

# Europarechtliche Fußangeln in der Energie- und Wasserversorgung? Zahlungsverbot für unbestellte Ware und Widerrufsbelehrung für konkludente Versorgungsverträge\*

## – Teil 2 –

– von RA Joachim Held, Mag. rer. publ., und RA Christian Leiding, Nürnberg –\*\*

Der EuGH hat bei oberflächlicher Betrachtung mit seiner aktuellen Entscheidung zur europarechtlichen Vereinbarkeit konkludenter Wasserversorgungsverträge mit dem europarechtlichen Verbot der Entgeltforderung für unbestellt zugesandte Ware das Instrument des konkludenten Versorgungsvertrags gestärkt. Bei genauerer Betrachtung bleiben jedoch europarechtliche »Fußangeln« – insbesondere für andere Versorgungssparten – bestehen (Teil 1).\*\*\* Dies gibt Anlass, auch das europarechtliche Verbraucherschutzinstitut des Widerrufsrechts auf die Vereinbarkeit mit konkludenten Vertragsschlüssen zu untersuchen, um in der Versorgungspraxis häufig bestehende Risiken durch Anpassung der Vertriebsprozesse und der AGB-Gestaltung zu mindern (Teil 2). Dabei schließt sich der Kreis, da der Verzicht auf die Ausübung des Widerrufsrechts nach einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung im konkludenten Versorgungsverhältnis auch in Hinblick auf das Verbot der Entgeltforderung für unbestellt zugesandte Ware jedes aner kennenswerte Schutzbedürfnis für einen unentgeltlichen Bezug von Versorgungsmedien entfallen lässt.

### 1. Entgeltverlust bei Verstößen gegen die Pflicht zur Information über Widerrufsrechte

Obwohl das europarechtlich initiierte Verbraucher-Widerrufsrecht gegenüber dem Rechtsinstitut des »Unbestellte-Ware-Verbots« das ältere Rechtsinstitut ist, hat die europarechtliche Rechtsprechung die hierzu ebenfalls bestehende Problematik der Kollision mit den Grundsätzen des konkludenten Vertragsschlusses bisher nicht aufgegriffen. Insofern steht eine Klärung des Verhältnisses des konkludenten Vertragsschlusses zu den europarechtlichen Vorgaben der Verbraucherschutz-Richtlinie, mit der die Verbraucher-Widerrufsrechte auf Wasser-, Strom-, Erdgas- und Fernwärmeverträge ausgedehnt wurden, aus.

Im nationalen Recht ist nach der europarechtlich initiierten Novellierung der §§ 355 ff. BGB jedenfalls unstreitig, dass auch außerhalb geschlossener Geschäftsräume oder im Fernabsatz abgeschlossene Verbraucherverträge über die Lieferung von Wasser, Gas, Strom und Fernwärme einer Widerrufsbelehrung bedürfen.<sup>1</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob die Energie dem Netz für die allgemeine Versorgung entnommen wird oder im Zusammenhang mit einer Erzeugungsanlageninvestition auf dem Grundstück des Verbrauchers (z.B. bei sog. Contracting-, Mieterstrom- oder PV-Mietgestaltungen) bezogen wird.<sup>2</sup> Dass bei monopolistischen Wasser- und Fernwärmeversorgungsverhältnissen trotz eines Widerrufs mangels einer Versorgungsalternative nur ein erneutes Ver-

sorgungsverhältnis mit demselben Lieferanten begründet werden kann, ist nach der Gesetzeslage unbeachtlich. Immerhin besteht nach dem Widerruf eines Fernwärmelieferverhältnisses die häufig mit erheblichen technischen und wirtschaftlichen Hürden verbundene Möglichkeit, auf ein anderes, dezentrales Heizungssystem umzustellen. Andernfalls bleibt bei Fernwärme wie bei Wasser nach einem Widerruf im Ausnahmefall die Möglichkeit, zu anderen vertraglichen Bedingungen oder überhaupt nicht mehr zu beziehen. Wie bei allen Versorgungsmedien ist die Rückabwicklung der unmittelbarem Verbrauch unterliegenden Energie- und Wasserlieferung unmöglich. Dem trägt § 357 Abs. 8 BGB Rechnung, der die Rechtsfolgen des Widerrufs nach einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung auf die Zahlung von Wertersatz beschränkt. Bei der Berechnung des Wertersatzes ist nach § 357 Abs. 8 Satz 4 BGB der vereinbarte Gesamtpreis – und nicht der objektive Wert der Leistung – zu Grunde zu legen.<sup>3</sup> Ist der vereinbarte Gesamtpreis unverhältnismäßig hoch, ist der Wertersatz gemäß § 357 Abs. 8 Satz 5 BGB dagegen auf der Grundlage des Marktwerts der erbrachten Leistung zu berechnen. Die Unverhältnismäßigkeit ist anhand einer Einzelfallabwägung zu ermitteln, wobei in Anlehnung an § 343 Abs. 1 BGB und § 655 BGB der Aufwand des Unternehmers

\* Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 03.02.2021 – C-922/19.

