

Professor Dr. Ulrich Bührenbender, Dresden

## Die Bedeutung der Preismissbrauchskontrolle nach § 315 BGB in der Energiewirtschaft\*

§ 315 BGB sieht im Falle fehlender Einigung der Vertragsparteien über alle Vertragsbestandteile die Möglichkeit vor, einer Seite ein Leistungsbestimmungsrecht einzuräumen. Dies muss im Zweifel, also vorbehaltlich anderer Absprache, nach billigem Ermessen ausgeübt werden (§ 315 I BGB). Entspricht die Vornahme nicht der Billigkeit, ist die Leistungsbestimmung unwirksam; die Kompetenz zur Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts geht dann im Wege der Vertragsgestaltung auf das Gericht über (§ 315 III BGB).

### I. Bedeutung von § 315 BGB in der Energiewirtschaft

Schon in der Vergangenheit sind zahlreiche Entscheidungen des BGH zur Bedeutung des § 315 BGB in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft ergangen<sup>1</sup>. In den letzten Monaten hatte der BGH Gelegenheit, in drei grundsätzlichen Entscheidungen für die Fernwärme<sup>2</sup>, für die Gas<sup>3</sup> und für die Stromversorgung<sup>4</sup> nochmals zur Anwendbarkeit und zu Prüfungsmaßstäben des § 315 BGB in der Energiewirtschaft Stellung zu nehmen. Daraus ergeben sich wichtige Klarstellungen zur Bedeutung des § 315 BGB. Die Thematik hat an Bedeutung gewonnen, weil die Energiepreise in den letzten Jahren erheblich gestiegen sind. Zahlreiche Energieverbraucher haben daher versucht, die Berechtigung von Preiserhöhungen wie auch von vorher vereinbarten Ausgangspreisen unter Hinweis auf § 315 BGB in Zweifel zu ziehen. Dabei waren sie in der Rechtsprechung der unteren Instanzen zum Teil durchaus erfolgreich. Betrachtet man diese Judikatur, so stellt man eine Vielzahl von Entscheidungen fest, die in der Bewertung des § 315 BGB sowohl hinsichtlich der Anwendbarkeit als auch bezüglich der Kontrollmaßstäbe weit auseinander liegen<sup>5</sup>. Daraus resultierte eine erhebliche Rechtsunsicherheit aller Beteiligten über die praktische Relevanz des § 315 BGB, die durch die drei Grundsatzentscheidungen des BGH zwar nicht umfassend, aber deutlich reduziert worden ist.

### II. Normstruktur

So schwierig das Verständnis des § 315 BGB in seinen einzelnen Auswirkungen sein mag, so eindeutig ist die gesetzliche Ausgangslage.

Die Norm ist zweistufig angelegt: Die Anwendung kommt nur in Betracht, wenn einer Vertragspartei durch Gesetz oder Vereinbarung das Recht eingeräumt wird, die Leistung an Stelle der üblichen konsensualen Festlegung einseitig vorzugeben. Grundsätzlich gibt es nicht nur eine sachgerechte Fixierung der zu bestimmenden Leistung, sondern regelmäßig eine Bandbreite mit einem unteren und einem oberen Eck-

punkt, innerhalb deren mehrere vom Gesetz akzeptierte Leistungsfixierungen möglich sind<sup>6</sup>. Umso mehr ist es erforderlich, den Vertragsgegner vor einer Übervorteilung zu schützen, da die bestimmungsbefugte Vertragspartei die beschriebene Bandbreite möglicher Entscheidungen ohnehin eher zu ihren Gunsten als im Interesse des Partners ausübt. Zu dessen Schutz sieht das Gesetz vor, dass die Leistung im Zweifel nach „billigem Ermessen“ zu treffen ist. Der Begriff der Billigkeit entspricht nicht demjenigen der Ökonomie im Sinne einer möglichst preisgünstigen Regelung, wie sie zum Beispiel auch § 1 I EnWG als Zielbestimmung für das Energiewirtschaftsrecht zu Grunde liegt. Vielmehr ist die Billigkeit gekennzeichnet durch Sachgerechtigkeit; sie liegt daher auf einer Linie mit der bekannten Definition der Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB als Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden<sup>7</sup>. Wird der Maßstab verfehlt, hat dies zunächst zur Konsequenz, dass die Leistungsfestsetzung unwirksam ist (§ 315 III 1 BGB). Das Gesetz begnügt sich jedoch nicht, wie sonst im Zivilrecht bei Gesetzesverstößen üblich, mit dem Verdikt der Unwirksamkeit, sondern ordnet zugleich an, dass die Leistungsbestimmung nunmehr seitens des Gerichts durch Urteil getroffen wird (§ 315 III 2 BGB). Mit der unbilligen Festsetzung der Leistung verliert folglich die bestimmungsberechtigte Vertragspartei die Befugnis, das Bestimmungsrecht ein zweites Mal auszuüben; es geht mit allen Konsequenzen – insbesondere auch mit dem angesprochenen Entscheidungsspielraum – auf das Gericht über.

Die kurze Analyse des § 315 BGB zeigt, dass die Norm keine globale Ermächtigung zur gerichtlichen Preiskontrolle begründet. Sie wäre ein Fremdkörper in einer marktwirtschaftlich ausgerichteten Rechtsordnung; dies gilt insbesondere auch für die Übernahme der Vertragsgestaltung durch das Gericht. Vielmehr stehen das vertragliche Leistungsbestimmungsrecht, seine gesetzlichen Grenzen sowie die Konsequenzen bei Überschreitung dieser Grenzen in einem engen funktionalen Zusammenhang. Die Einräumung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts, zum Beispiel zur Preisfestsetzung, ist Voraussetzung und Rechtsgrund dafür, dass sich daran eine gerichtliche Kontrolle anschließt. Letztere ist gleichsam der rechtspolitische Preis für die beachtliche Rechtsmacht, die einer Partei durch die Gestattung einer

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Energiewirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der Juristischen Fakultät der Technischen Universität Dresden.

1 BGH, BB 1971, 1175 = WuW/E BGH 1195; NJW 1983, 1777; NJW 2003, 1442; NJW 2006, 684; NJW-RR 1992, 183.

2 BGH, NJW 2007, 210.

3 BGH, NJW 2007, 1672.

4 BGH, NJW 2007, 2540.

5 Vgl. die Nachw. in Fußn. 17, 26, 31, 37, 41, 52.

6 BGHZ 41, 271 (279) = NJW 1964, 1617.

7 RGZ 80, 221; BGHZ 10, 228 (232) = NJW 1953, 1665; BGHZ 69, 297 = NJW 1977, 2356; NJW 2004, 2668.

einseitigen Leistungsbestimmung eingeräumt wird. Fehlt es an der Verleihung einer derartigen Rechtsmacht und kommt auch eine analoge Anwendung der Norm nach den allgemein anerkannten Kriterien der juristischen Methodenlehre nicht in Betracht<sup>8</sup>, ist kein Raum für eine gerichtliche Kontrolle. In ihrer Zweistufigkeit ähnelt die Normstruktur des § 315 BGB dem Missbrauchsverbot bei Marktmacht, insbesondere dem Preismissbrauchsverbot, des § 19 GWB<sup>9</sup>. Der Maßstab der Missbräuchlichkeit in § 19 GWB entspricht insoweit sowohl funktional wie auch in seiner Unbestimmtheit demjenigen der Billigkeit in § 315 BGB<sup>10</sup>.

