

### 3. Kapitel      Kernschnittstellen zum Energierecht

#### I. Vertragsrecht

**4. Preiskontroll- und -anpassungsrecht.** Hat der grundversorgte Kunde auch noch in Zeiten des Wettbewerbes einen Anspruch auf Überprüfung der Gaspreise? Er könnte doch kündigen! Falls ja, auch bezüglich des Anfangspreises? Gibt es die Billigkeitskontrolle auch bei Sondervertragskunden? Wie ist es bei den Netzbetreibern bezüglich der Netznutzungsentgelte? Muss das Energieversorgungsunternehmen die Kalkulation offen legen? Falls ja, in welcher Tiefe? Macht es einen Unterschied, ob ein grundversorgter Kunde oder ein Sondervertragskunde auf eine Preisanpassung schweigt? Was ist der Unterschied zwischen einer Preisabrede und einer Preisnebenabrede?

Zu diesen und vielen weiteren Fragen gibt es inzwischen eine schlicht nicht mehr zu übersehende Anzahl von Aufsätzen sowie unter- und obergerichtlicher Rechtsprechung, aber nur teilweise gefestigte BGH-Rechtsprechung. Schon deshalb kann hier nur im Groben versucht werden, die aktuellen Fragen zusammenzufassen und den **aktuellen Stand** von Literatur und Rechtsprechung abzubilden.

**a) Grundversorgung.** Zunächst zur Anspruchsgrundlage. In der Strom- und Gasgrundversorgung - zu den Besonderheiten im Rahmen der Fernwärmeversorgung später - gibt es i.d.R. keine vertraglich vereinbarte Preisanpassungsklausel, sondern die **normative geltenden Preisanpassungsrechte** aus den Grundversorgungsordnungen, konkret die §§ 5 Abs. 2 und 3 der Strom- und GasGVV. Die Schlüsselnorm § 5 Abs. 2 der Strom- bzw. GasGVV lautet:

„Änderungen der Allgemeinen Preise und der ergänzenden Bedingungen werden jeweils zum Monatsbeginn und erst nach öffentlicher Bekanntgabe wirksam, die mindestens sechs Wochen vor der beabsichtigten Änderung erfolgen muss. Der Grundversorger ist verpflichtet, zu den beabsichtigten Änderungen zeitgleich mit der

öffentlichen Bekanntgabe eine briefliche Mitteilung an den Kunden zu versenden und die Änderungen auf seiner Internetseite zu veröffentlichen.“

**aa) Anspruchsgrundlage.** Was haben wir bis jetzt? Preisanpassungen in der Grundversorgung mit Strom und Gas basieren auf den normativ geltenden Preisanpassungsklauseln aus §§ 5 Abs. 2 Strom- bzw. GasGVV. Diese Vorschriften sind nach § 310 BGB der AGB-Kontrolle gemäß der §§ 308, 309 BGB entzogen und nach § 307 BGB nur insoweit zu messen, als es eine Gleichbehandlung von grundversorgten Kunden und Sondervertragskunden zu gewährleisten gilt, so die bisherige Rechtslage. Können bzw. sollen die gesetzlich normierten Preisanpassungsrechte der Grundversorgungsverordnungen neben der eingeschränkten **AGB-Kontrolle** noch weiter überprüft werden? Der BGH hielt das bislang nicht für erforderlich, will aber fortan für die Vorgängerregelung in § 4 AVBGasV nicht mehr gänzlich ausschließen, dass § 4 AVBGasV möglicherweise doch mit den europarechtlichen **Transparenzanforderungen** an Preisänderungsklauseln der Richtlinie 2003/55/EG oder mit der Klausel-Richtlinie 93/13/EWG kollidiert. Art. 3 Abs. 3 Satz 4 der Richtlinie lautet:

**Richtlinie 2003/55/EG Art. 3 Abs. 3 Satz 4:** „Sie (gemeint sind die Mitgliedstaaten, *Anmerkung des Autors*) gewährleisten einen hohen Verbraucherschutz, insbesondere in Bezug auf die Transparenz der allgemeinen Vertragsbedingungen, allgemeine Informationen und Streitbeilegungsverfahren.“

**Anhang A** Buchstabe c dieser Richtlinie präzisiert Art. 3 insoweit, als dass sichergestellt werden soll, dass die Kunden transparente Informationen über geltende Preise und Tarife sowie über die Standardbedingungen für den Zugang zu Gasdienstleistungen und deren Inanspruchnahme erhalten.



Eine Kollision sei nach der vom BGH zitierten Gegenmeinung denkbar, weil weder die Überschrift des § 4 Abs. AVBGasV („§ 4 Art der Versorgung“, *Anmerkung des Autors*) noch der unmittelbare Wortlaut der Bestimmung offenbare, dass diese ein **Preisänderungsrecht** enthalte und zudem eine tatbestandliche Konkretisierung von Anlass, Voraussetzung und Umfang des Leistungsbestimmungsrechts fehle (dazu, BGH Az: VIII ZR 71/10, Rdn. 12 m.w.N.). Der BGH selbst meint, § 4 Abs. AVBGasV

sei nach richtlinienkonformer Auslegung mit der Richtlinie vereinbar (so, BGH Az: VIII ZR 71/10, Rdn. 16 m.w.N.).

**Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV.** Stellt sich in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht eines Mitgliedstaates, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, die Frage der Auslegung einer Richtlinie, muss das Gericht den Gerichtshof vorher anrufen.