\*\* Die Autoren sind angestellte Rechtsanwälte der Rödl GmbH Rechtswaltschaft Steuerberatungsgesellschaft, Nürnberg. Dieser Beitrag gibt ausschließlich ihre persönliche Auffassung wieder.

\*\*\* Teil 1 ist in *Versorgungswirtschaft* 7/2021, 197 ff. erschienen, in unserem Portal [vw-online.eu](http://vw-online.eu), DokNr. 21006332.

<sup>1</sup> *Fritsche* in: MüKo BGB, 8. A. 2019, § 356 BGB Rn. 18; *Rumpf/Wirth*, Immer Ärger mit dem Widerrufsrecht (Teil 1), IR 2015, 170; (Teil 2) IR 2015, 194; *Alexander*, Der Schutz des privaten Letztverbrauchers durch das Energie- und Vertragsrecht, *EnWZ* 2015, 490 ff.

<sup>2</sup> *Ring* in: Dauner-Lieb/Heidel/Ring, BGB, 4. A. 2021, § 356 Rn. 17.

<sup>3</sup> EuGH, Urteil vom 08.10.2020 – C-641/19 –, juris-Rn. 32 ff.; OLG Hamburg, Urteil vom 02.03.2017 – 3 U 122/14, juris-Rn. 49; bestätigt durch BGH, Beschluss vom 30.11.2017 – I ZR 47/17 zu Online-Partnervermittlungsverträgen; BGH, Urteil vom 17.01.2013 – III ZR 145/12, juris-Rn. 14 zu Versicherungsverträgen.

und der wirtschaftliche Nutzen des Verbrauchers in die Abwägung einfließen. Eine feste Grenze kann nicht angegeben werden, sie dürfte jedenfalls unterhalb der Grenze des § 138 BGB liegen und höchstens bei einer Überschreitung des Marktwerts um 25 % erreicht sein.<sup>4</sup> Abzustellen ist dann auf die übliche bzw. angemessene Vergütung für eine gleichwertige Dienstleistung.<sup>5</sup> Danach wird sowohl für die Ermittlung der Unverhältnismäßigkeitsschwelle als auch für die Ermittlung des Wertersatzes selber auf einen durchschnittlichen Strom-, Erdgas-, Fernwärme- oder Wasserpreis abzustellen sein. Dieser kann nur durch Preisvergleiche oder sog. »Benchmarksysteme« ermittelt und nachgewiesen werden. Im Strom- und Gasmarkt kann hierzu auf Preisstatistiken der Verbraucher- und Industrieverbände zurückgegriffen werden<sup>6</sup>, im Fernwärme-<sup>7</sup> und Wassermarkt<sup>8</sup> bestehen bisher vor allem aus kartellrechtlichen Gründen geführte, von privaten Dienstleistern erstellte Benchmarksysteme. Da der Versorger die Beweislast für seinen Wertersatzanspruch trägt, ist die mit nicht unerheblichen Kosten verbundene Teilnahme an derartigen Benchmarksystemen dennoch in seinem Interesse, da er andernfalls seinen Wertersatzanspruch überhaupt nicht durchsetzen kann.

Welchen Zweck der Gesetzgeber mit der Sanktion des Wertersatzes oder des unentgeltlichen Bezugs von Wasser oder Fernwärme verfolgt, ist dagegen fraglich. Immerhin verbleibt bei Strom- und Gaslieferungen die Begrenzung von zeitlichen Vertragsbindungen und die Möglichkeit zur Wahl alternativer Lieferanten als faktische Rechtsfolge eines Widerrufs, sodass hier – vor allem im zunehmenden Segment des Online-Handels – das eigentliche Ziel des Widerrufsrechts, Verbraucher vor unüberlegter Annahme nachteiliger Vertragsabschlüsse zu schützen – erreicht werden kann.

