

Prof. Dr. Kurt Markert

Anmerkung zur EuGH-Vorlage des OLG Bremen v. 19. Mai 2017, 2 U 115/16

1. Mit dieser Vorlage des OLG Bremen ist der EuGH ein weiteres Mal mit den europarechtlichen Transparenzanforderungen für das deutsche Preisanpassungsrecht der einer allgemeinen Versorgungspflicht unterliegenden Versorger von Tarif- und Grundversorgungskunden befasst – diesmal hauptsächlich mit den Rechtsfolgen, falls diese Anforderungen bei auf dieses Recht gestützten einseitigen Preiserhöhungen der Versorger nicht oder nur unzureichend erfüllt werden. Bei seiner ersten Befassung mit diesen Anforderungen in dem auf zwei Vorlagen des VIII. Zivilsenats des BGH¹ ergangenen Urteil vom 23.10.2014² hat der EuGH entschieden, dass Art. 3 Abs. 3 der EU-Stromrichtlinie 2003³ und Art. 3 Abs. 5 der EU-Gasrichtlinie 2003⁴ jeweils in Verbindung mit ihrem Anhang A so auszulegen sind, dass bei den unter die allgemeine Versorgungspflicht fallenden Verträgen mit Verbrauchern diese bei Änderungen der Tarife (Preise) rechtzeitig vor deren Inkrafttreten auch über Anlass, Voraussetzungen und Umfang der jeweiligen Änderung informiert werden müssen.⁵

Auf dieses EuGH-Urteil hat der Senat erstmals in zwei Urteilen vom 28.10.2015⁶ reagiert und am Konzept dieser Urteile auch in einer Reihe späterer Urteile⁷ festgehalten. Danach kann das nach der bisherigen Senatsrechtsprechung aus § 4 Abs. 1 und 2 AVBEltV/AVBGasV und § 5 Abs. 2 StromGVV/GasGVV in deren bis zum 29.10.2014 geltenden Fassung gefolgerte gesetzliche Preisanpassungsrecht der Versorger rückwirkend ab dem Zeitpunkt des Ablaufs der Umsetzungsfrist der StromRL und GasRL 2003 am 01. 07 2004 nicht (mehr) entnommen werden, da diese Verordnungsvorschriften keine nähere tatbestandliche Konkretisierung hinsichtlich Anlass, Voraussetzungen und Umfang des dem Versorger zustehenden einseitigen Leistungsbestimmungsrechts enthielten.⁸ Ein Aufrechterhalten dieses „alten“ Anpassungsrechts durch eine den Vorgaben des EuGH-Urteils vom 23.10.2014 entsprechende richtlinienkonforme Auslegung dieser Vorschriften dadurch, die vom EuGH formulierten europarechtlichen Transparenzanforderungen in den Verordnungstext quasi „hineinzulesen“, hat der Senat ebenso abgelehnt⁹ wie die direkte Anwendung der diese Anforderungen enthaltenden Richtlinienvorschriften.¹⁰ Die danach naheliegende Folgerung daraus, dass in den vom Senat entschiedenen Fällen im jeweils maßgeblichen Zeitraum die erforderliche rechtzeitige Vorabinformation der Kunden über Anlass, Voraussetzungen und Umfang der streitigen Preisanpassungen unterblieben war, diese deshalb wegen Nichterfüllung der europarechtlichen Transparenzanforderungen abschließend („unheilbar“) für die Kunden unverbindlich (unwirksam)

¹ BGH, 18.05.2011, VIII ZR 71/10, ZMR 2011, 791 m. Anm. *Markert*; BGH, 29.06.2011, VIII ZR 211/10, ZNER 2011, 435 m. Anm. *Markert*.

² EuGH, C-359/11 und C-400/11, NJW 2014, 871 = ZMR 2015, 80 m. Anm. *Markert*.

³ Nachfolgend: StromRL 2003. Diese wurde ab September 2009 ersetzt durch die Richtlinie 2009/72/EG v. 13.7.2009 (nachfolgend: StromRL 2009) ohne inhaltliche Änderung der Transparenzanforderungen der StromRL 2003.