Im Verfahren Az: VIII ZR 71/10 geht es um eine Preisänderung im Rahmen eines Erdgaslieferungsvertrages mit einem grundversorgten Kunden. Der BGH hat deshalb das Verfahren ausgesetzt und die Entscheidung dem EuGH nach Art. 267 AEUV zur **Vorabentscheidung** vorgelegt. Was geschieht nun, wenn der Europäische Gerichtshof wider Erwarten zu dem Ergebnis kommt, dass § 4 Abs. AVBGasV mit Europarecht unvereinbar ist? Mit dieser Frage hat sich das OLG Düsseldorf am 21.11.2011, Az: 13 O 179/08, Seite 11 am Rande auseinandergesetzt. Dann stünde dem Grundversorger ein Preisanpassungsrecht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu, weil der **Grundversorger den Grundversorgungsvertrag nicht wirksam kündigen könne** und weil der Grundversorger nach § 36 EnWG zur Aufrechterhaltung des Vertrags verpflichtet sei. Der Kontrahierungszwang (so das OLG Düsseldorf mit umfangreichen Nachweisen zu Literatur und Rechtsprechung weiter) sei ein Eingriff in die Privatautonomie und dem Versorger nur mit einer Preisanpassungsbeurteilung zumutbar, ausgehend davon, dass die Preisanpassungsrechte der Grundversorgungsverordnungen europarechtskonform sind. Wie geht es dann weiter? Kann ein Kunde die vom Energieversorger festgesetzten Preise gerichtlich prüfen lassen?

**bb) Billigkeitskontrolle.** Eine gerichtliche Prüfung, beispielsweise der Gaspreise, im Rahmen einer Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB wäre möglich, wenn man davon ausgeht, dass § 315 BGB **direkt**, mindestens aber **entsprechend**, anwendbar ist. Der BGH vertrat in seiner Entscheidung vom 13.6.2007, VIII ZR 36/06 die Auffassung, dass § 315 BGB auf Preiserhöhungen **Anwendung** findet (Rdn. 16). Ein **Leistungsbestimmungsrecht** im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB, so der BGH (Rdn. 17), könne einer Vertragspartei nicht nur durch vertragliche Vereinbarung, sondern auch durch Gesetz eingeräumt werden. Wenn der Energieversorger von seinem Preisanpassungsrecht Gebrauch mache, übe er sein gesetzliches eingeräumtes Leistungsbestimmungsrecht im Sinne von § 315

BGB aus. Was gilt heute? Geklärt ist, dass § 315 BGB auf den bei Vertragsschluss **vereinbarten Preis** weder unmittelbar (so BGH, Az: VIII ZR 36/06, Rdn. 39) noch entsprechend (so BGH, Az: VIII ZR 36/06, Rdn. 40) anwendbar ist („Sockelbetrag“). Denn § 315 BGB setzt voraus, dass die Parteien vereinbaren, dass einer von ihnen die Leistung einseitig bestimmt. Daran fehlt es aber, wenn sie sich bei Abschluss des Vertrages beide auf einen allgemeinen Tarif für die leitungsgebundene Versorgung mit Gas einigen (so das Gericht weiter). Am 23.07.2007, Az: VIII ZR 146/06 urteilte der BGH in Leitsatz b); „Eine Strompreiskontrolle in entsprechender Anwendung des § 315 BGB scheidet aus, wenn der Stromkunde die Möglichkeit hat, Strom von einem anderen Anbieter seiner Wahl zu beziehen.“ Die Feststellungen des BGH bezogen sich ausschließlich auf den **Anfangspreis**. Aufbauend darauf kamen danach mehrere Landgerichte zu dem Ergebnis, dass für die Anwendbarkeit von § 315 BGB auf Preisanpassungen nach Vertragsschluss nichts anderes gelten könne. Denn auch hier könne sich der Kunde **frei** für einen anderen Versorger **entscheiden**. So das LG Münster, 13. 07.2010, Az: 06 S 70/09 auszugsweise:

„Nach Auffassung der Kammer könne jedoch im Ergebnis für den hier maßgeblichen Fall der nachträglichen Erhöhung ... nichts anderes gelten, da die Interessenlage der Parteien vergleichbar sei. Die Möglichkeit einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle solle eine Vertragspartei vor dem Missbrauch privatautonomer Gestaltungsmacht der anderen Partei schützen. Vorliegend stand dem Kläger ... ein vertragliches Sonderkündigungsrecht zu. Der Kläger hätte auf dem liberalisierten Strommarkt während des gesamten hier gegenständlichen Zeitraums ... Zeit, den Anbieter zu wechseln. Er bedurfte daher nicht des Schutzes einer gerichtlichen Kontrolle der Tarife seines Energieversorgers. Wie der BGH ausgeführt hat, sind die Zivilgerichte keine Instanz zur Kontrolle am Markt verlangter Preise, weshalb der Anwendungsbereich des § 315 BGB und die zivilgerichtliche Kontrolle von Energiepreisen bewusst durch den Gesetzgeber eingeschränkt worden sei (BGH VIII ZR 138/07 Rn. 23). Es sei nicht sachgerecht und dem Zweck des § 315 BGB nicht entsprechend, wenn ein Energiekunde den Versorger gerichtlich zur Offenlegung betriebswirtschaftlicher Interna wie den Bezugspreisen und der Kostenentwicklung in den anderen Bereichen der Energieversorgung zwingen könne, obwohl er sich jederzeit ohne nennenswerten Aufwand vom Vertrag lösen und mit einem anderen Anbieter kontrahieren könne.“

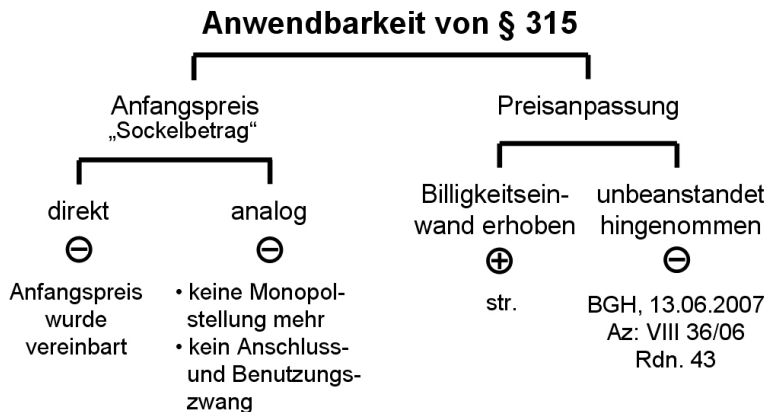


Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Das OLG Stuttgart interpretierte die BGH-Rechtsprechung am 30.12.2010, Az: 2 U 94/10 anders:

**OLG Stuttgart:** Die Überlegungen zum Kündigungsrecht in den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs ... ständen in einem ganz anderen Zusammenhang: ... der Bundesgerichtshof mache mit den genannten Entscheidungen klar, dass Tarifierhöhungen ... als Ausübung einseitiger Leistungsbestimmungsrechte einer Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB unterliegen und der Kunde daneben bzw. stattdessen die Möglichkeit habe, zu kündigen. Er (gemeint ist der Kunde, Anmerkung des Autors) könne entweder am Vertrag festhalten und die Preisänderung gemäß § 315 BGB auf ihre Billigkeit überprüfen lassen, oder er könne sich spätestens gleichzeitig mit dem Wirksamwerden der Preisänderung vom Vertrag lösen und den Anbieter wechseln... (Rdn. 91).

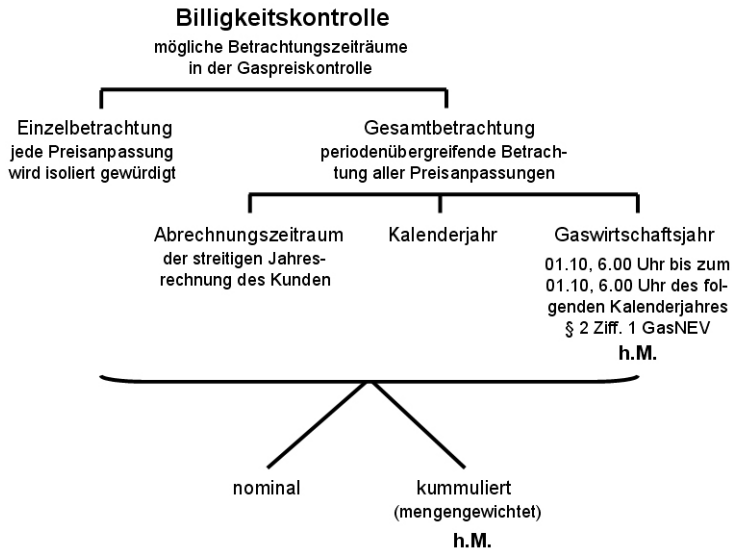


Die Diskussion kann mit Blick auf den hier zur Verfügung stehenden Raum nicht weiter vertieft werden. Es muss jedoch, auch vor dem Hintergrund des Grundsatzes von Treu und Glauben, die Frage gestellt werden, ob es in dieser Auseinandersetzung zielführend ist, wenn ein grundversorger Kunde das Energieversorgungsunternehmen stets unbegrenzt in die **gerichtliche Billigkeitskontrolle** zwingen könnte, obschon er selbst jederzeit dem für unbillig gehaltenen Preis ausweichen könnte. Wie? Beispielsweise durch einen Wechsel in einen gegebenenfalls günstigeren Sondervertragstarif desselben Versorgers oder zu einem anderen Anbieter. Skizziert gilt also Folgendes:



Einmal ausgehend davon, dass § 315 BGB bei Preisanpassungen weiterhin Anwendung findet, stellt sich die Anschlussfrage, wie und in welcher Tiefe die Gerichte die **Preiskalkulation** überprüfen können. Zivilprozessual gilt grundsätzlich, dass die Klage schlüssig sein muss (§ 331 Abs. 2 ZPO), das Gerichte in ihrer Beweiswürdigung frei sind (so § 286 ZPO). Im Rahmen von § 315 BGB muss die den Preis bestimmende Partei, die ihre Leistungsbestimmung tragenden und deren Billigkeit rechtfertigenden Umstände dartun und beweisen (so das OLG Düsseldorf am 21.11.2011, Az: 13 O 179/08, Seite 12). Für die Billigkeit als solche gibt es keine Darlegungs- und Beweislast. Sie ist ein Rechtsbegriff. Die notwendige Abwägung hat das Gericht deshalb von Amts wegen vorzunehmen (so das OLG Düsseldorf weiter).

Der Nachweis der Billigkeit ist anspruchsvoll, die Verfahren sind überaus komplex, teuer und gehen oft über mehrere Instanzen. Das liegt nicht allein daran, dass die Kalkulation des Preises schwierig ist, sie ist es meist gar nicht; sondern es liegt daran, dass sich im Zusammenhang mit der **Preisanpassung** eine Vielzahl weiterer rechtlicher von den Instanzgerichten unterschiedlich beantworteter Fragen stellen. Beispielsweise die Frage, ob bei mehreren Preisanpassungen jede einzelne an § 315 BGB zu messen ist oder eine Gesamtbetrachtung vorgenommen werden kann. Falls ja, soll das Kalenderjahr, das Gaswirtschaftsjahr oder der konkrete Abrechnungszeitraum der streitigen Rechnung des verklagten oder klagenden Kunden betrachtet werden?



