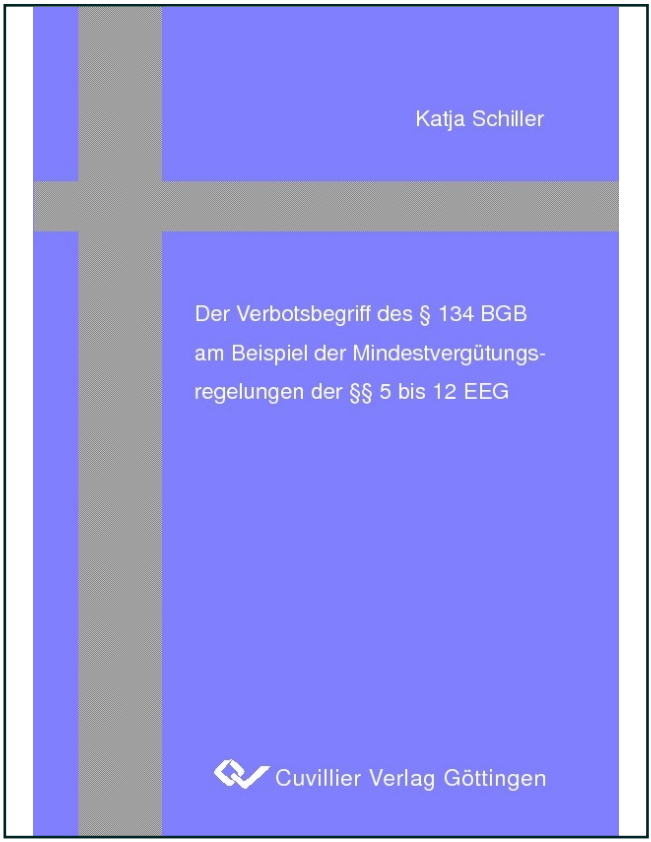
Katja Schiller (Autor)

Der Verbotsbegriff des § 134 BGB am Beispiel der Mindestvergütungsregelungen der §§ 5 bis 12 EEG



https://cuvillier.de/de/shop/publications/2459

Copyright:
Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentzsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen, Germany
Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: info@cuvillier.de, Website: https://cuvillier.de

1. Teil: Einleitung

Blickt man zurück auf die Geschichte der gesetzlichen Preisregelungen, zeigt sich bereits im *Codex Theresianus* die Besonderheit, daß für eine Verletzung des dort vorgesehenen Äquivalenzgebots[1] in weiten Bereichen keine Sanktion vorgesehen war[2]. „Zur Vermeidung unzähliger Streitigkeiten, wodurch Handel und Wandel gestört würde“, sollte nur bei Verletzung „über die Hälfte“ Rechtshilfe stattfinden.
Dieses Problem des Fehlens einer Rechtsfolgenbestimmung bei einem Verstoß gegen eine gesetzliche Preisbestimmung setzt sich im EEG scheinbar fort, da dieses keine expliziten Rechtswirkungen an einen Verstoß knüpft. Daß hier jedoch Verstöße gegen die in den §§ 4 bis 12 EEG vorgesehene Abnahme- und Vergütungspflicht nicht deshalb akzeptiert werden können, um Handel und Wandel nicht zu stören, steht außer Frage. Vielmehr ist die Entscheidung des EEG- Gesetzgebers, keine ausdrückliche Sanktion in das Gesetz aufzunehmen, als Ausdruck dafür zu verstehen, daß die Rechtsfolgen, welche die Rechtsordnung im übrigen vorsieht, ausreichend sind.
Im Hinblick darauf soll im Rahmen der vorliegenden Untersuchung der Blick auf die Nichtigkeitsdiktion des § 134 BGB als eine der in Betracht kommenden Rechtswirkungen eines Verstoßes gegen die Mindestvergütungsbestimmungen des EEG gerichtet werden.

