

**In dem Verfahren  
über  
die Verfassungsbeschwerde**

1. der Frau S...,

2. des Herrn S...,

- Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Näke & Petersen,  
Waller Heerstraße 99, 28219 Bremen -

gegen den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 26. April 2016 - VIII ZR 76/13

-

hat die 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch

den Richter Huber

und die Richterinnen Kessal-Wulf,

König

gemäß § 93b in Verbindung mit § 93a BVerfGG in der Fassung der Bekanntmachung

vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473) am 17. November 2017 einstimmig beschlossen:

**Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.**

**G r ü n d e :**

Die Verfassungsbeschwerde betrifft einen Rechtsstreit vor den Zivilgerichten über die Wirksamkeit von Gaspreiserhöhungen. Die Beschwerdeführer machen gegenüber der verfahrensabschließenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs insbesondere die Verletzung der Verpflichtung zur Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) und der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung geltend. 1

**I.**

Im Ausgangsverfahren wandten sich die Beschwerdeführer gegen Gaspreiserhöhungen der Beklagten, eines - vollständig in kommunalem Eigentum stehenden - Energieversorgungsunternehmens, von dem sie im Rahmen der Grundversorgung mit Gas beliefert wurden. Die Gaslieferung richtete sich unter anderem nach der bis zum 7. November 2006 geltenden Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gas- 2

versorgung von Tarifkunden (AVBGasV) vom 21. Juni 1979 (BGBl I S. 676), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9. Dezember 2004 (BGBl I S. 3214). Mit ihrer Klage begehrten die Beschwerdeführer die Feststellung der Unwirksamkeit der Preiserhöhungen.

Mit Urteil vom 4. August 2006 gab das Amtsgericht Delmenhorst der Klage statt und stellte fest, dass die von der Beklagten in dem zwischen ihr und den Beschwerdeführern geschlossenen Gaslieferungsvertrag vorgenommenen Erhöhungen des Arbeitspreises Erdgas unbillig und unwirksam seien. Auf die Berufung der Beklagten änderte das Landgericht Oldenburg mit Urteil vom 29. November 2007 die Entscheidung des Amtsgerichts und wies die Klage ab. Auf die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beschwerdeführer hin hob der Bundesgerichtshof das Urteil des Landgerichts mit Urteil vom 8. Juli 2009 auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an dieses zurück.

Mit Urteil vom 14. Februar 2013 wies das Landgericht Oldenburg die Klage der Beschwerdeführer erneut ab. Die Berechtigung des Energieversorgers zur Preiserhöhung leitete es aus § 4 AVBGasV ab und stellte auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens fest, dass sich die Erhöhung insgesamt im Rahmen der Billigkeit halte, weil im streitgegenständlichen Zeitraum nicht einmal die gestiegenen Bezugskosten weitergegeben worden seien. Die Revision wurde wiederum zugelassen und durch die Beschwerdeführer auch eingelegt. Der Bundesgerichtshof setzte das Revisionsverfahren zunächst im Hinblick auf ein in anderer Sache beim EuGH anhängiges Vorabentscheidungsverfahren aus. In diesem erging am 23. Oktober 2014 die Entscheidung.

Nach Fortsetzung des Revisionsverfahrens wies der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 15. Dezember 2015 darauf hin, dass er beabsichtige, die Revision durch einstimmigen Beschluss gemäß § 552a ZPO zurückzuweisen, da ein Grund für die Zulassung nicht mehr vorliege (§ 552a Satz 1, § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO). Das Berufungsgericht habe die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen, weil es Zweifel gehabt habe, ob § 4 Abs. 1 und Abs. 2 AVBGasV mangels Transparenz als Rechtsgrundlage für Preiserhöhungen gegenüber Tarifkunden weiterhin herangezogen werden könne. Diese Zweifel seien durch die nach Erlass des Berufungsurteils verkündeten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 28. Oktober 2015 (VIII ZR 158/11 und VIII ZR 13/12) beseitigt, so dass insoweit kein Klärungsbedarf mehr bestehe. In diesen Entscheidungen sei im Anschluss an das Urteil des EuGH vom 23. Oktober 2014 entschieden worden, dass aus § 4 Abs. 1 und Abs. 2 AVBGasV beziehungsweise § 5 Abs. 2 GasGVV a.F. für die Zeit ab 1. Juli 2004 - dem Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG - im Folgenden: GasRL 2003/55/EG (ABl EG Nr. L 176 vom 15. Juli 2003, S. 57) - ein einseitiges Preisänderungsrecht des Versorgers nicht entnommen werden könne,

weil dies nicht mit den Transparenzanforderungen des Art. 3 Abs. 3 Sätze 4 bis 6 in Verbindung mit Anhang A der GasRL 2003/55/EG zu vereinbaren sei. Aus der gebotenen - und an dem objektiv zu ermittelnden hypothetischen Willen der Vertragsparteien auszurichtenden - ergänzenden Auslegung eines auf unbestimmte Dauer angelegten Gaslieferungsvertrags ergebe sich nach den Entscheidungen jedoch, dass der Grundversorger berechtigt sei, Steigerungen seiner (Bezugs-)Kosten, soweit diese nicht durch Kostensenkungen in anderen Bereichen ausgeglichen würden, während der Vertragslaufzeit an seine Kunden weiterzugeben, und er verpflichtet sei, bei einer Tarifanpassung Kostensenkungen ebenso zu berücksichtigen wie Kostenerhöhungen. Die Frage nach der Wirksamkeit einer einseitigen Preisbestimmung des Grundversorgers während der Vertragslaufzeit konzentrierte sich mithin auf die tatsächliche Frage, ob die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt seien. Von diesen rechtlichen Vorgaben ausgehend habe das Berufungsgericht im Ergebnis richtig entschieden, die Revision habe also keine Aussicht auf Erfolg.

Mit Beschluss vom 26. April 2016 wies der Bundesgerichtshof die Revision gemäß § 552a ZPO zurück. Zur Begründung nahm er zunächst auf seinen Hinweisbeschluss vom 15. Dezember 2015 Bezug. Im Übrigen ergänzte er, dass entgegen der Auffassung der Revision keine Veranlassung bestehe, den Rechtsstreit erneut nach Art. 267 Abs. 1 bis Abs. 3 AEUV dem EuGH zur Auslegung von Art. 3 Abs. 3 in Verbindung mit Anhang A der GasRL 2003/55/EG im Hinblick auf die Frage vorzulegen, ob die darin enthaltenen Transparenzanforderungen dahingehend auszulegen seien, dass auch die durch den Bundesgerichtshof im Anschluss an das Urteil des EuGH vom 23. Oktober 2014 in den Urteilen vom 28. Oktober 2015 vorgenommene ergänzende Vertragsauslegung den Anforderungen an das erforderliche Maß an Transparenz genügen müsse. Die gegenteilige Auffassung gehe, wie im Urteil vom 6. April 2016 (VIII ZR 71/10, juris, Rn. 37 ff.) ausgeführt, aus mehreren Gründen fehl. Die Auslegung des Art. 3 Abs. 3 in Verbindung mit Anhang A der GasRL 2003/55/EG sei, soweit für die Beurteilung des Streitfalls von Bedeutung, durch das genannte, im Verfahren VIII ZR 71/10 ergangene Urteil des EuGH sowie durch das ebenfalls auf Vorlage des Bundesgerichtshofs ergangene Urteil des EuGH vom 21. März 2013 (C-92/11, NJW 2013, S. 2253) im Sinne eines „acte éclairé“ geklärt und hier - wie bereits in den beiden vorbezeichneten sowie in den im Anschluss hieran ergangenen weiteren Urteilen des Bundesgerichtshofs - lediglich auf den Einzelfall anzuwenden. Der EuGH habe im Urteil vom 23. Oktober 2014 (C-359/11 und C-400/11, Rn. 44) hervorgehoben, dass zum einen die Interessen der Kunden und das aus Art. 3 Abs. 3 der GasRL 2003/55/EG in Bezug auf die Transparenz folgende Erfordernis eines hohen Verbraucherschutzes, zum anderen aber auch die besondere Situation und die wirtschaftlichen Interessen der als Versorger letzter Instanz im Sinne der vorgenannten Richtlinie handelnden Gasgrundversorger insoweit zu berücksichtigen seien, als sie sich die andere Vertragspartei nicht aussuchen und den Vertrag nicht beliebig beenden könnten. Dementsprechend habe der EuGH bereits im Urteil vom 21. März 2013 (C-92/11, Rn. 46) ausgeführt, dass sich sowohl aus Nr. 2 Buchstabe b Abs. 2 und Buchstabe d des Anhangs der Richtlinie 93/13/EWG als auch aus Anhang A Buch-

