

## ABHANDLUNGEN

### Zum Verhältnis von § 315 BGB, § 30 AVBElt, § 30 AVBGas, § 24 AVB Fernwärme und § 19 GWB – Zur MVV-Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 18. 10. 2005

Von Prof. Dr. Dr. Franz Jürgen Säcker, Freie Universität Berlin

#### I. Die unterschiedlichen Arten der energierechtlichen Preiskontrolle

Die Preiskontrolle im Strom- und Gasbereich unterliegt nach geltendem Recht sechs verschiedenen normativen Schranken.

#### 1. Die Überprüfung der Netznutzungsentgelte nach § 23 a EnWG i.V. mit §§ 21 und 56 EnWG

##### a) Überhöhte Netznutzungsentgelte iSd. § 23 a EnWG

Netzzugangsentgelte, die die Obergrenze einer nach § 23 a Abs. 2 und 4 GWB erteilten Genehmigung nicht überschreiten, gelten im Rahmen eines EnWG-Missbrauchsverfahrens nach § 30 EnWG gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 HS 2 EnWG als sachlich gerechtfertigt. Hat die Bundesnetzagentur im Verfahren nach § 23 a EnWG die Vereinbarkeit der Netznutzungsentgelte für grenzüberschreitende Energietransporte gemäß § 56 EnWG mit den EG-Verordnungen konkludent festgestellt, so gilt dies auch im Rahmen eines späteren Missbrauchsverfahrens nach § 30 EnWG. In der Genehmigung der Nutzungsentgelte für Energietransporte gemäß § 23 a EnWG liegt, wenn damit zugleich auch Entgelte für Gasfernleitungs-transporte bzw. grenzüberschreitende Stromlieferungen genehmigt werden, schlüssig auch die Erklärung, dass diese Entgelte mit den einschlägigen EG-Verordnungen vereinbar sind.

Stellt die Bundesnetzagentur dagegen fest, dass die beantragten Entgelte, gemessen an den Grundsätzen des § 21 Abs. 2 EnWG und den Vorschriften der Netzentgeltverordnungen, nicht voll genehmigungsfähig sind, so muss die Behörde ein Missbrauchsverfahren gemäß §§ 65, 30 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 i.V. mit Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EnWG einleiten und das Unternehmen verpflichten, die Zuwiderhandlung abzustellen, d.h. das missbräuchlich überhöhte Entgelt auf das gemäß § 21 Abs. 2 EnWG gerechtfertigte Entgelt abzusenken, wenn das EVU nicht von sich aus bereit ist, gemäß der behördlichen Verfügung seine Netznutzungsentgelte zu senken. Bis zum Abschluss des Verfahrens gelten die bisherigen (nicht die beantragten) Entgelte gemäß § 118 Abs. 1 EnWG zivilrechtlich in voller Wirksamkeit weiter. Vom Antragsverfahren ausgenommen sind allerdings Gasnetznutzungsentgelte, die sich auf Fernleitungen i.S. von § 2 Nr. 19 EnWG beziehen (vgl. § 23 a Abs. 1 i.V. mit §§ 19, 26 GasNEV).

Die Missbrauchverfügung kann nur für die Zukunft ergehen. Eine gegen die Verfügung gerichtete Beschwerde hat gemäß § 76 EnWG keine aufschiebende Wirkung, es sei denn, die aufschiebende Wirkung wird auf Antrag vom Gericht angeordnet (§ 76 Abs. 2 EnWG). Schon vor Abschluss des Verfahrens kann die Bundesnetzagentur einstweilige Maßnahmen treffen, wenn sich dieses etwa wegen unvollständiger Angaben im Antrag länger hinzieht (vgl. § 72 EnWG). Eine auf den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Gesetzes bzw. auf den Ablauf der gesetzlichen Antragsfrist (1. 11. 2005) zurückwirkende Missbrauchverfügung sieht das Gesetz nicht vor. Zwar ordnet § 30 Abs. 2 S. 2 EnWG an, dass die Regulierungsbehörden den Missbrauch wirksam bekämpfen müssen; daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass die Verfügung auch rückwirkend ergehen kann. Eine rückwirkende Verfügung könnte nämlich nur den Inhalt haben, dass das EVU für die Vergangenheit das missbräuchlich verinnahmte Netznutzungsentgelt an seine Kunden mit Zinsen zurückzahlen müsste. Ein solcher Verwaltungsakt wäre aber unbestimmt<sup>1</sup>, und könnte nicht vollstreckt werden, da weder die Namen der Kunden noch die Zeiträume, für die (etwa bei Wohnungswechsel) Entgelte zurückgezahlt werden müssen, noch die konkrete Höhe des Geldbetrages feststeht.

Den Regulierungsbehörden steht als wirksames Instrument aber gemäß § 33 EnWG die Möglichkeit offen, den aus dem Missbrauch in der Vergangenheit erzielten Gewinn abzuschöpfen. Ebenso können die Kunden den zuviel gezahlten Betrag gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 BGB zurückfordern, da der Vertrag seit dem Wirksamwerden des EnWG nur mit dem zulässigen und nicht mit einem missbräuchlich überhöhten Entgelt fortgilt.<sup>2</sup> Die Kunden können diese Summe

\* abgedruckt in diesem Heft S. 81 ff. mit Anmerkungen von Markert.

1 Vgl. dazu § 37 Abs. 1 VwVfGz; dazu *Stelkens/Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, 6. Aufl. 2001, RdNr. 100 ff., 26.

2 Vgl. *Säcker*, N&R 2004, S. 46 ff. Ebenso *Kühne* (RdE 2005, 241, 247 ff.) *Kühne* ist allerdings insofern inkonsequent, als er vertragsrechtliche Sanktionen wegen des Verstoßes gegen § 19 GWB durch Anwendung des § 134 BGB bejaht, die Anwendung von § 315 BGB aber ablehnt, obgleich unstreitig ist, dass vertragliche Normen wie die §§ 305 ff. BGB durch § 19 GWB nicht verdrängt werden, sondern in Idealkonkurrenz neben § 19 GWB, Art. 82 EG stehen.

alternativ aber auch gemäß § 32 Abs. 3 EnWG als Schadensersatz zurückfordern.

Stellen Konkurrenten oder Kunden bei der Bundesnetzagentur einen Antrag auf Einleitung eines Missbrauchsverfahrens gegen den Netzbetreiber nach § 31 EnWG wegen überhöhter Netznutzungsentgelte, so kann die Bundesnetzagentur den Netzbetreiber, der missbräuchlich überhöhte Zugangsentgelte fordert, nur dann verpflichten, die Zuwiderhandlung abzustellen, wenn zuvor die nach § 23 a EnWG erteilte Genehmigung aufgehoben ist (§ 31 Abs. 1 S. 3 EnWG). Aus § 23 a Abs. 4 S. 3 EnWG lässt sich die Wertung entnehmen, dass die Bundesnetzagentur den Genehmigungsbescheid nur aufheben kann, wenn sie sich gemäß § 23 a Abs. 4 S. 1 EnWG den Widerruf ausdrücklich vorbehalten hat bzw. wenn er auf unrichtigen Angaben i.S. von § 23 a Abs. 4 S. 3 Nr. 2 EnWG beruht. Da ein EVU einen Rechtsanspruch auf die Genehmigung seiner Preise hat, wenn diese in Übereinstimmung mit § 21 Abs. 2 EnWG und den Bestimmungen der einschlägigen EG-Rechtsverordnungen (StromNEV, GasNEV) gebildet sind, kann ein Widerrufsvorbehalt (als Nebenbestimmung und besondere Art der auflösenden Bedingung i.S. von §§ 36 Abs. 2 Nr. 3, 49 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG) eine Beseitigung des Verwaltungsaktes nur dann erlauben, wenn dafür im EnWG vorgesehene Gründe vorliegen. Die Absicht der Bundesnetzagentur, Genehmigungsbescheide generell nur unter Widerrufsvorbehalt zu erlassen, steht damit nicht in Einklang.

*b) Auswirkungen der Absenkung von Netznutzungsentgelten im Verfahren nach § 23 a EnWG auf Altverträge, die einen Einheitspreis (All-inclusive-Preis, Kombipreis) enthalten<sup>3</sup>*

*aa) Auswirkungen auf Endkunden, die von integrierten, nur operationell entflochtenen kommunalen Energieversorgungsunternehmen Energie beziehen*

Die Vorschriften der §§ 20 ff. EnWG sind Schutzgesetze zu Gunsten der Marktgegenseite (§ 32 Abs. 3 EnWG) und damit zugleich auch Verbotsgesetze i.S. von § 134 BGB.<sup>4</sup> Soweit ein Unternehmen daher Netznutzungsentgelte in Rechnung stellt, die, gemessen an dem Maßstab der §§ 21, 30 i.V. mit § 20 Abs. 1b EnWG, überhöht sind, hat der Kunde ab dem 1. 2. 2006 nicht nur einen Schadensersatzanspruch aus § 32 EnWG, wenn das Unternehmen unverändert am bisherigen Einheitspreis festhält; es wird vielmehr der bestehende Vertrag gemäß § 134 BGB i.V. mit § 115 Abs. 1a EnWG unwirksam, denn der überhöhte Teil des Netznutzungsentgeltes ist ja im Einheitspreis enthalten, der dem Kunden in Rechnung gestellt ist.

Der Energieliefervertrag ist allerdings – entgegen § 139 BGB – bei Vereinbarung eines überhöhten Entgeltes nicht (total) nichtig, sondern nur teilnichtig. Der Preis reduziert sich auf das rechtlich zulässige Entgelt. Es ist vom vereinbarten Vertragspreis grundsätzlich das Netznutzungsentgelt abzuziehen, soweit es nach der (bestandskräftigen) Entscheidung der BNetzA überhöht ist.<sup>5</sup>

Die Regulierungsbehörden haben ihre Entscheidung, soweit keine rechtlich selbstständige Netzgesellschaft existiert, an das integrierte Unternehmen zu richten. Dieses ist – ggf.

gemäß § 30 EnWG – von der Regulierungsbehörde zu verpflichten, nicht nur in der unternehmensinternen Kalkulation die für die Netznutzung veranschlagten Kosten zu senken, sondern auch den das Netznutzungsentgelt enthaltenden Einheitspreis um den zu hohen Teil des kalkulatorischen Netznutzungsentgeltes zu reduzieren. Ein Eingreifen der Kartellbehörde ist m.E. daher hier nicht notwendig.