Hierfür sind zunächst mit der Darstellung der rechtspolitischen und historischen Hintergründe, der Beschreibung der Ausgestaltung sowie des Zwecks der maßgeblichen Vorschriften und der Formulierung vorstellbarer Sachverhalte die Grundlagen einer solchen Rechtsfolgenuntersuchung zu legen.

---

[1] Nach dem Codex Theresianus mußte der Preis zwischen dem geringsten und dem höchsten Anschlag des Wertes der Sache liegen.

[2] Codex Theresianus III, Caput IX, Nr. 62: „Allein auch in jenem Fall, wann schon der höchste oder geringste Anschlag überschritten wird, wollen Wir jegleichwohlen zur Vermeidung unzähliger Strittigkeiten, wodurch Handel und Wandel gestöret würde, dem beschwerten Theil nur damals eine Rechtshilfe angedeihen lassen, wann die aus der Ungleichheit des Preises erwachsende Verkürzung so übermäßig ist, daß sie die Hälfte des wahren Werths übersteiget.”

Bei der Beschreibung des Zwecks der §§ 4 ff. EEG ist davon auszugehen, daß die gesetzliche Festlegung eines Mindestpreises, also der erzwingbare Umstand, eine Ware nicht unter dem festgesetzten Preis zu veräußern, „nicht das eigentliche Ziel einer derartigen Maßnahme [ist]. Vielmehr soll ein gefährdeter Berufsstand durch die Garantie eines kostendeckenden Absatzes seiner Produkte gesichert werden.“[3]. Problematisch ist hierbei indes, daß die gesetzliche Vergütung regelmäßig über dem Marktpreis liegt. Dann jedoch wird in aller Regel die Nachfrage und damit der Absatz sinken. „Was am Preis gewonnen wird, geht am Umsatz verloren.“[4]. *Mayer-Maly* hält dieses Problem nur durch radikale Importbeschränkungen und eine Eliminierung von Substitutionsmöglichkeiten für lösbar[5]. Im EEG soll der Erfolg der Mindestpreisregelungen dadurch sichergestellt werden, daß diese mit einer - sogar vorrangigen - Abnahmeverpflichtung verknüpft werden, was letztlich eine rechtliche Ausschaltung gegebener Substitutionsmöglichkeiten darstellt.

Da jedoch auch die wirtschaftliche Förderung der EEG- Einspeiser nicht das Endziel des Gesetzgebers ist, stellt sich die Frage, welche weitergehenden Zwecke hinter der Einführung des Prinzips der Mindestvergütung in Verbindung mit der Abnahmeverpflichtung stehen und inwieweit sich diese preisrechtlichen Maßnahmen in den Dienst dieser Ziele stellen.

Die Verknüpfung verschiedener gesetzgeberischer Maßnahmen soll vor dem Hintergrund dieser Zielvorgaben des Normgebers im weiteren in das System grundlegender preisrechtlicher Mechanismen eingebettet werden.

Da in der Stromwirtschaft immer häufiger die Auffassung vertreten wird, die §§ 5 ff. EEG seien keine Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB, so daß dessen Nichtigkeitsdiktion in keinerlei Hinsicht auf die die Mindestvergütung unterschreitenden Verträge Anwendung fände, wird sich die vorliegende Untersuchung in der Hauptsache sodann der Frage widmen, ob das Zivilrecht die Fälle eines Verstoßes gegen das Prinzip der Mindestvergütung des EEG dem Verdikt

---

[3] **Mayer- Maly**, Der gerechte Preis, in: FS für Demelius, S. 139 (142).
[4] **Mayer- Maly**, a.a.O..
[5] **Mayer- Maly**, a.a.O..