All diese Faktoren beeinflussen den Ausgang eines Prozesses. So könnte beispielsweise eine Preiserhöhung zu Zeitpunkt X nicht vollständig durch eine entsprechende Bezugskostensteigerung gedeckt sein, wäre also bei stichtagsbezogener Einzelbetrachtung äußerstenfalls unbillig, bei Gesamtbetrachtung aber billig, wenn beispielsweise die nachfolgenden Bezugspreise wieder gestiegen sind. Von Bedeutung ist weiter, dass das Energieversorgungsunternehmen bei Festsetzung der Verkaufspreise die Bezugspreise oftmals noch gar nicht kennt, die Entwicklung der Bezugskosten nur **prognostizieren** kann, ferner, dass der Rhythmus der Preisanpassung auf Bezugsseite meist ein anderer ist als auf der Absatzseite. Bei Betrachtung der Bezugs- und Absatzseite darf weiter nicht die nominale Preiserhöhung entscheidend sein, sondern es ist eine mengengewichtete (auch: kumulierte) Betrachtung vorzunehmen. Dies klingt kompliziert, ist aber einfach: Erhöht beispielsweise ein Gasversorger bei gleichbleibenden Bezugskosten im Sommer den Gaspreis um 1 Prozent und senkt ihn im Winter wieder um 1 Prozent, zahlt der Kunde nominal betrachtet nicht weniger, **mengengewichtet** aber schon, weil er in den heizintensiven Wintermonaten sehr viel mehr Gas verbrauchen wird als im Sommer.

**OLG Düsseldorf:** Deshalb stellt beispielsweise das OLG Düsseldorf, Az: 13 O 179/08 auf eine mengengewichtete Betrachtung jeweils für ein Gaswirtschaftsjahr ab, also in der Zeit vom 01.10 um 6:00 Uhr bis zum 01.10 um 5:59 Uhr des Folgejahres). Ferner gesteht es dem



Energieversorger einen Entscheidungsspielraum zu. Wird beispielsweise eine Erhöhung des Verkaufspreises, so das Gericht, durch den bei Festsetzung prognostizierten Verbrauch tatsächlich nicht durch den erwarteten Anstieg der Bezugskosten gedeckt, ist die Preiserhöhung dennoch nicht unbillig, wenn in dem Gaswirtschaftsjahr insgesamt ein angemessenes Verhältnis zwischen Verkaufs- und Bezugspreisen erzielt wird. Prozessual erforderlich, aber auch ausreichend sei es weiter, dass die Preisanpassung durch Zeugenvernehmungen der Abteilungsleiter des Unternehmens, beispielsweise aus dem Rechnungswesen und Vertrieb sowie Vernehmung der vom Unternehmen beauftragten Wirtschaftsprüfers nachgewiesen werden. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens, so das Gericht weiter, sei nicht erforderlich.

Darüberhinaus besteht auch **keine Pflicht zur Offenlegung der Kalkulation** und zur Herausgabe der Unterlagen, insbesondere nicht gegenüber den Kunden. Abschließend zu der hier noch nicht beantworteten Bedeutung des Schweigens eines grundversorgten Kunden auf eine Preisanpassung. Wie schon gesagt, Schweigen gilt grundsätzlich weder als Zustimmung noch als Ablehnung. Davon gibt es aber eine weitere Ausnahme im Rahmen von Energielieferverträgen mit grundversorgten Kunden.

**BGH:** So stellte der BGH in der schon zitierten Entscheidung vom 13. 6.2007, Az: VIII ZR 36/06; fest, dass ein vom Gasversorger einseitig erhöhter Tarif zum vereinbarten Preis wird, wenn der Kunde die auf dem erhöhten Tarif basierende Jahresabrechnung des Versorgers unbeanstandet hinnimmt, indem er weiterhin Gas von diesem bezieht, ohne die Tarifierhöhung in angemessener Zeit gemäß § 315 BGB als unbillig zu beanstanden.



Soweit zur Preisanpassung und Billigkeitskontrolle in der Grundversorgung. Wie ist es nun bei den Sondervertragskunden?

**b) Sonderverträge.** Auch hier zunächst zu den Anspruchsgrundlagen. Die Anspruchsgrundlage für die Preisanpassungen in Verträgen ergibt sich aus der zwischen Parteien vereinbarten Preisanpassungsklausel.

**aa) Anspruchsgrundlage.** In Energielieferverträgen gibt es viele verschiedene Preisanpassungsklauseln, von denen die wichtigsten hier kurz vorgestellt werden sollen.



Nach § 1 des Gesetzes über das Verbot der Verwendung von Preisklauseln bei der Bestimmung von Geldschulden, kurz PrKG, darf der Betrag von Geldschulden nicht unmittelbar und selbsttätig durch den Preis oder Wert von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden, die mit den vereinbarten Gütern oder Leistungen nicht vergleichbar sind, so der Grundsatz in § 1 Abs. 1 PrKG. Das gilt nach § 1 Abs. 2 PrKG aber nicht für Leistungsvorbehaltsklauseln, Spannungsklauseln und Kostenelementeklauseln.

**Kostenelementeklauseln:** Kostenelementeklauseln sind Klauseln nach denen der geschuldete Betrag insoweit von der Entwicklung der Preise oder Werte für Güter oder Leistungen abhängig gemacht wird, als diese die Selbstkosten des Gläubigers bei der Erbringung der Gegenleistung unmittelbar beeinflussen.



Kostenelementeklauseln dienen dazu, einerseits dem Verwender das **Risiko langfristiger Kalkulation** abzunehmen und ihm seine Gewinnspanne trotz nachträglicher, ihn belastender Kostensteigerung zu sichern, und andererseits den Vertragspartner davor zu bewahren, dass der Verwender mögliche künftige Kostenerhöhungen vorsorglich schon bei Vertragsschluss durch Risikozuschläge aufzufangen versucht (so der BGH am 21.09.2005, Az: VIII ZR 38/05, Seite 7). Sie sind jedoch nur dann zulässig, wenn die Klausel die Preisänderung an die Entwicklung bestimmter Betriebskosten koppelt, die die Kunden des Versorgers kennen und in Erfahrung bringen können (beispielsweise Börsenpreise oder Tariflöhne, dazu im Einzelnen Kessel/Schwedler in: BB 2012, 585 [586]) ferner, wenn die **Gewichtung** der einzelnen **Kostenelemente** im Hinblick auf ihre Bedeutung für die Kalkulation des Gaspreises erkennbar ist und schließlich, wenn die Klausel dem Versorger eine Preiserhöhung nicht auch dann erlaubt, wenn nur einer der aufgeführten Kostenfaktoren sich nach oben verändert hat, während die Gesamtkosten wegen eines Kostenrückgangs in anderen Bereichen aber nicht gestiegen sind (so im Ergebnis der BGH am 21.09.2005, Az: VIII ZR 38/05).