### III. Einräumung eines Leistungsbestimmungsrechts

#### 1. Begründung und Reichweite

Der Wortlaut des § 315 I BGB verlangt, dass eine Vertragsleistung – hier der Preis – durch einen der Vertragsschließenden – hier durch das Energieversorgungsunternehmen (EVU) – bestimmt werden soll. Aus der Verknüpfung der Begriffe Leistung, Leistungsbestimmung und Vertrag folgt, dass die Parteien einer Seite ein Leistungsbestimmungsrecht in der Regel vertraglich einräumen. Grundsätzlich kann einer Vertragspartei eine solche Befugnis jedoch auch durch Rechtsnorm verliehen werden<sup>11</sup>.

Handelt es sich um ein einmaliges Austauschverhältnis, bezieht sich das Bestimmungsrecht allein auf ein Element des Ausgangsvertrags. Sind Dauerschuldverhältnisse betroffen, kann sich auch die weitere Preisfestsetzung aus einer entsprechenden Befugnis im Energielieferungsvertrag oder aus einer Rechtsnorm zu Gunsten des EVU ergeben.

#### 2. Konsequenzen für vereinbarte Ausgangspreise

Aus den dargestellten Zusammenhängen folgt, dass ein konsensual festgelegter Vertragspreis keiner Kontrolle nach § 315 BGB unterliegt. Dies gilt auch dann, wenn die getroffene Preisabsprache für den Energiebezieher ungünstig ist. Infolge der vertraglichen Akzeptanz stellt er sich außerhalb der Schutzwürdigkeit nach § 315 BGB. Ist das EVU marktbeherrschend, kann seine Preispolitik nach §§ 19, 20, 32, 33 GWB überprüft werden. Darin liegt jedoch die Kontrolle von faktischer Marktmacht, nicht aber von vertraglich oder normativ eingeräumter Rechtsmacht.

Diese Zusammenhänge, die an sich im Gesetz eindeutig angelegt sind, hat der *BGH*<sup>12</sup> zu Recht nochmals deutlich herausgestellt, weil sie vielfach übersehen wurden. Dabei scheidet § 315 BGB nicht nur aus, wenn in dem Energielieferungsvertrag ein konkreter Preis für den Energiebezug fixiert ist. Auch dann, wenn der Vertrag keine derartigen Zahlen enthält, jedoch durch Verweis auf zugängliche Daten konkretisiert werden kann, liegt eine konsensuale Übereinkunft über den Preis und keine einseitige Leistungsbestimmung vor. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn sich der Energielieferungsvertrag auf einen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits gültigen allgemeinen Tarif bezieht, den das EVU für vergleichbare Lieferverhältnisse praktiziert und veröffentlicht hat<sup>13</sup>. Zwar ergeben sich in einem derartigen Fall für den Kunden die von ihm zu zahlenden Preise nicht unmittelbar aus dem Vertrag. Der Kunde kann jedoch durch Einsichtnahme in die allgemeinen Tarife feststellen, welche Preise er zu bezahlen hat. Spiegelbildlich besteht zu Gunsten des EVU keine Kompetenz, diese Preise in irgendeiner Weise einseitig zu gestalten, da sie durch die Preisvereinbarung bezüglich der Geltung der bestehenden allgemeinen Tarife ohne jeden Entscheidungsspielraum fixiert sind. Auch dies hat der *BGH* völlig zu Recht klargestellt. Dabei spielt es keine Rolle, ob derartige Tarifpreise genehmigungsbedürftig sind oder nicht. Eine derartige Genehmigung bestand für die Fernwärmepreise noch nie, für die Gaspreise nur bis 1959<sup>14</sup> und für die Strompreise bis zum 30. 6. 2007. Seither ist auch

in der Elektrizitätswirtschaft die Genehmigungspflicht für Stromtarife infolge Außerkrafttretens der Bundestarifordnung Elektrizität ersatzlos entfallen<sup>15</sup>. Für die hier diskutierte Thematik ist diese Frage jedoch ohne Relevanz. Denn nicht die behördliche Gestattung bestimmter Energiepreise ist der maßgebliche Grund für die Unanwendbarkeit des § 315 I BGB, sondern die vertragliche Festlegung der Preise.

Anders ist die Rechtslage bezüglich zukünftig erst zu erstellender Tarife (erstmalig oder das geltende Preissystem weiterentwickelnd). Sie werden vom EVU einseitig aufgestellt und eröffnen daher die Anwendung von § 315 BGB. Eine entsprechende vertragliche Vereinbarung ändert daran nichts. Denn sie ist – abgesehen von Fällen normativ eröffneter Leistungsbestimmungsrechte – stets Voraussetzung für die Geltung von § 315 BGB<sup>16</sup>.

#### 3. Konsequenzen für Preiserhöhungen

Energielieferungsverträge sind typischerweise Dauerschuldverhältnisse, weil sich der Kunde – trotz der Möglichkeit der Kündigung oder einer Befristung – in dem Vertrag zunächst auf den Energiebezug von einem bestimmten EVU festlegt. Wie stets in Dauerschuldverhältnissen, so können sich auch hier die ökonomischen Rahmenbedingungen ändern. Dies veranlasst die EVU, einer Veränderung der Kosten durch Aufnahme einer Preisanpassungsklausel in den Vertrag Rechnung zu tragen. Damit stellt sich die Frage, welche Bedeutung derartige Klauseln für die Anwendbarkeit des § 315 BGB haben. Hier ist, auch dies hat der *BGH*<sup>17</sup> völlig zu Recht herausgearbeitet, nach der Ausgestaltung der Preisanpassungsklausel zu unterscheiden.

Legt eine Preisanpassungsklausel die einzelnen Parameter für die weitere Entwicklung der Energiepreise abschließend fest, ist zwar zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses deren Entwicklung und damit auch die zukünftig zu zahlende Höhe der Energiepreise noch unbestimmt. Darin liegt jedoch keine vertragliche Einräumung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts, sondern lediglich die – rechtsgeschäftlich zulässige – Vereinbarung von detailliert fixierten Parametern für die zukünftige Preisentwicklung. Derartige Parameter können zum Beispiel Löhne, Materialkosten, insbesondere aber auch die von einem EVU an seinen Energie-Vorlieferanten zu zahlenden Energiebezugpreise und das quantitative Verhältnis der Parameter zueinander sein. Fehlt es auf Grund einer

8 Dazu *BGHZ* 149, 165 (174) = *GRUR* 2002, 238; *NJW* 2003, 1932.

9 Detailliert zur Preismissbrauchskontrolle *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *GW*B, 3. Aufl. (2001), § 19 Rdnrn. 149 ff.; aus der *Rspr.* zuletzt *BGH*, *WuW/E DE-R* 1513 (dazu *Büdenbender*, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht [ZWeR]* 2006, 233).

10 Zur Parallelität beider Normen bezüglich der Kontrollmaßstäbe vgl. *Kühne*, *NJW* 2006, 654; *Säcker*, *RdE* 2006, 65.

11 Derartige Rechtsnormen bilden – auch nach Auffassung des *BGH*, *NJW* 2007, 2540 – § 4 AVBEltV, § 4 AVBGasV, § 5 StromGVV, § 5 GasGVV (zu den Fundstellen vgl. Fußn. 18, 19, 20); vgl. ferner Kap. III 3.

12 *BGH*, *NJW* 2007, 1672; *NJW* 2007, 2540; ebenso bereits zuvor *BGHZ* 97, 212 (222) = *NJW* 1986, 1803; *BGH*, *NJW* 1991, 832.