6

stabe b der GasRL 2003/55/EG ergebe, dass der Unionsgesetzgeber im Rahmen von unbefristeten Verträgen wie Gaslieferungsverträgen das Bestehen eines berechtigten Interesses des Versorgungsunternehmers an der Möglichkeit einer Änderung der Entgelte für seine Leistung anerkannt habe (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 158/11 -, Rn. 76, 79; Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 13/12 -, Rn. 78, 81). Die vorbezeichneten rechtlich geschützten Interessen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen, sei - wovon ersichtlich auch der EuGH ausgehe - Aufgabe des nationalen Rechts. Die vom Bundesgerichtshof auf dieser Grundlage in den Urteilen vom 28. Oktober 2015 vorgenommene ergänzende Vertragsauslegung nehme diesen Ausgleich vor und trage zugleich dem Ziel sowohl des nationalen als auch des europäischen Energiewirtschaftsrechts Rechnung, eine sichere Energieversorgung zu gewährleisten (unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 158/11 -, Rn. 76 ff.; Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 13/12 -, Rn. 78 ff.). Sowohl das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung bei den unbefristeten Gaslieferungsverträgen der Grundversorgung als auch die Sicherheit der Energieversorgung, bei der es sich um ein Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges handele, wären gefährdet, wenn der Grundversorger nicht berechtigt wäre, Steigerungen der eigenen (Bezugs-)Kosten während der Vertragslaufzeit an den Kunden weiterzugeben (siehe hierzu BGH, Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 158/11 -, Rn. 72 ff., 79, 82; Urteil vom 28. Oktober 2017 - VIII ZR 13/12 -, Rn. 74 ff., 81, 84). Einer erneuten Vorlage an den EuGH bedürfe es zudem auch deshalb nicht, weil nach den vom Bundesgerichtshof in den Urteilen vom 28. Oktober 2015 (VIII ZR 158/11, Rn. 34 ff. und VIII ZR 13/12, Rn. 36 ff.) aufgezeigten Grundsätzen eine richtlinienkonforme Auslegung des § 4 Abs. 1 und Abs. 2 AVBGasV nicht in Betracht komme. Aufgrund dieses ausschließlich der Beurteilung des nationalen Gerichts unterliegenden Umstands sei der Bundesgerichtshof angesichts der durch das nationale Recht gezogenen Grenzen schon mangels Entscheidungserheblichkeit der (weiteren) Auslegung des Unionsrechts nicht zu einer (erneuten) Vorlage an den EuGH gehalten, zumal - wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden habe - auch eine unmittelbare Anwendung der Transparenzanforderungen des Art. 3 Abs. 3 Sätze 4 bis 6 in Verbindung mit Anhang A der GasRL 2003/55/EG auf den vorliegenden Fall nicht in Betracht komme (letzteres unter Verweis auf BGH, Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 158/11 -, Rn. 62 ff.; Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 13/12 -, Rn. 64 ff.).

Der Beschluss wurde den Beschwerdeführern am 12. Mai 2016 zugestellt. Mit Schriftsatz vom 27. Mai 2016, beim Bundesverfassungsgericht eingegangen am 2. Juni 2016, haben diese gegen den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 26. April 2016 Verfassungsbeschwerde erhoben.

7

## II.

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügen die Beschwerdeführer eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 und Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG.

8

Der Bundesgerichtshof sei im konkreten Fall und auch in diversen weiteren Entscheidungen seit dem 28. Oktober 2015 dem EuGH nicht gefolgt. Er habe im vorliegenden Fall den Rechtsstandpunkt der Beschwerdeführer auf der Grundlage einer ergänzenden Vertrags- beziehungsweise Gesetzesauslegung verworfen, hätte die Sache wegen der von ihm beabsichtigten Vertragsauslegung jedoch gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV vorlegen müssen. Die Auslegung und Anwendung von Art. 267 Abs. 3 AEUV durch den Bundesgerichtshof sei offensichtlich unhaltbar (unter Verweis auf BVerfGE 135, 155 <232 Rn. 180>). Zwar habe dieser bei der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts einen Spielraum eigener Einschätzung und Beurteilung. Dessen Grenzen seien hier aber deutlich überschritten worden. Aus dem Urteil des EuGH vom 23. Oktober 2014 (C-359/11 und C-400/11) ergebe sich ohne Einschränkung, dass die unter die Versorgungspflicht fallenden Verbraucherverträge den Transparenzrichtlinien Strom und Gas aus dem Jahr 2003 nur dann entsprächen, wenn sie die Verpflichtung des Energieversorgungsunternehmens enthielten, den Verbraucher vor Inkrafttreten der jeweiligen Änderungen des Arbeitspreises über den dafür gegebenen Anlass, die Voraussetzungen und den Umfang zu informieren, und dies so rechtzeitig, dass der Verbraucher in voller Sachkenntnis über eine mögliche Lösung vom Vertrag oder ein Vorgehen gegen die Änderung entscheiden könne.

9

Der Bundesgerichtshof schränke diese allgemeine Vorgabe des EuGH mit dem Mittel einer ergänzenden Vertragsauslegung ein, indem er von einer planwidrigen Regelungslücke ausgehe. Sie solle auf der unter diesen Prämissen ausgeschlossenen Möglichkeit des Energieversorgungsunternehmens beruhen, Steigerungen der (Bezugs-)Kosten während der Vertragslaufzeit an den Vertragspartner (hier also: die Beschwerdeführer) weiterzugeben. Damit werde die Rechtsprechung des EuGH unterlaufen. Dass dieser nur über die Auslegung des Unionsrechts, nicht aber über die mögliche Unanwendbarkeit der betroffenen nationalen Rechtsnorm entscheide, ändere nichts daran, dass der deutsche Rechtsanwender unionsrechtlich gehalten sei, sich vom Zeitpunkt des Inkrafttretens der fraglichen Richtlinie an so weit wie möglich im Rahmen des gegebenen Beurteilungsspielraums an Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, um deren Ziele zu erreichen, das heißt die volle Wirksamkeit des Unionsrechts sicherzustellen.