Wie formuliert man eine Kostenelementeklausel? Für die Fernwärmelieferung macht § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV detaillierte Vorgaben.

**§ 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV:** Nach § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV dürfen Preisänderungsklauseln nur so ausgestaltet sein, dass sie sowohl die Kostenentwicklung bei Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch das Unternehmen als auch die jeweiligen Verhältnisse auf dem



Wärmemarkt angemessen berücksichtigen. Sie müssen die maßgeblichen Berechnungsfaktoren vollständig und in allgemein verständlicher Form ausweisen. Bei Anwendung der Preisänderungsklauseln ist der prozentuale Anteil des die Brennstoffkosten abdeckenden Preisfaktors an der jeweiligen Preisänderung gesondert auszuweisen.

Das **Kostenelement** für die Erzeugung ergibt sich aus den Kosten der Erzeugung von Wärme, das Kostenelement für die Bereitstellung im Wesentlichen aus den Kosten für die Verteilung und Unterhaltung der Netze sowie den Lohn- und Materialkosten. Das **Wärmemarktelement** ist weit zu verstehen. Hier sind neben dem Marktsegment Fernwärme (dazu: Büdenbender/Gromm in: BB 2011, 2883 [2883]) auch die Preisentwicklungen der den regionalen Wärmemarkt dominierenden Konkurrenzenergieträger zu berücksichtigen (dazu im Einzelnen Tüngler in: RdE 2012, 173 [178] m.w.N.). Die Kostenelemente Erzeugung/Bereitstellung auf der einen Seite und das Element Wärmemarkt auf der anderen Seite sollen dabei zueinander etwa auf gleichem Range stehen (weiterführend: Brändle in: VW 2011, 290 [292]).

**Spannungsklauseln:** Spannungsklauseln sind Klauseln bei denen die in ein Verhältnis zueinander gesetzten Güter oder Leistungen im Wesentlichen gleichartig oder zumindest vergleichbar sind.



Am 24.3.2010, Az: VIII ZR 178/08 hat sich der BGH nach eigener Feststellung (Rdn. 28) erstmals mit der Inhaltskontrolle von Spannungsklauseln in Haushaltskundenverträgen befasst. Sinn und Zweck der Spannungsklauseln sei es, so das Gericht, nicht der Weitergabe von Kostensteigerungen oder Kostensenkungen zu dienen, sondern als Spannungsklausel unabhängig von der Kostenentwicklung die Erhaltung einer bestimmten **Wertrelation zwischen Leistung und Gegenleistung** zu bezwecken (Rdn. 28). Das setze jedoch die Prognose voraus, so das Gericht weiter (Rdn. 30), dass sich der Marktpreis für die geschuldete Leistung typischerweise ähnlich wie der Marktpreis für das Referenzgut entwickle. Dies vermeide dann, dass die Parteien einen langfristigen Vertrag nur deshalb kündigen, um einen neuen Folgevertrag aushandeln zu können. Die Spannungsklausel sichere daher auch **stabile Vertragsverhältnisse**.

Eine **unangemessene Benachteiligung** eines Kunden liege aber dann vor, wenn eine Klausel dem Energieversorger eine Preiserhöhung auch in den Fällen erlaubt, in denen ein Anstieg bei einem der Kostenfaktoren durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen ausgeglichen werden

könne. Der BGH knüpft hier an seine Rechtsprechung zu den Kostenelementeklauseln an und fordert - wie schon dort - eine Gesamtbetrachtung.

**Leistungsvorbehaltsklauseln:** Leistungsvorbehaltsklauseln sind Klauseln, die hinsichtlich des Ausmaßes der Änderung des geschuldeten Betrages einen Ermessensspielraum lassen, der es ermöglicht, die neue Höhe der Geldschuld nach Billigkeitsgrundsätzen zu bestimmen.



Leistungsvorbehaltsklauseln unterscheiden sich von Kostenelemente- und Spannungsklauseln dadurch, dass sie keine automatische Preisanpassung vorsehen, sondern dem Verwender ein **Ermessen** einräumen. Der BGH hat sich schon mehrmals mit Leistungsvorbehaltsklauseln auseinandergesetzt, so beispielsweise am 19.11.2008, Az: VIII ZR 138/07. Entscheidend sei, dass das vertragliche **Äquivalenzverhältnis** gewahrt bleibe. Die Preisanpassung dürfe nicht vorgenommen werden, um einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen, sie widerspreche aber auch nicht schon deshalb billigem Ermessen, weil sie dazu diene, eine Minderung des Gewinns auszugleichen. Ferner dürfe die Billigkeitskontrolle einer Preiserhöhung nicht dazu benutzt werden, in das bisher bestehende Preisgefüge einzugreifen und einen ursprünglich für den Lieferanten besonders vorteilhaften Vertrag in einen Vertrag mit einem anderen **Interessenausgleich** zu verwandeln (so das Gericht m.w.N., Rdn. 25). Wie sollte nun eine konkrete Leistungsvorbehaltsklausel in einem Energieliefervertrag aussehen? Ein Beispiel für Leistungsvorbehaltsklauseln sind Preisanpassungsklauseln, die § 5 Abs. 2 GasGVV nachgebildet werden. Nach der schon angedeuteten Leitbildrechtsprechung des BGH vom 27.1.2010, Az: VIII ZR 326/08, sind diese Klauseln zulässig, wenn sie unverändert in einen Sonderkundenvertrag übernommen werden (Rdn. 41).