Diese Wertung bewegt sich im völligen Einklang mit den allgemeinen Wertungen der Rechtsordnung. Selbst ein schwerwiegender interner Kalkulationsirrtum, der das Unternehmen zur Vereinbarung eines zu niedrigen Preises veranlasst hat, führt nicht automatisch zur Korrektur des Vertragspreises; der Irrtum berechtigt als Irrtum über den Preis nicht einmal zur Anfechtung der Willenserklärung wegen Irrtums nach § 119 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB. Ein Recht zur Preiskorrektur besteht vielmehr nur, wenn dies in einer gültigen Preisanpassungsklausel vereinbart ist. Das EVU kann daher die sich aus § 30 EnWG ergebende Preissenkungsverpflichtung bei laufendem Vertrag nicht ohne weiteres mit einer Preiserhöhung wegen gestiegener sonstiger Kosten verrechnen. Dies ist nur unter den engen Voraussetzungen von § 315 BGB zulässig.<sup>6</sup>

Dieser Grundsatz erfährt allerdings bei Vorliegen folgender Voraussetzungen einige Modifikationen:

Wenn die BNetzA bzw. die Landesregulierungsbehörden die Senkung des beantragten Netznutzungsentgeltes anordnen oder die beantragten Preise nicht in voller Höhe genehmigen, weil den Netzkosten zu Unrecht bestimmte Kostenelemente (z.B. angebliche Netzdienstleistungskosten, zu hoher Anteil der Gemeinkosten) zugerechnet wurden, die sich bei sachgerechter Abgrenzung als Produktions- oder Vertriebskosten darstellen, kann das Unternehmen prüfen, ob ihm Revisions-, Sprech- oder Wirtschaftsklauseln erlauben, eine Erhöhung des Lieferpreises im Wege der Vertragsanpassung unter Beachtung des § 315 BGB gegenüber dem Endverbraucher geltend zu machen, der die auf Grund der »Umschichtung« erhöhten Vertriebskosten umfasst. Eine automatische Überwälzung lassen die mir bekannten Anpassungsklauseln in solchen Fällen nicht zu. Besteht keine Anpassungsklausel, kommt eine Berufung auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht in Betracht; denn mangels gravierender Störung liegt ein unter § 313 BGB zu subsumierender Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht vor. Dies gilt auch im Elektrizitätsbereich. Die gemäß § 12 BTOElt genehmigten Preise sind Höchstpreise; ihre Senkung als Folge einer Verpflichtung zur Senkung der Netznutzungsentgelte widerspricht nicht der preisrechtlichen Genehmigung.

3 Die Ausführungen gehen von Altverträgen mit zulässiger Laufzeit i.S. der Grundsätze des Bundeskartellamtes aus.

4 Säcker, N&R 2004, S. 46, 50 f.

5 Einzelheiten bei Säcker/Jaacks, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (im Druck) Art. 81 RdNr. 645 ff.; 688 ff.

6 Vgl. BGH vom 21. 9. 2005, DB 2005, S. 813 f. = RdE 2006, S. 52 f.; BGH vom 18. 10. 2005, WRP 2006, S. 199, 200 f. = ZNER 2005, Nr. 4, S. 320, 321 f.; BGH vom 5. 7. 2005, BGHZ 163, S. 321 f.

Wenn zum Zeitpunkt der Senkung der Netznutzungsentgelte sonstige Umstände eine Erhöhung des vertraglichen Strom- und Gaspreises als angemessen erscheinen lassen (z.B. Erhöhung der Beschaffungskosten), kann diese Erhöhung zeitgleich vorgenommen werden. Dabei sind § 315 BGB und § 19 GWB zu beachten.

*bb) Auswirkungen auf rechtlich entflochtene Energieversorgungsunternehmen*

Bei rechtlich entflochtenen Unternehmen mit getrennter Vertriebs- und Netzgesellschaft ist die Rechtslage in mancher Hinsicht anders:

Die Verfügung der BNetzA ergeht hier gegenüber der Netzgesellschaft. Hat die Konzern-Netzgesellschaft der Konzern-Vertriebsgesellschaft überhöhte Netznutzungsentgelte in Rechnung gestellt und sind diese in die Kalkulation der in den Energielieferverträgen festgelegten »Kombi-Preise« eingegangen, so sind nicht nur die Netznutzungsentgelte zu senken, sondern auch die Kombi-Preise um den überhöhten Betrag gemäß § 19 GWB zu reduzieren; denn diese sind als Folge der vereinbarten überhöhten Transportentgelte ebenfalls missbräuchlich überhöht (vgl. § 111 Abs. 3 EnWG).

Die Vertriebsgesellschaft ist als Folge der Entscheidung der BNetzA auf der Einkaufsseite kostenmäßig entlastet, da sie ein geringeres Netznutzungsentgelt für den Transport der Energie zu ihren Kunden zahlen muss. Erhöhen sich aber gleichzeitig andere Kosten, die der Vertriebsgesellschaft zur Last fallen (etwa die Kosten, die sich aus einer erhöhten Konzernumlage ergeben), so ist dies im Rahmen einer Saldierung von preissenkenden und preiserhöhenden Faktoren den Kunden gegenüber zu berücksichtigen – allerdings nur dann, wenn die erhöhte Konzernumlage bzw. andere kosten erhöhende Faktoren von der Vertriebsgesellschaft auch unter den Bedingungen wirksamen Wettbewerbs akzeptiert worden wären (Prinzip des Als-ob-Wettbewerbs gemäß § 19 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 GWB).

*2. Überprüfung der nach §§ 36, 38 EnWG bekannt gegebenen Allgemeinen Preise für die Versorgung in Niederspannung oder Niederdruck, der Energiepreise für die Belieferung von Haushaltskunden außerhalb der Grundversorgung nach § 41 EnWG sowie der Energiepreise in Sonderverträgen gemäß §§ 19, 20 GWB*

Im Rahmen dieses Verfahrens können die Kartellbehörden die §§ 19 und 20 GWB nur auf die Erzeugungs- und Handelspreiskomponente der Energiepreise, nicht aber auf die Preise von Energieversorgungsunternehmen für die Belieferung von Letztverbrauchern anwenden, soweit in ihnen als tatsächlicher oder kalkulatorischer Bestandteil nach § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG veröffentlichte Netzzugangsentgelte enthalten sind (§ 111 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Nr. 1 EnWG). Die Kartellbehörden müssen diese Entgelte nach § 111 Abs. 3 EnWG als rechtmäßig zugrunde legen, soweit nicht vor Abschluss des Verfahrens eine sofort vollziehbare oder bestandskräftige Entscheidung der Regulierungsbehörde oder ein rechtskräftiges Urteil einen Missbrauch i.S. von § 30 EnWG feststellt. Ein solcher Missbrauch kann nicht nur

im Verfahren nach § 30 Abs. 4 und § 31 Abs. 3 EnWG durch die Regulierungsbehörden, sondern auch im private enforcement-Verfahren nach § 32 EnWG festgestellt werden. Die praktischen Probleme, die sich aus einer nach unterschiedlichen Kostenelementen differenzierten Zuständigkeit zweier Behörden zur Überprüfung der missbräuchlichen Ausnutzung von Marktmacht ergeben, haben die vorstehenden Darlegungen gezeigt. Diese wiegen die konzeptionellen Vorteile der Trennung des Monopolbereiches vom wettbewerbszugänglichen Bereich m.E. auf.<sup>7</sup> Ob die Zusammenarbeitsverpflichtung nach § 58 EnWG z.B. bei Fragen der verursachungsgerechten Zuordnung von Gemeinkosten die praktischen Schwierigkeiten ausreichend beseitigt, wird die Zukunft zeigen müssen.

*3. Dezentrale Überprüfung der Preise in Sonderverträgen gemäß Art. 82 EG i.V. mit Art. 3 VO Nr. 1/2003 (EG).*

§ 111 Abs. 3 EnWG kann den Kartellbehörden nicht die Prüfung der Netznutzungsentgelte nach Art. 82 EG untersagen; denn der Gesetzgeber hat es abgelehnt, für die Kontrolle der Netzzugangsentgelte nach Art. 82 EG die Regulierungsbehörden als dezentral zuständige Kartellbehörden einzusetzen, was er organisationsrechtlich hätte tun können. § 111 Abs. 3 EnWG ist daher nicht EG-vertragskonform.<sup>8</sup> Jetzt ist es – wie es in der Vergangenheit bei der Missbrauchsüberprüfung von gemäß § 12 BTOelt genehmigten Tarifkundenpreisen der Fall war – dem Aufgreifermessen des Bundeskartellamtes überlassen, ob es, wenn es Art. 82 EG als Ermächtigungsgrundlage für ein Missbrauchsverfahren heranzieht, nicht nur gegen die nach seiner Ansicht überhöhten Energiepreise, sondern auch gegen die Höhe der Netznutzungsentgelte vorgeht. Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 10. 2. 2004<sup>9</sup> eine solche Zweigleisigkeit für den Telekommunikationsbereich ausdrücklich gebilligt und trotz einer Tarifgenehmigung durch die Bundesnetzagentur der Klage eines Kunden gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit Art. 82 EG Recht gegeben. Dies deckt sich auch mit der Feststellung des BGH im Urteil vom 5. 7. 2005<sup>10</sup>, wonach sich die Rechtswirkungen der Genehmigung auf das Verhältnis der Behörde zum Genehmigungsempfänger beschränkt.

*4. Überprüfung der Preiserhöhungen bei Sonderabnehmern gemäß §§ 307 ff. BGB*

Bei der Verwendung von vorformulierten Vertragsbedingungen kommt eine indirekte Kontrolle von Preiserhöhungen auf Grund vertraglicher Änderungsvorbehalte auch gemäß

7 Vgl. näher Säcker, N&R 2004, S. 46 ff. sowie in: AöR 130 (2005), S. 180 ff. Eine am natürlichen Netzmonopol orientierte Aufteilung der Zuständigkeiten ist dem Telekommunikations- und Postrecht z.B. unbekannt. Näher unter IV.