Man kann angesichts dieser eingeschränkten Schutzzieleerreichung in der Fernwärme- und Wasserversorgung an der Verhältnismäßigkeit zwischen vertriebsrechtlichem Aufwand und verbraucherrechtlichem Effekt, mithin an der verbraucherrechtlich-sinnhaften und Zweckmäßigkeit der europarechtlichen Vorgaben für den deutschen Fernwärme- und Wasserversorgungsmarkt und der nationalen Umsetzung des Widerrufsrechts für diese Märkte zweifeln. Nach der insofern eindeutigen Richtlinien- und Gesetzeslage steht dies in der Rechtsanwendung jedoch außerhalb jeder Diskussion. Ohne eine Widerrufsbelehrung schuldet der Verbraucher nach § 357 Abs. 8 Satz 2 BGB keinen Wertersatz für die gelieferte Energie.<sup>9</sup> Nach § 361 Abs. 1 BGB besteht auch kein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Wertersatz.<sup>10</sup> Danach kann der Verbraucher bei einer unterlassenen Widerrufsbelehrung bis zum Ablauf der Frist von 12 Monaten und 14 Tagen des § 356 Abs. 3 Satz 2 BGB widerrufen, sodass im ungünstigsten Fall über ein Jahr ohne Wertersatzansprüche Energie oder Wasser geliefert worden ist.

## 2. Widerrufs- und Belehrungspflichten bei konkludenten Versorgungsverträgen?

In der Literatur ist umstritten, ob bei konkludenten Versorgungsverträgen überhaupt Widerrufsrechte- und Belehrungspflichten bestehen:

Zunächst setzt der Anwendungsbereich der §§ 312 ff., 355 ff. BGB nach dem Wortlaut des § 312 Abs. 1 BGB voraus, dass es sich um einen Verbrauchervertrag nach § 310 Abs. 3 BGB handelt. Zwar wird § 312 Abs. 1 BGB über den Wortlaut hinaus zum Teil auch auf einseitige Erklärungen ausgedehnt.<sup>11</sup> Eine Erstreckung auf gesetzliche Schuldverhältnisse ist jedoch ausgeschlossen. Nicht anwendbar sind die §§ 312 ff. BGB deshalb auf die regelmäßig alleine durch konkludentes Handeln begründete Ersatzversorgung mit Strom und Erdgas nach § 38 EnWG, weil es insoweit – trotz der Vertragsnähe des Ersatzversorgungsverhältnisses – gerade an einer Vertragsgrundlage zwischen Versorgungsunternehmen und Verbraucher fehlt. Zudem besteht kein spezielles Schutzbedürfnis, weil die Ersatzversorgung nur den Zeitraum einer vorübergehenden »Vertragslücke« überbrückt<sup>12</sup> und mit der gesetzlichen Beschränkung auf 3 Monate (§ 38 Abs. 2 Satz 1 EnWG) unter dem Zeitrahmen der sonst schutzbedürftigen Dauerschuldverhältnisse bleibt. Zwar könnte – wie offensichtlich nach niederländischem Recht in der in Teil 1 dargestellten<sup>13</sup> EuGH-Entscheidung zum konkludenten Wasserlieferverhältnis<sup>14</sup> – auch für das konkludente Versorgungsverhältnis nach deutschem Recht ein gesetzliches Schuldverhältnis geregelt werden. Anders als zum – auch konkludent begründbaren – Einspeiseverhältnis nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG)<sup>15</sup> oder Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG)<sup>16</sup> begründen die deutschen Versorgungsverordnungen jedoch kein gesetzliches Schuldverhältnis, sondern regeln nur Rechtsfolgen für das in der Rechtsprechung entwickelte Institut des konkludenten Vertragsschlusses. Zwar trifft das Gesetz sowohl in § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV/AVBWasserV als auch in § 2 Abs. 2 Nr. 5 StromGKV/GasGKV eine Regelung zu den in konkludenten Versorgungsverhältnissen geltenden Preisen. Da danach Versorgungsleistung und Versorgungsentgelt als Hauptleistungen gesetzlich angeordnet werden, könnte vertreten werden, dass der Bezug von Versorgungsmedien ebenfalls ein gesetzliches Schuldverhältnis begründet. Hierfür würde in der Fernwärmeversorgung zudem sprechen, dass der BGH festgestellt hat, dass der Inhalt konkludenter Fernwärmeverträge auf die AVBFernwärmeV beschränkt ist<sup>17</sup>, sodass das Schuldverhältnis ausschließlich durch gesetzliche Inhalte bestimmt wird. Die ganz herrschende Meinung vertritt jedoch die Auffassung, dass es sich bei konkludenten Grundversorgungsverträgen<sup>18</sup> für Strom und Erdgas sowie bei konkludenten Fernwärme- und Wasserversorgungsverträgen<sup>19</sup> um Verträge und nicht um gesetzliche Schuldverhältnisse handelt. Danach ist auch der konkludent geschlossene Versorgungsvertrag ein Verbraucher-

<sup>4</sup> *Grüneberg* in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 357 BGB Rn. 16: bei 20%, *Mörsdorf* in: Gsell/Krüger, BeckOGK, Stand: 2021, § 357 BGB Rn. 87: mehr als 25%.

