

EU-rechtliche Transparenzanforderungen und ergänzende Vertragsauslegung – am Beispiel des Preisanpassungsrechts der Strom- und Gasversorger

A. Einführung

Seit Anfang dieses Jahrzehnts gibt es bei den in der deutschen Strom- und Gasversorgung praktizierten Preisanpassungsrechten der Versorger sowohl bei dem von der Rechtsprechung aus § 4 Abs. 1 und 2 der AVB-Verordnungen und § 5 Abs. 2 der Grundversorgungsverordnungen (GVV) gefolgerten gesetzlichen Recht als auch bei den in den AGB der Sonderkundenverträge enthaltenen vertraglichen Rechten Streit über die Erfüllung der europarechtlichen Transparenzanforderungen. Ausgelöst wurde dieser Streit durch die mit zwei Urteilen des VIII. Zivilsenats des BGH vom 15.7.2009 in den Fällen GASAG und kgu begründete so genannte Leitbildrechtsprechung. Danach waren Preisanpassungsklauseln in den AGB von Sonderkundenverträgen mit der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB vereinbar und damit bei ordnungsgemäßer Einbeziehung in den Vertrag wirksam, wenn sie das aus den genannten Vorschriften der AVBV und GVV gefolgerte gesetzliche Preisanpassungsrecht unverändert ohne Abweichung zum Nachteil des Kunden übernehmen. Obwohl der Senat selbst in seiner Begründung ausdrücklich einräumte, dass dieses Recht „nicht den Anforderungen entspricht, die die höchstrichterliche Rechtsprechung an die tatbestandliche Konkretisierung von Anlass, Voraussetzungen und Umfang eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts stellt,“ und er damit das Transparenzdefizit eines nach seiner Leitbildrechtsprechung gestalteten Preisanpassungsrechts selbst eingestand, hat er die Frage der Vereinbarkeit mit den europarechtlichen Transparenzanforderungen der für AGB generell geltenden Klauselrichtlinie 93/13/EWG von 1993 und der für Strom- und Gaslieferverträge speziell geltenden Verbraucherschutzvorschriften der Binnenmarkttrichtlinien von 2003 und der Beschleunigungsrichtlinien 2009 zunächst schlicht übergangen. Erst nachdem das OLG Oldenburg mit Beschluss vom 14.12.2010 diese Frage dem EuGH vorgelegt hatte und auch im Schrifttum die Europarechtskonformität der Leitbildrechtsprechung bezweifelt worden war, hat er sich schließlich selbst mit Beschluss vom 9.2.2011 den EuGH angerufen. Nur wenige Monate später hat er die gleiche Frage auch für das aus den genannten AVBV- und GVV-Vorschriften gefolgerte gesetzliche Preisanpassungsrecht der Versorger von Tarif- und Grundversorgungskunden mit Beschlüssen vom 18.5.2011 und 29.6.2011 dem EuGH vorgelegt, allerdings beschränkt auf die EU-Strom- und Gasbinnenmarkttrichtlinien von 2003, da die Klauselrichtlinie nach deren Art. 1 Abs. 2 auf durch Rechtsnormen festgelegte Geschäftsbedingungen nicht anwendbar ist. Das Ergebnis dieser Vorlagen sind für die Sonderkundenverträge das EuGH-Urteil vom 21.3.2013 in der Sache RWE-Vertrieb und für die Tarifkunden- und Grundversorgung das Urteil vom 23.10.2014 in den Sachen Schulz und Egbringhoff. Diese Urteile hat der VIII. Zivilsenat des BGH mit seinen Urteilen vom 31.7.2013 für die Sonderkundenverträge und vom 28.10. und 9.12.2015 für die Tarifkunden- und Grundversorgung umgesetzt - allerdings, wie ich im Folgenden noch näher ausführen werde, nur unzureichend.

C. EU-rechtliche Vorgaben für das Preisanpassungsrecht der Strom- und Gasversorger

I. Sonderkundenversorgung (AGB)

EuGH vom 21.3.2013, C-92/11, NJW 2013, 2579 = ZMR 2013, 520 m. Anm. *Markert*

1. Auslegung der Art. 3 und 5 der KlauselRL 93/13/EWG von 1993 und des Art. 3 Abs. 3 der BinnenmarktRL Gas von 2003
2. Anlass und Modus einseitiger Preisänderungen müssen bereits bei Vertragsbeginn im Vertragstext „so transparent dargestellt“ werden, dass der Kunde sie „anhand klarer und verständlicher Kriterien absehen kann.“
3. Rückwirkung bis zum Zeitpunkt des Ablaufs der Umsetzungsfrist der RL (Klausel-RL 1.1.1995; GasRL: 1.7.2004)
4. wegen insoweit bestehender Inhaltsgleichheit mit der BinnenmarktRL Strom und den BeschleunigungsRL Strom und Gas von 2009 gilt die Auslegung des EuGH-Urteils auch insoweit.