8 Säcker, N&R 2004, S. 46 ff.

9 BGH WuW/E DER 1305 ff.; näher dazu Säcker, AöR 130 (2005), S. 180 ff.

10 BGHZ 163, S. 321, 322 f = NJW 2005, S. 2919, 2920 f.

§§ 307 ff. BGB in Betracht. § 310 Abs. 2 BGB schließt diese Kontrolle nicht aus, da die Rechtsverordnungen AVBElt und AVBGas in ihren noch gültigen Fassungen keine Preisanpassungsklauseln als Maßstab für die Gestaltung von langfristigen Lieferverträgen im Sonderabnehmerbereich enthalten. Da mangels gesetzlichen Kontrollmaßstabs ein Abweichen »zum Nachteil der Abnehmer« gar nicht messbar ist, entfaltet § 310 Abs. 2 BGB – ohnehin eine missratene Vorschrift, misst man sie am modernen Verbraucherschutzrecht<sup>11</sup> – keine Sperrwirkung der Kontrolle nach §§ 308 und 309 BGB. Der zu weit geratene Wortlaut des § 310 Abs. 2 BGB enthält insoweit eine verdeckte Regelungslücke und bedarf der teleologischen Reduktion. Die h.L. erkennt dies an, wenn sie feststellt, dass keine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung, sondern ein Einzelvergleich geboten ist.<sup>12</sup> Da, wo den AVB-Rechtsverordnungen im Wege des Einzelvergleichs kein den Kunden schützender Gerechtigkeitsstandard entnommen werden kann, muss die AGB-Kontrolle voll im Sondervertragsbereich greifen.<sup>13</sup>

Soweit der Sonderabnehmer Unternehmer i.S. des § 310 Abs. 1 BGB ist, kommt eine entsprechende Kontrolle allerdings nur über § 307 BGB einschließlich des in der Vorschrift enthaltenen Transparenzgebots in Betracht.<sup>14</sup> Zwar sind Preisvereinbarungen als solche, d.h. die Klauseln, die den zu zahlenden Preis unmittelbar festlegen, kontrollfrei (§ 307 Abs. 3 BGB). Kontrollfähig sind aber alle Preisnebenabreden wie Preisänderungsklauseln, Besserungs- und Wert sicherungsklauseln.<sup>15</sup> Solche Klauseln sind nach der Rechtsprechung unwirksam, wenn in ihnen lediglich der Grund, nicht jedoch ein Maßstab der Preiserhöhung festgelegt wird<sup>16</sup> oder dem Verwender ein unbeschränktes, nicht näher konkretisiertes Recht zur Preiserhöhung vorbehalten ist.<sup>17</sup> Der Bundesgerichtshof begründet die Unwirksamkeit zutreffend damit, dass solche Klauseln mit Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren sind, so dass eine unangemessene Benachteiligung der Kunden anzunehmen ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Gemessen an diesen Maßstäben, sind nicht wenige Preisanpassungsklauseln in Sonderverträgen nach § 307 BGB unwirksam, zumindest dann, wenn sie dem Kunden nicht das Recht einräumen, sich nach einer Preisanhebung vom Vertrag zu lösen.<sup>18</sup>

Soweit auf der Grundlage der §§ 39, 41 EnWG in Zukunft durch Rechtsverordnung substanzhaltige Regelungen über die Kriterien der Preisanpassung vorgegeben werden sollten (wie zurzeit in § 24 FernwärmeVO), findet keine AGB-Kontrolle nach §§ 307 ff. BGB, sondern nur eine Willkürkontrolle nach Art. 3 Abs. 1 GG statt.<sup>19</sup> Soweit aber keine gesetzliche Regelung erfolgt, gelten die §§ 307 ff. BGB uneingeschränkt.

##### 5. Die Genehmigung nach § 12 BTOElt

Das noch zwei Jahre geltende Genehmigungserfordernis für Stromtarife nach § 12 BTOElt lässt, da es sich um Höchstpreise handelt, die übrigen Verfahren unberührt; m.E. sollte aber § 111 EnWG sinngemäß auch bei Verfahren nach § 12 BTOElt gelten, um die durch die Schaffung des neuen EnWG nachträglich entstandene verdeckte Regelungslücke zu schließen.

##### 6. Die Prüfung von Preiserhöhungen nach Vertragsschluss im Strom- und Gasbereich mittels § 315 BGB

###### a) Entstehungsgeschichte und Anwendungsbereich des § 315 BGB

»Pacta sunt servanda!« lautet, wie Ehrlicke<sup>20</sup> formuliert, das »fundamentale Rechtsprinzip der vertragsrechtlichen Eigenverantwortung«, ohne das Vertragsfreiheit nicht funktioniert. Vertragsfreiheit lebt aber vom Konsens. Unterwerfung unter die Regelungsbefugnis eines anderen ist das Gegenteil von Privatautonomie und bedarf deshalb des austarierenden Gegengewichts. Der Gesetzgeber hat daher dort, wo eine Vertragspartei sich dem unilateralen Recht zur Bestimmung einer bei Vertragsschluss noch unbestimmten Leistung durch die andere Vertragspartei unterworfen hat, zur Kompensation der fehlenden Zustimmung des Vertragspartners zum späteren Inhalt der Leistungsbestimmung die gerichtliche Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs. 3 BGB angeordnet.<sup>21</sup>

Nicht erst seit Schaffung des BGB, sondern schon im Pandektenrecht gab es die Möglichkeit, die Bestimmung des Gegenstandes einer vertraglich geschuldeten Leistung einer Vertragspartei zu überlassen.<sup>22</sup> Es entsprach, wie das Reichsoberhandelsgericht<sup>23</sup> formuliert hat, »einem gebieterischen Verkehrsbedürfnis, ... dass eine nachträgliche Feststellung solcher vielleicht sehr wesentlichen Punkte, über welche die Parteien absichtlich ausreichende Festsetzungen unterlassen haben, durch gute Männer, gleichsam in die Seele der Kontrahenten hinein, erfolge«. Darauf aufbauend, formulierte der 1888 veröffentlichte Erste Entwurf zum BGB<sup>24</sup>, dass die Bestimmung des Dritten »anstelle des Einverständnisses der Parteien in die Seele der Kontrahenten abgegeben werde«. Schon damals musste die Billigkeit der Leistungsbestimmung von dem Bestimmungsberechtigten be-

11 Vgl. dazu zutreffend *Arzt/Schröder*, Allgemeine Bedingungen für Netzanschluss und Stromversorgung versus AGB-Recht, 2005, S. 89 ff.; *Basedow*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2003, § 310 RdNr. 87.

12 Vgl. *Erman-Roloff*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 310 RdNr. 9.

13 Zust. *Danner*, BB 1979, S. 79; *Staudinger-Schlosser*, AGB-Gesetz, 1998, § 23 RdNr. 23.

14 Näher dazu *Basedow*, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 307 RdNr. 69 m.w.N.

15 Näher dazu *Joost*, ZIP 1996, S. 1685, 1687 ff.; *Schlosser*, ZIP 1985, S. 449, 455 ff.

16 BGH, NJW 1985, S. 855 f.

17 BGH, NJW 1980, S. 2518 f.

18 Vgl. dazu *Basedow*, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 307 RdNr. 87.

19 Vgl. *Büdenbender*, et 2005 Spezial zu Heft 4, S. 35 ff.

20 *Ehrlicke*, JZ 2005, S. 599. Warum er § 315 BGB als problematisch angesichts dieses Prinzips ansieht, ist für mich unerklärlich.

21 In einem Sondervertrag über Erdgaslieferung heißt es schlicht: »Die Gesellschaft ist berechtigt, ihre Preise der Preisentwicklung auf dem Wärmemarkt anzupassen.« Diese Klausel ist »so formuliert, dass ihre Auswirkungen vom Durchschnittskunden nur mit Mühe zu durchschauen sind« (BGHZ 112, S. 115 ff.). Für sie gilt § 307 Abs. 2 S. 2 BGB.

22 *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906 (bearbeitet von Kipp), Band 2, § 254 Nr. 2; *Kornblum*, AcP 168 (1968), S. 457.

23 ROHG 16, S. 427.

24 Motive II, S. 194.

wiesen werden.<sup>25</sup> Die richterliche Billigkeitskontrolle fand innerhalb der Beurteilung der Leistungsklage statt; es war jedoch auch die selbstständige Klage auf die richterliche Leistungsbestimmung möglich. Diese Klage war nach h.L. keine Feststellungsklage, sondern Gestaltungsklage.<sup>26</sup> Dem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht einer Partei mussten feste Schranken gesetzt sein; sonst war der Vertrag wegen sittenwidriger Unterwerfung unter fremden Willen sittenwidrig.<sup>27</sup>

Im Interesse der Aufrechterhaltung derartiger Verträge stellte der Entwurf (§ 353 Abs. 1) die Interpretationsregel auf, dass, falls nach dem Inhalte des Vertrages eine Leistung von einem der Vertragsschließenden bestimmt werden sollte, derselbe die Bestimmung nach billigem Ermessen (»arbitrium boni viri«) zu treffen habe. Eine der Billigkeit nicht entsprechende Bestimmung sei nicht die vertragsmäßige; der andere Kontrahent brauche sie deshalb nicht anzuerkennen. Werde die Bestimmung als billige nicht anerkannt, so erfolge auf Klage des einen oder anderen Kontrahenten die Entscheidung durch Urteil.<sup>28</sup>

Es war also die Funktion des § 315 BGB, die Einhaltung des vertragsrechtlichen Bestimmbarkeitsgrundsatzes zur Vermeidung der Rechtsfolgen des § 154 BGB zu ermöglichen, auch wenn die Parteien sich über den genauen Inhalt der Leistungspflichten bei einem u.U. langfristigen Vertrag bei Vertragsschluss noch nicht einigen wollten.<sup>29</sup> Dem Wesen dieses einseitigen Leistungsbestimmungsrechts entspricht als rechtsgeschäftliches Widerlager, wie Bötticher dies genannt hat, die Unterwerfung desjenigen Vertragsteils, der nicht zur Bestimmung der Leistung berechtigt ist.<sup>30</sup> Zu dessen Schutz ist die Billigkeitskontrolle notwendig. Unter § 315 BGB fallen daher alle Arten von nicht automatisch wirkenden Preisklauseln, nach denen z.B. der Verkäufer den endgültigen Kaufpreis so zu bestimmen hat, dass er mit den Marktpreisen und der jeweiligen Wirtschaftslage übereinstimmt (sog. Preis-freibleibend-Klauseln)<sup>31</sup>, ferner alle Arten von Anpassungsklauseln in Dauerschuldverträgen, in Unterhaltsverträgen und in Energielieferverträgen.<sup>32</sup> In Energielieferverträgen finden sich häufig Klauseln, nach denen eine Vertragspartei den Preis unter bestimmten Voraussetzungen von sich aus, z.B. in Abhängigkeit von der Entwicklung der Preise im Wärmemarkt erhöhen kann.