<sup>5</sup> *Müller-Christmann* in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, 58. Edition Stand: 01.05.2021, § 357 BGB Rn. 30.

<sup>6</sup> Vgl. z.B.: BDEW Bundesverband der deutschen Energie- und Wasserwirtschaft, Strom-, Erdgas- und Wasserpreisanalyse; <https://www.bdew.de/service/daten-und-grafiken/>, zuletzt abgerufen am 11.07.2021.

<sup>7</sup> Vgl. z.B.: AGFW Der Energieeffizienzverband für Wärme, Kälte und KWK e. V., <https://www.agfw.de/zahlen-und-statistiken/>, zuletzt abgerufen am 11.07.2021.

<sup>8</sup> Vgl. z.B.: DVGW Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e.V., mit umfassenden Nachweisen zu Methodik und Akteuren: <https://www.dvgw.de/themen/wasser/organisation-und-management/benchmarking>, zuletzt abgerufen am 11.07.2021.

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 26.11.2020 – I ZR 169/19, juris-Rn. 72.

<sup>10</sup> LG Detmold, Urteil vom 05.10.2016 – 10 S 44/16, juris-Rn. 31 ff.

<sup>11</sup> *Koch* in: Erman, BGB, 16. A. 2020, § 312 BGB, Rn. 9.

<sup>12</sup> *Alexander*, Der Schutz des privaten Letztverbrauchers durch das Energie- und Vertragsrecht, EnWZ 2015, 490, 495.

<sup>13</sup> A.a.O. \*\* vor Fn. 1.

<sup>14</sup> EuGH, Urteil vom 03.02.2021 – C-922/19.

<sup>15</sup> *Leicht/Brunstamp* in: BeckOK EEG, Greb/Boewe, 11. Ed., Stand: 16.11.2020, § 7 EEG Rn. 8 f.

<sup>16</sup> *Lührig* in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 5, 4. A. 2017, § 4 KWKG Rn. 10.

<sup>17</sup> BGH, Urteil vom 15.01.2014 – VIII ZR 111/13, juris-Rn. 17 ff.

<sup>18</sup> *Hartmann* in: Theobald/Kühling, Energierecht, Werkstand: 108. EL September 2020, § 1 StromGKV Rn. 25; *Hellermann* in: Britz/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, 3. A. 2015, § 36 EnWG Rn. 28a.

<sup>19</sup> *Witzel*, Allgemeine Versorgungsbedingungen für Fernwärme, 2. A. 1997, § 2 AVBFwV, S. 61, *Hempel* in: Ludwig/Odenthal/Hempel/Franke, Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, Lfg. 60, Stand August 2000, § 3 AVBWasserV Rn. 2 Rn. 17 ff.

vertrag im Sinne von §§ 312 Abs. 1, 310 Abs. 3 BGB, soweit neben dem Unternehmer mindestens ein Verbraucher beteiligt ist und der Vertrag eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand hat. Dies ist bei konkludenten Versorgungsverträgen regelmäßig der Fall.