⁴ Nachfolgend: GasRL 2003. Diese wurde ab September 2009 ersetzt durch die Richtlinie 2009/73/EG v. 13.7.2009 (nachfolgend GasRL 2009) ohne inhaltliche Änderung der Transparenzanforderungen der GasRL 2003.

⁵ EuGH, Fn. 2, amtl. Leitsatz und Rdn. 43 und 48.

⁶ VIII ZR 158/11, ZMR 2015, 981 m. krit. Anm. *Markert*; BGH, VIII ZR 13/12, MDR 2015, 1350.

⁷ Zuletzt: BGH, 9.11.2016, VIII ZR 246/15, Rdn. 20, EnWZ 2017, 175.

⁸ BGH, VIII ZR 158/11 (Fn. 6) Rdn. 25 und 33. Das Gleiche gilt für § 5 Abs. 2 StromGVV/GasGVV in der bis zum 29.10.2014 geltenden Fassung.

⁹ VIII ZR 158/11 (Fn. 6), Rdn. 34-61.

¹⁰ VIII ZR 158/11 (Fn. 6), Rdn. 62-65.

sind, hat der Senat jedoch nicht gezogen. Vielmehr hat er das von ihm kassierte gesetzliche „alte“ Anpassungsrecht mit einer ergänzenden Vertragsauslegung durch ein inhaltsgleiches vertragliches Anpassungsrecht ersetzt.¹¹ Danach ist der Versorger berechtigt, Steigerungen seiner eigenen (Bezugs-)Kosten, soweit sie nicht durch Kostensenkungen in anderen Bereichen ausgeglichen werden, an die Kunden mit der Maßgabe weiterzugeben, dass bei einer Anpassung Kostensenkungen ebenso zu berücksichtigen sind wie Kostenerhöhungen. Ein danach erhöhter Tarif oder Preis gilt nach dieser Rechtsprechung als von den Vertragsparteien vereinbart und damit auch der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB entzogen.

Dass das vom Senat mit ergänzender Vertragsauslegung begründete neue vertragliche Preisanpassungsrecht mit dem ebenfalls auf die Weitergabe unvermeidbarer (Netto-)Kostensteigerungen beschränkten „alten“ gesetzlichen Anpassungsrecht inhaltsgleich ist, habe ich an anderer Stelle bereits näher ausgeführt.¹² Bestätigt wird dies dadurch, dass das neue vertragliche Anpassungsrecht Preiserhöhungen erst dann nicht mehr erfasst, soweit sie der Erzielung eines zusätzlichen Gewinns dienen.¹³ Dazu kann es aber erst kommen, wenn die Preiserhöhung über die Steigerung der gesamten relevanten Kosten des Versorgers hinausgeht und nicht nur über seine notwendigen Beschaffungskosten für den Fremdbezug der an seine Kunden weitergelieferten Energie. Das neue Anpassungsrecht berechtigt daher genauso wie das „alte“ zur Weitergabe aller (Netto-)Kostensteigerungen, wobei auch für das neue Recht gilt, dass vermeidbare Kostensteigerungen davon ausgenommen sind.¹⁴

2. Im Ausgangsverfahren des OLG Bremen geht es um die Zahlungsklage eines Versorgers gegen einen Tarif- und Grundversorgungskunden wegen noch nicht bezahlter Erhöhungsbeträge aus einseitigen Gaspreiserhöhungen in der Zeit zwischen dem 01.07.2004 und September 2012. In erster Instanz war diese Klage in Gänze mit der Begründung abgewiesen worden, der Versorger habe die nach dem Beurteilungskonzept des VIII. Zivilsenats des BGH erforderlichen Erhöhungen seiner (Bezugs-)Kosten nicht substantiiert vorgetragen. Nach Ansicht des OLG lag ein solcher Vortrag aber jedenfalls für Teile der Klageforderung vor, so dass bei entsprechendem Nachweis durch den Versorger seiner Klage nach diesem Konzept insoweit stattzugeben wäre. Das OLG hat deshalb zutreffend angenommen, dass es für seine Entscheidung über die Berufung des Versorgers gegen das erstinstanzliche Urteil darauf ankommt, ob das vom VIII. Zivilsenat des BGH als Ersatz für das kassierte „alte“ gesetzliche Preisanpassungsrecht mit ergänzender Vertragsauslegung geschaffene neue vertragliche Anpassungsrecht mit den im EuGH-Urteil vom 23.10.2014 formulierten europarechtlichen Transparenzanforderungen vereinbar ist, obwohl es diese Anforderungen ebenfalls nicht enthält, und die nur auf das rückwirkend entfallene „alte“ Anpassungsrecht gestützten Tarif- und Preiserhöhungen wegen Nichterfüllung dieser für solche Erhöhungen als Wirksamkeitsvoraussetzung anzusehenden Anforderungen endgültig („unheilbar“) unwirksam sind.