Der Bundesgerichtshof macht die fundamentale Bedeutung dieser Vorschrift für einen funktionierenden privatrechtlichen Interessenausgleich in seiner Entscheidung vom 5. 7. 2005 mit den Worten deutlich:

»Es ist eine grundlegende gesetzliche Regel des privaten Schuldrechts ..., dass der Gläubiger das Entstehen, die Begründetheit und die Fälligkeit seiner Forderung darlegen und beweisen muss, bevor er Erfüllung verlangen kann, und dass er umgekehrt keine Leistung beanspruchen kann, wenn der Schuldner berechtigte Einwände darlegt und beweist. ... Von dieser Grundregel weicht die streitige Ausschlussklausel ab, weil sie den Schuldner mit seinen Einwendungen auf einen Rückforderungsprozess verweist. Weil die Klausel auch den Einwand der unbilligen einseitigen Leistungsbestimmung erfasst, ist sie ferner auch mit § 315 Abs. 3 BGB nicht zu vereinbaren, der ein formularmäßig nicht abdingbares Gerechtigkeitsgebot enthält. Ist der Einwand der Unangemessenheit nach § 315 BGB gerechtfertigt,

so ist von Anfang an nur der angemessene, im Ergebnis vom Gericht bestimmte Betrag geschuldet. Nur auf diesen hat die Klägerin Anspruch. Eine Rechtfertigung, ihr darüber hinaus die Befugnis zuzugestehen, zunächst eine unter Umständen gar nicht geschuldete Leistung zu vereinnahmen und den Abnehmer auf einen Rückforderungsprozess zu verweisen, ist nicht zu erkennen. Das liefe dem Zweck des § 315 BGB zuwider.<sup>33</sup> Bei unbegründeten Schuldnerinwendungen handelt es sich um ein typisches Gläubigerisiko, das im Normalfall durch den Anspruch auf Verzugschadenersatz hinreichend ausgeglichen wird.«

#### b) Analoge Anwendung des § 315 BGB auf faktisch einseitige Preisfestsetzung?

Angesichts der fundamentalen Bedeutung des § 315 BGB hat die Rechtsprechung § 315 BGB analog auch auf faktisch einseitige Bestimmungsmacht bei Vertragsschluss angewandt. In der Entscheidung BGHZ 115, S. 316 heißt es unter Bezugnahme auf neun höchstrichterliche Urteile der verschiedenen Senate lapidar:

»In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist seit langem anerkannt, dass die Tarife von Unternehmen, die – im Rahmen von privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnissen – Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfall angewiesen ist, grundsätzlich der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB unterworfen sind.«<sup>34</sup>

Daraus kann nicht im Rückschluss, wie Ehrlicke<sup>35</sup> und Kühne<sup>36</sup> dies offenbar tun wollen, abgeleitet werden, dass § 315 BGB im Wege teleologischer Reduktion auf Fälle

25 Windscheid, a.a.O. (Fn. 22), § 254 Nr. 2a; auch heute noch nach ständiger Rechtsprechung (BGH NJW 1987, 1828) und allgemeiner Meinung im Schrifttum (Soergel/Wolf, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, 12. Aufl. 1990, § 315 RdNr. 59).

26 Anderer Ansicht früher Dernburg, Schuldverhältnisse, Bd. II/1, 3. Aufl. 1905, § 86 V, S. 190; näher dazu Kornblum, AcP 168 (1968), S. 454 f.

27 Windscheid, a.a.O. (Fn. 22), § 254 Nr. 2b.

28 Motive, S. 193.

29 Staudinger/Rieble, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Neubearbeitung 2004, § 315 RdNr. 4, 61.

30 Bötticher, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, 1964, S. 7, 17.

31 BGHZ 1, 353, 354; Bilda, MDR 1979, S. 89 zu Preisklauseln in AGB; Kronke, AcP 183 (1983), S. 113 ff.

32 Staudinger/Rieble, a.a.O. (Fn. 28), § 315 RdNr. 41; BGH NJW-RR 1990, S. 1204.

33 vgl. dazu BGH, Urt. v. 19. 1. 1983, WM 1983, S. 341, 342; Urt. v. 30. 4. 2003.

34 RGZ 111, S. 310, 313; BGHZ 73, S. 114, 116; BGH, Urteil vom 1. 7. 1971 – KZR 16/70 – WM 1971, S. 1456, 1457; Urteil vom 27. 10. 1972 – KZR 9/71 – LMLuftVZO Nr. 2; Senatsurteil vom 24. 11. 1977 – III ZR 27/76 – LMLuftVZO Nr. 5; BGH, Urteil vom 19. 1. 1983 – VIII ZR 81/82 – WM 1983, 341, 342; Senatsurteil vom 3. 11. 1983 – III ZR 227/82 – MDR 1984, S. 558; BGH, Urteil vom 4. 12. 1986 – VII ZR 77/86 – BGHR AVBGasV § 9 – Verwaltungsprivatrecht 1 = WM 1987, S. 295, 296; BGH, Urteil vom 10. 5. 1990 – VII ZR 209/89 – BGHR BGB § 315 Abs. 3 – Stromversorgung 1; BHG vom 5. 7. 2005 NJW 2005, S. 2919, 2920 f.

35 JZ 2005, S. 599.

36 RdE 2005, S. 241 ff.

rechtsgeschäftlicher Unterwerfung auch nur dann anzuwenden ist, wenn der Inhaber des vertraglich eingeräumten Leistungsbestimmungsrechts über einen überragenden Gestaltungsspielraum i.S.v. § 19 Abs. 2 S. 1 GWB verfügt. Eine solche Einschränkung des § 315 BGB wäre vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte und des Telos der Vorschrift Gesetzesbruch, dem die Judikatur in den Urteilen vom 5. 7. und 18. 10. 2005 zu Recht die Gefolgschaft versagt hat. Der Gesetzgeber knüpft die Billigkeitskontrolle allein an rechtsgeschäftlich eingeräumte einseitige Gestaltungsmacht. Hier besteht, privatrechtsdogmatisch die Notwendigkeit, eine richterliche Kontrolle des einseitig ausgeübten leistungsbestimmenden Gestaltungsrechts zu installieren. Da, wo keine zweiseitige Gestaltung des Vertragsinhalts vorliegt, fehlt dem Vertrag die materielle Richtigkeitsgewähr. Die Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung ist hier die notwendige Kompensation für die fehlende Mitwirkung des Vertragspartners an der nachträglichen Umgestaltung des Vertragsinhalts.

## II. Verhältnis von § 315 BGB zu § 19 GWB

Im Folgenden ist zu fragen, wie das Verhältnis von § 315 BGB zu § 19 GWB ist. Manche Energierechtler, die bislang § 19 GWB überhaupt nicht schätzen, scheinen § 315 noch weniger zu schätzen und vertreten die Ansicht, dass § 19 GWB als Spezialvorschrift § 315 BGB verdränge.<sup>37</sup> Diese Ansicht lässt sich vom Standpunkt der Rechtsprechung nicht halten, weil die Inhalte der Normen unterschiedlich interpretiert werden. Nach Auffassung des Achten Zivilsenates des Bundesgerichtshofs<sup>38</sup> sind die Grenzen einer Billigkeitsentscheidung nach § 315 BGB nach anderen Kriterien zu bestimmen als die Grenzen des kartellrechtlichen Missbrauchs- und Diskriminierungsverbotes nach §§ 19, 20 GWB. Diese Auffassung ist allerdings auch nach meiner Überzeugung korrekturbedürftig.<sup>39</sup> Ein Preis, der i.S. der §§ 19 Abs. 1 und 4 GWB missbräuchlich überhöht ist bzw. eine unbillige Behinderung darstellt, ist immer auch unbillig i.S. von § 315 BGB. Aber auch umgekehrt gilt: Fordert ein marktbeherrschendes Unternehmen einen i.S. von § 315 BGB unangemessenen Preis, so ist dies zugleich missbräuchlich i.S. von § 19 Abs. 1 GWB. § 315 BGB ist nicht »feinfühlicher« als § 19 GWB, wie manche meinen. Auf einen billigeren als den wettbewerbsanalogen Preis hat im Privatrecht niemand Anspruch.

Ein Vertrag, der unter Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB abgeschlossen wird, ist zivilrechtlich nicht anders zu behandeln als z.B. ein Verbraucherkreditvertrag mit sittenwidrig überhöhter Zinsvereinbarung.<sup>40</sup> Auch das Ergebnis der parallelen Anwendung von § 19 GWB und § 315 BGB auf denselben Sachverhalt ist identisch: Ist die Preiserhöhung nach § 315 Abs. 1 BGB unangemessen, so ist die Gestaltungserklärung nach § 315 Abs. 3 S. 1 BGB unwirksam; die richterliche Gestaltung ersetzt die unwirksame Regelung. Genauso ist es bei Anwendung des § 19 GWB. § 19 GWB ist nicht nur Schutzgesetz i.S. der §§ 33 GWB, 823 Abs. 2 BGB, sondern konsequenterweise auch Verbotsgesetz i.S. von § 134 BGB; denn § 19 Abs. 1 GWB verbietet dem Marktbeherrscher, seine

Stellung dazu auszunutzen, um gegenüber seinem Vertragspartner missbräuchliche Bedingungen durchzusetzen. Der Vertrag ist, soweit das Entgelt überhöht, d.h. nicht wettbewerbsanalog ist, unwirksam. An die Stelle des missbräuchlichen Preises tritt der wettbewerbsanaloge Preis als Vertragspreis.<sup>41</sup>

Stellt sich ein Missbrauch heraus, so ist der überhöhte Preis nicht lediglich zur Behebung des groben Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung auf den Preis herabzusetzen, dessen Überschreitung die Missbrauchsverfügung ausgelöst hat (d.h. auf den wettbewerbsanalogen Preis + Erheblichkeitszuschlag), sondern auf den Preis, der bei wirksamem Wettbewerb auf einem Vergleichsmarkt besteht.<sup>42</sup> Eine Missbrauchsprämie in Form eines Erheblichkeitszuschlages gibt es nicht für den, der den wettbewerbsanalogen Preis erheblich überschreitet, wie der BGH zu der vergleichbaren Problemlage des § 36 UrhG entschieden hat.<sup>43</sup> Der Als-ob-Wettbewerbspreis unterscheidet sich in seiner Höhe nicht von dem angemessenen billigen Preis i.S. von § 315 BGB.<sup>44</sup>

Ehrlicke und Kühne stellen die Frage, ob die bereits vom Reichsgericht initiierte analoge Anwendung des § 315 BGB auf eine faktisch einseitige Vertragsgestaltung unter den Bedingungen einer Anwendung des § 19 GWB noch notwendig ist. Ein Analogieschluss ist ein Akt richterlicher Rechtsfortbildung: Er setzt das Bestehen einer primären oder sekundären Regelungslücke im Gesetz voraus, die durch die analog herangezogene Norm geschlossen werden soll. Eine solche Regelungslücke bestand bis zur Umwandlung des § 19 GWB in ein Schutzgesetz zu Gunsten des einzelnen Marktteilnehmers, da bis dahin ein Energiekunde ohne die sinngemäße Anwendung des § 315 BGB schutzlos gewesen wäre. § 138 BGB als Grenznorm der Privatautonomie wäre ein allzu grobmaschiges, unsensibles Auffangnetz gewesen. Seit dem normativen Umbau durch die Sechste GWB-Novelle der Missbrauchsaufsicht am 1. 1. 1999 kann der Einzelne sich selber gegen missbräuchlich überhöhte Preise schützen. Dies schließt aber die analoge Anwendung des § 315 BGB teleologisch nicht aus.