13 So lag der Fall, *BGH*, *NJW* 2007, 1672. Anders ist die Rechtslage, wenn der Vertrag auf Preisblätter verweist, die das Energieversorgungsunternehmen zukünftig erst noch gestalten muss (*BGH*, *NJW* 2006, 684 = *RdE* 2006, 81).

14 Die Verordnung PR Nr. 1/59 v. 21. 1. 1959, *BAnz.* Nr. 15, hob die preisrechtliche Genehmigungspflicht auf.

15 Art. 5 III des Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des EnergiewirtschaftsR v. 7. 7. 2005, *BGBI* I, 1970.

16 *BGH*, *NJW* 2006, 684.

17 *BGH*, *NJW* 2007, 210; *NJW* 2007, 2540; ebenso zuvor schon *OLG Brandenburg*, *NJOZ* 2006, 3178 = *RdE* 2007, 19; in der Lit. *Büdenbender*, Zulässigkeit der Preiskontrolle von Fernwärmeversorgungsverträgen nach § 315 BGB, 2005, S. 72 ff.

konkret abgesprochenen Preisanpassungsklausel an einem Entscheidungsspielraum des EVU für die künftige Preisentwicklung, so ist sie durch das EVU nicht einseitig gestaltbar, sondern von beiden Vertragsparteien vorher konsensual abgesprochen. Daher scheidet eine Anwendbarkeit des § 315 I BGB aus. Die fehlende Vorhersehbarkeit der zukünftigen Entwicklung für preisbildende Faktoren darf nicht mit einer vertraglichen Befugnis zur einseitigen Preisfestsetzung verwechselt werden. Die Anforderungen an Bestimmtheit und Transparenz der Klausel bilden ein Problem der §§ 305 ff. BGB, insbesondere des § 307 I BGB, nicht aber der Anwendbarkeit des § 315 BGB.

Nicht mit einem eingeräumten Leistungsbestimmungsrecht bezüglich der zukünftigen Preisentwicklung ist die Möglichkeit des EVU identisch, später darüber zu entscheiden, ob, in welchem Umfang und zu welchem Zeitpunkt es von der bestehenden Befugnis zur Preisanpassung im Falle eines Anstiegs der eigenen Bezugspreise Gebrauch machen will. Insofern geht es um die unternehmenspolitische Frage der Ausschöpfung einer rechtlich eröffneten Möglichkeit zur Preiserhöhung, nicht aber um eine rechtliche Kompetenz zur einseitigen Leistungsbestimmung.

In der Fernwärmewirtschaft (vgl. § 24 AVB FernwärmeV), auch in der Gaswirtschaft für Lieferungen von Vorlieferanten an Weiterverteiler kommen derartige konkrete Preisanpassungsklauseln vor. Demgegenüber sind die Verträge zwischen EVU und endverbrauchenden Kunden üblicherweise nicht mit derartigen konkreten Preisanpassungsklauseln ausgestattet. Dies gilt zumindest für die große Mehrheit der Energieverbraucher, während in Einzelfällen auch für Großkunden konkret ausgestaltete Preisanpassungsklauseln bestehen. Sind die Faktoren für die zukünftige Preisentwicklung unbestimmt, behält sich das EVU global eine Preisanpassung vor; die weitere Preisentwicklung ist seitens der Vertragsparteien nicht abschließend geregelt. In derartigen Fällen verfügt das EVU somit über die vertraglich eingeräumte Kompetenz, die zukünftige Preisentwicklung einseitig festzulegen. Dies gilt auch dann, wenn im Energielieferungsvertrag entsprechend § 4 I AVBEltV<sup>18</sup>, § 4 I AVBGasV<sup>19</sup> oder nunmehr § 5 II StromGKV, § 5 II GasGKV<sup>20</sup> vereinbart wird, dass das EVU die Energie zu den jeweils allgemeinen Tarifen (Preisen) und Bedingungen zur Verfügung stellt. Die Befugnis zur einseitigen Gestaltung der Preistarife in ihrer zukünftigen Entwicklung und die Gültigkeit der jeweiligen allgemeinen Tarife räumt den EVU die Rechtsmacht ein, über die Festlegungsbefugnis der Tarife die von dem einzelnen Kunden zukünftig zu zahlenden Preise einseitig festzulegen<sup>21</sup>. Insofern spielt es keine Rolle, ob die genannten Normen als Rechtsverordnungen unmittelbar für das jeweilige Energieversorgungsverhältnis gelten, weil es sich um Tarifkunden bzw. um Grundversorgungskunden handelt, oder aber, ob für Sonderkunden eine Geltung der Normen infolge vertraglicher Übernahme (sei es durch Abschreiben der Regelungen in den genannten Normen, sei es durch Verweis) erfolgt. Im ersten Fall liegt eine normative, im zweiten Fall eine rechtsgeschäftlich begründete Befugnis zur Leistungsbestimmung vor; beides wird von § 315 BGB erfasst. Der Gedanke, in § 4 AVBElt, § 4 AVBGasV, § 5 StromGKV, § 5 GasGKV eine normative Außerkraftsetzung des § 315 BGB zu sehen, wäre abwegig. Da ein Leistungsbestimmungsrecht durch Rechtsnorm begründet werden kann, folgt aus den genannten Regelungen die Geltung des § 315 BGB, nicht aber sein Ausschluss.

Die getroffene Feststellung steht nicht im Widerspruch zu der Aussage, dass § 315 BGB bei Abschluss des Ausgangs-

vertrags unter Inbezugnahme der zu diesem Zeitpunkt gültigen allgemeinen Tarife keine Anwendung findet. Denn in diesem Falle stehen die seitens des Kunden zu zahlenden Energiepreise abschließend und ohne Entscheidungskompetenz des EVU fest, auch wenn sie sich nicht in Euro und Cent für Arbeits- und Leistungspreise konkret aus dem Vertrag ergeben<sup>22</sup>.

#### 4. Anwendung des § 315 I BGB auf Fälle von Marktmacht

Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine unmittelbare Anwendbarkeit des § 315 I (und damit auch der folgenden Absätze) BGB beziehen sich auf die vertragliche oder normative Einräumung eines Leistungsbestimmungsrechts. Insofern handelt es sich um Rechtsmacht, nicht aber um Marktmacht. Deren Bekämpfung ist grundsätzlich Aufgabe des GWB, nicht aber des § 315 BGB. Etwas scheinbar anderes gilt nur dann, wenn Marktmacht und Rechtsmacht zusammenfallen, insbesondere wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen sich vertragliche Leistungsbestimmungsrechte durch einseitige Ausübung seiner Marktmacht seitens der Kunden einräumen lässt. Auch hier liegt der Rechtsgrund für die Anwendung des § 315 BGB jedoch in der Rechtsmacht, nicht in der zugleich bestehenden Marktmacht. Zusätzlich ist jedoch eine Prüfung des Missbrauchs von Marktmacht wegen der Durchsetzung einseitiger unangemessener Leistungsbestimmungsrechte nach §§ 19, 32, 33 GWB möglich. Das kartellrechtliche Instrumentarium verdrängt als quasi-deliktrechtliche Regelung die für Verträge erfolgende Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB<sup>23</sup> nicht.