10

Diesen unionsrechtlichen Vorgaben folge die angegriffene Entscheidung ersichtlich nicht. Der Bundesgerichtshof gehe offenkundig nicht davon aus, die Vorlagepflicht dadurch grundsätzlich verkannt zu haben, dass er das Unionsrecht eigenständig fortgebildet habe. Er habe eine Fortbildung des Unionsrechts erörtert und verworfen. Es sei sicher auch nicht seine Absicht gewesen, von der Rechtsprechung des EuGH bewusst abzuweichen. Dies ändere aber nichts daran, dass sich der Bundesgerichtshof im Ergebnis vollumfänglich über die Vorgaben des EuGH hinweggesetzt habe. Dieser habe in seiner Entscheidung vom 23. Oktober 2014 nicht den geringsten Hinweis dafür gegeben, dass es auf Unterschiede für die Gründe der Änderungen der Arbeitspreise ankomme. Die vom Bundesgerichtshof getroffene Unterscheidung, die es ihm erlaube, Steigerungen in den eigenen (Bezugs-)Kosten des Energieversorgungsun-

11

ternehmens in den Spielraum des deutschen Gesetzgebers zu verlagern, finde sich in der Entscheidung des EuGH nicht einmal andeutungsweise. Diese beziehe sich vielmehr auf alle Veränderungen der Lieferpreise. Folgte man der Auffassung des Bundesgerichtshofs, dass eine Lücke vorliege, sei die Entscheidung der Fallgruppe der offensichtlich unhaltbar gehandhabten Vorlagepflicht zuzuordnen, weil die vorliegende Rechtsprechung des EuGH die entscheidungserhebliche Frage nicht oder nicht erschöpfend beantwortet habe. Eine solche Lücke erfordere eine Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV, weil das nationale Gericht nicht davon ausgehen könne, dass der EuGH seine Entscheidung bewusst zugunsten eines Spielraums der mitgliedstaatlichen Organe eingeschränkt habe.

Unabhängig davon seien die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung zu Lasten der Beschwerdeführer entgegen Art. 20 GG in verfassungsrechtlich relevanter Weise überschritten. Der Bundesgerichtshof habe sich dazu berufen gesehen, zu beurteilen, ob beziehungsweise was der Ordnungsgeber (der AVBGasV und der GasGVV) konditioniert hätte, wenn er die Unwirksamkeit von § 4 AVBGasV erkannt hätte. Dies widerspreche der Gewaltenteilung. Das Ausfüllen einer Vertragslücke sei dem Bundesgerichtshof nur dort erlaubt, wo eine Vertragsbestimmung unwirksam sei. Die Frage, ob nach dem Urteil des EuGH vom 23. Oktober 2014 die Verordnungen für Strom und Gas im Hinblick auf Preisbestimmungsrechte oder -pflichten einer „ergänzenden Vertragsauslegung“ überhaupt zugänglich seien, sei völlig ungeklärt. Hieran bestünden seit der Entscheidung des EuGH vom 14. Juni 2012 im Verfahren Banco Español (Urteil vom 14. Juni 2012, C-618/10) Zweifel. Auch deshalb hätte eine Vorlage erfolgen müssen.

12

Zur Zulässigkeit ihrer Verfassungsbeschwerde führen die Beschwerdeführer neben Vortrag zur Einhaltung der Beschwerdefrist ohne nähere Begründung an, dass eine Anhörungsrüge im vorliegenden Fall aussichtslos gewesen wäre, daher nicht zum Rechtsweg gehöre und dass die Verfassungsbeschwerde infolgedessen ausdrücklich nicht auf eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG gestützt werde.

13

### III.

Die - inzwischen außer Kraft getretene - Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden beinhaltete in ihren §§ 2 bis 34 die allgemeinen Bedingungen, zu denen Gasversorgungsunternehmen nach § 6 Abs. 1 EnWG jedermann an ihr Versorgungsnetz anzuschließen und zu allgemeinen Tarifpreisen zu versorgen hatten (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AVBGasV). Sie waren nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AVBGasV Bestandteil des Versorgungsvertrags. Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 AVBGasV stellte das Gasversorgungsunternehmen zu den jeweiligen allgemeinen Tarifen und Bedingungen Gas zur Verfügung. Gemäß § 4 Abs. 2 AVBGasV wurden Änderungen der allgemeinen Tarife und Bedingungen erst nach öffentlicher Bekanntgabe wirksam. Die Vorschriften sind mit Wirkung zum 8. November 2006 durch die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Gas aus dem Niederdrucknetz-

14

Gasgrundversorgungsverordnung (GasGVV) vom 26. Oktober 2006 (BGBl I 2006, S. 2391, 2396) ersetzt worden.

Art. 3 Abs. 3 GasRL 2003/55/EG lautet wie folgt:

15

Die Mitgliedstaaten ergreifen geeignete Maßnahmen zum Schutz der Endkunden und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzes und tragen insbesondere dafür Sorge, dass für schutzbedürftige Kunden ein angemessener Schutz besteht, wozu auch geeignete Maßnahmen gehören, mit denen diesen Kunden geholfen wird, den Ausschluss von der Versorgung zu vermeiden. In diesem Zusammenhang können sie Maßnahmen zum Schutz von Kunden in abgelegenen Gebieten treffen, die an das Erdgasnetz angeschlossen sind. Sie können für an das Gasnetz angeschlossene Kunden einen Versorger letzter Instanz benennen. Sie gewährleisten einen hohen Verbraucherschutz, insbesondere in Bezug auf die Transparenz der allgemeinen Vertragsbedingungen, allgemeine Informationen und Streitbeilegungsverfahren. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass zugelassene Kunden tatsächlich zu einem neuen Lieferanten wechseln können. Zumindest im Fall der Haushaltskunden schließen solche Maßnahmen die in Anhang A aufgeführten Maßnahmen ein.

Nach Anhang A Buchstabe b GasRL 2003/55/EG soll mit den in Art. 3 genannten Maßnahmen sichergestellt werden, dass die Kunden rechtzeitig über eine beabsichtigte Änderung der Vertragsbedingungen und dabei über ihr Rücktrittsrecht unterrichtet werden. Die Dienstleister teilen ihren Kunden direkt jede Gebührenerhöhung mit angemessener Frist mit, auf jeden Fall jedoch vor Ablauf der normalen Abrechnungsperiode, die auf die Gebührenerhöhung folgt. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass es den Kunden freisteht, den Vertrag zu lösen, wenn sie die neuen Bedingungen nicht akzeptieren, die ihnen ihr Gasdienstleister mitgeteilt hat (Buchstabe b). Mit den in Art. 3 GasRL 2003/55/EG genannten Maßnahmen soll nach Buchstabe c Anhang A ebenso sichergestellt werden, dass die Kunden transparente Informationen über geltende Preise und Tarife sowie über die Standardbedingungen für den Zugang zu Gasdienstleistungen und deren Inanspruchnahme erhalten.