Ansprüche gemäß §§ 19, 20, 33 GWB, 823 Abs. 2 BGB sind nach ihrer Rechtsnatur deliktsrechtliche Ansprüche, die vertragsrechtliche Ansprüche nach allgemeinem Zivilrecht nicht verdrängen. Ansprüche aus §§ 280 ff. BGB stehen neben Ansprüchen aus §§ 823 ff. BGB. Es besteht Idealkonkurrenz mit Vorrang der vertragsrechtlichen Wertung. Dies hat seinen guten Grund. Bei vertragsrechtlichen Ansprüchen trifft den Gläubiger nur eine begrenzte Darlegungs- und Beweislast, da der Gesetzgeber ihn teilweise

37 Ehrlicke, JZ 2005, S. 599; Kühne, RdE 2005, S. 241 ff.

38 BGH, NJW RR 1992, S. 183 ff.; BGH vom 5. 2. 2003, RdE 2003, S. 188 f.

39 Ebenso Kühne, RdE 2005, S. 246 ff.

40 Vgl. Kühne, RdE 2005, S. 246 ff.

41 Näher dazu Säcker/Jaecks, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2006 Art. 81 EG RdNr. 790 (im Druck).

42 BGH, GRUR 2002, S. 153 ff.

43 Vgl. BGH vom 23. 10. 2001, GRUR 2002, S. 149 ff.

44 Markert kritisiert dies in diesem Heft in seiner Anmerkung zu treffend.

von der subjektiven Beweisführungslast und objektiven Beweislast entbunden hat. Bei deliktsrechtlichen Ansprüchen muss der Gläubiger dagegen den vollen Schadensersatztatbestand beweisen. Deshalb trifft den von der Inhaltsänderung betroffenen Vertragspartner bei § 315 BGB nicht die Last, zu beweisen, dass die Preiserhöhung angemessen ist. Im Rahmen der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB trifft den Bestimmungsberechtigten die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass seine Leistungsbestimmung der der Billigkeit entspricht. Eine einseitige Preisfestsetzung für einen Energieversorgungsvertrag ist demgemäß primär nach den Normen des Vertragsrechts zu würdigen, nicht nach (Sonder-)Deliktsrecht. In der vertraglichen Sonderbeziehung liegt auch der Sachgrund für die unterschiedliche Beweislastverteilung. Kühne hätte sich angesichts dieser klaren privatrechtlichen Wertungskulisse gehindert sehen müssen, § 315 BGB als vertragsrechtliche Vorschrift in den Orkus der Rechtsgeschichte zu versenken. Die Kontrolle gemäß § 315 BGB wird daher bleiben. Auch die AGB-Kontrolle von Vertragsbestimmungen gemäß §§ 307 BGB wird durch §§ 19 f. GWB nicht ausgeschlossen.<sup>45</sup> Eine sachgerechte richterliche Fortbildung des Vertragsrechts wird daher nicht durch eine Fortbildung des Deliktsrechts überholt. Wer das »innere System« des Schuldrechts kennt, weiß, dass zwar Sonderdeliktsrecht (§§ 19, 33 GWB, §§ 3 ff. UWG) in Gesetzeskonkurrenz zum allgemeinem Deliktsrecht, z.B. zum Recht aus eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb stehen kann, eine richterliche Fortbildung des Vertragsrechts zur Sicherung der vereinbarten Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung aber durch gesetzliche oder richterliche Fortbildung des Deliktsrechts nicht berührt wird.

### III. Das Verhältnis von § 315 BGB zu § 12 BTO/Elt

Die Anwendung von § 315 BGB auf flexible, Ermessen einräumende Preisanpassungsklauseln in Dauerschuldverhältnissen, insbesondere in Energielieferverträgen, ist heute nahezu unstrittig.<sup>46</sup> In der soeben (2005) erschienenen Monographie von Büdenbender: Zulässigkeit der Preiskontrolle von Fernwärmeversorgungsverträgen nach § 315 BGB (S. 75) heißt es:

»Wenn der Fernwärmelieferungsvertrag keine abschließende Formel für die künftige Entwicklung der Lieferpreise enthält, sondern insoweit zu Gunsten des Fernwärmelieferanten eine wirkliche Gestaltungsbefugnis eröffnet, ..., so wird bei einem solchen Vorgehen ein Leistungsbestimmungsrecht zu Gunsten des Fernwärmelieferanten nach § 315 BGB begründet, wenn auch nicht für den klassischen Anwendungsfall der Erstfestlegung der nicht von einer vertraglichen Vereinbarung getragenen Leistung, sondern für deren zukünftige Entwicklung. Dies steht jedoch der Anwendung des § 315 BGB nicht entgegen, da die Norm sowohl nach ihrem Wortlaut als auch nach ihrer Funktion nicht nur den einmaligen Leistungsaustausch, sondern insbesondere auch Dauerschuldverhältnisse erfasst.«

Auch in der Flut der zivilistischen Literatur zu § 315 BGB<sup>47</sup> wird die Anwendung der Vorschrift, und zwar die unmittelbare Anwendung der Vorschrift nach Wortlaut

und Zweck auf Preisanpassungsklauseln in Dauerschuldverhältnissen nicht in Frage gestellt. Die Rechtsprechung ist voll von solchen Entscheidungen, beginnend mit Verpflichtungen, dass der Schuldner die Rente angemessen erhöhen müsse, wenn sie zur Bestreitung der Lebensbedürfnisse des Gläubigers nicht mehr ausreichen sollte<sup>48</sup>, oder der Überprüfung eines im Vertrag nicht näher bestimmten Zuschlags zum Arzthonorar bei Behandlung valutastarker Ausländer<sup>49</sup> oder der Überprüfung von Besserungszusagen bei Honorarkürzungen, sobald es die wirtschaftliche Entwicklung zulasse.<sup>50</sup> Selbstverständlich sind auch Unterhaltsverträge und Anteilsverträge mit entsprechenden Anpassungsklauseln an veränderte wirtschaftliche Verhältnisse an § 315 BGB zu messen.<sup>51</sup> § 315 BGB hatte vor allem in Zeiten Hochkonjunktur, in denen § 3 des Währungsgesetzes automatische Wertsicherungsklauseln nicht zuließ.<sup>52</sup> Äquivalenzwahrende Anpassungsklauseln sind bei langfristigen Lieferverträgen schlechterdings unvermeidlich.<sup>53</sup>

Der Preis für die Befugnis zu einseitiger Preisanpassung ist allerdings die richterliche Billigkeitskontrolle, da ja der später festgelegte neue Preis nicht vom antizipierten Konsens der Vertragsparteien getragen ist. Es entspricht Wortlaut und Intention des Gesetzes, dass ein Energieversorgungsunternehmen, um eine Preiserhöhung gegenüber seinem Vertragspartner durchzusetzen, die volle Substantiierungs- und Beweislast für die Billigkeit der von seinem Kunden auf Grund einer Preisanpassungsklausel<sup>54</sup> geforderten Preiserhöhung hat.<sup>55</sup> Aus diesem Grunde muss es, wenn keine anderen Bezugsgrößen vereinbart sind, seine Kosten- und Erlöslage sowie die internen Kalkulationsgrundsätze in nachvollziehbarer Form offen legen, aus denen sich die Angemessenheit der Preiserhöhung ergibt.

45 Auch im Arbeitsrecht wird die Überprüfung von Betriebsvereinbarungen unter Billigkeitsaspekten entgegen Kühne (RdE 2005, S. 245), von der Rechtsprechung keinesfalls ausgeschlossen.

46 Vgl. MünchKommBGB/Gottwald, § 315 RdNr. 21 m.w.N.

47 Vgl. exemplarisch Baur, Vertragliche Anpassungsregeln 1983; Horn, Vertragsdauer, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, 1981, S. 551, 580 ff.; Kornblum, Die Rechtsnatur der Bestimmung der Leistung in den §§ 315 bis 319 BGB, AcP 168 (1968), S. 450 ff.; Kronke, Zu Funktion und Dogmatik der Leistungsbestimmung nach § 315 BGB, AcP 183 (1983), S. 113 ff.

48 Vgl. dazu die Nachweise in MünchKommBGB/Gottwald, 4. Aufl. 2003, Bd. 2 a, § 315 RdNr. 76.

49 OLG Frankfurt NJW 1977, S. 1407.

50 BGHZ 120, S. 133, 137 f.

51 Vgl. dazu die Nachweise in MünchKommBGB/Gottwald, 4. Aufl. 2003, Bd. 2 a, § 315 RdNr. 76.

52 Z.B. BGH JZ 1971, S. 291.

53 BGH NJW 1998, S. 3188, 3191; BGHZ 115, S. 311, 316 f.

54 Näher dazu Sacker, Anpassungsklauseln in langfristigen Verträgen und Störung der Geschäftsgrundlage, in: Gedächtnisschrift für J. Sonnenschein, 2002, S. 597 ff.

55 Vgl. BGH, NJW 1983, S. 1777 und NJW 1987, S. 1828; zuletzt BGH, NJW-RR 1992, S. 183 ff.; näher dazu Ebel, Kurzkommentar zur Entscheidung, Urteil vom 2. 10. 1991, EWIR 1992, S. 21 f.; Kohste, EWIR 1995, S. 983 f.; Markert, RdE 1996, S. 205 ff.; Troost, RdE 2001, S. 205, 211 f.; Zinow, ET 1996, S. 247, 250; Niederleithinger, EWIR 1987, S. 171 f.; Beater, JZ 1998, S. 254 f.; Decker, WuW 1999, S. 967 ff., 973.

Dies soll nach Ansicht des Kammergerichts allerdings nicht gegenüber Haushaltskunden gelten.<sup>56</sup> Diese müssten vielmehr die Unbilligkeit der Preiserhöhung darlegen und beweisen; denn der vom zuständigen Minister gemäß § 12 BTOelt ausgesprochenen Genehmigung der Tarifpreise für Haushaltskunden komme eine »Indizwirkung im Hinblick auf die Billigkeit und Angemessenheit der Tarife gemäß § 315 BGB« zu.

Es verwundert auch, dass das Kammergericht mit keinem Wort die Kritik zur Kenntnis nimmt, die an der Leistungsfähigkeit des Genehmigungsverfahrens nach § 12 BTOelt geübt worden ist. Es ist den Preisbehörden im Rahmen der Energiepreisaufsicht ganz überwiegend nicht gelungen, die geltend gemachten Kosten anhand des Kriteriums der elektrizitätswirtschaftlich rationellen Betriebsführung in § 12 BTOelt zu begrenzen. Die Deregulierungskommission hatte deshalb bereits 1990 für die Abschaffung der Preisaufsicht nach § 12 BTOelt wegen evidenter Überforderung der Aufsichtsbehörden plädiert.