**BGH:** Der BGH möchte an der Leitbildrechtsprechung festhalten, hat inzwischen aber in Konsequenz seiner EuGH-Vorlage von § 4 AVBGasV in Tarifikundenverträgen auch den in einen Sondervertrag einbezogenen § 4 AVBGasV zur Vorabentscheidung vorgelegt und ein diesbezügliches Verfahren ausgesetzt (Beschluss vom 09.02.2011, Az: VIII ZR 162/09).



**EuGH:** Der EuGH selbst hat sich zur deutschen Leitbildrechtsprechung bislang noch nicht geäußert. Die in diesem Verfahren zuständige und dem EuGH berichterstattende slowenische Generalanwältin Verica Trstenjak sieht die BGH-Leitbildrechtsprechung in ihren für den EuGH unverbindlichen Schlussanträgen vom 13.09.2012, Az: C-92/11 ([www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)) aber kritisch. Die Generalanwältin kritisiert



insbesondere, dass es der deutsche Gesetzgeber ja selbst in der Hand gehabt habe, die AVBGasV in ihrem Anwendungsbereich auch auf Sondervertragskunden auszudehnen (Schlussanträge, Rdn. 56).

Weichen die Klauseln von den Preisanpassungsvorschriften der Grundversorgungsordnungen ab, werden in der Praxis zur Wahrung des Äquivalenzverhältnisses Formulierungen gewählt, die den Versorger beispielsweise bei Erhöhung der Bezugskosten berechtigten, die Preise zu erhöhen, ihn aber auf der anderen Seite **bei Kostensenkungen auch verpflichtet, diese Kosten weiterzugeben**. Teilweise wird noch insoweit detailliert formuliert, als dass sich die Versorger darüberhinaus verpflichten, Kostenreduzierungen in gleichem Maße weiterzugeben wie Kostensteigerungen. Nach den Kostenelemente-, Spannungs- und Leistungsvorbehaltsklauseln noch kurz zu den Take-or-Pay-Klauseln.

**Take-or-Pay:** Eine einfache Take-or-Pay-Klausel könnte wie folgt lauten: „Der Sondervertragskunde ist verpflichtet, die vereinbarte Menge zu bezahlen, auch wenn er eine geringere Menge abnimmt.“ (so das Beispiel von Sachsenhauser in: CuR 2009, 96 (98)).



Neben dieser einfachen „Take-or-Pay“-Klausel gibt es noch weitere Varianten, beispielsweise Take-or-Pay-Klauseln mit Nachbezugsregelungen, mit Rückkaufsregelungen oder die sog. Tunnelklauseln. Bei Take-or-Pay mit Rückkaufsregelungen wird Sondervertragskunden beispielsweise das Recht eingeräumt, bei Nichterreichen einer bestimmten Jahresmenge eine entsprechende Teilmenge an den Lieferanten zurückzuverkaufen, beispielsweise abzüglich von Transport- und Transaktionskosten (weiterführend: Sachsenhauser in: CuR 2009, 96 [100]). Bei „**Tunnelklauseln**“ vereinbaren die Parteien beispielsweise, dass die tatsächlich gelieferte Menge im Gaswirtschaftsjahr x kleiner als 115 Prozent und größer als 85 Prozent der prognostizierten Menge y ist. Für dieses „Toleranzband“ gilt dann Preis A. Liegen die Verbrauchsmengen über/unter dem Erwartungswert, gilt beispielsweise bei Mehrbezug der Marktwert zuzüglich einer Abwicklungsgebühr (auch dazu: Sachsenhauser in: CuR 2009, 96 [100]). Diese „Tunnelklauseln“ mit „Toleranzband“ gehören zu den „weichen“ Take-or-Pay Klauseln (zur Abgrenzung auch: Gronemeyer in: ZNER 2012, 376 [376] m.w.N.)

**bb) AGB-Kontrolle.** Noch einmal zurück zur AGB-Kontrolle. Die AGB-Kontrolle soll hier zwar nicht noch einmal wiederholt werden. Auch auf das zu beachtende Äquivalenzverhältnis wurde schon eingegangen. Ins-

besondere bei den Kostenelemente- und Spannungsklauseln ist aber vor Eintritt in die AGB-Kontrolle zu prüfen, ob die Klausel überhaupt **kontrollfähig** ist. Und zwar unabhängig von der Frage, ob der Adressat der Klausel Unternehmer ist, unabhängig von einer etwaigen Sperrwirkung durch § 310 BGB und unabhängig von der Leitbildrechtsprechung des BGH. Denn es gilt der Grundsatz: Preisbestimmungen bzw. **Preisabreden** sind der richterlichen Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB entzogen, (Preis-)Nebenabreden nicht. Wo ist der Unterschied? Im bürgerlichen Recht gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der besagt, dass Leistung und Gegenleistung grundsätzlich frei geregelt werden können.

**Preisabrede:** Deshalb sind formularmäßige Abreden, die Art und Umfang der Hauptleistung oder die hierfür zu erbringende Vergütung unmittelbar bestimmen, auch von der gesetzlichen AGB-Kontrolle ausgenommen (so der BGH am 24.03.2010, Az: VIII ZR 304/08, Rdn. 23 m.w.N.). Ihre Festlegung sei grundsätzlich Sache der Vertragsparteien, denn es gebe vielfach keine gesetzliche Preisregelung, die bei Unwirksamkeit der vertraglichen Abrede gemäß § 306 Abs. 2 BGB an deren Stelle treten könnte (so das Gericht weiter). Zu den einer richterlichen Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB entzogenen Preisbestimmungen zählen auch solche Klauseln, die den Preis bei Vertragsschluss zwar nicht unmittelbar beziffern, jedoch die für die Ermittlung des Preises maßgeblichen Bewertungsfaktoren und das hierbei einzuhaltende Verfahren festlegen. Denn auch die vertragliche Festlegung preisbildender Faktoren gehöre zum Kernbereich privatautonomer Vertragsgestaltung.