der Gesamt- bzw. Teilnichtigkeit unterwirft. Die Grundlage hierfür wird durch eine dogmatische Betrachtung des Begriffs „gesetzliches Verbot“ im Rahmen des § 134 BGB geschaffen werden, in deren Verlauf einerseits versucht werden soll, dem Gesetzesanwender für die Abgrenzung der Verbotsvorschriften von den Beschränkungen der rechtlichen Gestaltungs- und Verfügungsmacht, ausgehend von der bisherigen Rechtsprechung, Kriterien an die Hand zu geben, anhand derer die Grenzziehung auf eine verläßlichere Grundlage gestellt wird, als bislang geschehen. Dies ist angesichts der Tatsache erforderlich, daß es nur wenige Richtlinien für die Verbotsnormqualität einer Vorschrift gibt, und daß diese, sofern vorhanden, nicht immer konsequent angewandt werden[6]. Des weiteren werden die bisher in Rechtsprechung und Literatur als für die Verbotsgesetze begriffsbestimmend angesehenen Aspekte auf ihre Tauglichkeit für die Qualifizierung einer Norm als Verbotsgesetz untersucht werden. Dabei wird versucht aufzuzeigen, daß sich diese auf einen gemeinsamen Ursprung – nämlich die Frage, inwieweit die jeweilige Vorschrift sich gerade gegen die spezifisch rechtlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts wendet – zurückführen lassen. Dabei soll der Aussage entgegengetreten werden, einheitliche Prinzipien für die Bestimmung der Verbotsgesetze entwickeln zu wollen, vertrüge sich nicht mit der Tatsache, daß die gesetzlichen Verbote so zahlreich und vielgestaltig geworden sind[7]. In diesem Rahmen wird eine Auffassung Bedeutung erlangen, die von einer Unanwendbarkeit des § 134 BGB auf Gesetze ausgeht, die sich nicht gegen den Inhalt, sondern gegen die Vornahme eines Rechtsgeschäfts richten. Dieser Ansatz begründet sich – ausgehend von der Untersuchung verschiedener, bislang als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB behandelter Bestimmungen – aus der Annahme, Vornahmeverbote beträfen stets nur tatsächliche Verhaltensweisen, nicht aber rechtsgeschäftliches Handeln. Unter Darstellung der dort betrachteten einzelnen Verbotsnormen wird diese Auffassung auf ihre Stichhaltigkeit hin überprüft werden. Diese eingehende Analyse der einzelnen

---

6 **Seiler**, Über verbotswidrige Rechtsgeschäfte, in: Gedenkschrift für Mertens, S. 719 (726).

7 **Langen**, Welche Bedeutung hat heutzutage der Begriff „gesetzliches Verbot“ in § 134 BGB, in: FS für Isay, S. 321 (333).

Bestimmungen in Verbindung mit der genannten Ansicht erfolgt dabei mit dem Ziel, den Beweis dafür zu führen, daß nicht die tatsächlichen Hintergründe der verbotenen Rechtsgeschäfte im Visier dieser Verbote stehen, sondern daß diese sich gerade – insoweit entsprechend der zuvor aufgestellten These – gegen die typisch rechtlichen Folgen der verbotenen Geschäfte wenden. Das Eingehen auf die einzelnen Verbotsvorschriften ermöglicht insofern nicht nur eine Auseinandersetzung mit der genannten Auffassung, wonach Vornahmeverbote stets tatsächliches Handeln untersagen, sondern gibt auch die Gelegenheit, anhand der Analyse konkreter Verbote die These zu untermauern, daß sich die Qualifizierung von Vorschriften als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB immer danach entscheide, ob gerade die rechtlichen Wirkungen des verbotenen Geschäfts verhindert werden sollen.

