



# INSTITUT FÜR ENERGIERECHT AN DER UNIVERSITÄT ZU KÖLN

Direktor: Prof. Dr. Ulrich Ehrlicke, LL.M., M.A. (London)

Institut für Energierecht Nikolausplatz 5 50937 Köln

Postfach 42 05 07

D-50899 Köln

Telefon (0221) 941 57 27

Telefax (0221) 41 14 17

InstitutFuerEnergierecht@uni-koeln.de

## **Versorgungsmonopole contra Wirtschaftlichkeitsgebot**

- Zur Anwendung des § 315 BGB auf Energieversorgungsverträge mit Verbrauchern -

### *Thesen*

#### ***I. Grundsätzliches***

- 1) Preisbildung vollzieht sich grundsätzlich aufgrund der Beziehung von Angebot und Nachfrage in einem System spontaner Ordnung. Voraussetzung dafür ist das Bestehen von Wettbewerb auf dem Markt. Je stärker der Wettbewerb eingeschränkt ist, desto geringer wird die Kontrolle der Preisbildung durch den Markt. Einschränkungen des Wettbewerbs können sich durch staatliche Regelungen oder durch private Marktmacht ergeben. Im äußersten Fall privater Marktmacht (Monopol) fehlt jegliches Korrektiv bei der Preisbildung durch den Markt, so dass die „Richtigkeitsgewähr“ privatautonomer Suchprozesse beim Vertragsschluss nicht mehr besteht. Das Recht reagiert darauf zunächst mit der Missbrauchskontrolle (§§ 19, 20 GWB; Art. 82 EG-Vertrag).
- 2) Im Vertragsrecht herrscht das Prinzip der Vertragsautonomie als Teil der Privatautonomie. Das gilt grundsätzlich auch in sogenannten Ungleichgewichtslagen, also bei einem wesentlichen Unterschied in der Verhandlungsmacht der Vertragspartner. Jedem Vertragspartner steht es daher frei, (aus Sicht Dritter) unwirtschaftliche Verträge zu schließen; die Rechtsordnung greift insoweit erst an den Grenzen der

§§ 134, 138 BGB ein. Vermutetes rationales Verhalten der Parteien unterstellt allerdings jeweils wirtschaftlich vernünftiges Verhalten (Wirtschaftlichkeitsgebot). Dort, wo Monopolmacht besteht, ist das Wirtschaftlichkeitsgebot gefährdet.

- 3) Im deutschen Recht sind die Voraussetzungen geschaffen, auf den verschiedenen Wirtschaftsstufen, Monopolstrukturen aufzubrechen und Wettbewerb herzustellen. Auf der Stufe des Verbrauchers gegenüber seinem Energieversorger ist die Wettbewerbssituation differenziert zu betrachten. Im Strombereich besteht weitreichend die Möglichkeit, den Anbieter zu wechseln; dieselbe Situation ist im Gasbereich nicht gegeben. Unabhängig davon ist ein Substitutionswettbewerb zwischen den verschiedenen Energieträgern im Gange.

## **II. § 315 Abs. 1 BGB**

- 4) Die Regelung des § 315 Abs. 1 BGB enthält eine Regelung, die einen Ausgleich dafür schaffen soll, dass eine Partei eines Vertrages damit einverstanden ist, dass die Leistung, insbesondere der Preis, von der anderen Partei nach Vertragsschluss bestimmt wird. § 315 Abs. 1 BGB ist das notwendige Gegenstück zu § 154 BGB. Der Grundkonzeption nach ist § 315 Abs. 1 BGB keineswegs bei allen Verträgen unmittelbar anwendbar. Ausgeschlossen ist die Anwendbarkeit etwa dann, wenn der Umfang der Leistung durch objektive Beurteilungsmaßstäbe festgelegt wird oder wenn ein Bestimmungsrecht der Leistung des anderen Teils deshalb fehlt, weil die einseitige Festsetzung des Preises durch den anderen Vertragspartner schon bei Vertragsschluss als Teil des Angebots feststeht und mit dem Vertragsschluss angenommen wird.
- 5) Die Unsicherheit, ob § 315 Abs. 1 BGB analog angewendet werden darf, beruht im Wesentlichen darauf, dass das Verhältnis dieser Norm zu §§ 19, 20 GWB (Art. 82 EG-Vertrag) nicht endgültig geklärt ist. Zwar hat der BGH in BGHZ 154, 5, 10 ausgeführt, dass die Grenzen der allgemeinen Missbrauchskontrolle nicht mit den Grenzen der Billigkeitskontrolle zusammenfielen, aber ungeachtet dessen, dass diese These vom BGH in seinem Urteil nicht begründet wurde, sagt sie nur aus, dass beide Normen nicht vollständig deckungsgleich sind. Es wird aber nichts darüber ausgesagt, ob dort, wo eine Deckungsgleichheit besteht, eine analoge Anwendung des § 315 BGB möglicherweise deshalb ausgeschlossen ist, weil keine plan-