16

Mit Urteil vom 23. Oktober 2014 hat der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens aus Anlass von Zweifeln an der Vereinbarkeit von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 AVBGasV mit dem Unionsrecht entschieden, dass Art. 3 Abs. 3 GasRL 2003/55/EG in Verbindung mit Anhang A dahin auszulegen sei, dass er einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, die den Inhalt von unter die allgemeine Versorgungspflicht fallenden Verbraucherverträgen über Strom- und Gaslieferungen bestimmt und die Möglichkeit vorsieht, den Tarif dieser Lieferungen zu ändern, aber nicht gewährleistet, dass die Verbraucher rechtzeitig vor Inkrafttreten dieser Änderung über deren Anlass, Voraussetzungen und Umfang informiert

17

werden (vgl. EuGH, Urteil vom 23. Oktober 2014, Schulz und Egbringhoff, C-359/11 und C-400/11, EU:C:2014:2317, Rn. 53). Bei dieser Entscheidung ging er davon aus, dass den Bestimmungen der GasRL 2003/55/EG Belange des Verbraucherschutzes zugrunde lägen (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 40) und die Richtlinie insoweit Bestimmungen enthalte, die die Erreichung dieses Ziels ermöglichten (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 41). Soweit die Gasversorger verpflichtet seien, im Rahmen der durch die nationalen Rechtsvorschriften auferlegten Verpflichtungen mit allen Kunden, die darum ersuchten und die dazu berechtigt seien, zu den in diesen Rechtsvorschriften vorgesehenen Bedingungen Verträge zu schließen, seien die wirtschaftlichen Interessen dieser Versorger insoweit zu berücksichtigen, als sie sich die andere Vertragspartei nicht aussuchen und den Vertrag nicht beliebig beenden könnten (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 44). Die Mitgliedstaaten müssten nach Art. 3 Abs. 3 GasRL 2003/55/EG in Bezug auf die Transparenz der allgemeinen Vertragsbedingungen einen hohen Verbraucherschutz gewährleisten (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 45). Den Kunden müsse neben ihrem in Anhang A Buchstabe b verankerten Recht, sich vom Liefervertrag zu lösen, auch die Befugnis erteilt werden, gegen Änderungen der Lieferpreise vorzugehen (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 46). Sie müssten, um diese Rechte in vollem Umfang und tatsächlich nutzen und in voller Sachkenntnis eine Entscheidung über eine mögliche Lösung vom Vertrag oder ein Vorgehen gegen die Änderung des Lieferpreises treffen zu können, rechtzeitig vor dem Inkrafttreten dieser Änderung über deren Erlass, Voraussetzungen und Umfang informiert werden (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 47). Eine nationale Regelung, die nicht gewährleiste, dass einem Haushaltskunden diese Informationen rechtzeitig übermittelt werden, genüge den in der GasRL 2003/55/EG aufgestellten Anforderungen nicht (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 48). Eine zeitliche Begrenzung der Wirkungen dieses Urteils hat der EuGH abgelehnt (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 54 ff.).

#### IV.

Die Beklagte des Ausgangsverfahrens trägt unter anderem vor, dass es den Beschwerdeführern am Rechtsschutzbedürfnis fehle, da keine Partei aus den streitgegenständlichen Preiserhöhungen Zahlungs- oder Rückzahlungsansprüche erhoben habe und mittlerweile Verjährung eingetreten sei. Zudem hätten die Beschwerdeführer die unmittelbare Anwendung der GasRL 2003/55/EG im fachgerichtlichen Verfahren nicht geltend gemacht. Eine Vereitelung aller Preiserhöhungen seit 2004 durch die kommunalen Versorger verstoße zudem gegen Art. 3 und Art. 28 Abs. 2 GG.

18

Die Beschwerdeführer haben mit Schriftsatz vom 30. Mai 2017 ergänzend vorgebracht, dem VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs sei bekannt gewesen, dass die Beklagte zu 100 % in Staatsbesitz gewesen sei. Der Bundesgerichtshof habe die Frage, ob sich aus der GasRL 2003/55/EG Wirksamkeitsvoraussetzungen an eine Tarifänderung ergeben, nicht ohne Vorlage entscheiden dürfen. Zudem sei auch aufgrund neuer Urteile des EuGH der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Vertragskunden der Boden entzogen, sodass sich deren Übertragung auf Grundversorgungskunden durch die angegriffene Entscheidung nunmehr erst recht als

19

unvertretbar und willkürlich darstelle.

## V.

Die Annahme der Verfassungsbeschwerde, die keine grundsätzliche Bedeutung hat, ist nicht zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte angezeigt (§ 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG), weil sie keine Aussicht auf Erfolg hat (vgl. BVerfGE 90, 22 <25 f.>; 108, 129 <136>). Die Verfassungsbeschwerde ist jedenfalls unbegründet. 20

1. Die angegriffene Entscheidung verletzt die Beschwerdeführer nicht in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. 21

a) Der EuGH ist gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG (vgl. BVerfGE 73, 339 <366>; 75, 223 <233 f.>; 82, 159 <192>; 126, 286 <315>; 128, 157 <186 f.>; 129, 78 <105>; 135, 155 <230 Rn. 177>). Unter den Voraussetzungen des Art. 267 Abs. 3 AEUV sind die Fachgerichte daher von Amts wegen gehalten, den EuGH anzurufen (vgl. BVerfGE 82, 159 <192 f.>; 128, 157 <187>; 129, 78 <105>; stRspr). Kommt ein deutsches Gericht seiner Pflicht zur Anrufung des EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nicht nach, kann dem Rechtsschutzsuchenden des Ausgangsrechtsstreits der gesetzliche Richter entzogen sein (vgl. BVerfGE 73, 339 <366 ff.>; 126, 286 <315>; 135, 155 <231 Rn. 177>). 22

b) Nach der Rechtsprechung des EuGH (vgl. erstmals EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982, CILFIT, C-283/81, Slg. 1982, 3415, Rn. 21; sowie etwa Urteil vom 9. September 2015, João Filipe Ferreira da Silva e Brito u.a./Estado português, C-160/14, EU:C:2015:565, Rn. 38 ff.) muss ein letztinstanzliches nationales Gericht seiner Vorlagepflicht nachkommen, wenn sich in einem bei ihm anhängigen Verfahren eine Frage des Unionsrechts stellt, es sei denn, dass die gestellte Frage nicht entscheidungserheblich ist, dass die betreffende unionsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den EuGH war oder dass die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (vgl. auch BVerfGE 82, 159 <193>; 128, 157 <187>; 129, 78 <105 f.>; 135, 155 <231 Rn. 178>). 23

c) Das Bundesverfassungsgericht beanstandet die Auslegung und Anwendung von Normen, die die gerichtliche Zuständigkeitsverteilung regeln, allerdings nur, wenn sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar sind (vgl. BVerfGE 29, 198 <207>; 82, 159 <194>; 135, 155 <231 Rn. 179>). Durch die grundrechtsähnliche Gewährleistung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG wird das Bundesverfassungsgericht nicht zu einem Kontrollorgan, das jeden die gerichtliche Zuständigkeitsordnung berührenden Verfahrensfehler korrigieren dürfte. Vielmehr ist es gehalten, seinerseits die Kompetenzregeln zu beachten, die den Fachgerichten die Kontrolle über die Befolgung der gerichtlichen Zuständigkeitsordnung übertragen (vgl. BVerfGE 82, 159 <194>; 135, 155 <231 Rn. 179>). 24