Die vom Kammergericht angenommene Indizwirkung lässt sich nicht halten. Die öffentlich-rechtliche Wirkung der Genehmigung beschränkt sich, wie der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 18. 10. 2005<sup>57</sup> zu Recht feststellt, auf das Verhältnis der Behörde zum Genehmigungsempfänger und ist für die privatrechtliche Prüfung eines einseitig festgesetzten Entgelts am Maßstab des § 315 Abs. 3 BGB nicht vorgreiflich. Denn der Haushaltskunde hat kein Recht auf Beiladung zum Genehmigungsverfahren nach § 12 BTOelt.<sup>58</sup> Die staatliche Genehmigung trafe ihn deshalb angesichts der vom Gericht statuierten Vermutungswirkung unmittelbar in seinen Rechten und wirtschaftlichen Interessen, da er sich zivilrechtlich nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg gegen die Preiserhöhung wehren kann. Das Kammergericht setzt sich damit zugleich auch über die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hinweg, das die Ablehnung der Beiladung gerade damit begründet hatte, dass der Tarifkunde ja die Möglichkeit habe, die genehmigte Tarifierhöhung zivilgerichtlich überprüfen zu lassen, da die erteilte Genehmigung die inhaltliche Kontrolle der Tarifierhöhung im Zivilrechtsweg nicht ausschließe.<sup>59</sup> Angesichts des den vollen Rechtsschutz gewährenden zivilgerichtlichen Verfahrens haben die Gerichte<sup>60</sup> in der Verneinung der Klagebefugnis keine Beeinträchtigung des durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten Rechtsschutzanspruchs gesehen. Das Kammergericht hat auch keine Konsequenzen daraus gezogen, dass die Genehmigung – ebenso wie die Genehmigung nach § 23 a EnWG – lediglich eine *Höchstpreis*genehmigung ist. Das Energieversorgungsunternehmen ist – anders als im Telekommunikationsrecht (§§ 25 ff. TKG), wo die Genehmigung zweiseitig zwingenden Charakter hat, um predatory pricing-Praktiken gegenüber Newcomern zu verhindern<sup>61</sup> – nicht gezwungen, die genehmigten Höchstpreise von seinen Tarifkunden zu fordern; es ist vielmehr gehalten, dem konkreten Vertragspartner gegenüber nur die im Einzelfall billigen und angemessenen Preise zu fordern. Es muss daher, wenn es den Höchstpreis verlangt, beweisen, dass dieser i.S. von § 315 BGB angemessen ist. Eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast ist auch deshalb nicht gerechtfertigt. Der Bundesgerichtshof hat daher zutreffend entschieden.

Erst recht ist es vor dem geschilderten Hintergrund der Entstehungsgeschichte der Norm nicht gerechtfertigt, dem Gestaltungsrechtsgegner eine Klage auf Abwehr der einseitigen Preiserhöhung zuzumuten. Ehrlicke<sup>62</sup> stützt sich für seine genteilige Auffassung auf §§ 30 AVBGas, und er könnte auch die wortgleichen Regelungen in §§ 30 AVBElt, AVBFernwärme und AVBWasser heranziehen. Doch würde dadurch sein Argument nicht schlagkräftiger. § 30 AVB bezieht sich nicht auf den Einwand der Unbilligkeit des erhöhten Entgelts, sondern auf technisch und mathematisch verursachte Rechnungsfehler, nicht dagegen auf die rechtlichen Grundlagen für eine Entgelterhöhung, die den Umfang der geschuldeten Gegenleistung betreffen. Der Bundesgerichtshof<sup>63</sup> stellt zutreffend fest: »Ist der Einwand der Unangemessenheit berechtigt, so ist von Anfang an nur der vom Gericht bestimmte Preis geschuldet (§ 315 III BGB). Nur auf diesen hat die Klägerin Anspruch, und es ist kein Grund ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, ihr die Befugnis zuzugestehen, zunächst eine – eventuell gar nicht geschuldete – Zahlung zu vereinnahmen und den Abnehmer auf einen Rückforderungsprozess zu verweisen. Dies liefe dem Zweck des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB zuwider. ... Wenn die nach billigem Ermessen zu treffende Bestimmung der Gegenleistung nach §§ 315, 316 BGB einer Partei überlassen ist, so entfällt die bei einem Vertrag normalerweise bestehende Gewissheit über Inhalt und Umfang der Leistung, welche aus der Einigung der Parteien hierüber folgt. Gegenüber dem einseitigen ... Bestimmungsrecht der Klägerin kann daher den Belangen der Beklagten, die die Preisbestimmung für unbillig hält und ein schutzwürdiges Interesse daran hat, lediglich den tatsächlichen geschuldeten Preis zahlen zu müssen, nur dadurch hinreichend Rechnung getragen werden, dass es ihr gestattet wird, sich gegenüber dem Leistungsverlangen der Klägerin entsprechend dem in § 315 Abs. 3 BGB enthaltenen Schutzgedanken auf die Unangemessenheit und damit Unverbindlichkeit der Preisbestimmung zu berufen und diesen Ein-

56 KG vom 10. 4. 2002, ZNER 2002, S. 209 f.; kritisch dazu Säcker, Neues Energierecht, 2. Aufl. 2004, S. 325 ff.

57 ZNER 2005, Nr. 4, S. 320 ff.

58 Der Berliner Senator für Wirtschaft und Technologie hat einen solchen Antrag auf Beiladung eines Abnehmers zurückgewiesen, weil er als Dritter im Verfahren gemäß § 12 BTOelt in seinen Rechten nicht betroffen sei. In dem Bescheid vom 11. 2. 1999 (AZ III E2) heißt es wörtlich: »Das preisrechtliche Genehmigungsverfahren entfaltet Ihnen gegenüber keine derartige rechtsgestaltende Wirkung, da die Preisgenehmigung nach § 12 BTOelt lediglich mittelbar als Rechtsreflex Wirkung auf Sie als Endverbraucher hat bzw. haben kann. Es handelt sich um einen bloßen Rechtsreflex, da die Tarifgenehmigung nur zwischen Behörde und EVU Rechtswirkung entfaltet und die Preisgenehmigung erst durch ihre Umsetzung in das zivilrechtliche Vertragsverhältnis zwischen EVU und Kunden Außenwirkung entfaltet (vgl. VG Berlin, 24. Februar 1992, VG 1 A 272/80; BVerwGE 30, 135, 136; 21, S. 338).«

59 Vgl. BVerwGE 95, S. 133, 138.

60 Vgl. dazu BVerfG, NJW 1990, S. 2249, BVerwGE 75, S. 147, 154, BGH, DVBl. 1974, S. 558, 561.

61 Schuster/Stürmer, in: Beck'scher TKG Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 25 RdNr. 14 m.w.N.;

62 a.a.O. (Fn. 20).

63 Urteil vom 18. 10. 2005, ZNER 2005, Heft 4 S. 320 f.

wand im Rahmen der Leistungsklage zur Entscheidung des Gerichts zu stellen.« Dem schutzwürdigen Interesse des vorleistungspflichtigen EVU, keine Verzögerungen bei der Realisierung seiner Preisforderungen hinnehmen zu müssen, um die Energieversorgung ohne Störung aufrechtzuerhalten, kann ausreichend dadurch Rechnung getragen werden, das es angemessen hohen Vorschusszahlungen verlangt. Bei der konkreten Überprüfung der Ermessensentscheidung nach § 315 BGB stellt sich als schwierigstes Problem die Frage, wie das Unternehmen auf der Grundlage der bisherigen Judikatur seiner Substanziierungspflicht nachkommen kann, um die Preiserhöhung in ihrer konkreten Höhe zu begründen, ohne Wettbewerbern damit indirekt Geschäftsgeheimnisse preisgeben zu müssen. Dies ist ein Problem, das derzeit das BVerfG beschäftigt, und zwar in einem Verfahren, das die Telekom AG vor den Verwaltungsgerichten führt, um zu verhindern, dass beigeladene Wettbewerber alle Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Telekom AG einsehen, die sich in den Akten befinden. Und zwar geht es um die Höhe der Entgelte für den Zugang zu einer Teilnehmeranschlussleitung. Da ein »in-camera«-Verfahren nach geltendem Recht nicht zulässig ist, kam das Bundesverwaltungsgericht in einem Beschluss vom 15. 8. 2003 zu dem Ergebnis: »Die danach unter Abwägung der widerstreitenden Interessen an der Vorlage der Unterlagen und an deren Geheimhaltung vorzunehmende Ermessensentscheidung<sup>64</sup> hat die Beklagte im Ergebnis rechtsfehlerfrei getroffen. Notwendigkeit und Bedeutung einer lückenlosen Sachverhaltsaufklärung im Rechtsstreit, das schutzwürdige Interesse der Beteiligten und das öffentliche Interesse daran sind gegen das Interesse an der Geheimhaltung der verfassungsrechtlich geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse unter Würdigung der besonderen Umstände des Einzelfalls angemessen abzuwägen. Die verfassungsrechtliche Garantie umfassenden Rechtsschutzes durch staatliche Gerichte lässt es grundsätzlich nicht zu, die im Verwaltungsstreitverfahren begehrte Kontrolle der materiellen Rechtmäßigkeit von ihnen zu entrichtender, der staatlichen Regulierung unterliegender Entgelte zu versagen.«<sup>65</sup> Die verfassungsrechtlich gebotene Effektivität des Rechtsschutzes darf nicht per se eingeschränkt werden, wenn die Geheimhaltung entscheidungserheblicher Tatsachen sich nachteilig für den Rechtsschutzsuchenden auswirkt.<sup>66</sup> Dies ist aber der Fall, wenn nach Beweislastgrundsätzen mangels Verwertbarkeit der geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen über die Hauptsache zum Nachteil des Rechtsschutzsuchenden entschieden werden muss. Eine Beweisführung durch einen neutralen, zur Verschwiegenheit verpflichteten Wirtschaftsprüfer als Beweismittler hat das Bundesverwaltungsgericht leider abgelehnt, wenn dessen Gutachten auf Geschäftsunterlagen basiert, die die Parteien nur dem Sachverständigen zur Verfügung gestellt haben und die auch im Gerichtsverfahren dem Gericht und dem Prozessgegner nicht offen gelegt worden sind. Das Gericht sieht darin in Übereinstimmung mit dem Bundesgerichtshof<sup>67</sup> eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Da die Möglichkeit eines Wirtschaftsprüfervorbehalts ausscheidet, sollten die Unternehmen die Möglichkeit nutzen, zur Vermeidung der Offenbarung von Unternehmensgeheimnissen Preisanpassungsklauseln an adäquate externe Faktoren, die

sich z.B. aus den veröffentlichten Daten des Statistischen Bundesamtes ergeben, anzuknüpfen und nach Möglichkeit im Rahmen des § 2 Preisangaben- und PreisklauselG automatische Klauseln vereinbaren.