Auf dieser Grundlage wird im vierten Teil die konkrete Prüfung der §§ 5 bis 12 EEG daraufhin erfolgen, inwieweit sich diese Bestimmungen als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB darstellen. In diesem Zusammenhang ist zunächst zwischen den einzelnen Bestimmungen des EEG, d.h. zum einen zwischen § 5 EEG einerseits und den §§ 6 bis 12 EEG andererseits und zum anderen zwischen § 5 Abs. 1 EEG auf der einen und § 5 Abs. 2 EEG auf der anderen Seite zu differenzieren. Im weiteren wird untersucht werden, ob die Vorschrift des § 5 Abs. 1 EEG in Verbindung mit den §§ 6 bis 12 EEG auf der im dritten Teil geschaffenen Grundlage als Beschränkung der rechtlichen Gestaltungs- und Verfügungsmacht eingeordnet werden muß. Darüber hinaus ist darauf einzugehen, inwieweit § 5 Abs. 1 EEG dem Kanon zwingender Vorschriften zuzuordnen ist. Im Anschluß daran soll eine Auslegung auf der in Teil drei geschaffenen Grundlage den Verbotscharakter dieser Norm bestimmen helfen, wobei auf den Umfang privatautonomer Freiheiten der Beteiligten und die diese begrenzenden Aspekte besonders einzugehen ist. Dies erfolgt vor dem Hintergrund, daß § 134 BGB einerseits eine Beschränkung der privatautonomen Freiheiten darstellt, andererseits aber auch zu deren Realisierung erforderlich ist, und es dem Gesetzgeber bei Erlaß dieser Vorschrift letztlich darum ging, die Widerspruchsfreiheit und Folgerichtigkeit der Rechtsordnung herzustellen, die nicht

unterlaufen werden soll und die sich gegebenenfalls gegenüber der Vertragsfreiheit durchsetzen muß[8]. In diesem Zusammenhang wird ein Vergleich mit dem Recht der Begrenzung der Miethöhe fruchtbar gemacht werden. Ferner soll die Untersuchung die Frage beantworten, ob sich das in einer preisrechtlichen Vorschrift enthaltene Verbot – wie es bislang dem unangegriffenen Verständnis in Rechtsprechung und Literatur entspricht – auf das gesamte Rechtsgeschäft erstreckt mit der Folge, daß eine Begrenzung der Auswirkungen des Normverstoßes auf die Preisabrede erst im Rahmen der Rechtsfolgenanordnung vorgenommen wird. Dabei wird die These aufgestellt werden, diese Beschränkung sei bereits auf der Ebene des tatbestandlichen Anwendungsbereichs des Verbotsausspruchs zu machen. Deren Stichhaltigkeit wird sodann vor dem Hintergrund überprüft werden, inwieweit die bisherige Behandlung der Rechtsfolgenseite des § 134 BGB bei Annahme einer Teilnichtigkeit auch schon auf der Ebene des Tatbestands des § 134 BGB Berücksichtigung finden kann und muß. Hierbei wird es maßgeblich auf die Auslegung des Wortlauts des § 134 BGB im Hinblick auf den Begriff „Rechtsgeschäft“ sowie das Verhältnis dieser Bestimmung zu der Vorschrift des § 139 BGB ankommen.

Zum Abschluß wird die Reichweite der sich an den Verbotsverstoß anschließenden Nichtigkeitsfolge bestimmt werden.

---

[8] **Beater**, Der Gesetzesbegriff von § 134 BGB, in: AcP 197 (1997), S. 505 (507).

2. Teil: Grundlagen, Verständnisbildende Vorfragen

A. „Ökostrom“ – Energie der Zukunft? – Rechtspolitische und historische Grundlagen

„Keine Regierung kann erneuerbare Energie abstürzen lassen“ - so titelte die Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 28.08.2002 unter Bezugnahme auf Fritz Vahrenholt, den Vorstandsvorsitzenden des Windenergieunternehmens Repower.

Es stellt sich die Frage, was den Strom aus erneuerbaren Energieträgern zu einem Thema macht, welches keine Partei mehr unbeachtet, geschweige denn „abstürzen“ lassen kann.