Insofern kommt es darauf an, ob der Anwendungsbereich der Widerrufsrechte nach den §§ 355 BGB ff. eröffnet ist, insbesondere, dass es sich um ein im Fernabsatz oder außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenes Geschäft handelt (§ 356 BGB). Teilweise wird vertreten, es fehle bei konkludenten Versorgungsverträgen regelmäßig an einem außerhalb von Geschäftsräumen (§ 312b Abs. 1 S. 1 BGB) oder im Fernabsatz (§ 312c Abs. 1 BGB) geschlossenen Vertrag. Denn weder sei das Merkmal gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit erfüllt, noch käme der Vertrag unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln zustande.<sup>20</sup> Diese Auffassung verkennt, dass die gleichzeitige körperliche Anwesenheit nur nach dem Wortlaut des § 312b Abs. 1 Nr. 1 BGB ausdrücklich erforderlich ist, nach teilweise vertretener Meinung<sup>21</sup> aber nach § 312b Abs. 1 Nr. 2 BGB die körperliche Anwesenheit am Ort der Abgabe des Angebots und am Ort der Annahme auseinanderfallen kann. Ebenso lässt diese Auffassung unberücksichtigt, dass es für die Beurteilung als Fernabsatzgeschäft nach § 312c BGB nicht alleine auf den Einsatz von Fernkommunikationsmitteln beim konkreten Vertragsschluss ankommt, sondern bereits nach dem Wortlaut des Gesetzes der Einsatz bei den Vertragsverhandlungen im Zusammenhang mit einem für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystem ausreichend ist.<sup>22</sup> Insofern erfolgt bei den konkludenten Versorgungsverträgen die Realofferte regelmäßig unter Einsatz von Fernkommunikationsmitteln. Insbesondere stellt eine Bewerbung des Versorgungsangebots im Internet regelmäßig einen Einsatz von Fernkommunikationsmitteln dar. Auch unterhalten Versorgungsunternehmen in der Regel überwiegend oder ausschließlich für den Fernabsatz organisierte Vertriebssysteme. Schließlich erfolgt auch die in allen Versorgungssparten gesetzlich vorgeschriebene Bestätigung der konkludenten Vertragsannahme mit fernkommunikativen Mitteln. Zwar erfolgt die Annahme der Realofferte zunächst nicht durch Fernkommunikationsmittel.<sup>23</sup> Aber sowohl die erstmalige Manifestation der Vertragsannahme durch Zählerdaten wird regelmäßig telekommunikativ übermittelt – sei es durch Fernauslesung oder fernkommunikative Übermittlung der Ergebnisse der Selbstaulesung durch den Verbraucher. Nur noch in den inzwischen seltenen, durch die gesetzlichen Digitalisierungspflichten in der Strom-, Erdgas-<sup>24</sup> und Fernwärmeversorgung<sup>25</sup> höchstens in einem Übergangszeitraum noch zulässigen Fällen einer Ablesung durch Personal des Versorgers könnte es an einer Übermittlung der konkludenten Annahmeerklärung mit Fernkommunikationsmitteln fehlen. Allerdings hat der BGH die Qualität bloßer Überbringungsboten als Erklärungsempfänger eines unterschriebenen Vertrags über ein Mobiltelefon mit Kartenvertrag im sog. »Postident 2-Verfahren« bereits abgelehnt<sup>26</sup>, sodass erst recht eine bloße Ablesung der Verbrauchsdaten durch Mitarbeiter des Versorgers an der fernkommunikativen Qualität der Überbringung der Ablesedaten nichts ändert. Jedenfalls ist ein persönlicher Vertragsschluss unter gleichzeitig Anwesenden bei einem konkluden-

ten Vertragsschluss ausgeschlossen, sodass nicht ersichtlich ist, dass der Verbraucher beim konkludenten Vertragsschluss weniger schutzwürdig sein soll als bei einem Fernabsatz- oder Außer-Geschäftsraum-Vertragsschluss eines schriftlichen Versorgungsvertrags. Danach sprechen die überwiegenden Gründe dafür, den konkludenten Versorgungsvertragsschluss zumindest als Fernabsatzgeschäft einzuordnen.

Jedenfalls besteht für Energie- und Wasserversorgungsverträge als typische Ratenlieferverträge im Sinne von § 510 Abs. 1 Nr. 2 BGB nach überwiegender Meinung auch ohne eine Einstufung als Fernabsatzgeschäft oder außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Verträge ein Widerrufsrecht nach § 356c Abs. 1 BGB.<sup>27</sup> Teilweise wird zwar vertreten, bei leitungsgebundenen Versorgungsverträgen für Strom, Gas, Fernwärme und Wasser handele es sich nicht um Ratenlieferverträge im Sinne von § 510 BGB, weil es anders als bei Bierlieferungsverträgen keine (Mindest-)Erwerbspflicht gäbe.<sup>28</sup> Dies ist jedoch schon in schuldrechtlicher Hinsicht in der Regel falsch, weil befristete Versorgungsverträge nicht nur eine Abnahmepflicht enthalten<sup>29</sup>, sondern diese in der Regel sogar über Mindestabnahmepflichten (sog. »take-or-pay-Klauseln«)<sup>30</sup> und verbrauchsunabhängige Zahlungspflichten (z.B. sog. »Grund-« und »Leistungspreise«)<sup>31</sup> absichern. Darüber hinaus sind in der Fernwärme- und Wasserversorgung öffentlich-rechtliche Anschluss- und Benutzungszwangssatzungen zumindest für die Wasserversorgung weit verbreitet. Schließlich sind in der Fernwärmeversorgung auch Unterlassungsdienstbarkeiten nicht selten.