Davon abzugrenzen sind die **kontrollfähigen (Preis-)Nebenabreden**. Derartige Abreden bestimmen zwar die mittelbare Auswirkung auf den Preis, an deren Stelle könnte aber, wenn man diese Klausel wegdenkt, dispositives Recht treten. Dazu gleich ein Beispiel.

**(Preis-)Nebenabreden:** Preisnebenabreden bestimmen nicht das „Ob“ und den Umfang von Entgelten, sondern treten als ergänzende Regelungen, die lediglich die Art und Weise der zu erbringenden Vergütung und/oder etwaige Preismodifikationen zum Inhalt haben, „neben“ eine bereits bestehende Preishauptabrede (so der BGH am 24.3.2010, Az: VIII ZR 304/08, Rdn. 28 m.w.N.). Sie weichen von dem das dispositive Recht beherrschenden Grundsatz ab, nach dem die Preisvereinbarung der Parteien bei Vertragsschluss für die gesamte Vertragsdauer bindend ist. Dabei mache es keinen Unterschied, ob die



Bestimmungen dem Verwender das Recht zu einer einseitigen Preisänderung einräumen oder ob sie eine automatische Preisanpassung zur Folge haben.

So hatte das LG Münster am 13.01.2012, 101 O 29/11 über eine Klausel zu entscheiden, die zwar für das Jahr 2004 einen Preis fixierte, den Preis für die Folgejahre dann aber unabhängig vom Anfangspreis ausschließlich über eine Klausel bestimmte. Eine derartige Klausel sei eine (Haupt-)Preisabrede für die Folgejahre und damit der Inhaltskontrolle entzogen. Der BGH hatte am 24.03.2010, Az: VIII ZR 304/08 über eine Klausel zu entscheiden, die bei Vertragsschluss den maßgeblichen Arbeitspreis nicht selbst festlegte, sondern Bezug auf die in der Vertragsurkunde angegebenen Grund- und Arbeitspreise nahm. Die Regelung in der Vertragsurkunde sei die (Haupt-)Preisabrede, so das Gericht, die Klausel in den Lieferbedingungen die (Preis-)Nebenabrede.

**Studententipp:** Faustformel: Eine der AGB-Kontrolle entzogenen (Haupt-)Preisabrede liegt immer dann vor, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der konkrete Vertragspreis entfällt.

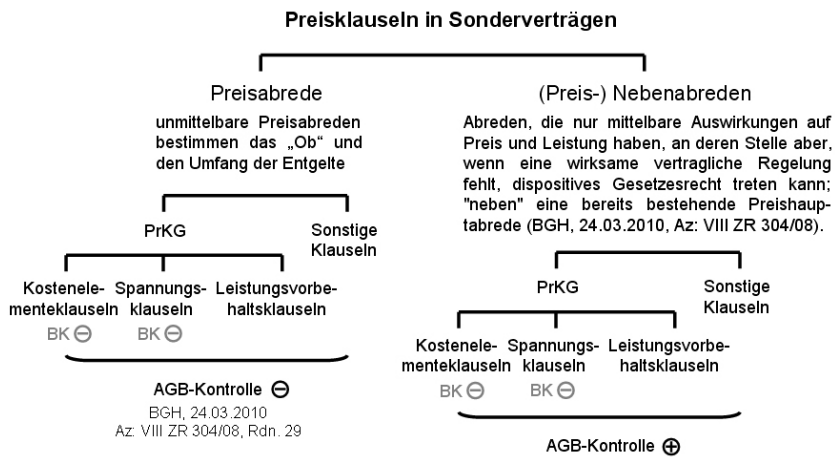
Abschließend noch zu einer Besonderheit im Fernwärmerecht. Auch Fernwärmelieferverträge mit Haushaltskunden sind abgesehen von Regelungen nach § 1 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV der AGB-Kontrolle nach § 307 BGB entzogen. Hier schließt § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV als **Spezialregelung** für das Preisanpassungsrecht eine Prüfung am Maßstab des § 307 BGB aus, Preisanpassungsklauseln seien daher ausschließlich an den Vorgaben des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV zu messen (so der BGH am 06.04.2011, Az: VIII ZR 66/09, Rdn. 25 m.w.N.).

**cc) Billigkeitskontrolle.** Auch in Sondervertragsverhältnissen sind Billigkeitskontrollen nach § 315 BGB grundsätzlich möglich, vorausgesetzt, die Parteien haben eine Klausel vereinbart, die die Preisbestimmung in das Ermessen des Versorgers stellt, also beispielsweise eine Preisvorbehaltsklausel. Auch hier gibt es wieder eine Ausnahme im Fernwärmerecht. Grundsätzlich ist auch die Preisgestaltung eines Fernwärmeversorgungsunternehmens an § 315 BGB gebunden. Voraussetzung für eine Überprüfung der Preisgestaltung nach § 315 Abs. 3 BGB sei aber stets, dass das Energieversorgungsunternehmen den entsprechenden Tarif einseitig bestimmt und ihm hierbei ein gewisser Ermessensspielraum zusteht (so der BGH am 11.10.2006, Az: VIII ZR 279/05, Rdn. 19).