Selbstverständlich würde hierauf jeder mit dem Hinweis antworten, die Nutzung erneuerbarer Energien sei aus Gründen des Klima- und Umweltschutzes erforderlich. Daß dies die ursprüngliche und auch jetzt noch hauptsächliche Motivation für die Verstromung regenerativer Energieträger darstellt, kann und soll gar nicht in Frage gestellt werden. Vielmehr wird dargelegt werden, weshalb dieses „grüne Thema“ zu einer parteipolitisch übergreifenden Angelegenheit geworden ist.

Zunächst einmal besteht seitens der derzeitigen Bundesregierung sowie der Europäischen Union das Ziel, den Anteil der erneuerbaren Energien an der Gesamtenergieversorgung bis zum Jahre 2010 zu verdoppeln, damit auf diesem Wege ein Beitrag zu dem Hauptziel der Verringerung des Kohlendioxid- Ausstoßes um 21 Prozent[9] im Rahmen des Klimaprotokolls von Kyoto[10] von 2008 bis 2012 sowie der noch darüber hinausgehenden Selbstverpflichtung der Bundesregierung zur CO_2-

[9] Dies entspricht dem Anteil der Bundesrepublik Deutschland innerhalb des Lastenausgleichs der EU, die sich verpflichtet hat, ihre CO_2- Emissionen um 8 % zu senken.

[10] Text unter: http://unfccc.int/resource/convkp.html (17.03.2003).

Verminderung um 25 Prozent bis zum Jahr 2005[11] jeweils im Verhältnis zum Basisjahr 1990 geleistet wird[12].

Nun wird von der politischen Gegenseite[13] eingewandt, daß man nicht einerseits dieses Ziel der Verminderung der Kohlendioxid- Emissionen verfolgen, andererseits aber den Ausstieg aus der zivilen Nutzung der Kernenergie beschließen könne. Immerhin werde bei dieser Form der Stromerzeugung kaum CO_2 freigesetzt. Ohne die Nutzung von Atomstrom entstünde eine Versorgungslücke von dreißig Prozent, weshalb der Ausstieg letztlich einen verstärkten Einsatz konventioneller Anlagen erforderte, was wiederum zu einem vermehrten Kohlendioxid- Ausstoß von ca. 160 Mio. Tonnen führte. Infolgedessen würden die verfolgten Klimaschutzziele verfehlt.

Da aber auch die politisch derart Argumentierenden sich nicht generell gegen die Nutzung regenerativer Energien aussprechen[14], stellt sich die Frage, woraus sich die überwiegend positive Einstellung zur Verstromung erneuerbarer Energieträger begründet. Es soll daher im folgenden erörtert werden, was für bzw. gegen die Nutzung dieser Energien spricht, um hierauf aufbauend den Sinn und Zweck der §§ 4 bis 12 EEG[15] darzustellen.

Hierbei ist zunächst zu bedenken, daß ein großer Teil der erneuerbaren Energien das Problem aufweist, gerade nicht rund um die Uhr während des ganzen Jahres gleichmäßig Energie liefern zu können[16]. Der Umfang des Stromangebots wird durch

---

[11] Die aktuelle Koalitionsvereinbarung zwischen der SPD und Bündnis 90/ DieGRÜNEN sieht sogar eine Minderung um 40 % bis zum Jahr 2020 vor.

[12] Zu den sich aus dem Kyotoprotokoll ergebenden Verpflichtungen siehe: **Herkommer**, Das Kyoto- Protokoll, in: Wissenschaftliche Dienste des BTages.

[13] www.olav-gutting.de/atomausstieg.htm sowie wahl.tagessschau.de/ meldungen/0,2301,OID911676,00.html (beides vom 19.09.2002).

[14] So wurden sogar von Seiten der Unternehmen DaimlerChrysler, Shell und Volkswagen im Rahmen des Internationalen Parlamentarierforums im Juni 2004 in Bonn Aktivitäten zur Kraftstoffgewinnung aus erneuerbaren Energien vorgestellt, vgl. die Pressemitteilung des MdB **Scheer** vom 01.06.2004.

