung und Verpflichtung erweist sich insoweit als Umsetzung der BGH-Kriterien.

#### c. Die Preisfaktoren und ihre Gewichtung

Der entscheidende Preisfaktor sind die Bezugskosten des Versorgungsunternehmens. Der BGH ist allerdings der Auffassung, dass eine strikte Fixierung auf die Bezugskosten bei der Preisanpassung ebenfalls das vertragliche Äquivalenzverhältnis missachten kann. Insofern sind die ins Gewicht fallenden sonstigen Kosten einzubeziehen, insbesondere die Kosten für Transport (einschließlich Netznutzung) und Vertrieb sowie Betriebsführung durch Personal. Damit sind die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden Prozentanteile der jeweiligen Kostenposition zugrunde legen. Das bedeutet nicht, dass damit eine vertragsrechtliche Preiskontrolle hinsichtlich des Ausgangspreises einer Vertragsbeziehung eingerichtet werden soll. Vielmehr wird nur der Maßstab für die späteren Preisanpassungen aus dem Verhältnis der Kostenpositionen zur Zeit des Vertragsschlusses entnommen. Falls sich insoweit Verschiebungen ergeben sollten, können diese bei späteren Preisanpassungen berücksichtigt werden.

Der BGH hat keineswegs die Ölpreisbindung für die Gaslieferungen beanstandet, obwohl diese in der Öffentlichkeit sehr kritisch gesehen wird.<sup>32</sup> Es erscheint geradezu als Signal für eine besondere Marktmacht der Gaslieferanten, dass sie ihre Preise an der Preisentwicklung für leichtes Heizöl festmachen konnten. Dies gilt nicht nur für die wirtschaftshistorisch singulären Preissprünge bei Heizöl, sondern auch für dessen Volatilität, die in den beiden letzten Jahren durch drastische Preissenkungen in Erscheinung getreten ist, welche aber nicht ohne Weiteres auf die Gaspreise durchschlugen. Ein marktwirtschaftlicher Grund, dass die Gaspreise Preissprüngen beim Heizöl folgen, ist nicht erkennbar. Die Gewährleistung einer besonderen Investitionssicherheit auf dem Erdgassektor ist beim jetzigen Stand des Ausbaus der Pipelines und im Hinblick auf den überwiegenden Anteil der Gasversorgung für den Wärmemarkt kein legitimierbares rechtliches oder rechtspolitisches Ziel mehr. Im Gegenteil drängen sich ökologische Gesichtspunkte auf, die nicht nur für eine Präponderanz der erneuerbaren Energien sprechen, sondern auch unter den fossilen Energieträgern den Vorzug der Gasversorgung vor dem Heizöl mit Rücksicht auf die wesentlich geringeren Treibhausgasemissionen rechtfertigen. Deswegen bröckelt die Ölpreisbindung auch seit längerem, so dass sich viele der 700 Versorgungsunternehmen, die an die Privathaushalte liefern, auch preiswerteres Gas besorgen können.

Das wäre nur relevant, wenn der Kaufrechtssenat bei der Überprüfung von Preisanpassungen die Bezugskosten der kleineren Lieferanten unter dem Aspekt in Frage stellen würde, dass die Großunternehmen diesen ebenfalls mit nach § 307 BGB unwirksamen Preisanpassungsklauseln die Ölpreisbindung oktroyieren. Davon ist der Senat jedoch weit entfernt. Das liegt nicht an mangelnder Courage, sondern daran, dass eine Lieferkette nicht von ihrem letzten Glied, der Vertragsbeziehung zum Endkunden, her aufgerollt werden kann, vor allem da auch die 700 regionalen Versorgungsunternehmen nicht die Marktmacht haben, um andere Preiskorrelationen etwa gegenüber E.ON und RWE durchzusetzen. Dementsprechend haben auch die Entscheidungen vom 24.3.2010 die für die Höhe der Bezugskosten der Lieferanten maßgebliche Ölpreisbindung ebenso unangetastet gelassen, wie sie die ebenfalls auf der Basis der Ölpreisbindung kalkulierten Ausgangspreise der Vertragsbeziehungen gegenüber den Endkunden der AGB-Kontrolle entzogen haben. Der Energiesektor ist insgesamt in einer Aufbruchphase, die auch durch große Investitionen der beherrschenden Unternehmen in erneuerbare Energien gekennzeichnet ist, denen gegenüber die Judikatur viel zu unsicher ist, um eine tiefgreifende Weichenstellung zwischen zwei fossilen Energieträgern zu realisieren.

Der Kaufrechtssenat verlangt aber immerhin, dass die Ölpreisbindung nicht sklavisch mit gegriffenen Werten implementiert wird, sondern die Bezugskosten der Lieferanten mit all ihren Preisdifferenzen, regionalen und örtlichen Notierungen, zusätzlichen Bemessungsfaktoren und Berechnungszeiträumen möglichst genau erfasst werden. Das bedeutet auch, dass am Markt anzutreffende Kosten unterhalb des durch die Ölpreisbindung vorgegebenen Niveaus relevant werden. Insofern bedeutet die AGB-rechtliche Strenge des Senats wirtschaftlich wenigstens, dass an der Ölpreisbindung gekratzt wird.