Diese Grundsätze gelten auch für die unionsrechtliche Zuständigkeitsvorschrift des Art. 267 Abs. 3 AEUV. Daher stellt nicht jede Verletzung der Vorlagepflicht zugleich einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG dar (vgl. BVerfGE 126, 286 <315>; 135, 155 <232 Rn. 180>). Das Bundesverfassungsgericht überprüft auch insoweit nur, ob die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregel des Art. 267 Abs. 3 AEUV bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist (vgl. BVerfGE 126, 286 <315 f.>; 128, 157 <187>; 129, 78 <106>). Durch die zurückgenommene verfassungsrechtliche Prüfung behalten die Fachgerichte bei der Auslegung und Anwendung von Unionsrecht einen Spielraum eigener Einschätzung und Beurteilung, der demjenigen bei der Handhabung einfachrechtlicher Bestimmungen der deutschen Zuständigkeitsordnung entspricht. Das Bundesverfassungsgericht wacht allein über die Einhaltung der Grenzen dieses Spielraums. Ein „oberstes Vorlagenkontrollgericht“ ist es nicht (vgl. BVerfGE 82, 159 <194>; 126, 286 <315 f.>; 128, 157 <187>; 129, 78 <106>; 135, 155 <232 Rn. 180>).

aa) Die Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV wird in den Fällen offensichtlich unhaltbar gehandhabt, in denen ein letztinstanzliches Hauptsachegericht eine Vorlage trotz der - seiner Auffassung nach bestehenden - Entscheidungserheblichkeit einer unionsrechtlichen Frage überhaupt nicht in Erwägung zieht, obwohl es selbst Zweifel hinsichtlich der richtigen Beantwortung der Frage hegt und das Unionsrecht somit eigenständig fortbildet (grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht; vgl. BVerfGE 82, 159 <195 f.>; 126, 286 <316 f.>; 128, 157 <187 f.>; 129, 78 <106 f.>; 135, 155 <232 Rn. 181>).

bb) Gleiches gilt in den Fällen, in denen das letztinstanzliche Hauptsachegericht bewusst von der Rechtsprechung des EuGH zu entscheidungserheblichen Fragen abweicht und gleichwohl nicht oder nicht neuerlich vorlegt (sog. bewusstes Abweichen ohne Vorlagebereitschaft; vgl. BVerfGE 82, 159 <195 f.>; 126, 286 <316 f.>; 128, 157 <187 f.>; 129, 78 <106 f.>; 135, 155 <232 Rn. 182>).

cc) Liegt zu einer entscheidungserheblichen Frage des Unionsrechts einschlägige Rechtsprechung des EuGH noch nicht vor oder hat eine vorliegende Rechtsprechung die entscheidungserhebliche Frage möglicherweise noch nicht erschöpfend beantwortet oder erscheint eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des EuGH nicht nur als entfernte Möglichkeit (Unvollständigkeit der Rechtsprechung), wird Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt, wenn das letztinstanzliche Hauptsachegericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschreitet (vgl. BVerfGE 82, 159 <195 f.>; 126, 286 <316 f.>; 128, 157 <187 f.>; 129, 78 <106 f.>; 135, 155 <232 f. Rn. 183>). Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn das Fachgericht das Vorliegen eines „acte clair“ oder eines „acte éclairé“ willkürlich bejaht (vgl. BVerfGE 135, 155 <233 Rn. 183>).

Das Gericht muss sich daher hinsichtlich des materiellen Unionsrechts hinreichend kundig machen. Etwaige einschlägige Rechtsprechung des EuGH muss es auswer-

ten und seine Entscheidung hieran orientieren (vgl. BVerfGE 82, 159 <196>; 128, 157 <189>; 135, 155 <233 Rn. 184>). Auf dieser Grundlage muss das Fachgericht unter Anwendung und Auslegung des materiellen Unionsrechts (vgl. BVerfGE 75, 223 <234>; 128, 157 <188>; 129, 78 <107>; 135, 155 <233 Rn. 184>) die vertretbare Überzeugung bilden, dass die Rechtslage entweder von vornherein eindeutig („acte clair“) oder durch Rechtsprechung in einer Weise geklärt ist, die keinen vernünftigen Zweifel offenlässt („acte éclairé“; vgl. BVerfGE 129, 78 <107>; 135, 155 <233 Rn. 184>). Unvertretbar gehandhabt wird Art. 267 Abs. 3 AEUV im Falle der Unvollständigkeit der Rechtsprechung insbesondere dann, wenn das Fachgericht eine von vornherein eindeutige oder zweifelsfrei geklärte Rechtslage ohne sachlich einleuchtende Begründung bejaht (vgl. BVerfGE 82, 159 <196>; 126, 286 <317>; 135, 155 <233 Rn. 185>).

d) Gemessen hieran ist nicht ersichtlich, dass der Bundesgerichtshof durch das Unterlassen eines Vorabentscheidungsersuchens auf der Grundlage des von ihm ausweislich der Begründung des angefochtenen Beschlusses angenommenen Sachverhalts das Recht der Beschwerdeführer aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt hat. 30

aa) Der Annahme einer grundsätzlichen Verkennung der Vorlagepflicht steht schon entgegen, dass sich der Bundesgerichtshof mit der Frage, ob er gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV zu einem Vorabentscheidungsersuchen verpflichtet ist, intensiv auseinandergesetzt und eine Pflicht zur Vorlage mithin offensichtlich erwogen hat. 31

bb) Auch wollte er ausweislich seiner Argumentation in der angegriffenen Entscheidung nicht von der Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung von Art. 3 Abs. 3 GasRL 2003/55/EG abweichen. Der Bundesgerichtshof ging vielmehr in ausdrücklicher Bezugnahme auf das Urteil des EuGH vom 23. Oktober 2014 davon aus, dass § 4 Abs. 1 und Abs. 2 AVBGasV unionsrechtswidrig war und daher nicht mehr als Rechtsgrundlage für ein einseitiges Preisänderungsrecht von Gasversorgungsunternehmen herangezogen werden konnte. Eine richtlinienkonforme Auslegung dieser Vorschriften hielt er für ebenso wenig möglich wie eine unmittelbare Anwendung von Art. 3 Abs. 3 GasRL 2003/55/EG. Aufgrund dessen kam er zu der Einschätzung, dass keine weitere Frage des Unionsrechts entscheidungserheblich war, und lehnte eine (erneute) Vorlage aus diesem Grunde ab. 32

cc) Der Bundesgerichtshof hat auch den ihm bei einer Unvollständigkeit der Rechtsprechung zukommenden Beurteilungsspielraum nicht in unvertretbarer Weise überschritten. Seine Einschätzung, dass im konkreten Fall keine bislang ungeklärte oder unklare unionsrechtliche Frage entscheidungserheblich war, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht auf der Grundlage des von ihm angenommenen Sachverhalts nicht zu beanstanden. Der Bundesgerichtshof ist in Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben zu dem Ergebnis gekommen, dass der Energielieferungsvertrag zwischen den Beschwerdeführern und der Beklagten unter Berücksichtigung der anwendbaren Vorschriften der AVBGasV keine Regelung für Preisänderungen durch den Energieversorger enthält. Weitere unionsrechtliche Fragen - insbesondere im 33

Hinblick auf die Auslegung von Art. 3 Abs. 3 in Verbindung mit Anhang A GasRL 2003/55/EG - stellten sich für ihn nicht. Die Frage, wie die durch die Unionsrechtswidrigkeit von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 AVBGasV entstandene Lücke im Energielieferungsvertrag zwischen den Beschwerdeführern und der Beklagten zu schließen war, war - wie der Bundesgerichtshof zutreffend erkannt hat - trotz der von der Bundesrepublik Deutschland nicht fristgerecht umgesetzten Vorgaben der GasRL 2003/55/EG - eine Frage des nationalen Rechts.