Allerdings ist eine analoge Anwendung der Norm auf Fälle von Marktmacht zu erwägen. Voraussetzung hierfür ist eine Lücke im Gesetz, deren Planwidrigkeit und die Füllung der Lücke durch eine an anderer Stelle geregelte Norm, die sich nach Voraussetzungen und Rechtsfolge zur Schließung der offenen Gesetzesstelle eignet. Der BGH<sup>24</sup> hatte in ständiger Rechtsprechung vor Erlass der hier näher besprochenen drei aktuellen Judikate die Norm auf Fälle von Marktmacht analog angewendet. Insofern unterwirft er die Tarife für Leistungen der Daseinsvorsorge, auf deren Inanspruchnahme der Empfänger angewiesen ist, der Kontrolle gem. § 315 BGB. Bis zum Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle am 1. 1. 1999<sup>25</sup> ließ sich diese Judikatur rechtspolitisch damit rechtfertigen, dass das Preismissbrauchsverbot für marktbeherrschende Unternehmen keine unmittelbare Verbotswirkung hatte. Es bedurfte daher erst der Umsetzung in eine kartellbehördliche Preismissbrauchsverfügung, bevor ein betroffener Kunde sich eigenständig gegen den Verstoß des marktbeherrschenden EVU (§§ 19, 33 GWB) wehren konnte. Seit dem 1. 1. 1999 ist die Rechtslage grundlegend anders. Nunmehr stellt § 19 GWB ein gesetzliches Verbot dar, mit der Konsequenz, dass Verstöße hiergegen im Falle rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen zur Unwirksamkeit nach § 134 BGB führen. Darüber hinaus ist die Norm ein Schutzgesetz, dass die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen

18 Vom 21. 6. 1979, BGBl I, 684.

19 Vom 21. 6. 1979, BGBl I, 676.

20 Beide v. 26. 10. 2006, BGBl I, 2391.

21 Ebenso BGH, NJW 2007, 2540. Zum Teil in der Lit. (Ehricke, JZ 2005, 599 [603]) unternommene Versuche, die Anwendbarkeit des § 315 BGB insoweit zu verneinen, hat der BGH überzeugend zurückgewiesen.

22 BGH, NJW 2007, 1672.

23 BGH, NJW 2007, 2540.

24 NJW 1987, 1828; NJW 1992, 171; NJW 2005, 2919; NJW-RR 1990, 1204; NJW-RR 2006, 133.

25 BGBl I 1998, 2521.

Sanktionsmöglichkeiten gem. § 33 GWB nach sich zieht. Da die vom BGH befürwortete Geltung des § 315 BGB für Fälle der Daseinsvorsorge, auf deren Inanspruchnahme der andere Teil angewiesen ist, nichts anderes als die Umschreibung von Marktmacht darstellt, ist folglich seit dem 1. 1. 1999 eine Sanktionslücke im Kartellrecht nicht mehr gegeben. Dies hat einige Stimmen in Rechtsprechung und Literatur<sup>26</sup> dazu veranlasst, die zeitlich vorlaufende BGH-Judikatur als nicht mehr vertretbar anzusehen. Gleichwohl hält der BGH daran fest. Der Hinweis, die Maßstäbe der Kontrolle nach § 315 BGB, § 19 GWB unterschieden sich, vermag dabei nicht zu überzeugen. Denn er ändert an den fehlenden Voraussetzungen für eine analoge Anwendung auf Fälle von Marktmacht (§ 19 GWB) nichts. Im Übrigen zeigt ein Vergleich der Kontrollmaßstäbe beider Normen, dass insoweit praktisch Identität besteht. Ein Missbrauch entspricht nicht der Billigkeit; unbilliges Verhalten ist zugleich missbräuchlich. Auch die Vorschläge zur Konkretisierung beider Normen weisen umfassende Parallelen auf<sup>27</sup>.

Allerdings stellt der BGH<sup>28</sup> klar, dass es in dem von ihm entschieden Gas-Fall an Marktmacht und damit an einem faktischen Leistungsbestimmungsrecht fehlt, da der Energiekunde über hinreichende Bezugsalternativen verfügt habe und er somit in den Genuss von Wettbewerb gekommen sei. Diese Feststellung ist bereits hinsichtlich ihrer kartellrechtlichen Dimension von Interesse<sup>29</sup>.

#### IV. Kartellrechtliche Aspekte

Im Kartellrecht ist seit langem streitig, wie die Wettbewerbssituation in der leitungsgelassenen Energiewirtschaft zu beurteilen ist. Für Fernwärme und Gas, die den Wärmemarkt bedienen, wird grundsätzlich anerkannt, dass zur Zeit der Investitionsentscheidung des Kunden (z. B. vor dem Hausbau) ein hinreichender Wettbewerb zwischen Öl (und hier zwischen den zahlreichen Öllieferanten), Gas, Fernwärme (letztere beiden Energieformen werden allerdings nicht überall angeboten) und elektrischen Speicherheizungen besteht. Dies schließt regelmäßig die Annahme von Marktmacht aus. Zukünftig kommt noch der bereits seit 1998 angestrebte Wettbewerb zwischen verschiedenen Gaslieferanten um dieselben Endverbraucher hinzu. Hat sich der Kunde allerdings zu Gunsten einer Gasheizung entschieden und entsprechend investiert, wird ein Wechsel zu einer anderen Energieart mit Ausnahme der Fälle von bivalent einsetzbaren Heizungsanlagen durch zusätzliche Investitionserfordernisse erschwert. Insbesondere die Kartellbehörden<sup>30</sup> haben daher regelmäßig eine marktbeherrschende Stellung der EVU im Verhältnis zu ihren Altkunden angenommen. Demgegenüber weisen andere<sup>31</sup> daraufhin, dass ein um Wachstum bemühtes Unternehmen stets auf die Gewinnung von Neukunden ausgerichtet sein und seine Preispolitik für Neu- und für Altkunden daher identisch sein muss. Eine im Vergleich zu Neukunden schlechtere Behandlung von Altkunden schrecke potenzielle Neukunden von dem Abschluss eines Vertrags ab. Insoweit strahle, so lautet die Argumentation, ein bestehender Wettbewerb für Neukunden auch auf Altkunden aus, selbst wenn die angesprochenen Investitionsbarrieren für den Wechsel zu einer anderen Energieart bestehen. Dieser Argumentation schließt sich nunmehr der BGH<sup>32</sup> ausdrücklich an, was in dem konkreten Fall zur Verneinung der Anwendbarkeit des § 315 BGB auf Altkunden führt. Es wird interessant sein zu beobachten, wie der *Kartellsenat* des BGH zu gegebener Zeit, aus Anlass von Verfahren im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht oder der Fusionskontrolle, die

parallele Problematik entscheidet. Zusätzlich stellt sich noch die Frage nach der Effizienz des durch die Energierechtsreform von 1998, intensiviert durch die Reform von 2005, eingeführten sparteninternen Wettbewerbs zwischen EVU um dieselben Kunden. Hier hat der Strom-zu-Strom-Wettbewerb bereits seit einigen Jahren durchaus Wirkung erzielt, während der Gas-zu-Gas-Wettbewerb<sup>33</sup> entgegen den normativen Vorgaben immer noch keine praktische Relevanz aufweist. Diese erhofft man sich nunmehr aus einer detaillierten Kooperationsvereinbarung der Verbände der Gaswirtschaft mit den Verbänden der industriellen Verbraucher, abgeschlossen unter Moderation der Bundesnetzagentur, zur Umsetzung des Anspruchs auf gaswirtschaftlichen Netzzugang nach § 20 Ib EnWG<sup>34</sup>.