widrige Regelungslücke vorliegt. Soweit man meinen wollte, §§ 19, 20 GWB seien jedenfalls schon deshalb keine *leges speciales*, weil das Wettbewerbs- und das Vertragsrecht unterschiedliche Zielsetzungen verfolgten, so trifft dies den Kern nicht ganz. Sowohl die §§ 19, 20 GWB als auch § 315 Abs. 1 BGB haben der Sache nach die Zielsetzung, missbräuchliches Verhalten auf dem Markt zu kontrollieren.

- 6) Nicht gefolgt werden kann der Auffassung, die analoge Anwendbarkeit des § 315 Abs. 1 BGB beruhe im Wesentlichen darauf, dass gem. § 4 Abs. 2 AVBGasV eine öffentlich-rechtliche Preisänderungsberechtigung bestehe, so dass daher die unmittelbare Anwendung des § 315 BGB bei (Gas-)Versorgungsunternehmen nicht gegeben sei. § 4 Abs. 2 AVBGasV regelt nämlich nur, dass eine Änderung der allgemeinen Tarife erst nach öffentlicher Bekanntmachung wirksam wird; eine öffentlich-rechtliche Preisänderungsberechtigung ist daraus nicht abzulesen. Die Gasversorger haben zwar die Möglichkeit, die Preise im Rahmen der jeweiligen allgemeinen Tarife zu verändern. Doch beruht dies der Sache nach auf einer vertraglichen Regelung. Die Verbraucher werden geschützt, in dem ihnen im Fall der Tarifänderung ein sofortiges Kündigungsrecht zugebilligt wird (§ 32 Abs. 2 AVBGasV).
- 7) Stellt man die Bedenken hinsichtlich der Spezialität der §§ 19, 20 GWB, Art. 82 EG-Vertrag zurück, kann es im Ergebnis an einer Anwendung des § 315 Abs. 1 BGB – sei es unmittelbar oder mittelbar – keine Zweifel geben, wenn die Verbraucher von Dienstleistungen, die der Daseinsvorsorge zuzurechnen sind, keine Alternative gegenüber dem Anbieter haben und sie daher bei den Vertragsverhandlungen schutzlos ausgeliefert sind. Etwas anderes gilt aber dann, wenn der Verbraucher die Möglichkeit hat, zwischen Alternativen zu wählen, weil dann ein (indirektes) Druckmittel besteht, mit dem der Versorger angehalten ist, sich so zu verhalten, wie es der Markt fordert. Insoweit ist dann die Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots wiederum gewährleistet.
- 8) Es kristallisiert sich damit als zentrale Frage heraus, ob dem Verbraucher Ausweichmöglichkeiten hinsichtlich der von ihm gewählten Energieversorgung zur Verfügung stehen oder anders ausgedrückt: unter welchen Voraussetzungen eine Situation die eines Monopols gleicht („faktisches Monopol“).