32 Bereits im Jahre 2005 hat die Verbraucherschutzministerin Renate Künast die Abschaffung der Ölpreisbindung des Gaspreises gefordert, ist jedoch auf Widerspruch des damaligen Finanzministers Eichel gestoßen, der davon keine Reduzierung der Gaspreise erwartete.

Die danach ausdifferenzierenden Preisanpassungsklauseln können nicht einfach aufgrund einseitiger Gestaltungserklärung der Versorgungsunternehmen Bestandteile laufender Verträge werden. Unproblematisch ist es allerdings, wenn sie in neu abzuschließende Verträge aufgenommen werden. Ansonsten bleibt nur die Kündigung des laufenden Vertrags, verbunden mit dem Angebot eines neuen Vertrags mit entsprechender Preisanpassungsklausel. In der Praxis wird dieser Weg schon verbreitet eingeschlagen. Das Risiko, dass der Verbraucher noch einen anderen Gasanbieter mit besseren Tarifen findet, ist bislang noch sehr gering. Andererseits ist es möglich, dass nach der Kündigung von Sonderverträgen der Kunde als Tarifikunde behandelt werden will und sich hierfür auf die Grundversorgungspflicht nach § 36 EnWG beruft. Dann gilt automatisch das Preisänderungsrecht nach § 5 GasGVV, was allerdings für die Gasversorgungsunternehmen auch kein Trost ist, wenn man der Grundsatzentscheidung des Kartellrechtssenats folgt und die Billigkeitskontrolle für die Ausübung des einseitigen Gestaltungsrechts nach § 315 BGB den gleichen Kriterien unterwirft wie die Preisanpassungsklauseln bei Sondertarifen. Immerhin ist es ein wesentlicher Unterschied der Billigkeitskontrolle gegenüber der AGB-Inhaltskontrolle, dass bei unbilliger Preisänderung durch das die AGB verwendende Unternehmen schließlich der Richter gem. § 315 Abs. 3 BGB berufen ist, selbst die billige Änderung zu bestimmen, so dass im Rahmen der Grundversorgung die Unternehmen letztlich von einer Erhöhung aufgrund richterlicher Billigkeitsentscheidung profitieren könnten.

Die Gasversorgungsunternehmen könnten schließlich daran denken, Verträge auf Zeit mit festen Preisen zu schließen, etwa für ein Jahr, und dann für den Anschlussvertrag einen neuen Preis festzuschreiben, der womöglich als Ausgangspreis keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Der Kunde, der sich nicht äußert, aber weiterhin Strom bezieht, könnte dann durch konkludenten Vertragsschluss auf den neuen Preis festgelegt sein. Aber auch dieser Weg ist nicht praktikabel, da ein Kunde, der dem neuen Vertragsangebot widerspricht, keinen konkludenten Vertragsschluss gegen sich gelten lassen muss, sondern sich unter Umständen auf den Kontrahierungszwang des § 36 EnWG berufen und damit Tarifikunde werden kann. Eine Besserstellung widerständiger Kunden werden die Versorgungsunternehmen aber in jedem Fall vermeiden.

### IX. Rechtspolitische Perspektiven

Natürlich wird sich eine Branche, die keine Rechtssicherheit für Preisanpassungen in Dauerschuldverhältnissen geboten bekommt, eine Intervention des Gesetzgebers erhoffen. Der Gesetzgeber ist jedoch in der ökologischen Umbruchsituation gegenwärtig nicht in der Lage, die Märkte nachhaltig zu ordnen. Der Koalitionsvertrag von 2009 richtet sich auf eine gemischte Energieversorgung, bei der das Subventionsniveau für die einzelnen Energieträger noch oft variieren wird. Er enthält zwar auch privatrechtliche Fragmente eines Konzepts, so etwa zur Erweiterung der Duldungspflichten der Mieter bei Maßnahmen zur Modernisierung durch erneuerbare Energien. Von einem Konzept für die vertragsrechtliche Umsetzung einer neuen Klima- und Energiepolitik kann jedoch noch nicht die Rede sein. Die Gasversorgungsbranche kann dementsprechend auch mit bester Lobby keine Regulierung durch neue Verordnungen erwarten, die sie

von der Einlösung der BGH-Kriterien befreien würde, sondern allenfalls eine Transformierung der Judikatur in Gesetzesnormen.