#### V. Zeitliche Aspekte der Preiskontrolle

Ein besonderes Thema ergibt sich im Hinblick auf die zeitliche Reichweite der Preiskontrolle. Viele Energiekunden mit seit langen Jahren laufenden Energielieferungsverträgen haben frühere Preisanpassungen widerspruchslos hingenommen und erst in jüngerer Vergangenheit gegen die deutlichen Preiserhöhungen unter Hinweis auf § 315 BGB protestiert. Damit stellt sich die Frage, ob im Falle der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 315 BGB der gesamte aktuelle Preis einschließlich des Preissockels vor der strittigen Erhöhung einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen ist oder aber nur der von der Preiserhöhung betroffene Anteil, den der Kunde konkret angegriffen hat.

Zunächst ist zu beachten, dass sich die Antwort auf diese Frage in manchen Fällen bereits zivilprozessrechtlich aus dem Streitgegenstand ergibt. Begrenzt der Energiekunde den Vorwurf der Unbilligkeit auf die letzte Preiserhöhung, steht nur sie im Streit und schränkt entsprechend die gerichtliche Entscheidung nach § 315 III BGB ein. Dies folgt aus § 308 I 1 ZPO. Die materiell-rechtliche Thematik, welcher zeitlichen Reichweite die Preiskontrolle nach § 315 III BGB unterliegt, besteht nur, wenn der Energiekunde den gesamten Preis als unbillig bewertet und entsprechend gerichtlich korrigiert wissen will<sup>35</sup>.

Die instanzgerichtliche Rechtsprechung hat die materiell-rechtliche Facette der Thematik kontrovers beurteilt; in Einzelfällen wurde unter Hinweis auf die fehlende Teilbarkeit der Preiskalkulation der Gesamtpreis einer gerichtlichen Kontrolle ausgesetzt<sup>36</sup>. Der BGH<sup>37</sup> ist diesem Prüfungsansatz zu Recht entgegengetreten. Vergangene Preiserhöhungen, die der Kunde akzeptiert hat, sind nicht mehr über § 315 BGB kontrollierbar. Hierfür lassen sich verschiedene rechtliche Grundsätze heranziehen. Einmal ist an das Rechtsinstitut der Verwirkung (§ 242 BGB) zu denken, das

26 LG Karlsruhe, ZNER 2006, 54; LG Köln, RdE 2004, 306; Kühne, NJW 2006, 654; Säcker, RdE 2006, 65; Büdenbender (o. Fußn. 17), S. 62 ff.; Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2004, § 315 Rdnr. 51.

27 S. die Nachw. in Fußn. 41 bis 44 und Kap. VI.

28 BGH, NJW 2007, 2540.

29 S. Kap. IV.

30 Zuletzt BKartA, WuW/E DEV 1357; ebenso OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 1639 (1642); RdE 2007, 58 (60); Hanau, ZIP 2006, 1281; Markert, RdE 2007, 158.

31 OLG Brandenburg, RdE 2007, 19; OLG München, ZNER 2006, 352; LG Ulm, RdE 2006, 24; ebenso Büdenbender (o. Fußn. 17), S. 83; Ehrlicke, JZ 2005, 604.

32 BGH, NJW 2007, 2540.

33 BKartA, Tätigkeitsbericht 2005/2006, BT-Dr 16/5710, S. 221.

34 Abrufbar unter [www.bgw.de](http://www.bgw.de) oder [www.vku.de](http://www.vku.de).

35 Der BGH, NJW 2007, 2540, sah bereits den Streitgegenstand zivilprozessrechtlich auf die letzte Tarifierhöhung begrenzt (Rdnr. 12 der Begr.). Insofern hätte es materiell-rechtlicher Erwägungen in Rdnrn. 36 ff. der Entscheidung zu Kontrollrestriktion nicht bedurft.

36 So OLG Karlsruhe, NJOZ 2006, 2833 = RdE 2006, 356; LG Hannover, Energiewirtschaftliche Tagesfragen (et) 5/2007, S. 102.

37 BGH, NJW 2007, 2540. Ebenso bereits LG Bonn, RdE 2007, 84 = BeckRS 2006, 10998; LG Verden, ZNER 2006, 272; AG Leer, RdE 2007, 27; AG Osterode, RdE 2007, 93; Säcker, RdE 2006, 65.

bereits mehrfach zum Ausschluss einer Preiskontrolle nach § 315 BGB herangezogen wurde<sup>38</sup>. Entsprechendes gilt für das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, das in der Akzeptanz der Preisanpassung einerseits und in dem späteren Wunsch nach umfassender Überprüfung andererseits liegt. Problematisch ist die vom *BGH* herangezogene Begründung, wonach in der seitens des Kunden widerspruchsfreien Fortsetzung der Energielieferungsbeziehung eine Annahme der von dem EVU ausgesprochenen Leistungsbestimmung liege, mit der Konsequenz vertraglicher Verbindlichkeit und des daraus resultierenden Ausschlusses der Kontrolle nach § 315 BGB<sup>39</sup>. Angenommen i. S. der §§ 145 ff. BGB werden können jedoch nach tragenden Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre nur Angebote, nicht aber einseitige Willenserklärungen. Das Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB ist eine einseitige Willenserklärung, insoweit anderen einseitigen Rechtsgeschäften wie Anfechtung, Kündigung, Rücktritt, Widerruf oder Aufrechnung vergleichbar. Die Umdeutung oder Auslegung eines einseitigen Rechtsgeschäfts in eine zugleich als Vertragsangebot zu qualifizierende Erklärung, die seitens des Kunden nach §§ 145 ff. BGB annahmefähig wäre, erscheint dogmatisch doch sehr fragwürdig. Dies ändert jedoch an der Sachgerechtigkeit des gefundenen Ergebnisses nichts.

Für die Rechtspraxis bleibt die Frage offen, nach Ablauf welcher widerspruchsfreien Zeit eine Verwirkung der Überprüfbarkeit der Leistungsbestimmung eintritt. Verständlicherweise entscheidet die Rechtsprechung insoweit stets Einzelfälle. Die Rechtspraxis benötigt allerdings Sicherheit, zumal die Akzeptanz des Kunden in dem Unterlassen eines Widerspruchs liegt, regelmäßig aber nicht in einer ausdrücklichen Anerkennung. Jedenfalls dann, wenn der Kunde die Jahresschlussrechnung für das abgelaufene Jahr bezahlt, in der die streitige Preisanpassung erfolgt war – so lag der vom *BGH*<sup>40</sup> entschiedene Fall –, verliert er nach Auffassung des *BGH* die Berechtigung, den Vorgang nach § 315 BGB zur Überprüfung zu stellen. Dies erscheint evident. Entsprechendes gilt aber auch schon früher. Erhält der Kunde eine Preiserhöhung und zahlt er in den Folgemonaten die Abschläge auf die spätere Jahresendrechnung ohne Widerspruch, unter Umständen sogar infolge der Preiserhöhung in erhöhter Form, so liegt auch darin eine Akzeptanz. Zwar muss man dem Kunden eine angemessene Zeit einräumen, um zu überlegen und sich gegebenenfalls beraten zu lassen, ob und in welcher Form er sich gegen die Preisanpassung zur Wehr setzt. Insofern genügt es nicht, dass er die erste Abschlagszahlung (regelmäßig ohnehin „automatisch“ durch Einzugsermächtigung oder durch Dauerauftrag) laufen lässt, ohne zu protestieren. Jedenfalls dann, wenn dies dreimal geschieht, hätte der Kunde genügend Zeit gehabt, seinen Protest gegen die Preisanpassung zu artikulieren. Nach Ablauf von drei „protestlosen“ Abschlagszahlungen hat der Kunde somit sein Recht zur Preiskontrolle durch das Gericht verliert.