(1) Der Bundesgerichtshof geht in der angegriffenen Entscheidung ersichtlich davon aus, dass der EuGH die im vorliegenden Ausgangsverfahren entscheidungserhebliche Frage der Auslegung von Art. 3 Abs. 3 in Verbindung mit Anhang A GasRL 2003/55/EG in seinem Urteil vom 23. Oktober 2014 zweifelsfrei geklärt und festgestellt hat, dass Art. 3 Abs. 3 in Verbindung mit Anhang A der GasRL 2003/55/EG dahingehend auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung wie derjenigen in § 4 Abs. 1 und Abs. 2 AVBGasV entgegensteht, die die Möglichkeit vorsieht, den Tarif von unter die allgemeine Versorgungspflicht fallenden Strom- und Gaslieferungen zu ändern, ohne dass der Verbraucher vor Inkrafttreten der Änderung über Anlass, Voraussetzungen und Umfang der Tarifänderung zu informieren ist. Der Bundesgerichtshof hat daraus abgeleitet, dass aufgrund dieser Auslegung von Art. 3 Abs. 3 in Verbindung mit Anhang A GasRL 2003/55/EG § 4 Abs. 1 und Abs. 2 AVBGasV in seiner bisherigen Auslegung wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts seit Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie keine taugliche Rechtsgrundlage für ein einseitiges Preisänderungsrecht des Energieversorgers mehr war (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 158/11 -, juris, Rn. 33, 66; Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 13/12 -, juris, Rn. 35, 68), da das überkommene Preisänderungsrecht des Energieversorgers insbesondere nicht von einer vorherigen Information über Anlass und Voraussetzungen der Preisänderung abhing.

34

(2) Der Bundesgerichtshof war sich zudem bewusst, dass er unionsrechtlich verpflichtet war, das nationale Recht - auch im Verhältnis zwischen Privaten - so weit wie möglich richtlinienkonform auszulegen (Rn. 7 des angegriffenen Beschlusses; vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 13/12 -, juris, Rn. 36 ff.; Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 158/11 -, juris, Rn. 34 ff.).

35

(a) Er ging allerdings zutreffend davon aus, dass der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren grundsätzlich keine Entscheidung über die Auslegung des nationalen Rechts treffen kann (vgl. BVerfGE 52, 187 <201> unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 3. Februar 1977, Benedetti, 52/76, Slg. 1977, 163, Rn. 25; BVerfGK 19, 89 <100>; vgl. auch EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Angelidaki, C-378/07 bis C-380/07, Slg. 2009, I-3071, Rn. 163), es gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV vielmehr den Mitgliedstaaten und ihren Gerichten obliegt, das in der Richtlinie vorgesehene Ziel zu verwirklichen. Dabei sind sie gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet, alle ihnen zur Verfügung stehenden geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung dieser Verpflichtung zu treffen (vgl. u.a. EuGH, Urteil vom 10. April 1984, von Colson und Kamann, 14/83, Slg. 1984, 1891, Rn. 26; Urteil vom 18. Dezember 1997, Inter-Environnement Wallonie,

36

C-129/96, Slg. 1997, I-7411, Rn. 40; Urteil vom 15. April 2008, Impact, C-268/06, Slg. 2008, I-2483, Rn. 41, 85). Den nationalen Gerichten obliegt es insoweit, den Rechtsschutz zu gewährleisten, der sich für den Einzelnen aus dem Unionsrecht ergibt, und dessen volle Wirksamkeit sicherzustellen. Bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts, insbesondere einer zur Umsetzung einer Richtlinie erlassenen Norm, müssen sie das innerstaatliche Recht daher so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auslegen (vgl. in diesem Sinne u.a. EuGH, Urteil vom 10. April 1984, von Colson und Kamann, 14/83, Slg. 1984, 1891, Rn. 26; Urteil vom 15. Januar 2014, Association de médiation sociale, C-176/12, EU:C:2014:2, Rn. 38 m.w.N.).

(b) Ebenso zutreffend ging der Bundesgerichtshof davon aus, dass die auch aus dem Grundsatz der Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV) folgende Verpflichtung der nationalen Gerichte, diejenige Auslegung des nationalen Rechts zu wählen, die dem Inhalt der Richtlinie in der vom EuGH entschiedenen Auslegung entspricht (vgl. BVerfGE 75, 223 <237>), ihre Grenzen in dem nach der innerstaatlichen Rechtsordnung methodisch Erlaubten findet. Das nationale Gericht ist insoweit nur verpflichtet, innerstaatliches Recht „soweit wie möglich“ anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen und dabei seine Zuständigkeit nicht zu überschreiten (vgl. EuGH, Urteil vom 10. April 1984, von Colson und Kamann, 14/83, Slg. 1984, 1891, Rn. 26; Urteil vom 5. Oktober 2004, C-397/01, Pfeiffer, Slg. 2004, I-8835, Rn. 113 ff.; stRspr). Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung findet zudem in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere im Grundsatz der Rechtssicherheit und im Rückwirkungsverbot, ihre Schranken und kann nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts contra legem dienen (vgl. EuGH, Urteil vom 8. Oktober 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86, Slg. 1987, 3969, Rn. 13; Urteil vom 15. April 2008, Impact, C-268/06, Slg. 2008, I-2483, Rn. 100; Urteil vom 23. April 2009, Angelidaki, C-378/07 bis C-380/07, Slg. 2009, I-3071, Rn. 199; Urteil vom 16. Juli 2009, Mono Car Styling, C-12/08, Slg. 2009, I-6653, Rn. 61; Urteil vom 15. Januar 2014, Association de médiation sociale, C-176/12, EU:C:2014:2, Rn. 39). Ob und inwieweit das nationale Recht eine richtlinienkonforme Auslegung zulässt, entscheiden die nationalen Gerichte (vgl. BVerfGK 19, 89 <99 f.>; EuGH, Urteil vom 25. Februar 1999, Carbonari, C-131/97, Slg. 1999, I-1103, Rn. 49; Urteil vom 5. Oktober 2004, Pfeiffer, C-397/01, Slg. 2004, I-8835, Rn. 113, 116; Urteil vom 16. Juli 2009, Mono Car Styling, C-12/08, Slg. 2009, I-6653, Rn. 63).

In Übereinstimmung mit diesen Vorgaben hat der Bundesgerichtshof eine richtlinienkonforme Auslegung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 AVBGasV dahingehend abgelehnt, dass ein Preisänderungsrecht des Energieversorgers eine vorherige Information über Anlass und Voraussetzungen der Preisänderung voraussetzt und dies auf den eindeutig anderslautenden Willen des deutschen Verordnungsgebers gestützt (Rn. 6 des angegriffenen Beschlusses; vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 158/11 -, juris, Rn. 38 ff.; Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 13/12 -, juris, Rn. 40 ff.).