Insofern könnte höchstens für Versorgungsverträge in Monopolen geltend gemacht werden, hier mache der Schutz durch Widerrufsrechte mangels alternativer Bezugsmöglichkeiten keinen Sinn.<sup>32</sup> Indes gilt dies nach der Liberalisierung der Strom- und Erdgasmärkte für Strom- und Erdgasversorgungsverträge gerade nicht und aufgrund des teilweise bestehenden Systemwettbewerbs zumindest für Fernwärme-neukunden nur eingeschränkt für Fernwärmeversorgungsverträge. Insbesondere ist dieses Argument nach der eindeutigen Entscheidung des Richtlinien- und Gesetzgebers zur Einbeziehung monopolistischer Versorgungsmedien in das Widerrufsrecht unvertretbar. Darüber hinaus ist die Form des Vertragsschlusses durch ausdrückliche oder konkludente Erklärung für die Einordnung als Ratenliefervertrag im Sinne von § 510 BGB irrelevant, sodass nach einem erheblichen Teil der Literatur<sup>33</sup> konkludente Versorgungsverträge zu Recht dem Anwendungsbereich der §§ 510, 556c ff. BGB unterfallen.

Vor diesem Hintergrund gewinnt die öffentliche Bekanntgabe von Versorgungsbedingungen (§ 2 Abs. 3 Satz 7, Abs. 4 Satz 2 StromGVV/GasGVV; § 1 Abs. 4 AVBFernwärmeV/AVBWasserV) und die Bestätigung des Vertragsschlusses (§ 3 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 4 StromGVV/

<sup>20</sup> Fritsche, a.a.O. Fn. 1, § 356 BGB Rn. 21.

<sup>21</sup> Wendehorst in: MüKo BGB, 8. A. 2019, § 312b BGB Rn. 38.

<sup>22</sup> Wendehorst, a.a.O. Fn. 20, § 312c BGB Rn. 28.

<sup>23</sup> Anders insofern bei Widerrufsrechten zum konkludenten Maklervertrag: BGH, Urteil vom 07.07.2016 – I ZR 30/15, juris-Rn. 32; OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.03.2020 – I 7 U 43/19.

<sup>24</sup> Vgl. §§ 29 ff. Messstellenbetriebsgesetz (MsBG).

<sup>25</sup> § 3 Abs. 3 Fernwärme- oder Fernkälte-Verbrauchserfassungs- und -Abrechnungsverordnung (FFVAV).

<sup>26</sup> BGH, Urteil vom 21.10.2004 – III ZR 380/03, juris-Rn. 23.

<sup>27</sup> Müller-Christmann in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, 58. Ed., Stand: 01.05.2021, § 356c BGB Rn. 1; Fritsche, a.a.O. Fn. 1, § 356c BGB Rn. 1, § 356 BGB Rn. 22.

<sup>28</sup> Schwintowski in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. A., Stand: 01.02.2020, § 510 BGB Rn. 9; Weidenkaff in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 78. A. 2019, § 510 Rn. 4.

<sup>29</sup> De Wyl/Soetebeer in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage 2013, § 11, Rn. 160 ff.

<sup>30</sup> Thomale/Feurstein, Die AGB-rechtliche Wirksamkeit von Take-or-Pay-Klauseln in Energielieferverträgen, NJOZ 2010, 811.

<sup>31</sup> De Wyl/Soetebeer, a.a.O. Fn. 29, § 11, Rn. 202, Rn. 222.

<sup>32</sup> Nietsch in: Erman, BGB, 16. A. 2020, § 510 BGB Rn. 19 unter Bezugnahme auf die veraltete Rechtsprechung vor Energiemarktliberalisierung sowie Novellierung der Verbraucherschutzrichtlinie und der §§ 356 BGB.

<sup>33</sup> Schürmbrand/Weber in: MüKo BGB, 8. A. 2019, § 510 BGB, Rn. 21; Berger in: Jauernig, BGB, 17. A. 2018, § 510 BGB Rn. 2; Kessal-Wulf in: Staudinger, BGB, 15. Aufl. 2012, § 510 BGB Rn. 20; Artz in: Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht, 6. A. 2018, 2. Kap. Rn. 44.