## VI. Kontrollmaßstab für die Billigkeitsprüfung

Von grundlegender Bedeutung ist, nach welchen Kriterien die Billigkeit der Preisanpassung im Einzelfall überprüft werden kann. Hier haben sich in der Rechtspraxis unterschiedliche Maßstäbe entwickelt, die Parallelen bei der Konkretisierung des kartellrechtlichen Preismissbrauchs begriffs finden. Einmal ist daran zu denken, die Preise auf Grund einer Kosten- und Gewinnkontrolle zu überprüfen<sup>41</sup>. Eng mit diesem Maßstab verknüpft ist der Aspekt einer Offenlegung der Kalkulation, unter Beachtung des Rechts auf Wahrung von

Geschäftsgeheimnissen. Alternativ dazu ist an ein Vergleichsmarktmodell zu denken, welches die Preise des überprüften EVU denjenigen strukturell vergleichbarer EVU<sup>42</sup> gegenüberstellt. Beide Vorgehensweisen sind in der bisherigen instanzgerichtlichen Rechtsprechung<sup>43</sup> zu finden. Eine Kosten- und Gewinnkontrolle ist untrennbar mit der Frage verknüpft, nach welchen Kriterien die Kosten zu ermitteln sind und wie ein angemessener Gewinnaufschlag zu bewerten ist. Hierfür bestehen ebenso zahlreiche wie unterschiedliche in der Betriebswirtschaftslehre entwickelte und in der unternehmerischen Praxis anzutreffende Konzepte, die ohne eine normative Vorgabe zur Konkretisierung des § 315 BGB für spätere Preisanpassungen mit Anspruch auf Rechtssicherheit kaum geeignet sind. Ein Vergleichsmarktmodell ist hingegen durchaus in der Lage, entsprechend der kartellrechtlichen Praxis<sup>44</sup> durch Gegenüberstellung von Preisen und die Frage nach Rechtfertigungsgründen für Preisabweichungen Erkenntnisse zu gewinnen.

### 1. Billigkeit der Preiserhöhung wegen Weitergabe gestiegener Vorlieferantenpreise

Der *BGH* hat eine – scheinbar elegante – Lösung gefunden, die Thematik vor dem Hintergrund der bestehenden Kontroverse zu entscheiden. Er lässt diese nämlich offen und betont, dass jedenfalls die seitens des Vorlieferanten vorgenommenen Preiserhöhungen durch das weiterverteilende Unternehmen auf seine endverbrauchenden Kunden abgewälzt werden können.

Bezüglich aller anderen Kosten, die zum Anlass einer Preiserhöhung genommen werden (Materialkosten, Personalkosten, Steuern und Abgaben), stellt der *BGH* – mangels Relevanz in dem entschiedenen Fall<sup>45</sup> nur knapp – klar, dass eine Abwälzung erhöhter Energiebezugskosten auf Endverbraucher unbillig sein könne, wenn eine Verrechnung mit eingetretenen Kostenentlastungen unterbleibe. Dies scheint dafür zu sprechen, dass der *BGH* sich für eine Kostenkontrolle entschieden hat, zumal er jede argumentative Auseinandersetzung mit dem Vergleichsmarktmodell unterlässt. Eine nähere Prüfung zeigt jedoch, dass in einem solchen Verständnis des Billigkeitsbegriffs eine unangemessene Verkürzung der Problembewältigung liegt. Wegen der Parallelität der zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle und der kartellrechtlichen Missbrauchsprüfung sowie der wenig günstigen Erfahrungen, die im Kartellrecht mit Kosten- und Gewinnkontrollen gemacht worden sind, ist grundsätzlich eine Anwendung des Vergleichsmarktmodells vorzuzugswürdig<sup>46</sup>. Hierfür spricht auch der Umstand, dass es bisher weder für § 315 BGB noch für § 19 GWB auch nur im Ausganges-

38 *BGHZ* 97, 220 = *NJW* 1986, 1803; *BAGE* 18, 54 (59); ebenso speziell für Preiserhöhungen in der Energiewirtschaft *OLG Hamm*, *NJW-RR* 2007, 852 = *RdE* 2007, 132; *LG Düsseldorf*, *ZNER* 2006, 271; *LG Heilbronn*, *RdE* 2006, 88; *LG Bonn*, *RdE* 2007, 84.

39 *BGH*, *NJW* 2007, 2540, dort Rdnr. 36.

40 *BGH*, *NJW* 2007, 2540.

41 *OLG Karlsruhe*, *NJOZ* 2006, 2833 = *RdE* 2006, 356; *LG Hannover*, et 5/2007, S. 102; *LG Mönchengladbach*, *RdE* 2006, 210 (212). Hierfür auch *BGH*, *NJW-RR* 1992, 183, für den Sonderfall einer faktischen Fortsetzung des wegen kundenseitiger Kündigung abgelaufenen Strombezugsvertrags (Interimsversorgung) zwischen einem Vorlieferanten und einem Weiterverteiler.

42 *AG Oldenburg*, *RdE* 2006, 63; *AG Grevenbroich*, *RdE* 2006, 62; *AG Leer*, *RdE* 2007, 27.

43 Vgl. die Nachw. in den Fußn. 41, 42.

44 Vgl. die Nachw. in Fußn. 9. Für die Identität der Maßstäbe nach § 315 BGB, § 19 GWB s. *Kühne*, *NJW* 2006, 654; *Säcker*, *RdE* 2006, 65; a. A. *OLG Stuttgart*, *RdE* 2005, 237 = *BeckRS* 2005, 04821.

45 Ein Wirtschaftsprüferstatat belegt, dass es keine verrechnungsfähigen Kostensenkungen gab.

46 *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker* (o. Fußn. 9), vgl. dort die Anm. zur Kosten- und Gewinnkontrolle in Rdnrn. 157, 168.



punkt konkrete und damit unter dem Aspekt der Rechtssicherheit belastbare Kriterien zur Konkretisierung des Kostenbegriffs sowie zur Definition einer angemessenen Marge gibt. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass der von der Bundesregierung beschlossene Gesetzentwurf für eine 8. Kartellgesetznovelle einen neuen § 29 GWB vorsieht<sup>47</sup>, der die Vertriebspreise der Strom- und Gaswirtschaft neben dem Vergleichsmarktpinzip im Falle von Marktmacht gerade einer Kosten- und Gewinnkontrolle aussetzen will<sup>48</sup>. Wenn sich die Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren durchsetzt, wird die Rechtspraxis zu § 29 GWB notwendigerweise Kriterien entwickeln müssen, welche sich dann unter Umständen auf die Präzisierung des Billigkeitsbegriffs nach § 315 BGB übertragen lassen.

Materiell-rechtlich stellt sich die Frage, ob ein EVU Maßnahmen der Effizienzverbesserung pauschal zu seinen Gunsten nehmen kann, während Kostenerhöhungen durch gestiegene Energiebezugspreise auf die Endverbraucher weitergegeben werden. Darin liegt eine Einseitigkeit der Behandlung von Kostenveränderungen, die in der Preisanpassungsklausel und damit in der Einräumung des Leistungsbestimmungsrechts keine Grundlage hat. Man mag durchaus gute Argumente dafür finden, dass einem Unternehmen überdurchschnittliche Erfolge im Rahmen der Effizienzverbesserung zugute kommen sollen. Konkretisiert man die Billigkeitsprüfung durch die Anwendung des Vergleichsmarktmodells, ergibt sich ein solches Resultat ohne Weiteres, da überdurchschnittlich effiziente Unternehmen bei identischen Preisen im Vergleich zu durchschnittlich effizienten Konkurrenten eine höhere Marge erzielen. Dieses Ergebnis verwirft der Prüfungsansatz des *BGH*, wenn er auf eine volle Verrechnung gesunkener Vertriebskosten mit gestiegenen Energiebezugspreisen des weiterverteilenden EVU abhebt.