3. Nur wenn man die erste Vorlagefrage des OLG Bremen in diesem Sinne versteht und bejaht, entspricht dies dem Zweck („*effet utile*“) dieser Anforderungen.¹⁵ Denn wäre die nach dem EuGH-Urteil vom 23.10.2014 erforderliche rechtzeitige Vorabinformation der Kunden über Anlass, Voraussetzungen und Umfang beabsichtigter Tarif- und Preiserhöhungen für deren Wirksamkeit

¹¹ VIII ZR 158/11 (Fn. 6), amtl. Leitsatz e) und Rdn. 66-84.

¹² Markert, ZMR 2015, 990; ders., EnWZ 2016, 195, 199 f.; ders., EnWZ 2017, 273.

¹³ VIII ZR 158/11 (Fn. 6), amtl. Leitsatz h) und Rdn. 85.

¹⁴ BGH, 6.4.2016, VIII ZR 71/10, amtl. Leitsatz d) und Rdn. 33, EnWZ 2016, 228.

¹⁵ Der EuGH kann ihm vorgelegte Auslegungsfragen so verstehen, dass damit das Unionsrecht für das vorliegende Gericht zweckdienlich ausgelegt werden kann. So z. B. EuGH, 16.12.2008. C-213/07, Rn. 50 f., EuZW 2009, 87; 14.6.2012, C-618/10, Rdn. 58, NJW 2012, 2257. Vgl. auch *Gaitanides* in: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Art. 267 AEUV, Rdn. 47 f.

keine Voraussetzung mit der Folge, dass das Unterbleiben dieser Information die jeweilige Erhöhung endgültig („unheilbar“) unwirksam macht, und kann deshalb dieses Unterbleiben entsprechend dem Beurteilungskonzept des VIII. Zivilsenats des BGH durch eine ergänzende Auslegung der Lieferverträge „geheilt“ werden, wäre im Ausgangsverfahren des OLG die Klage des Versorgers bei Nachweis entsprechender Kostensteigerungen jedenfalls teilweise begründet und würde der ersten Vorlagefrage des OLG die Entscheidungserheblichkeit fehlen. Das OLG lässt aber zurecht Zweifel an der Europarechtskonformität dieses Konzepts erkennen, denn der VIII. Zivilsenat des BGH hat damit das von ihm wegen der Vorgaben des EuGH-Urteils vom 23.10.2014 kassierte „alte“ gesetzliche Preisanpassungsrecht nur mit dem anderen Etikett eines mittels ergänzender Vertragsauslegung begründeten neuen vertraglichen Anpassungsrechts im Ergebnis weiter aufrechterhalten, obwohl dieses ebenfalls den europarechtlichen Transparenzanforderungen nicht entspricht.¹⁶ Er hat damit die Vorgaben des EuGH-Urteils vom 23.10.2014 praktisch ignoriert und so das nicht nur zeitlich aufwendige Vorabentscheidungsverfahren in diesem Fall zu einer reinen Farce gemacht, zumal dies noch obendrein mit dem Argument eines jeden vernünftigen Zweifel ausschließenden „acte éclairé“ gerechtfertigt wurde.¹⁷