[15] Art. 1 des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare- Energien- Gesetz - EEG) sowie zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und des Mineralölsteuergesetzes vom 29.3.1999, BGBl. I, S. 305.

[16] Zu dem sich daraus ergebenden Regelenergiebedarf vgl.: **VDEW**, Erneuerbare Energien im Erzeugungs- Mix, S. 9 ff.. Zu dem weiteren Problem, daß elektrische Energie i.d.R. nicht speicherbar ist, mit Ausnahme der Konservierung in Pumpspeicherkraftwerken, und daß deshalb

die zur Verfügung stehenden Energiepotentiale bestimmt, wobei zwischen dem theoretischen, dem technischen, dem wirtschaftlichen und letztlich dem erschließbaren Potential zu unterscheiden ist.

Unter dem *theoretischen Potential* versteht man das physikalische Angebot eines Energieträgers innerhalb eines bestimmten Gebietes zu einer bestimmten Zeit bzw. innerhalb eines bestimmten Zeitraums[17]. Dieses übersteigt den derzeitigen, weltweiten Primärenergieverbrauch um ein Mehrfaches[18]. Weshalb damit dennoch nicht der Bruttoenergiebedarf gedeckt werden kann, begründet sich aus den Grenzen, welche die anderen Potentiale ziehen. Das *technische Potential* bestimmt den Anteil am theoretischen Potential, welcher nach dem derzeitigen Stand der Technik für die Energiegewinnung nutzbar gemacht werden kann[19]. Dieser differiert in Abhängigkeit der jeweils eingesetzten Technik, erreicht aber in jedem Fall nur einen geringen Teil des theoretisch vorhandenen Potentials. So werden beispielsweise Windräder ab 25 Meter Windgeschwindigkeit je Sekunde aus dem Wind genommen, weil die Nutzung der Windkraft bei höheren Windstärken technisch (noch) nicht möglich ist[20]. Die durchschnittliche Auslastung der Windräder beträgt daher nur ca. 1.500 bis 1.700 Stunden pro Jahr, während die Verbraucher den Strom natürlich die gesamten 8.760 Stunden eines Jahres nachfragen. Ein Kernkraftwerk allein arbeitet diese Zeit hingegen in der Regel durchgängig und produziert damit so viel Strom wie alle derzeit in der Bundesrepublik installierten Windenergieanlagen[21]. Diese

---

grds. die Bereitstellung auf Kraftwerksseite gleichzeitig mit der Nachfrage erfolgen muß, siehe: **Büdenbender**, Zur Dogmatik des Energierechts, in: FS für Börner, S. 501 (507).

17 **Kaltschmitt/ Wiese/ Streicher**, Erneuerbare Energien, S. 21; **VDEW**, Erneuerbare Energien im Erzeugungs- Mix, S. 5.

18 **Meliß/ Sandtner**, Der Forschungsstand bei den regenerativen Energiequellen, in: ET 1996, S. 15 ff.; **Richter**, Grenzen regenerativer Stromeinspeisungen, S. 50 f..

19 **Kaltschmitt/ Wiese/ Streicher**, Erneuerbare Energien, S. 22; **VDEW**, Erneuerbare Energien im Erzeugungs- Mix, S. 5.

20 Aufstellung der grundlegenden aerodynamischen Gesetzmäßigkeiten von **Betz**, Göttingen, 1926: Die aus der Windkraft gewinnbare Leistung nimmt danach mit der dritten Potenz der Windgeschwindigkeit zu, so daß bei zu niedrigen oder zu hohen Windenergieangeboten die Nutzung aus konstruktiven Gründen entfällt; dargestellt bei: **Müller**, Handbuch der Elektrizitätswirtschaft, S. 209.

21 Vgl. **F.A.Z.** vom 03.09.2002, Uebbing, „Der Wind weht, wann er will"; dabei geht Uebbing von einer installierten Leistung von ca. 10.000 MW aus, während andere eine installierte