Eine sachgerechte Harmonisierung der Kriterien für die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB und für das Preismissbrauchsverbot nach § 19 GWB erfordert die vom *BGH* vermiedene Entscheidung, ob eine Kostenkontrolle oder ein Vergleichsmarktkonzept sachgerechte Ergebnisse zur Konkretisierung des § 315 BGB liefert. Erkennt das Kartellrecht es an, dass auch ein Marktbeherrscher (deutlich) überdurchschnittliche Effizienzgewinne zumindest teilweise zu seinen Gunsten vereinnahmt, ist ein gegenteiliges Ergebnis durch Verrechnung aller Kostensteigerungen und Kostenentlastungen im Rahmen des § 315 BGB fragwürdig. Sogar für Netzbetreiber als uneingeschränkte Monopolisten sieht das ab 1. 1. 2009 nach § 21 a EnWG zu praktizierende Konzept der Anreizregulierung vor, besondere Effizienzgewinne als Leistungsanreiz zu Gunsten der Unternehmen gehen zu lassen. Zur Vermeidung widersprüchlicher Ergebnisse zwischen Netzbetreibern als Monopolisten und im Wettbewerb stehenden Vertriebsunternehmen bedarf es einer Harmonisierung der Maßstäbe bei Anwendung der § 315 BGB, § 19 GWB, § 21 a EnWG.

## 2. Billigkeit der Preiserhöhung durch Vergleich von Altkunden- und Neukundenpreisen?

Bei der Überprüfung einer Marktmacht des Gasversorgers hat der *BGH* – zu Recht – die Ausstrahlungswirkung des Wettbewerbs um Neukunden auf Altkunden betont. Dies wirft die Frage auf, ob eine Prüfung der Billigkeit des infolge Preiserhöhung erreichten Preisniveaus für Altkunden nicht auch durch einen Vergleich mit Neukundenpreisen vorgenommen werden kann. Der *BGH* hat diese Frage nicht thematisiert. Sie ist im Ergebnis zu verneinen.

Trotz der zutreffenden Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse um Neukunden und deren Ausstrahlungswirkung auf Altkunden ist es eine vertragsrechtliche Frage, wie sich ein bereits abgeschlossener Energielieferungsvertrag auf Grund vereinbarter Preisanpassungsklauseln weiter entwickelt. Für diese Kontrolle kann zwar Preisgleichheit für Alt- und Neukunden ein wichtiges Indiz hinsichtlich der Billigkeit liefern; eine abschließende Bedeutung im Sinne einer so verkürzten Billigkeitsprüfung kommt diesem Ansatz jedoch nicht zu. Hiergegen spricht, dass im Einzelfall nicht stets zwingend zu allen Zeitpunkten eine Preisgleichheit von Alt- und Neukunden gegeben sein muss. So kann ein EVU vorübergehend Preisvorteile zur Gewinnung von Neukunden im Sinne einer Ausweitung der Geschäftstätigkeit einräumen. Darüber hinaus können die EVU auch umgekehrt im Sinne der Pflege von Altkunden und der Belohnung ihrer Treue zu dem liefernden EVU temporäre Vergünstigungen (z. B. durch verzögerte Preiserhöhungen) gegenüber Neukunden-Preisen gewähren.

## 3. Berücksichtigung gestiegener und gesunkener Energiebezugskosten des Lieferunternehmens

In Folge der in der Praxis üblichen Anbindung der Gaspreise an die Ölpreise im Rahmen der Energiebezugsverträge<sup>49</sup> der weiterverteilenden EVU mit ihren Vorlieferanten schwanken die dortigen Preise in Abhängigkeit von den sehr volatilen Ölpreisen erheblich. Üblicherweise werden die Schwankungen der Ölpreise nicht kurzfristig an die Gaspreise, sondern mit einem gewissen zeitlichen Vorlauf im Sinne einer relativen Verstetigung des Preisniveaus weitergegeben. Es stellt sich die Frage, welche Folgen mögliche Preissenkungen der Vorlieferanten auf das Verhältnis zwischen dem weiterverteilenden EVU und seinen Endkunden hat. Materiell-rechtlich steht außer Zweifel, dass eine sachgerechte Anwendung des Billigkeitsbegriffs in § 315 BGB einseitige Begünstigungen des Energielieferanten und korrespondierende Benachteiligungen des Kunden zu vermeiden hat. Gibt ein EVU seitens des Vorlieferanten vorgenommene Preiserhöhungen an seine endverbrauchenden Kunden weiter und vereinnahmt es Preissenkungen für sich, verhält es sich wegen der Ungleichbehandlung von Preiserhöhungen und von Preissenkungen unbillig<sup>50</sup>. Dasselbe gilt bei unterschiedlicher zeitlicher Behandlung von Preiserhöhungen und Preissenkungen. Folglich hat sich die rechtliche Preiskontrolle auch auf diesen Aspekt zu erstrecken, wenn der Sachverhalt dazu Veranlassung gibt. Preiserhöhungen, die zuvor praktizierte Senkungen der eigenen Bezugspreise des Weiterverteilers unberücksichtigt lassen, sind unbillig.

Dabei besteht allerdings die Besonderheit, dass der Kunde von einer möglichen Senkung der Vorlieferantenpreise keine Kenntnis hat, wenn das EVU diese Entlastung an ihn

47 BT-Dr 16/5847 v. 27. 6. 2007; vgl. dazu *Stadler*, BB 2007, 60.

48 Zur Kombinationsfähigkeit dieser Konzepte vgl. *Büdenbender*, DVBl 2006, 197.

49 Zu Recht stellt der *BGH*, NJW 2007, 2540, insoweit klar, dass die eigenen Energiebezugspreise des Weiterverteilers, zu zahlen an seinen Vorlieferanten, im Rahmen der gerichtlichen Entscheidung über die Endverbraucherpreise nicht zu überprüfen sind; dies gilt insbesondere für die Ölpreisbindung. Abgesehen von einer insoweit gefestigten Praxis spricht hierfür auch der Gedanke, dass der Weiterverteiler aus eigenem Interesse, insbesondere wegen seiner Wettbewerbsfähigkeit auf dem Markt, keine inakzeptablen Preise des Vorlieferanten hin-nimmt.

50 Insoweit gilt für die Konkretisierung des Billigkeitsbegriffs dasselbe Rechtsprinzip wie für die Angemessenheitsprüfung von Preisgleitklauseln nach § 307 BGB, s. dazu zuletzt *BGH*, NJW 2007, 1054 = WRP 2007, 332, und NJW-RR 2005, 1717.

nicht weitergibt. Von den Endverbrauchern kann auch nicht erwartet werden, dass sie infolge einer Beobachtung der Ölpreisentwicklung und der daraus vermuteten Einflussnahme auf die Gaspreisentwicklung im Verhältnis zwischen Vorlieferant und Weiterverteiler Schlussfolgerungen für eine mögliche, seitens ihres EVU unterlassene Preisentlastung ableiten. Dies zu verlangen würde eine Überforderung des endverbrauchenden Kunden bedeuten, vor allem dann, wenn es sich um nicht im Wirtschaftsleben stehende Endverbraucher handelt. Daher kommt eine Verwirkung des kundenseitigen Rechts auf Billigkeitskontrolle insoweit nicht in Betracht.