3. Ist daher nach dem unter 2. Ausgeführten die erste Vorlagefrage des OLG Bremen im Sinne von absoluter Wirksamkeitsvoraussetzung zu verstehen und auch zu bejahen, kann es auf die zweite Vorlagefrage des OLG nicht mehr ankommen. Denn wenn die rechtzeitige Vorabinformation der Kunden über Anlass, Voraussetzung und Umfang beabsichtigter Preiserhöhungen „unheilbare“ Voraussetzung für die Wirksamkeit von Preisanpassungen ist, gilt dies für alle Versorger von Tarif- und Grundversorgungskunden und nicht nur für diejenigen, die dem Staat zuzurechnen sind einschließlich der kommunalen Versorger (Stadtwerke). Die zweite Vorlagefrage stellt sich daher, anders als das OLG Bremen meint, nur dann, wenn die erste Frage entgegen der hier vertretenen Ansicht dahin beantwortet wird, dass bei unterbliebener oder nur unzureichender Vorabinformation der Kunden über Anlass, Voraussetzungen und Umfang beabsichtigter Anpassungen die „Heilung“ wie nach der Rechtsprechung des VIII Zivilsenats des BGH auch europarechtlich zulässig bleibt.¹⁸

Wie das OLG zur Begründung seiner zweiten Vorlagefrage ausführt, hat der VIII Zivilsenat des BGH in seinen Urteilen vom 28.10.2015¹⁹ zur Frage der direkten Anwendung der Transparenzanforderungen der GasRL 2003 zwar die Rechtsprechung des EuGH angeführt, wonach sich der Einzelne in allen Fällen, in denen die Bestimmungen einer Richtlinie inhaltlich unbeding und hinreichend genau sind, vor nationalen Gerichten gegenüber dem Staat auf diese Bestimmungen berufen kann, wenn dieser die Richtlinie nicht fristgemäß oder nur unzulänglich in das nationale Recht umgesetzt hat, und dies auch gegenüber Organisationen oder Einrichtungen unabhängig von ihrer Rechtsform gilt, die dem Staat oder dessen Aufsicht unterstehen (sog. vertikale Drittwirkung). Der Senat hat auch das Fehlen der erforderlichen Umsetzung dieser Anforderungen in deutsches Recht ab dem 1.7.2004 festgestellt, jedoch deren Direktwirkung unabhängig von der Frage der inhaltlichen Unbedingtheit und hinreichenden Genauigkeit dieser Anforderungen mit der Begründung verneint, vom Berufungsgericht sei weder festgestellt worden noch sonst ersichtlich, dass es sich bei den klagenden Versorgern um Organisationen oder Einrichtungen i. S. der EuGH-Rechtsprechung handelt.²⁰ Dass die Kläger wie schon aus dem Klagerubrum ersichtlich Stadtwerke waren (Geldern und Hameln), blieb

¹⁶ Kritisch wegen fehlender Europarechtskonformität dieser Rechtsprechung bereits: *Markert*, ZMR 2015, 988, 990; *ders.*, EnWZ 2016, 195, 199 ff.; *Riesenhuber*, LMK 2016, 375867; *Uffmann*, NJW 2016, 1696, 1699; *Starke*, RdE 2016, 498, 502 ff.

¹⁷ So BGH, 6.4.2016, VIII ZR 71/10, amtl. Leitsatz b) und Rdn. 38, EnWZ 2016, 228; VIII ZR 211/10, Rdn. 31, RdE 2016, 310.

¹⁸ Zur Frage des zweckdienlichen Verständnisses von Vorlagefragen durch den EuGH s. Fn. 15.

¹⁹ VIII ZR 158/11 (Fn. 6), Rdn. 63 f.

²⁰ VIII ZR 158/11 (Fn. 6), Rn. 65.

dabei ebenso unerwähnt wie das die Anwendbarkeit der vertikalen Drittwirkung nicht umgesetzter EU-Richtlinien auch auf Kommunalunternehmen bejahende Schrifttum.²¹ In einem späteren Urteil²² hat der Senat zwar die Stellung des Klägers als Kommunalunternehmen erwähnt, die vertikale Drittwirkung der Transparenzanforderungen der GasRL 2003 und 2009 mit der gleichen formelhaften Begründung verneint, es sei weder festgestellt noch sonst ersichtlich, dass es sich bei ihm um eine Organisation oder Einrichtung i. S. der EuGH-Rechtsprechung handelt, und die Gegenseite habe übergangenen Tatsachenvortrag nicht aufgezeigt. Dass Kommunalunternehmen (Stadtwerke) der staatlichen Aufsicht der Bundesländer nach den jeweiligen Landesgesetzen unterliegen, ist jedoch allgemein und damit auch gerichtsbekannt und bedarf daher weder eines entsprechenden Parteivortrags noch eines Beweisantritts.²³ Die Ansicht des OLG Bremen, dass der Versorger im Ausgangsverfahren als reines Stadtwerk eine Einrichtung i. S. der genannten EuGH-Rechtsprechung sein dürfte, ist daher zutreffend.