Für das Prüfungsverfahren nach §§ 19, 20 GWB gilt, dass die Netznutzungsentgeltkomponenten im All-inclusive-Preis nicht zu überprüfen ist; denn § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 HS 3 EnWG sagt ausdrücklich, dass Netznutzungsentgelte, die die Obergrenzen einer dem betroffenen Unternehmen erteilten Genehmigung nach § 23 a EnWG nicht überschreiten, als sachlich gerechtfertigt gelten. Es ist dann nicht mehr zu prüfen, ob diese Entgelte ohne sachlich gerechtfertigten Grund von den Entgelten abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb ergeben würden. Da § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 HS 1 EnWG inhaltlich mit § 19 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 GWB übereinstimmt, ist die Wertung des § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 HS 3 EnWG zu beachten. Dies gilt dann sinngemäß nach dem soeben Ausgeführten auch für § 315 BGB. Soweit eine Prüfung der Preiserhöhung nach § 315 BGB stattfinden kann, ist nicht lediglich zu prüfen, ob diese durch gestiegene Kosten gegenüber dem Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages gerechtfertigt ist, sondern es ist zu prüfen, ob das EVU auf Grund der Kosten- und Erlössituation, die durch den konkreten Vertrag definiert ist, d.h. auf Grund des Kostendeckungsbeitrages dieses Vertrages gezwungen ist, den Vertragspreis zu erhöhen. Bei einem hochprofitablen Preis kann die Weitergabe von Kostensteigerungen billigem Ermessen im Sinne von § 315 BGB widersprechen. Bei defizitärem Vertragsentgelt entspricht die Weitergabe von Kosten auf der Grundlage einer vertraglichen Preisanpassungsklausel dagegen billigem Ermessen. »Billiges Ermessen« und »Missbrauch« sind immer bezogen auf den Einzelfall, konkret festzustellen. Die Vorschriften der § 315 BGB und §§ 19, 20 GWB sind nicht nur auf die Funktionstüchtigkeit des Wettbewerbsprozesses insgesamt bezogene objektivrechtliche Normen, sondern auch individuelle Schutzgesetze zu Gunsten des Einzelnen mit der Folge, dass dieser im Falle ihm gegenüber missbräuchlich überhöhter Preise Schadensersatz gemäß § 33 GWB verlangen kann. Im Haushaltskundenbereich ist der Hinweis auf den zu berücksichtigenden Charakter jedes einzelnen Vertrages allerdings eher theoretischer Natur, da die Kalkulationsgrundlagen hier typischerweise für alle Haushaltskunden gleich sind.

Ein Unterschied zwischen § 315 BGB und § 19 GWB, Art. 82 EG bleibt allerdings bestehen. Eine Überprüfung gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB hat ihren Bezugspunkt im wettbewerbsanalogen Preis. Es werden der geforderte Preis und – typischerweise an Hand des Vergleichsmarktkonzeptes – der bei wirksamem Wettbewerb im Markt durchsetzbare Preis miteinander verglichen. Eine Berufung darauf, dass der Preis vom Kunden bereits über längere Zeit un widersprochen hingenommen worden sei und deshalb weiter akzeptiert werden

64 Vgl. Beschluss v. 29. 7. 2002 – 2AV 1.02 –, BVerwGE 117, S. 8, 9. = DVBl. 2002, S. 1558.

65 Vgl. Urteil vom 10. 10. 2002 – 6 C 8.01 –, BVerwGE 117, S. 93, 104 f. m.w.N. = DVBl. 2003, S. 403.

66 Vgl. BVerfGE 101, S. 106, 130.

67 BGH, ZNER 2005, Nr. 4 S. 32 ff.

müsse, ist im Rahmen der § 19 GWB, Art. 82 EG wegen ihrer objektiv-rechtlichen, institutionellen Schutzfunktion nicht möglich. Dieser Einwand hat demgegenüber bei der rein individualschutzbezogenen Vorschrift des § 315 Gewicht. Ein Kunde, der der Ausübung des einseitigen leistungsbestimmenden Gestaltungsrechts nicht widerspricht, sondern den erhöhten Preis über längere Zeit zahlt, verwirkt gemäß § 242 BGB das Recht, den Preis gemäß § 315 Abs. 3 BGB einer Billigkeitskontrolle zu unterwerfen. Er kann von seinem Vertragspartner angesichts des großen Kosten- und Zeitaufwands nicht verlangen, dass dieser über längere Zeiträume hinweg nachträglich dokumentiert, dass der Vertragspreis nicht unbillig sei. Sein Überprüfungsanspruch beschränkt sich daher unter diesen Umständen darauf, die aktuelle Preiserhöhung gemäß § 315 überprüfen zu lassen.

#### IV. Die Anwendung des § 19 GWB auf die Einpreisung des Wertes der CO<sub>2</sub>-Zertifikate auf den EEX-Börsenpreis

Abschließend sei eine in letzter Zeit aktuell gewordene Frage erörtert, die sich aufgrund eines vom Bundeskartellamt eingeleiteten Verfahrens nach § 19 GWB wegen des Verdachts der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein wettbewerbsloses Oligopol durch Einpreisung des Wertes der CO<sub>2</sub>-Emissionszertifikate in den EEX-Börsenpreis ergibt.

Das Strompreisniveau wird zurzeit durch die Strompreiseffekte des CO<sub>2</sub>-Emissionsrechtshandels in die Höhe getrieben. Die CO<sub>2</sub>-Emissionsrechte, die den Unternehmen durch die Bescheide der Deutschen Emissionshandelsstelle (DEHSt) zugeteilt sind, erhöhen betriebswirtschaftlich zwangsläufig die Strompreise, die sich an der Leipziger Strombörse EEX bilden. Die in Deutschland am Netz befindlichen älteren Kohlekraftwerke, die für ihren Betrieb nach dem Grandfathering-Prinzip Emissionsrechte aus der Zuteilung einsetzen müssen, werden an der Strombörse nur dann Strom anbieten, wenn sie als Preis mindestens ihre variablen Kosten (insbesondere ihre Brennstoffkosten) und den Gewinn aus dem potentiellen Verkauf der Emissionsrechte Erlösen, die sie beim Einsatz ihres Kraftwerks zur Produktion der an der Börse angebotenen Strommenge als Folge des mit der Erzeugung verbundenen CO<sub>2</sub>-Ausstoßes verlieren. Wenn sie nicht mindestens diesen Preis Erlösen, werden sie das Kraftwerk lieber (vorübergehend) abschalten und die Zertifikate separat verkaufen, zumal der Wert der Zertifikate angesichts der höher als erwartet ausfallenden Nachfrage nach Emissionsrechten ständig steigt.

Dieses marktrationale Verhalten war bei Schaffung des CO<sub>2</sub>-Emissionshandelsrechts für jedermann – auch für das Bundesumwelt- und das Bundeswirtschaftsministerium – vorhersehbar. Die Hoffnung auf rechtzeitige Minderung dieses Verteuerungseffektes durch verstärkten Bau und Einsatz von Gaskraftwerken mit deutlich geringerem CO<sub>2</sub>-Ausstoß ist durch den rapiden Gaspreisanstieg des letzten Jahres zu nichte gemacht worden.

Vor diesem Hintergrund vertrat der frühere Bundesminister für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit die Meinung, dass in keiner Weise nachzuvollziehen sei, dass

die kostenlos erhaltenen CO<sub>2</sub>-Emissionszertifikate als Begründung für höhere Strompreise herangezogen würden. Die Bundesregierung hat die Zertifikate auch nicht aus altruistischer Motivation für die Jahre 2005–2007 kostenlos ausgegeben, sondern musste dies tun, da die Unternehmen über hoheitlich erteilte Betriebsgenehmigungen verfügten, die der Staat aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht einfach »einkassieren« und neu gegen Entgelt vergeben konnte. Andernfalls wären unzumutbare Wettbewerbsnachteile gegenüber europäischen Konkurrenzunternehmen entstanden. Die kostenlose Vergabe hätte auch nicht an die Bedingung geknüpft werden können, die Zertifikate nur im eigenen Betrieb einzusetzen. Im letzteren Falle hätten die CO<sub>2</sub>-Emissionsrechte nämlich jede Anreizfunktion, bezogen auf das Ziel des Gesetzes, verloren, den CO<sub>2</sub>-Ausstoß zur Erreichung der Ziele des Kyoto-Protokolls durch emissionsmindernde Investitionen zu senken. Dieser »Preistreibereffekt« war bei Schaffung des Gesetzes bekannt.

Nach den Untersuchungen der Geschäftsführung der Leipziger Börse, an der inzwischen über 120 Unternehmen handeln, gibt es keine Anzeichen für kollusive Manipulationen im börsennotierten Handel (FTD vom 22. 8. 2005). Die Preissteigerungen beruhen vielmehr auf einer betriebswirtschaftlichen Kostenkalkulation, die auch die Opportunitätskosten der Zertifikate mitberücksichtigt. Würden sich die stromanbietenden EVU anders verhalten, so verließen sie die Grundsätze wettbewerbsorientierter Preisbildung, die für sie seit der wettbewerblichen Öffnung der Energiemärkte verbindlich sind. Welches Unternehmen würde bei wettbewerbsorientiertem Verhalten nicht den Wert der Zertifikate bei seiner Preisbildung berücksichtigen? Jedes Unternehmen würde die Zertifikate selbstständig verwerten, wenn die einzige Alternative wäre, sie bei der Stromerzeugung ohne Gegenleistung des Kunden entwerten zu müssen.

Aus der Sicht des Verbrauchers ist es naturgemäß ärgerlich, wenn durch falsche staatliche Rahmenbedingungen Windfall-Profits aus Zertifikatzuteilungen in Milliardenhöhe entstehen, die die variablen Kosten der Stromerzeugung in die Höhe treiben (FTD vom 22. 8. 2005). Ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist darin aber nicht zu erkennen; ein Unternehmen wird sich bei wirksamem Wettbewerb bei seiner Preisgestaltung an dem auf dem Markt erzielbaren Erlös orientieren und ein Produkt nur dann an der Börse anbieten, wenn es als Erlösuntergrenze mindestens seine variablen Kosten Erlösen kann. Zu den variablen Kosten gehören auch die Vermögensminderungen, die sich aus der Entwertung der Zertifikate ergeben, die für die Erzeugung der angebotenen Produktionsmenge eingesetzt werden müssen; denn diese hätten bei Verzicht auf das Angebot isoliert verkauft werden können. Der sich aus dem Angebot dieses Unternehmens (sofern es damit als »Grenzkraftwerk« noch zum Zuge kommt) ergebende Börsenpreis ist ein standardisierter Tages-Wettbewerbspreis, der notwendigerweise allen Unternehmen zu Gute kommt, die an diesem Tage gleichfalls an der Börse Strom zu günstigeren Bedingungen angeboten haben.