II. Tarifikunden- und Grundversorgung (gesetzliches Preisanpassungsrecht)

EuGH vom 23.10.2014, C-359/11 und C-400/11, RdE 2015, 69 = ZMR 2015, 80 m. Anm. *Markert*

1. nur Auslegung der BinnenmarktRL Gas und Strom von 2003 (Art. 3 Abs. 3 bzw. Abs. 5 jeweils i.V.m. Anhang A); da KlauselRL hier nicht anwendbar ist
2. rechtzeitige Vorinformation des Kunden über Anlass, Voraussetzungen und Umfang möglicher Preisänderungen erst vor der jeweiligen einzelnen Änderung erforderlich
3. Rückwirkung wie bei B.I.3.

III. Unterschiede zwischen I. und II.

1. KlauselRL mit ihrem strengen Anpassungsverbot nach Art. 6 Abs. 1 auf die Tarifikunden- und Grundversorgung nicht anwendbar
2. Unterschiedlicher Zeitpunkt der Herstellung der Transparenz über „Anlass und Modus“ bzw. „Anlass, Voraussetzungen und Umfang“ beabsichtigter Preisänderungen
3. Inhaltsgleichheit beider Formeln?

B. „Umsetzung“ der EU-Vorgaben durch den VIII. Zivilsenat des BGH

I. Sonderkundenverträge (AGB)

BGH vom 31.7.2013, NJW 2013, 3647 = ZMR 2013, 871 m. Anm. *Markert*

1. Rückwirkende Aufgabe der sog. Leitbildrechtsprechung des Senats und damit Rückkehr zu den für Preisanpassungsklauseln nach § 307 Abs. 1 BGB generell geltenden Transparenzanforderungen (Beispiel für damit vereinbare Klauselfassung: BGH vom 25.11.2015, EnWZ 2016, 25 = ZMR 2015, 166 m. Anm. *Markert*)

2. aber ergänzende Vertragsauslegung dahingehend, dass die wegen Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel. unwirksamen Preiserhöhungen für den Kunden wirksam werden, wenn er sie nicht innerhalb von drei Jahren nach Zugang der jeweiligen Jahresrechnung beanstandet hat (Fristenlösung, „t-3 -Rechtsprechung“, zuletzt BGH vom 15.4.2015, RdE 2015, 305 = *VersorgW* 2015, 208 m. Anm. *Markert*)

3. diese Rspr. verstößt jedoch gegen das Anpassungsverbot des Art. 6 Abs. 1 der Klausel-RL 93/13/EWG, denn die EuGH-Rspr. fordert danach „schlichte“ bzw. „gänzliche“ Unanwendbarkeit der unwirksamen Klausel gegenüber dem Verbraucher

4. außerdem ist diese Rspr., jedenfalls in ihrer Begründung durch das Urteil vom 15.4.2015, schon nach rein deutschem Recht eine unzulässige geltungserhaltende Reduktion der unwirksamen Klausel

II. Tarifikunden- und Grundversorgung

BGH vom 28.10.2015, VIII ZR 158//11, RdE 2016, 18 = *ZMR* 2015, 981 m. Anm. *Markert*; und VIII ZR 13/12; BGH vom 9.12.2015; VIII ZR 208/12; VIII ZR 236/12 und VIII ZR 330/12

1. rückwirkende Aufgabe des aus § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV und § 5 Abs. 2 GasGVV in der bis zum 29.10.2014 geltenden Fassung gefolgerten gesetzlichen Preisanpassungsrechts der Versorger

2. ergänzende Vertragsauslegung dahingehend, dass dem Versorger anstelle des weggefallenen gesetzlichen Preisanpassungsrechts ein vertragliches Recht zusteht, Steigerungen seiner eigenen (Bezugs-)Kosten, soweit sie nicht durch Kostensenkungen in anderen Bereichen ausgeglichen werden, an den Kunden weiterzugeben

3. auch das vom VIII. Zivilsenat kassierte gesetzliche Preisänderungsrecht berechnete nur zu Preiserhöhungen nach billigem Ermessen, d. h. nur zur Kostenweitergabe ohne Gewinnsteigerung (so auch Senatsurteil VIII ZR 158/11, Rn. 21 m.w.N.). Das vom Senat mittels ergänzender Vertragsauslegung begründete neue Änderungsrecht ist folglich inhaltsgleich mit dem gesetzlichen alten und deshalb keine Umsetzung des EuGH-Urteils vom 23.10.2014. Das neue Änderungsrecht hat die Rechtstellung des Kunden sogar noch verschlechtert, weil es anders als das alte keine Widerspruchsmöglichkeit des Kunden („innerhalb angemessener Frist“) mit gerichtlicher Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB zulässt, sondern die Erhöhung als vereinbart und damit sofort wirksam behandelt.