GasGVV, § 2 Abs. 1 Satz 2 AVBFernwärmeV/AVBWasserV) unter Übermittlung der allgemeinen Versorgungsbedingungen (§ 2 Abs. 4 Satz 2 StromGVV/GasGVV, § 2 Abs. 3 AVBFernwärmeV/AVBWasserV) erhöhte Bedeutung. Zwar ist vertretbar, dass bei einem konkludenten Vertrag die Widerrufsbelehrung bereits im Rahmen der öffentlichen Bekanntgabe bzw. deren zumutbaren Kenntnisaufnahme erfolgt ist. Die BGH-Rechtsprechung zur fehlenden Einbeziehung von Fernwärme-Versorgungsbedingungen beim konkludenten Vertragsabschluss<sup>34</sup> schließt dies zumindest für konkludente Fernwärmeversorgungsverträge aber teilweise aus.

Jedenfalls könnte eine Widerrufsbelehrung bei konkludenten Vertragsschlüssen mit der Übermittlung der allgemeinen Versorgungsbedingungen erfolgen. Da die Bestätigungspflicht der Versorgungsverordnungen nur deklaratorische Bedeutung hat – das heißt der konkludente Vertrag kommt auch ohne Bestätigung wirksam zustande – unterbleibt diese in der Praxis aber häufig. Vor dem Hintergrund der Rechtsfolgen unterlassener Widerrufsbelehrungen erlangt die Vertragsbestätigung jedoch konstitutive – d.h. rechtsbegründende – Wirkung für widerrufsrechtliche Fristen und Wertersatzansprüche, sodass die verordnungsrechtliche Bestätigungspflicht alleine schon zur Begrenzung der widerrufsrechtlichen Haftungsrisiken erfüllt werden sollte. Insbesondere die Tendenz zur Preis- und Vertragsanpassung durch außerordentliche Kündigung als Reaktion auf die unterinstanzliche Zurückweisung gesetzlicher Leistungsbestimmungsrechte<sup>35</sup> führt gerade zu einer Renaissance der konkludenten Vertragsschlüsse im Fernwärmerecht, sodass diese Grundsätze hier besonders beachtet werden sollten. Will man der BGH-Rechtsprechung zur fehlenden Einbeziehung von AGB bei konkludenten Versorgungsverträgen Rechnung tragen, sollte eine gesonderte, von den AGB textlich unabhängige oder sogar physisch getrennte Widerrufsbelehrung der Vertragsbestätigung beigelegt werden.

Damit schließt sich der Kreis zum Verbot der Entgeltforderung für unbestellt zugesandte Ware.<sup>36</sup> Denn der Verzicht auf eine Widerrufserklärung stellt zugleich eine konkludente Genehmigung der Bereitstellung des Versorgungsmediums dar. Jedenfalls ist dem Verbraucher nach einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung bewusst, von wem und zu welchen Bedingungen er mit dem Versorgungsmedium beliefert wird. Insofern besteht keine Rechtfertigung mehr, ihn vor den nachteiligen Folgen einer unterlassenen Ausübung seiner Wahlmöglichkeiten zu bewahren. Danach kann nach einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung kein anerkannteswertes Schutzbedürfnis mehr für einen unentgeltlichen Bezug von Versorgungsleistungen bestehen, sodass eine Berufung auf § 241a BGB treuwidrig und damit nach § 242 BGB unwirksam wäre.<sup>37</sup>

### 3. Ausblick: Energie- und Wasserrecht in Zeiten des Klimaschutz-Wahlkampfes

Das aktuelle Urteil des EuGH<sup>38</sup> zu konkludenten Wasserversorgungsverträgen nach niederländischem Recht wird für viele deutsche Versorgungsunternehmen Anlass zur Überprüfung rechtlicher Risiken aus ihrer Versorgungs-AGB-Ge-

staltung und aus ihren Vertriebsprozessen sein. Dabei lassen sich rechtliche Risiken durch eine sorgfältige AGB-Gestaltung und vorsorgliche Vertriebskommunikation zwar vermindern. Dies ist aber einerseits mit Aufwand verbunden, andererseits häufig für den Rechtslaien vulgo Verbraucher nicht mehr verständlich und angesichts der Überforderung unterinstanzlicher Gerichte mit der energie- und wasserrechtlichen Spezialmaterie gleichwohl mit rechtstatsächlichen Risiken verbunden.