Wenn bei wirksamem Wettbewerb die staatlich zugeteilten CO<sub>2</sub>-Emissionszertifikate preisrelevant sind, so kann nichts anderes gelten, wenn marktbeherrschende Unternehmen am

Börsenhandel teilnehmen. Ihnen könnte ein missbräuchliches Verhalten nur vorgeworfen werden, wenn sie sich an der Börse anders verhalten würden als bei wirksamem Wettbewerb und Preise forderten, die höher sind als bei effektivem Wettbewerb (§ 19 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 GWB).

Würde ein EVU entgegen aller betriebswirtschaftlichen Vernunft bei seinem Angebotspreis nicht mindestens seine variablen Kosten und den Wert der für die angebotene Strommenge von einem Grenzkraftwerk benötigten CO<sub>2</sub>-Zertifikate berücksichtigen, ergäbe sich eine Preisspaltung für ein homogenes Gut auf demselben relevanten Markt. Dies hätte zur Folge, dass die wegen des höheren realen Zertifikatsverbrauchs teurer anbietenden Kraftwerksbetreiber vom Markt verdrängt würden, wenn auch ohne diese Kraftwerke genügend Erzeugungskapazitäten bereit stünden.

Bei unzureichendem Stromangebot, das die Nachfrage nicht voll deckt, entspricht es der Knappheitssituation, dass Wettbewerber, deren Kraftwerke weniger Zertifikate zum Betrieb benötigen als Kohlekraftwerke, ihren Strom zu den Kosten des ungünstiger produzierenden Grenzkraftwerks anbieten. Der Börsenpreis an der EEX ist Ausdruck dieses kleinen betriebswirtschaftlichen Einmaleins. Eine behördliche Missbrauchsverfügung gegen die Einpreisung des Zertifikatewerts in den Angebotspreis an der Börse würde die Kraftwerke mit den höchsten CO<sub>2</sub>-Belastungen in Knappheitssituationen angesichts hoher Gaspreise, die den Einsatz von Gaskraftwerken zur unwirtschaftlichsten Alternative machen, geradezu belohnen. Eine Missbrauchsverfügung, die gespaltene Preise für ein homogenes Gut erzwingen würde, wäre mit den Prinzipien wettbewerbsorientierter Preisbildung schlechterdings unvereinbar.

## V. Zusammenfassung

Die Genehmigung der Netzzugangsentgelte als Höchstpreise gemäß § 23 a EnWG schließt ein Missbrauchsverfahren nach § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 und § 31 EnWG aus, wenn nicht zuvor die Genehmigung wegen unrichtiger Angaben im Genehmigungsantrag aufgehoben worden ist (vgl. § 31 Abs. 1 S. 3 EnWG).

Die Kartellbehörden sind gemäß § 111 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG zur Anwendung der §§ 19, 20 GWB zum Zwecke der Kontrolle der Angemessenheit der Netznutzungsentgelte nicht befugt. Sie haben nach § 111 Abs. 3 EnWG die veröffentlichten Netzzugangsentgelte im Rahmen ihrer Prüfung zu Grunde zu legen. Das gilt – entgegen § 111 Abs. 3 EnWG – aber nicht im Rahmen eines dezentralen Prüfungsverfahrens nach Art. 82 EG in Verbindung mit Art. 3 VO Nr. 1/2003 (EG), da die Regulierungsbehörden nicht als untere Kartellbehörden eingesetzt worden sind.

Der gemäß Art. 82 EG, § 19 GWB anzuwendende Kontrollmaßstab des wettbewerbsanalogen Preises unterscheidet sich entgegen der h.L. nicht vom Angemessenheitsmaßstab des § 315 BGB. Der Preis eines Marktbeherrschers, der missbräuchlich überhöht ist, entspricht nicht billigem Ermessen im Sinne von § 315 BGB. Ein Preis, der gemäß § 315 BGB unbillig ist, ist, wenn er von einem marktbeherrschenden Unternehmen festgesetzt wird, zugleich im Sinne von § 19

Abs. 1 GWB, Art. 82 EG missbräuchlich. Kartellrechtliche und zivilrechtliche Normen stehen, konkurrenzrechtlich betrachtet, zueinander im Verhältnis der Idealkonkurrenz, nicht der Spezialität. Es gelten die gleichen Grundsätze, die nach der Rechtsprechung im Verhältnis der § 307 ff. BGB zu §§ 19 f. GWB gelten.

Liegt das geforderte Entgelt erheblich über dem wettbewerbsanalogen Preis, so hat die gemäß § 32 GWB ergehende Missbrauchsverfügung den überhöhten Preis durch Absenkung auf den wettbewerbsanalogen Preis vollständig zu beseitigen; eine »Missbrauchsprämie« durch Anerkennung eines Erheblichkeitszuschlages ist für diesen Fall nicht zu gewähren.<sup>68</sup>

Vertragliche Preisanpassungsermächtigungen unterliegen wie sonstige einseitige Leistungsbestimmungsrechte zum Zwecke der Äquivalenzwahrung der Angemessenheitskontrolle nach § 315 BGB. § 315 BGB erfasst sowohl von Anfang an aus der Sicht der Parteien unvollständige ausfüllungsbedürftige Vertragsbestimmungen als auch solche Klauseln, die eine ergänzende Leistungsbestimmung bei einem Dauerschuldverhältnis erst zu einem späteren Zeitpunkt vorsehen. In der Rechtsprechung und der monographischen Literatur besteht über die unmittelbare Erfassung beider Fälle durch § 315 BGB kein Meinungsstreit. Der Bundesgerichtshof sieht in seinem Urteil vom 18. 10. 2005 – KZR 36/04 – zu Recht auch in der vertraglich vorgesehenen dynamischen Verweisung auf die jeweils geltenden Preisblätter des Netzbetreibers ein einseitiges Preisbestimmungsrecht im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB, dessen Ausübung gemäß § 315 Abs. 3 BGB daraufhin zu überprüfen ist, ob sie billigem Ermessen entspricht.

Der leistungsbestimmende Vertragspartner hat die Darlegungslast für die Billigkeit seiner Preisbestimmung. Die öffentlich-rechtliche Wirkung der Genehmigung beschränkt sich, wie der BGH zu Recht festgestellt hat<sup>69</sup>, »auf das Verhältnis der Behörde zum Genehmigungsempfänger und ist für die privatrechtliche Überprüfung eines einseitig festgesetzten Entgelts am Maßstab des § 315 Abs. 1 BGB nicht vorgreiflich.«

Ein EVU hat wie jedes andere Unternehmen auch im Falle der ihm vertraglich übertragenen einseitigen Preisänderungsbefugnis auf Grund veränderter wirtschaftlicher Daten nur Anspruch auf den angemessenen Preis i.S. von § 315 BGB, da es für diese nachträgliche Vertragsabänderung keine materielle Zustimmung des Vertragspartners hat. »Es ist kein Grund ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, ihm die Befugnis zuzugestehen, zunächst eine – eventuell gar nicht geschuldete – Zahlung zu vereinnahmen und den Abnehmer auf einen Rückforderungsprozess zu verweisen.«<sup>70</sup>

Die §§ 30 AVBElt/AVBGas sind in ihrem normativen Anwendungsbereich – anders als § 24 Abs. 3 AVB Fernwärme – keine *leges specialis* zu § 315 BGB. Diese Normen beziehen sich bei einer an der normativen Leitidee der Privatautonomie orientierten Betrachtung lediglich auf technisch und ma-

68 BGH, GRUR 2002, S. 153 ff.

69 BGH vom 18. 10. 2005, – ZNER 2005, Heft 4, S. 320 f.

70 BGH vom 18. 10. 2005 – ZNER 2005, Heft 4, S. 320 f.

thematisch verursachte Rechnungsfehler, nicht aber auf die Frage der Billigkeit der Leistung. »Ist der Einwand der Unangemessenheit berechtigt, so ist von Anfang an nur der gerichtlich festgesetzte Preis geschuldet.«<sup>71</sup> Dem Interesse des vorleistungspflichtigen EVU, keine Verzögerung bei der Realisierung seiner Preisforderung hinzunehmen, kann durch Abschlagszahlungen angemessen Rechnung getragen werden.

Ein Vertragspartner kann unter Billigkeit Gesichtspunkten nicht zu einem Rückforderungsprozess gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 BGB gezwungen werden, in dem er nach der für Ansprüche aus § 812 BGB geltenden Beweislastregelung den fehlenden Rechtsgrund der Zahlung und damit die Unbilligkeit der Leistungsbestimmung beweisen muss, während sonst der die Leistung Bestimmende die Beweislast für die Billigkeit der Leistungsbestimmung trägt. Der Gesetzgeber wollte, dass »die richterliche Entscheidung über die Frage, welche Leistung billig sei, regelmäßig in dem Rechtsstreit über die Leistungsklage zu treffen« ist.<sup>72</sup> Durch diese Regelung soll dem Vertragspartner, der von der einseitigen Leistungsbestimmung betroffen ist, »ein einfacher Weg« eröffnet werden, »um zur gerichtlichen Bestimmung der Leistung zu kommen.«<sup>73</sup> Die Möglichkeit, eine Leistungsklage zu erheben, schließt in aller Regel das rechtliche Interesse an einer

auf das gleiche Ziel gerichteten Feststellungsklage des Gegners aus (§ 256 ZPO).

Bei rechtlich notwendiger Bezugnahme auf unternehmensinterne Daten zur Begründung einer Preiserhöhung ist zum Schutz der Unternehmensgeheimnisse des preiserhöhenden Unternehmens zu beachten, ob diese »eine solche Qualität als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse haben, dass sie ungeachtet des Anspruchs des Klägers auf effektiven Rechtsschutz grundrechtlich geschützt sind.«<sup>74</sup> Nach der Rechtsprechung ist, gestützt auf den Rechtsdanken des § 72 Abs. 2 S. 2–4 GWB, in die Abwägung des Interesses an der Offenlegung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gegen das Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens mit in die Prüfung einzubeziehen, wie sich die Geheimhaltung entscheidungserheblicher Tatsachen auf den Ausgang des Rechtsstreits auswirkt.<sup>75</sup>

71 BGH, NJW 1983, S. 1778.

72 Protokolle I, S. 465.

73 Motive II, S. 192.

74 BVerfG, MMR 2004, S. 466 f.

75 BVerwG, DVBl. 2004 S. 62 ff.