Im praktischen Ergebnis sind die EVU folglich verpflichtet, von sich aus Entlastungen bei den eigenen Energiebezugskosten ebenso vollständig und zeitnah weiterzugeben wie Preiserhöhungen. Nehmen Unternehmen eine Preiserhöhung ohne eine zwischenzeitliche Preissenkung vor, liegt darin die konkludente Aussage, dass es eine derartige Preissenkung nicht gegeben hat. Da die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit einer Preiserhöhung das liefernde EVU trifft<sup>51</sup>, ist es seine Aufgabe, insoweit die notwendigen Informationen beizubringen und offenzulegen. Dies kann durch Wirtschaftsprüfer-Testat geschehen, welches bestätigt, dass in dem relevanten Zeitraum keine Senkung der eigenen Energiebezugskosten erfolgte. Gab es solche und wurden sie an die Endverbraucher nicht weitergegeben, ist eine spätere vollständige Weitergabe einer Preiserhöhung nur dann „billig“, wenn die vorherige Entlastung des Weiterverters wegen gesunkener Energiebezugskosten durch Kostensteigerungen an anderer Stelle kompensiert wurde (z. B. infolge von Lohnerhöhungen oder Energiesteuern).

## VII. AGB-rechtliche Aspekte

Rechtlich streng von den Anforderungen des § 315 BGB zu trennen, im praktischen Ergebnis aber mit der dortigen Materie doch verknüpft ist die Frage, ob eine vereinbarte Preisanpassungsklausel überhaupt wirksam ist. Nur dann bildet sie die Grundlage für einseitige Preiserhöhungen als Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB. Anders als konkret vereinbarte Preise unterliegen Preisanpassungsklauseln grundsätzlich den Anforderungen der §§ 305 ff. BGB, wenn sie in Allgemeinen Geschäftsbedingungen niedergelegt sind. Soweit eine Preisanpassungsklausel durch eine Rechtsnorm wie § 4 AVBEltV, § 4 AVBGasV, § 5 StromGVV, § 5 GasGVV vorgegeben wird, scheidet die auf rechtsgeschäftliche Geschäftsbedingungen beschränkte Anwendung der §§ 305 ff. BGB aus. So lag der vom BGH entschiedene Gas-Fall; daher hatte der BGH keine Veranlassung, sich zu §§ 305 ff. BGB zu äußern. Werden derartige Klauseln für Kundenkreise übernommen, für die die genannten Rechtsnormen unmittelbar keine Geltung beanspruchen, also für Sonderkunden, schließt § 310 II BGB nur eine Anwendung der §§ 308, 309 BGB auf diese Klausel aus. Anwendbar bleibt jedoch § 307 BGB. Dies hat in der bisherigen Rechtspraxis der Instanzgerichte<sup>52</sup> zu einer kontroversen Beurteilung geführt, inwieweit globale Preisanpassungsklauseln (Festschreibung der jeweils gültigen Tarife) mit § 307 BGB vereinbar sind.

Aus Raumgründen kann hier auf die Thematik nicht detailliert eingegangen werden. Grundsätzlich befinden sich insoweit zwei Prinzipien in einem Spannungsverhältnis, die beide für die Anwendung des § 307 BGB von Bedeutung sind, jedoch nicht oder nur mit großen Schwierigkeiten parallel verwirklicht werden können. Auf der einen Seite stehen Kos-

tennähe, Konkretheit und Vorhersehbarkeit der Auswirkungen einer Preisanpassungsklausel, die eine möglichst detaillierte Preisanpassungsformel unter Berücksichtigung der preisrelevanten Faktoren gebieten. In der Praxis müssten in eine derartige Formel neben den Energiebezugskosten auch die sonstigen Kosten des EVU, vor allem Material- und Personalkosten, Aufnahme finden, einschließlich einer Gewichtung der verschiedenen Elemente. Daraus aber erwächst sehr leicht eine Kollision mit der Forderung nach Transparenz und Verständlichkeit derartiger Klauseln. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Normgeber selbst in § 4 AVBEltV, § 4 AVBGasV, § 5 StromGVV, § 5 GasGVV eine Entscheidung zu Gunsten der Einfachheit der Preisanpassungsklausel und Lasten der Vorhersehbarkeit der konkreten Auswirkungen getroffen hat. Daher stellt sich die Frage, inwieweit diese normative Wertung über § 310 II BGB hinaus bei Anwendung des § 307 BGB Beachtung finden muss. Gerade die jüngere BGH-Rechtsprechung<sup>53</sup> hat jedoch, allerdings jenseits der leitungsgebundenen Energiewirtschaft, die Bedeutung der Konkretheit und Vorhersehbarkeit der praktischen Auswirkungen von Preisanpassungsklauseln nochmals betont.

Zur Sicherung der Weitergabefähigkeit von Preiserhöhungen der Vorlieferanten ist die Aufspaltung der Preisanpassungsklausel in eine spezielle Klausel bezüglich geänderter Energiebezugskosten und in eine globale Klausel für sonstige Kosten zu erwägen. Sollte die höchstrichterliche Rechtsprechung in Übereinstimmung mit bereits vorliegenden instanzgerichtlichen Entscheidungen<sup>54</sup> globale Preisanpassungsklauseln in Energielieferungsverträgen als mit § 307 BGB unvereinbar ansehen und zugleich, wie bisher in der Praxis schon geschehen, die Möglichkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung oder der Anwendung salvatorischer Klauseln für gestiegene eigene Energiebezugskosten verneinen<sup>55</sup>, droht aus Sicht des betroffenen EVU die Gefahr, vollständig ohne wirksame Preisanpassungsklauseln zu agieren. In einem solchen Fall könnten dann nur noch vertraglich vereinbarte Kündigungen mit dem Ziel der Weiterbelieferung zu einem anderen Preisniveau helfen. Hiergegen schützt eine eigenständige Preisanpassungsklausel, die auf die Vorlieferantenpreise abhebt.

## VIII. Fazit

Die neue BGH-Rechtsprechung hat wichtige Fragen zur Bedeutung des § 315 BGB in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft geklärt. Sie betreffen vor allem die Voraussetzungen für eine Energiepreiskontrolle sowie ihre zeitlichen Grenzen. Daraus resultiert eine zu begrüßende Rechtsklarheit. Andere Themen wie der gesamte Komplex der AGB-rechtlichen Kontrolle der in der Praxis üblichen Preisanpassungsklauseln blieb aus sachverhaltsspezifischen Gründen vollständig unerörtert. Aber auch die Frage des Prüfungsmaßstabs für die Billigkeitskontrolle ist in wichtigen Aspekten noch offen. Daher bleibt die Befassung mit § 315 BGB in der Energiewirtschaft auch zukünftig weiter auf der Agenda der Energierechtler. ■

51 BGH, BB 1971, 1175 = WuW/E BGH 1195; NJW 1983, 1777; NJW 2003, 1442; NJW 2006, 684; NJW-RR 1992, 183.

52 Für die Vereinbarkeit globaler Preisanpassungsklauseln mit § 307 BGB OLG Dresden, RdE 2007, 58 = BeckRS 2006, 10998; LG Bonn, RdE 2007, 84; pointiert a. A. LG Bremen, ZNER 2006, 165; LG Essen, BeckRS 2007, 10660.

53 BGH, NJW 2007, 1054 = WRP 2007, 332.

54 Vgl. die Nachw. in Fußn. 52.

55 So LG Bremen, ZNER 2006, 165; LG Essen, BeckRS 2007, 10660, in Anlehnung an BGH, NJW 2007, 1054 = WRP 2007, 332.