**Sperrwirkung:** Dies sei dann nicht der Fall, wenn die Parteien vertraglich die Berechnungsfaktoren für eine Preisänderung im Einzelnen so bestimmen, dass bei der Berechnung des geänderten Preises ein Ermessensspielraum des Energieversorgungsunternehmens nicht mehr besteht (so das Gericht weiter). Mit anderen Worten: Enthält der Wärmeliefervertrag eine i.S.d. § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV wirksame automatische Preisanpassungsklausel, ist die Anwendbarkeit von § 315 BGB gesperrt.



Zum PrKG sowie den Grundsätzen der AGB- und Billigkeitskontrolle in Sonderverträgen folgende zusammenfassende Graphik:



**BK ⊖:** Billigkeitskontrolle i.S.d. § 315 BGB ist i.d.R. gesperrt, wenn Berechnungsfaktoren so bestimmt sind, dass für EVU kein Ermessensspielraum mehr bleibt (BGH, 11.10.2006, Az: VIII ZR 279/05)

Wie ist es bei den **Netzentgelten**? Hier kommt es auf die Zeiträume an. Vor und nach der Regulierung sowie dazwischen. Dazu folgender Exkurs.

**Vor der Regulierung** (dazu im Einzelnen Seite 23), also zu Zeiten der VV II + Netzentgeltkalkulationen, unterlagen die Netzentgelte der Billigkeitskontrolle, dazu der BGH grundlegend am 18.10.2005, Az: KZR 36/04, weil die Anlage 3 zur VV Strom II + nur "Prinzipien" für die Preisfindung festlege (Rdn. 25). In der **Übergangsphase** hin zu den regulierten Netzentgelten war § 315 BGB gesperrt. Mit dieser Phase ist der Zeitabschnitt von der Einreichung des erstmaligen Genehmigungsantrags bei der BNetzA bis zur Genehmigung der vereinnahmten Netzentgelte

gemeint. Dazu hat der BGH am 14.8.2008, Az: KVR 39/07 - sowie ursprünglich auch von der BNetzA verfügt - festgestellt, dass der Netzbetreiber die Mehrerlöse nicht behalten dürfe (Rdn. 29), sie aber auch nicht an die Kunden zurückzahlen müsse (Rdn. 30) sondern diese in der nächsten Regulierungsperiode abzuziehen habe (**Mehrerlösabschöpfung**). Bis zum 15.05.2012 noch nicht bearbeitet hatte der BGH, Az: EnZR 105/10 die Frage, ob § 315 BGB auch auf die von der BNetzA **genehmigten Entgelte** anwendbar ist. Hierzu hat der BGH nun festgestellt, dass die engen Vorgaben der Entgeltkontrolle nach den energiewirtschaftsrechtlichen Vorschriften und der damit verbundenen Prüftiefe durch die (neutralen) Regulierungsbehörden ein gewichtiges Indiz für die Billigkeit und Angemessenheit der genehmigten Entgelte sei (Rdn. 39, Abs. 1). Das Gericht führte weiter aus, dass sich der Netzbetreiber zur Darlegung der Billigkeit der von ihm verlangten Netzentgelte auf die Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG berufen könne (Rdn. 38). Damit hat der BGH den Anwendungsbereich von § 315 BGB in engen Grenzen wiedereröffnet, vorausgesetzt der Netznutzer legt im Einzelnen dar, aus welchen Gründen die behördlich genehmigten Netzentgelte überhöht sein sollten, und die indizielle Wirkung der Entgeltgenehmigung erschüttert sei (Rdn. 39, Abs. 2). Diesbezüglich liegt die **Beweislast beim Netznutzer**. Soweit zur Billigkeitskontrolle bei den Netzentgelten. Zurück zur Preisanpassung in Sonderverträgen. Was gilt nun beim **Schweigen auf Preisanpassungen** in Sonderverträgen?

Nimmt ein grundversorgter Kunde eine Preisanpassung unbeanstandet hin, gilt der Preis als vereinbart (so der BGH am 13.6.2007, Az: VIII ZR 36/06). Nimmt ein Sondervertragskunde eine Preisanpassung auf Basis einer wirksamen Preisvorbehaltsklausel unbeanstandet hin, kann nichts anderes gelten (soweit ersichtlich gibt es zu dieser Frage noch keine obergerichtliche Rechtsprechung). Nimmt ein Sondervertragskunde eine Preisanpassung auf Basis einer unwirksamen Klausel unbeanstandet hin, wertet der BGH die vorbehaltslose Zahlung nicht als stillschweigende Zustimmung (so das Gericht am 14.7.2010, Az: VIII ZR 246/08, Rdn. 57); ein **Wertungswiderspruch**?

Der BGH begründet die unterschiedliche Behandlung der aus Sicht des widersprechenden Kunden zumindest ähnlich gelagerten Fälle u.a. im Ergebnis damit, dass bei der Billigkeitsprüfung in der Grundversorgung nicht zweifelhaft sei, ob das Versorgungsunternehmen den Preis überhaupt anpassen dürfte; es bestehe lediglich **Ungewissheit** darüber, ob die Preisanpassung der Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs. 3 BGB stand-



halte; bei einer unwirksamen Preisanpassung hingegen fehle die Preisanpassungsregelung im Vertrag (Rdn. 59). Nach anderer Ansicht (so u.a. Bayer in: RdE 2010, 1 [3]) ergibt sich wertungsmäßig kein Unterschied, insbesondere weil der BGH nicht auf die Spezifika des § 315 BGB (so Bayer in: RdE 2010, 1 [3]) abstelle, sondern auf allgemeine Grundsätze des BGB. Dafür könnte sprechen, dass der BGH in Leitsatz f am 13.06.2007, Az: VIII ZR 36/06, ausdrücklich davon spricht, dass der Preis bei unbeanstandeter Hinnahme zum „**vereinbarten Preis**“ werde, was die Willenserklärungen Angebot und Annahme hinsichtlich des erhöhten Preises voraussetzt.