### **III. § 315 Abs. 3 S. 2 BGB**

- 9) Die Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB beinhaltet die Prüfung, ob das verlangte Entgelt im Rahmen des Marktüblichen liegt und dem entspricht, was regelmäßig als Preis für eine vergleichbare Leistung verlangt wird, sofern nicht die umfassende Würdigung des Vertragszweckes sowie die Interessenlage der Parteien für die Einbeziehung weiterer Gesichtspunkte sprechen. Es ist fraglich, ob der Preis oder die Preiserhöhung im Hinblick auf die Billigkeit zu überprüfen ist. Ferner ist zu diskutieren, ob die Genehmigung der Tarife durch die Landeskartellbehörde eine Indizwirkung für die Billigkeit der Preise hat oder ob ihr ein bindender Charakter zukommt.
- 10) Es muss der sogenannte Kostenpreis vom Wettbewerbspreis unterschieden werden. Ersterer muss dann ermittelt werden, wenn kein Wettbewerb vorliegt. In diesem Fall müssen die Grundlagen für die Preiskalkulationen offengelegt werden, wobei im Einzelnen noch nicht geklärt ist, welche Daten vorgelegt werden müssen, wie die Beweislast ausgestaltet ist und wie berechnete Geheimhaltungsinteressen gewahrt bleiben können. In jedem Fall ist bei der Festlegung eines „billigen“ Kostenpreises durch das Gericht von dieser Zurückhaltung zu fordern, und in der Bewertung muss ein unternehmerischer Spielraum zugestanden werden. Lässt sich allerdings ein Wettbewerbspreis ermitteln, so bleibt kein Raum mehr für die Festlegung eines Kostenpreises durch das Gericht.
- 11) Bei der Frage, ob im Hinblick auf die Verbraucher, die sich bereits für eine Energieversorgungsart entschieden haben, ein Wettbewerb besteht, kann man auf die hohen Transaktionskosten eines Übergangs zu einem anderen Energieträger verweisen. Damit übersieht man jedoch die Effekte des Substitutionswettbewerbs bei Neukunden. Energieversorgungsunternehmen sind auf eine hohe Auslastung ihrer Investitionen und damit auf die Gewinnung neuer Kunden angewiesen. Würde eine Preispolitik zu Lasten der Altkunden gemacht, würden sie kaum noch Neukunden gewinnen. Da das Energieversorgungsunternehmen aber auf die Gewinnung von Neukunden angewiesen ist, besteht die Wettbewerbskonkurrenz mit Anbietern anderer Energieformen auch nach der getroffenen Primärentscheidung des Verbrauchers fort.
- 12) Es ist bei Bestehen eines Wettbewerbspreises derjenige Preis „billig“ im Sinne von § 315 Abs. 3 S. 2 BGB, der – im Rahmen der üblichen Toleranzbreite – dem wett-

bewerbsanalogen Preis der Substitute entspricht. Dieser Ansatz schließt den Wettbewerb und die Preiskonkurrenz der Energieträger nicht aus, sondern setzt ihn maßgeblich voraus.

#### ***IV. Das Urteil des BGH v. 18. 10. 2005***

- 13) Das Urteil des BGH v. 18.10.2005 widerspricht den hier entwickelten Thesen nicht, denn der BGH verfolgt im Grundsatz seine überkommene Rechtsprechung mit diesem Urteil weiter, wonach dort, wo eine Monopolstellung besteht, das Preisbestimmungsrecht der einen Partei unter die Regelung des § 315 BGB fällt. In den Einzelfragen beschäftigt sich der BGH aber mit Aspekten, die für die Frage der Berücksichtigung des Wirtschaftlichkeitsgebots bei Verbrauchern gegenüber ihren Energieversorgern keine Rolle spielt.
- 14) Die Entscheidung des BGH betraf einen Netzbetreiber und einen Netznutzer, also eine Situation, in der der Netznutzer einem Monopolisten ausgesetzt war und nicht einmal ein Substitut hätte wählen können. Damit ist der Anwendungsbereich des § 315 Abs. 1 BGB zweifelsfrei eröffnet.
- 15) Die Entscheidungen über die Billigkeit des BGH sind nicht auf die Konstellation Verbraucher-Energieversorger zu übertragen, weil es insoweit eine Regelung wie die der VVStrom II + nicht gibt. Der BGH hatte in seiner Entscheidung zu prüfen, ob dann, wenn es keinen Wettbewerbspreis gibt, der Kostenpreis angenommen werden kann, indem geprüft wird, dass das Entgelt, das verlangt wird, den Vorgaben der VV Strom II + entspricht. Dies hat er abgelehnt.