37

38

(3) Schließlich hat der Bundesgerichtshof erkannt, dass es das Unionsrecht gebieten kann, nicht ordnungsgemäß in nationales Recht umgesetzte Regelungen einer Richtlinie unmittelbar anzuwenden (Rn. 7 des angegriffenen Beschlusses; vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 158/11 -, juris, Rn. 62 ff.; Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 13/12 -, juris, Rn. 64 ff.). Dies setzt nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH jedoch voraus, dass die Bestimmungen einer Richtlinie inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind (vgl. u.a. EuGH, Urteil vom 19. November 1991, Francovich u.a., C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, Rn. 11; Urteil vom 5. Oktober 2004, Pfeiffer, C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835, Rn. 103). Zudem kann sich der Einzelne grundsätzlich nur gegenüber dem Staat oder Organisationen oder Einrichtungen, die dem Staat oder dessen Aufsicht unterstehen oder mit besonderen Rechten ausgestattet sind, die über diejenigen hinausgehen, die nach den Vorschriften für die Beziehungen zwischen Privatpersonen gelten, unmittelbar auf Bestimmungen einer Richtlinie berufen (vgl. EuGH, Urteil vom 26. Februar 1986, Marshall, 152/84, Slg. 1986, 723, Rn. 48; Urteil vom 12. Juli 1990, Foster u.a., C-188/89, Slg. 1990, I-3313, Rn. 17 ff.; Urteil vom 4. Dezember 1997, Kampelmann u.a., C-253/96 bis C-258/96, Slg. 1997, I-6907, Rn. 46 f.; Urteil vom 5. Oktober 2004, Pfeiffer, C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835, Rn. 109; stRspr). Der Bundesgerichtshof ist unter Anwendung dieses Maßstabs und unter Verweis auf seine revisionsrechtliche Prüfungsbefugnis davon ausgegangen, dass sich die Beschwerdeführer gegenüber der Beklagten unabhängig von der Frage der hinreichenden Bestimmtheit von Art. 3 Abs. 3 GasRL 2003/55/EG nicht unmittelbar auf diese Regelung berufen könnten (Rn. 7 des angegriffenen Beschlusses; vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 158/11 -, juris, Rn. 65; Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 13/12 -, juris, Rn. 67). Dagegen bestehen - unter Außerachtlassung der Tatsache, dass der Bundesgerichtshof den unstreitigen Vortrag zum vollständigen kommunalen Eigentum der Beklagten nicht berücksichtigt hat (dazu unten Rn. 43 ff.) - keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

Vor diesem Hintergrund ist der Bundesgerichtshof zu dem vertretbaren Ergebnis gelangt, dass der Energielieferungsvertrag zwischen den Beschwerdeführern und der Beklagten unter Berücksichtigung der anwendbaren Vorschriften der AVBGasV keine Regelung für Preisänderungen durch den Energieversorger enthält.

(4) Die Frage, wie die durch die Unionsrechtswidrigkeit von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 AVBGasV entstandene Lücke im streitgegenständlichen Energielieferungsvertrag zu schließen ist, ist - wie der Bundesgerichtshof zutreffend erkannt hat - eine Frage des nationalen Rechts.

Zweifel hieran ergeben sich auch nicht aus der von den Beschwerdeführern erwähnten Entscheidung des EuGH vom 14. Juni 2012 (Banco Español de Crédito SA, C-618/10, EU:C:2012:349, Rn. 58 ff.). Denn die dortige Entscheidung äußert sich nicht zu (bislang nicht bekannten) unionsrechtlichen Grenzen der ergänzenden Vertragsauslegung und arbeitet auch keine allgemeinen unionsrechtlichen Vorgaben für den Fall der Notwendigkeit der ergänzenden Vertragsauslegung aufgrund der Uni-

onsrechtswidrigkeit von Vertragsklauseln heraus. Die Entscheidung betrifft vielmehr die konkrete Frage der Vereinbarkeit eines bestimmten nationalen Gesetzes, das eine Anpassung einer - aus unionsrechtlichen Gründen unwirksamen - Vertragsklausel erlaubt, mit Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 93/13/EWG, obwohl das die Unionsrechtswidrigkeit der Klausel begründende Unionsrecht ausdrücklich vorsieht, dass derartige unionsrechtswidrige Klauseln unverbindlich sein sollen. Die Entscheidung befasst sich ausschließlich mit der Auslegung dieser speziellen unionsrechtlichen Regelung. Hieran ändert auch die durch die Beschwerdeführer in Bezug genommene, nach Einreichung der Verfassungsbeschwerde ergangene Rechtsprechung des EuGH im Vertragskundenbereich nichts, zumal diese auf die im vorliegenden Verfahren nicht streitgegenständliche sogenannte Klauselrichtlinie gestützt ist.

2. Die Nichtvorlage an den EuGH begegnet allerdings insoweit Zweifeln, als sie mit Blick auf die unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie mit dem unstrittigen Sachenvortrag der Parteien vor den Instanzgerichten in Widerspruch steht, dass es sich bei der Beklagten des Ausgangsverfahrens um eine vollständig in kommunalem Eigentum stehende Gesellschaft handelt (a). Diese Erwägungen können der Verfassungsbeschwerde jedoch nicht zum Erfolg verhelfen, da die insoweit allein in Betracht kommende Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) aufgrund des ausdrücklichen Rügeverzichts der Beschwerdeführer nicht Gegenstand des Verfassungsbeschwerdeverfahrens geworden ist (b). 43

a) Der Bundesgerichtshof hat in der angegriffenen Entscheidung im Hinblick auf die Möglichkeit der unmittelbaren Richtlinienwirkung lediglich ausgeführt, dass diese nach seiner bereits vorliegenden Rechtsprechung nicht in Betracht komme. Zur Begründung hat er auf zwei vorangegangene Entscheidungen desselben Senats verwiesen (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 158/11 -, juris, Rn. 62 ff.; Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 13/12 -, juris, Rn. 64 ff.), die die unmittelbare Wirkung der Richtlinie übereinstimmend mit der Erwägung ablehnen, das Berufungsgericht habe nicht festgestellt und es sei auch sonst nicht ersichtlich, dass es sich im vorliegenden Fall um eine „Organisation oder Einrichtung im Sinne der vorgenannten Rechtsprechung des Gerichtshofs handelt“. Auch zeige die Revision insoweit keinen übergangenen Sachenvortrag auf. In beiden Entscheidungen hat er zudem ausdrücklich offen gelassen, ob die hinreichende Klarheit und Bestimmtheit der Richtlinie gegeben ist. 44