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber mit seinem Urteil zum Klimaschutzgesetz<sup>39</sup> einen Gesetzgebungsauftrag zur Sicherstellung des Klimaschutzziels einer Begrenzung des Anstiegs der globalen Durchschnittstemperatur auf deutlich unter 2 °C und möglichst auf 1,5 °C gegenüber dem vorindustriellen Niveau erteilt. Der Gesetzgeber hat hier zwar bereits durch Anpassung des Reduktionspfades bis 2030 in einer Eil-Novellierung des Klimaschutzgesetzes reagiert.<sup>40</sup> Um die Einhaltung dieses Emissionsreduzierungsplans aber sicherzustellen, muss der Gesetzgeber jetzt auch konkrete Reduktionsmaßnahmen beschließen. Die eigentliche Hausaufgabe des Bundesverfassungsgerichts ist deshalb noch unerledigt und prägt damit den aktuellen Bundestagswahlkampf. Dabei ist die Energieversorgung von hoher Relevanz für die Klimaschutzziele. Auch die Wasserversorgung ist dabei vor dem Hintergrund der Bedeutung für den Umweltschutz und der sich bei allen Klimaveränderungsprognosen abzeichnenden und bereits jetzt festzustellenden Verknappung der Wasserressourcen von hoher Relevanz.

Die vorstehende Untersuchung zeigt darüber hinaus, dass es weder der Rechtsprechung noch der Rechtswissenschaft gelungen ist, eine einfache und überzeugende Lösung für das Problem der Lieferung unbestellter Ware und der Widerrufsbelehrung für konkludente Versorgungsverträge zu finden. Der Gesetzgeber hätte – vom Bruch mit dem Rechtsinstitut des konkludenten Vertrags durch eine Regelung als gesetzliches Schuldverhältnis über Bereichsausnahmen bis hin zur Privilegierung regenerativer und effizienter Versorgungsverhältnisse – mannigfaltige Möglichkeiten zur Lösung der Probleme, die die Parteien im aktuellen Klimaschutzwahlkampf aufgreifen könnten.

Hinzu kommt, dass im Bereich der Fernwärme- und Wasserversorgung die AVBFernwärmeV und AVBWasserV mehr oder weniger seit den 80iger Jahren unverändert geblieben sind.<sup>41</sup> Deshalb besteht hier im Vergleich zu dem Verbraucherschutzrechtlichen Niveau des gesetzlichen Rahmens der Strom- und Erdgasversorgung ein erheblicher Nachholbedarf. Der Gesetzgeber hat mit der aktuellen Novellierung der AVBFernwärmeV einen ersten, weitgehend untauglichen Versuch in diese Richtung gemacht.<sup>42</sup> Insofern bleibt auch hier viel Raum für die Politik, im Rahmen der sog. »Wärmewende« Verbraucherschutz-, sozial- und energiepolitische Ziele mit einer Ordnungsneuerung aufzugreifen und in ein glaubwürdiges Wahlprogramm zu übersetzen.

<sup>34</sup> BGH, Urteil vom 15.01.2014 – VIII ZR 111/1, juris-Rn. 17 ff.

<sup>35</sup> Zuletzt zu § 4 Abs. 2 AVBFernwärmeV: KG Berlin, Urteil vom 29.09.2020 – 9 U 19/20.

<sup>36</sup> Vgl. Teil 1, Versorgungswirtschaft 7/2021, 197 ff., in unserem Portal vw-online.eu, DokNr. 21006332.

<sup>37</sup> Schubert in: MüKo BGB, 8. Auflage 2019, § 242 BGB Rn. 415 ff.

<sup>38</sup> EuGH, Urteil vom 03.02.2021 – C-922/19.

<sup>39</sup> BVerfG, Urteil vom 29.04.2021 – 1 BvR 2656/18; 1 BvR 96/20; 1 BvR 78/20; 1 BvR 288/20; 1 BvR 96/20; 1 BvR 78/20.

<sup>40</sup> Gesetzentwurf der BReg, BT-DrS. 19/30230 vom 02.06.2021; Zustimmung des BRats, BR-Plenarprotokoll 1.006 vom 25.06.2021, TOP 132.

<sup>41</sup> Verbraucherschutzministerkonferenz des Bundes und der Länder, Zwischenbericht vom 31.03.2020, S. 21, [https://www.verbraucherschutzministerkonferenz.de/documents/uv\\_08-fernwaerme-zwischenbericht\\_pg\\_1597153618.pdf](https://www.verbraucherschutzministerkonferenz.de/documents/uv_08-fernwaerme-zwischenbericht_pg_1597153618.pdf), zuletzt abgerufen am 11.07.2021.

<sup>42</sup> Held/Richter, Stadtwerke-Kompass vom 06.07.2021, Disruption im Wärmemarkt: Novellierung der AVBFernwärmeV erfordert schnelle Reaktion der Fernwärmeunternehmen, <https://www.roedl.de/themen/stadtwerke-kompass/2021/13/novellierung-avbfernwaermev-erfordert-schnelle-reaktion>, zuletzt abgerufen am 11.07.2021.