Die daraus vom OLG Bremen abgeleitete zweite Auslegungsfrage ist allerdings zu sehr auf die besonderen Umstände des Ausgangsverfahrens (nur GasRL 2003, rein kommunaler Versorger) verengt und setzt daher als Prämisse für ihre Beantwortung die weiter gefasste Auslegungsfrage voraus, ob die nach der Rechtsprechung des EuGH für nicht fristgemäß oder nur unzulänglich umgesetzte EU-Richtlinien geltende vertikale Drittwirkung auch auf die einer staatlichen Aufsicht unterstehenden Kommunen und die von ihnen kontrollierten Unternehmen anwendbar ist. Ist dies der Fall und bleibt das OLG Bremen bei seiner Ansicht, dass die Transparenzanforderungen der GasRL 2003 hinreichend genau bestimmt sind, führt jedoch das Unterbleiben der danach erforderlichen Vorabinformation der Kunden über beabsichtigte Preiserhöhungen zu deren endgültiger („unheilbarer“) Unwirksamkeit nur dann, wenn die Direktwirkung dieser Anforderungen so ausgelegt wird, dass sie ebenfalls einer „Heilung“ durch eine ergänzende Auslegung der Lieferverträge nach dem Muster der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des BGH entgegensteht. Dies hätte allerdings, falls nicht bereits die erste Vorlagefrage vom EuGH in dem hier unter 2. vertretenen Sinne verstanden und bejaht wird, die missliche Konsequenz, dass die Kunden insoweit unterschiedlich behandelt werden, je nachdem ob sie von staatlichen oder kommunalen Versorgern beliefert werden oder von rein privaten Lieferanten, ohne dass hierfür eine überzeugende Begründung ersichtlich ist.

4. Vorabentscheidungsverfahren des EuGH dauern üblicherweise eineinhalb bis zwei Jahre.²⁴ Eine Entscheidung der EuGH in dem die Vorlage des OLG Bremen betreffenden, unter dem Aktenzeichen C- 309/17 geführten Verfahren dürfte daher voraussichtlich erst in der ersten Jahreshälfte 2019 vorliegen. Nach den beiden Vorlagen des VIII. Zivilsenats des BGH zum Preisanpassungsrecht der Tarifkunden- und Grundversorger²⁵ hat der Senat im Hinblick darauf alle späteren einschlägigen Verfahren nach § 148 ZPO analog vorerst ausgesetzt.²⁶ So sollte nunmehr von den Gerichten auch in den noch anhängigen und künftigen Fällen verfahren werden, in denen es auf die vom OLG Bremen dem EuGH vorgelegten Auslegungsfragen ankommt. Soweit über Zahlungsansprüche von Versorgern

²¹ Vgl. z. B. *Callies/Ruffert*, EUV/AEU, 4. Aufl., Art. 288 AEUV Rdn. 59; *Geismann* in: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Art. 288 AEUV, Rdn. 45; *Uffmann*, NJW 2015, 1215, 1217. Dies ist insofern mit der vom BVerfG verneinten Frage vergleichbar, ob sich kommunale Energieversorger auf die Grundrechte des GG berufen können (z. B. BVerfG, 2.11.2015, 1 BvR 1530/15, Rdn. 5; BVerfG, 6.9.2016, 1 BvR 1305/13, Rdn. 19, RdE 2016, 515).

²² BGH, 9.12.2015, VIII ZR 208/12, Rn. 21, EnWZ 2016, 166.