Kann der Gesetzgeber andererseits die Ölpreisbindung der Gaspreise beseitigen? Prinzipiell ist das ohne Weiteres möglich. Er könnte dabei an das Preisklauselgesetz anknüpfen und die Bindung explizit wegen fehlender Vergleichbarkeit des Referenzguts Heizöl für unwirksam erklären, sowohl aus währungspolitischen Gründen wie mit dem Argument, dass er das Zeitalter politischer Preise für Gaslieferungen zugunsten der Marktwirtschaft beenden möchte. Er müsste aber auch die Folgen bedenken, die einträten, wenn man in Zukunft bei der kartellrechtlichen wie bei der vertragsrechtlichen Kontrolle nur Gaspreise mit Gaspreisen vergleichen würde. Dann könnte sogar eine noch stärkere Preisauftriebstendenz entstehen, da die großen Versorgungsunternehmen, selbst wenn sie die Preise für Lieferungen aus den Pipelines drücken könnten, ihre daraus entspringenden Vorteile nicht weitergeben dürften, jetzt wahrscheinlich unter der Perspektive von Investitionen für erneuerbare Energien. Wie viel davon verwirklicht werden könnte, bliebe dann ihre Sache. In jedem Fall haben die regionalen Versorgungsunternehmen nicht annähernd die Marktmacht, gegenüber den großen Anbietern die Weitergabe der von diesen erzielten Extraprofite zu erzwingen, die der BGH in zurückhaltender zivilrechtlicher Sprache als Verschiebung des Preis-Leistungs-Verhältnisses apostrophiert.

Insgesamt ist also die Preisentwicklung bei den Gasversorgungsunternehmen trotz aller richterlichen Interventionsversuche nicht abzusehen. Das liegt vor allem an den Besonderheiten des leitungsgebundenen Gasversorgungsmarkts mit dem bisher fehlenden Wettbewerb auf der Anbieterseite. Die unhaltbar gewordene Bindung des Gaspreises an den Ölpreis ist historisch einmal zur Gewährleistung der Investitionssicherheit der Gaslieferanten eingeführt worden, jetzt vor allem aber unter ökologischem Aspekt zu überdenken, wenn man die Klimaziele der internationalen Konferenzen und auch der Bundesregierung nach dem Koalitionsvertrag von 2009 ernst nimmt. Dass Erdgas unter den fossilen Brennstoffen auch im Bereich der Beheizung von Gebäuden der fossile Brennstoff mit den geringsten nachteiligen Auswirkungen auf das Klima ist, ist auch die Auffassung des Bundesumweltministeriums. Ob sich auf dieser Basis noch eine Verschiebung unter den fossilen Energieträgern, also vom Öl zum Gas, ergeben kann, ist im Hinblick auf die Dynamik zugunsten der erneuerbaren Energien weiterhin offen.

In dieser wirtschaftspolitischen Gesamtkonstellation wirkt die juristisch durchaus überraschend strenge Judikatur des BGH zwar nicht wie ein durchdachtes Steuerungsinstrument, aber als verbraucherrechtlich aufgeladene Machtbeschränkung, ohne dass jemals in den dürren rechtsdogmatischen Ausführungen des BGH ein ökologischer Aspekt angesprochen worden wäre. Eine auf Dauer wirkende Verschiebung zugunsten staatlicher Steuerung, hier durch die ordentliche Gerichtsbarkeit, gegenüber dem marktwirtschaftlichen Geschehen ist also zu dementieren. Es geht vielmehr bei dem beschriebenen gegenwärtigen Gaspreisstopp nur um eine Atempause im Prozess des Hochschaukelns von Extraprofiten aufgrund vermachteter Märkte und von überproportionalen Steigerungen der Kosten aller privaten Haushalte und des Sozialstaats bei Lieferung von

Energie.<sup>33</sup> Dass die Träger der Marktmacht die Extraprofite zum größten Teil in Investitionen zugunsten erneuerbarer Energien einsetzen und insoweit nicht auf staatliche Subventionen bauen, bleibt aber bloße nuda spes.

## Aktuelle Neuerscheinung



### Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union

Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung

Von Prof. Dr. Christoph U. Schmid  
2010, 899 S., brosch., 149,- €,  
ISBN 978-3-8329-4262-5  
(Schriftenreihe des Zentrums für Europäische Rechtspolitik der Universität Bremen (ZERP), Bd. 61)

Die Schrift untersucht rechtstheoretisch den Wandel des Privatrechts unter der Europäischen Integrationsverfassung. Durch eine Inbezugsetzung des Europäisierungsprozesses mit den sozio-rechtlichen Paradigmata des liberalen, materialen und neoliberal-pluralen Rechts entwickelt der Verfasser die These der marktfinalen Instrumentalisierung des Privatrechts in der EU zulasten seiner traditionellen Gerechtigkeitsfunktion.



## Nomos

Bitte bestellen Sie im Buchhandel oder  
versandkostenfrei unter ► [www.nomos-shop.de](http://www.nomos-shop.de)

33 Das der Staatsverschuldung und der Finanzmarktkrise entsprungene sozialstaatliche Streichpaket der Bundesregierung richtet sich dementsprechend auch nach einem relativ harten Winter umgekehrt gerade auf die Zuschüsse für Heizkosten. Die geplante Streichung des Heizkostenzuschusses für Wohngeldempfänger nach § 12 Abs. 6 WoGG betrifft die einkommensschwachen Haushalte, die weder Sozialhilfe noch Grundsicherungsleistungen erhalten (bei Zweipersonenhaushalten 31 Euro pro Monat). Da die Heizkosten seit 2009 erheblich gestiegen sind, müssen sich etwa die Bezieher kleiner Renten darauf gefasst machen, dass sie im Winter in ihren Wohnungen notfalls den Mantel anbehalten müssen.