4. Wegen der auf der Hand liegenden Zweifel an der Vereinbarkeit des neuen vertraglichen Preisänderungsrechts mit den europarechtlichen Vorgaben des EuGH-Urteils vom 23. 10.2014 war der Senat nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Vorlage an den EuGH verpflichtet. Deshalb die Verfassungsbeschwerde des unterlegenen Verbrauchers in der Sache VIII ZR 13/12 wegen Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 1 GG durch Entzug des gesetzlichen Richters (Az. 1 BVR 2971-15).

5. Kritikwürdig ist auch die vom Senat bejahte Anwendung der Fristenlösung auf Preiserhöhungen, soweit sie über die bloße Kostenweitergabe hinausgehen und damit gewinnsteigernd sind. Nach seiner st. Rspr. sind sie insoweit unbillig und deshalb rechtswidrig. Zur Begründung seiner ergänzenden Vertragsauslegung für das Recht auf Kostenweitergabe hat der Senat darauf abgestellt, was redliche Parteien „bei einer angemessenen objektiv-generalisierenden Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben vereinbart hätten.“ (Urteil VIII ZR 158/11, Rn. 70). Dem Interesse des Versorgers an der Durchsetzung rechtswidriger Preiserhöhungen fehlt aber von vornherein die Abwägungsfähigkeit und seine Anerkennung widerspricht sowohl der Redlichkeit als auch den Grundsätzen von Treu und Glauben.

6. Rechtslage nach der Novellierung des § 5 Abs. 2 der GVV ab 30.10. 2014?

- a) Wiederaufleben des gesetzlichen Änderungsrechtsrechts?
- b) Wirksamkeit der Preiserhöhungen auch bei Nichterfüllung der Transparenzanforderungen des § 5 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 GVV? (vgl. BGH-Urteil VIII ZR 158/11, Rn. 51)
- c) Richtlinienkonforme Auslegung dieser Vorschrift zur Vermeidung eines neuen Konflikts mit den EU-rechtlichen Transparenzanforderungen?

D. Fazit

Die europarechtlichen Transparenzerfordernisse sind für die in der deutschen Strom- und Gasversorgung praktizierten Preisanpassungsrechte der Versorger gegenüber Verbrauchern im Sonderkundenbereich durch das EuGH-Urteil vom 21.3.2013 und für die Tarifikunden- und Grundversorgung durch das EuGH-Urteil vom 23.10.2014 mittels Auslegung der einschlägigen EU-Richtlinien präzisiert worden. Diese Vorgaben hat der VIII. Zivilsenat des BGH mit seinem Urteil vom 31.7.2013 im Fall RWE Vertrieb für den Sonderkundenbereich und mit seinen Urteilen vom 28.10. und 9.12. 2015 für die Tarifikunden und Grundversorgung zwar verbal umgesetzt, indem er seine bis dahin angewendete Leitbildrechtsprechung und das aus den genannten AVBV- und GVV-Vorschriften gefolgerte gesetzliche Anpassungsrecht rückwirkend zum Zeitpunkt des Ablaufs der Umsetzungsfrist für die Binnenmarktrichtlinien Strom und Gas am 1.7.2004 kassierte. Tatsächlich hat er aber im Ergebnis mit der Zauberformel der ergänzenden Vertragsauslegung die Vorgaben des EuGH für die Sonderkundenverträge durch seine Fristenlösung teilweise und für die Tarifikunden- und Grundversorgung durch das neu geschaffene vertragliche Anpassungsrecht sogar gänzlich unterlaufen. Da angesichts seiner insoweit durch eine größere Zahl einschlägiger Urteile inzwischen bereits als gefestigt anzusehenden Rechtsprechung nicht zu erwarten ist, dass er selbst wegen der daran auf der Hand liegenden Zweifel an der Europarechtskonformität seiner Verpflichtung aus Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Vorlage an den EuGH nachkommen wird, verbleibt zur Lösung des Konflikts mit dem Europarecht nur der in der Sache VIII ZR 13/12 bereits beschrittene Weg der Verfassungsbeschwerde wegen Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und außerdem die Hoffnung, dass sich ein Instanzgericht bereit findet, dem Beispiel des OLG Oldenburg von 2010 zu folgen, und von seinem Recht nach Art. 267 Abs. 2 AEUV Gebrauch macht, seinerseits den EuGH anzurufen. Der Streit über die Europarechtskonformität der vom VIII. Zivilsenat des BGH kreierten ergänzenden Vertragsauslegung für das Preisanpassungsrecht der deutschen Strom- und Gasversorger ist folglich noch nicht beendet.