Im vorliegenden Fall hatten die Beschwerdeführer allerdings bereits mit der Klageschrift vorgetragen, dass es sich bei der Beklagten um ein kommunales Energieversorgungsunternehmen handele, das zu 100 % im Eigentum der Gemeinde stehe. Dies ist im gesamten Verfahren unstrittig geblieben und war ausweislich des Rechtsvorbringens der Beklagten zur Grundrechtsbindung auch im Revisionsrechtszug Verfahrensgegenstand. Damit ergaben sich aus dem unstrittigen Parteivortrag sowie aus dem unwidersprochenen Rechtsvorbringen der Beklagten zumindest konkrete Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei der Beklagten um eine vom Staat kontrollierte und jedenfalls mit besonderen Pflichten versehene Organisation im Sinne der Recht- 45

sprechung des EuGH handeln dürfte (vgl. EuGH, Urteil vom 26. Februar 1986, Marshall, 152/84, Slg. 1986, 723, Rn. 48 f.; Urteil vom 12. Juli 1990, Foster u.a., C-188/89, Slg. 1990, I-3313, Rn. 17 ff.; Urteil vom 4. Dezember 1997, Kampelmann u.a., C-253/96 bis C-258/96, Slg. 1997, I-6907, Rn. 46 f.; stRspr). In der Begründung der angegriffenen Entscheidung ist dennoch vom Fehlen entsprechender Tatsachenfeststellungen die Rede. Auch dass der Bundesgerichtshof die auf den vorliegenden Fall nicht ohne Weiteres übertragbare Erwägung aus seinen vorhergehenden Urteilen ohne nähere Begründung in Bezug genommen hat, legt den Schluss nahe, dass insoweit ein wesentliches Element des Parteivortrages nicht zur Kenntnis genommen oder doch nicht erwogen worden ist, obwohl die Frage ausweislich der Begründung der Entscheidung auch vom Rechtsstandpunkt des Revisionsgerichts entscheidungserheblich gewesen wäre. Eine Auseinandersetzung mit diesem Aspekt hätte auch nahe gelegen, zumal die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinienvorschrift zu diesem Zeitpunkt ersichtlich ungeklärt war. Nachdem das Berufungsurteil gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des amtsgerichtlichen Urteils verweist und damit wirksam den dortigen gemäß § 313 Abs. 2 ZPO zulässigen Verweis auf das gesamte schriftsätzliche Vorbringen inkorporiert (vgl. Heßler, in: Zöller, 31. Aufl. 2016, § 540 ZPO, Rn. 10), war die Berücksichtigung des Vortrags der Beschwerdeführer zur Kontrolle der Beklagten durch die öffentliche Hand dem Bundesgerichtshof jedenfalls nicht gemäß § 559 Abs. 1 ZPO prinzipiell verwehrt.

b) Die somit im Raume stehende Verletzung rechtlichen Gehörs kann jedoch nicht zum Erfolg der Verfassungsbeschwerde führen, weil die Beschwerdeführer eine Gehörsrüge aufgrund der aus ihrer Sicht offensichtlichen Aussichtslosigkeit nicht erheben haben und die Verfassungsbeschwerde daher ausdrücklich „nicht auf die Verletzung des rechtlichen Gehörs gestützt ist“. Damit haben sie gleichzeitig im Rahmen ihrer - wenn auch eingeschränkten - Dispositionsbefugnis über den Streitgegenstand für das Verfassungsbeschwerdeverfahren, die eine Beschränkung oder Rücknahme von Grundrechtsrügen erlaubt (vgl. BVerfGE 126, 1 <17>), auf die Geltendmachung einer Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG verzichtet.

46

aa) Es bedarf keiner Entscheidung, ob der Grundsatz, dass die Nichterhebung einer erfolgversprechenden Anhörungsrüge nach § 321a ZPO zu einem Verstoß gegen den Grundsatz der Subsidiarität (vgl. BVerfGE 107, 395 <414>; 112, 50 <60>; 134, 106 <115 Rn. 27>) mit der Folge der Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde insgesamt führt, in einem Fall, in dem - wie vorliegend - aufgrund der Darstellungsweise der Begründung des angefochtenen Beschlusses und des Verfahrensverlaufs die Möglichkeit eines Gehörsverstoßes für die Beschwerdeführer möglicherweise schwer erkennbar war, einer Ausnahme bedarf. Jedenfalls hat der ausdrückliche Ausschluss der Rüge einer Verletzung rechtlichen Gehörs im Verfassungsbeschwerdeverfahren zur Folge, dass eine solche auch im Rahmen der Sachprüfung nicht mehr festgestellt werden kann. Andernfalls entstünden nicht auflösbare Widersprüche zwischen der Möglichkeit der Beschwerdeführer, zur Vermeidung einer mangeln-

47

den Rechtswegerschöpfung auf eine Rüge rechtlichen Gehörs ausdrücklich zu verzichten (vgl. BVerfGE 126, 1 <17>; 134, 106 <113 f. Rn. 23>), und der umfassenden verfassungsrechtlichen Prüfungsbefugnis des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen der Begründetheit. Könnten Verstöße gegen Art. 103 Abs. 1 GG - wenn auch nur in Ausnahmefällen - festgestellt werden, obwohl die Beschwerdeführer aufgrund der vorherigen Nichterhebung der Gehörsrüge auf deren Geltendmachung verzichtet haben, würden sowohl das Gebot der Rechtswegerschöpfung nach § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG als auch der Vorrang der fachgerichtlichen Behebung von Gehörsverstößen unterlaufen.

bb) In der - naheliegenden - Außerachtlassung unstreitigen Tatsachenvortrags durch den Bundesgerichtshof liegt eine Verletzung rechtlichen Gehörs. Zwar ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Gericht das Vorbringen der Beteiligten zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat, auch wenn es nach Art. 103 Abs. 1 GG nicht verpflichtet ist, jedes Vorbringen in den Gründen seiner Entscheidung ausdrücklich zu verbescheiden (vgl. BVerfGE 5, 22 <24>; 25, 137 <140>). Wenn sich im Einzelfall aber klar ergibt, dass ein Gericht seiner Pflicht, das Vorbringen der Partei zur Kenntnis zu nehmen und zu erwägen, nicht nachgekommen ist, ist Art. 103 Abs. 1 GG verletzt (vgl. nur BVerfGE 25, 137 <140>; 85, 386 <404>). Geht das Gericht auf den wesentlichen Kern des Tatsachenvortrags einer Partei zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, in den Entscheidungsgründen nicht ein, so lässt dies auf die Nichtberücksichtigung des Vortrags schließen, sofern er nicht nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts unerheblich oder aber offensichtlich unsubstantiiert war (vgl. BVerfGE 47, 182 <189>; 86, 133 <146>). Dies ist hier der Fall, da der Bundesgerichtshof sich ohne nachvollziehbare Begründung in Widerspruch zum unstreitigen Tatsachenstoff gesetzt hat.

48

Dafür, dass der Bundesgerichtshof die vollständige staatliche Kontrolle über die Beklagte rechtsfehlerhaft für unerheblich gehalten haben könnte, wie die Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 30. Mai 2017 ausgeführt haben, ergeben sich demgegenüber keine Anhaltspunkte. Eine solche Einordnung wäre mit der Begründung des angefochtenen Beschlusses nicht vereinbar.

49

3. Die vom Bundesgerichtshof - nach dem Vorstehenden rechtsfehlerhaft - vorgenommene ergänzende Vertragsauslegung überschreitet schließlich nicht die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung oder des allgemeinen Willkürverbots.

50

4. Von einer weiteren Begründung wird nach § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen.

51

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

52

Huber

Kessal-Wulf

König

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom  
17. November 2017 - 2 BvR 1131/16**

**Zitiervorschlag** BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 17. November 2017 - 2 BvR 1131/16 - Rn. (1 - 52), [http://www.bverfg.de/e/rk20171117\\_2bvr113116.html](http://www.bverfg.de/e/rk20171117_2bvr113116.html)

**ECLI** ECLI:DE:BVerfG:2017:rk20171117.2bvr113116