²³ Die Firmierung als „Stadtwerke“ ist nur zulässig bei einer Mehrheitsbeteiligung oder einem sonstigen bestimmenden Einfluss der jeweiligen Kommune, BGH, 9.11.2016, I ZB 43/15. Dazu: *Buchmüller*, EWeRK 2017, 31 ff.

²⁴ In dem das EuGH-Urteil vom 23.10.2014 (Fn. 2) dauerte das Verfahren von der zweiten Vorlage des BGH an gerechnet fast zwei Jahre und vier Monate.

²⁵ S. Fn. 2.

²⁶ So auch in den mit den Urteilen vom 28.10.2015 (Fn. 6) entschiedenen Fällen.

und Rückzahlungsansprüche von Kunden der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des BGH entsprechend bereits rechtskräftig entschieden wurde, hat dies allerdings in jedem Falle Bestand.²⁷

5. Die Vorlage des OLG Bremen betrifft nur Strom- und Gaspreiserhöhungen in der Zeit zwischen dem 1. Juli 2004 und 29. Oktober 2014, für die der VIII. Zivilsenat des BGH das bisherige „alte“ gesetzliche Preisanpassungsrecht der Versorger rückwirkend kassiert hat. Sollte der EuGH auf diese Vorlage hin die rechtzeitige Vorabinformation der Kunden über Anlass, Voraussetzungen und Umfang beabsichtigter Preiserhöhungen als unabdingbare Voraussetzung für deren Wirksamkeit beurteilen, gilt dies auch für die Neufassung des § 5 Abs. 2 StromGKV/GasGKV. Die im Schrifttum vertretene Ansicht, auch danach komme es für die Wirksamkeit der Erhöhung allein auf deren rechtzeitige öffentliche Bekanntgabe an,²⁸ wäre damit endgültig widerlegt. Würde hingegen dieser Ansicht gefolgt mit der Konsequenz, dass das aus dieser Vorschrift entnommene gesetzliche Preisbestimmungsrecht der Versorger keine tatbestandliche Konkretisierung hinsichtlich Anlass, Voraussetzungen und Umfang danach möglicher Preisanpassungen enthielte, müsste auch für die Zeit ab dem 30. Oktober 2014 aus dem gleichen Grund wie nach der BGH-Rechtsprechung für die Zeit davor ein solches Recht wegen Unvereinbarkeit mit den europarechtlichen Transparenzanforderungen verneint werden.

Prof. Dr. Kurt Markert, Berlin

²⁷ Vgl. dazu das insoweit auf den Grundsatz der Rechtssicherheit gestützte EuGH-Urteil v. 21.12.2016, C-154/15, C-307/15 und C-308/15, Rn. 68, EnWZ 2017, 171 m. Anm. *Markert*, zu Rückforderungsansprüchen von Verbrauchern bei nach der Klausel-Richtlinie 93/13/EWG missbräuchlichen AGB-Bestimmungen. Die dreijährige Verjährungsfrist im Falle noch nicht rechtskräftig abgewiesener Kundenansprüche wird allerdings erst frühestens mit der Vorlage des OLG Bremen in Lauf gesetzt, da angesichts der „gefestigten“ BGH-Rechtsprechung seit den Urteilen vom 28.10.2015 (s. Fn. 6) eine frühere Klageerhebung für die Kunden nicht zumutbar war.

²⁸ So *Keller-Herder/Baumbach*, ER 2015, 3, 7; *Eder/Rumpf*, IR 2015, 270, 274 f. Begründet wird dies damit, dass die durch den neuen Halbsatz 2 eingeführte Verpflichtung der Versorger, die Kunden auch über Anlass, Voraussetzungen und Umfang der Erhöhung zu informieren, verbal („hierbei“) nur an die Pflicht zur zeitgleichen brieflichen Mitteilung an die Kunden und Veröffentlichung im Internet gekoppelt ist, die nach einem die alte Fassung des § 5 Abs. 2 betreffenden BGH-Urteil vom 9.12.2015, VIII ZR 208/12, Rdn. 22, EuZW 2016, 166, anders als die öffentliche Bekanntgabe kein zusätzliches Wirksamkeitserfordernis sei, sondern nur der erleichterten Kenntnisnahme durch den Kunden diene.