

C L I F F O R D

C H A N C E

Rechtsgutachten

Zulässigkeit der Preiskontrolle von Fernwärmeversorgungsverträgen nach
§ 315 BGB

erstattet im Auftrag der Arbeitsgemeinschaft für Wärme und Heizkraftwirtschaft

– AGFW – e.V.

bei dem Verband der Elektrizitätswirtschaft VDEW e.V.

von Prof. Dr. Ulrich Büdenbender unter Mitwirkung von

Rechtsanwalt Florian-A. Wesche

- Clifford Chance, Düsseldorf -

Inhaltsverzeichnis

A. Gutachtenauftrag	
I. Thematik	5
II. Rechtliche Rahmenbedingungen der Fernwärmeversorgung	6
B. Überblick über die preisrechtlichen Kontrollmechanismen	7
I. Preiskontrolle anhand von §§ 138, 826 BGB	7
II. Kartellrechtliche Preiskontrolle anhand von §§ 19, 20 GWB	8
III. Energierechtliche Preiskontrolle anhand von §§ 6, 6a EnWG, 12 BTOElt	9
C. Bestandsaufnahme § 315 BGB	10
I. Systematik	10
1. Voraussetzungen und Rechtsfolgen	10
2. Einseitiges Leistungsbestimmungsrecht und Bestimmtheitsgebot	11
3. Richterliche Entscheidung nach billigem Ermessen	12
II. Reichweite des Anwendungsbereichs in der bisherigen Rechtspraxis	12
1. Rechtsprechung zum allgemeinen Anwendungsbereich	13
2. Zum Anwendungsbereich in "Monopolsituationen und der Daseinsvorsorge"	14
a. Entscheidungen zu Energieversorgungsverträgen	15
aa. Billigkeitskontrolle von Sonderkundenverträgen	16
(a) RGZ 111, 310	16
(b) BGH BB 1971, 1175	16
bb. Billigkeitskontrolle von Tarifikundenverträgen	17
(a) BGH NJW 1987, 1828	18
(b) BGH NJW 2003, 1449	18
(c) BGH NJW 2003, 3131	19
cc. Billigkeitskontrolle von Interimsverhältnissen	20
(a) BGH NJW 1983, 1777	20
(b) BGH NJW-RR 1992, 183	21
dd. Unterinstanzliche Bestätigung der BGH-Rechtsprechung	22
(a) OLG Celle NJW-RR 1993, 630	22
(b) AG Bad Neuenahr-Ahrweiler, NJW 1998, 2540	22
(c) OLG München NJW-RR 1999, 421	23
(d) KG RdE 2002, 243	23
ee. Neue Entwicklungstendenzen der instanzgerichtlichen Rechtsprechung	24
(a) LG Magdeburg RdE 2005, 22	24
(b) LG Rostock RdE 2004, 175	25
(c) LG Bremen RdE 2004, 304	25

(d) LG Köln RdE 2004, 306	26
ff. Keine Billigkeitskontrolle von Individualverträgen	27
b. Entscheidungen zu anderen Bereichen der Daseinsvorsorge	28
aa. Billigkeitskontrolle behördlich genehmigter Tarife	28
(a) BGH MDR 1973, 999	28
(b) BGH WM 1978, 1097	29
(c) BGH NJW-RR 1997, 1019	30
(d) BGH NJW 1992, 171	30
bb. Keine Billigkeitskontrolle behördlich festgesetzter Tarife	31
(a) BGHZ 73, 114	31
(b) BGH NJW 1998, 3188	32
c. Entscheidungen außerhalb der (klassischen) Daseinsvorsorge	32
aa. BGHZ 38, 183	32
bb. BGHZ 41, 271	33
d. Rechtsprechung zu Fernwärmeversorgungsverträgen	34
aa. BGH NJW 1987, 1622	34
bb. BGH MDR 1990, 538	34
e. Zusammenfassung der Leitlinien der Judikatur zu § 315 Abs. 3 BGB	35
aa. Schutzbedürftigkeit der Kunden	35
bb. Gleichsetzung von Monopolstellung und vereinbartem Leistungsbestimmungsrecht	36
cc. Verhältnis von öffentlich-rechtlicher Preisgenehmigung und zivilrechtlicher Preiskontrolle	36
dd. Wesentliche Entscheidungskriterien	37
ee. Rechtsmethodische Aspekte	37
ff. Konkurrenzfragen	38
3. Literatur	39
D. Kontrolle von Fernwärmepreisen nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB?	40
I. Grund und Grenzen einer zivilrechtlichen Preiskontrolle	42
1. Ordnungspolitische Vorüberlegungen	42
2. § 138 BGB	43
3. § 826 BGB	44
4. §§ 305 ff. BGB	44
5. §§ 19, 20 GWB	45
6. § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV	46
II. Elemente der zivilgerichtlichen Preiskontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB auf Grund der Gesetzeslage	47
1. Vertragliches Leistungsbestimmungsrecht	47
2. Billiges Ermessen als inhaltliche Vorgabe	48

3. Rechtsfolgen unbillig ausgeübter Leistungsbestimmungsmerkmale	49
4. Rechtspolitische Zusammenhänge	50
III. Rechtsmethodische Anforderungen an eine Analogie zu § 315 BGB	54
1. Grundsätze	54
2. Keine direkte Anwendung des § 315 BGB	54
3. Voraussetzungen einer analogen Anwendung	55
IV. Bedeutung des § 315 Abs. 3 BGB im Rahmen der Preisgestaltung	57
1. Preisregelung bei Vertragsschluss	57
2. Abschluss des Erstvertrages über die Fernwärmelieferung	58
a. Individualverträge	58
b. Akzeptierte standardisierte Verträge	59
aa. Keine Unterscheidung zwischen Tarif- und Sonderkunden in der Fernwärmewirtschaft	59
bb. Preisrechtlich genehmigte Tarife und deren Fehlen in der Fernwärmewirtschaft	60
cc. Fernwärmeversorgung als Daseinsvorsorge	61
3. Preisanpassungen	64
a. Preisanpassungsklausel nach § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV	64
aa. Preisgleitklauseln	65
bb. Preisanpassungsklausel mit einseitigen Entscheidungsbefugnissen des Fernwärmelieferanten	67
c. Vertragliche Anpassungsansprüche	68
d. Fälle des Vertragseintritts	70
4. Übernahme der Preisbildungsprinzipien der VV II plus in Fernwärmeverträge	73
a. Problembeschreibung	73
b. Keine Drittwirkung für Fernwärmeverträge	74
5. Anwendung des § 315 auf Monopolunternehmen	75
a. Grundsätzliche Geltung des § 315 für Monopolunternehmen?	75
b. Marktmacht von Fernwärmeversorgungsunternehmen?	78
E. Ausschluss der Einwendung nach § 315 BGB auf Grund von § 30 AVBFernwärmeV?	80
I. Rechtsprechung	81
II. Bewertung der Rechtsprechung	82
III. Verhältnis von § 315 BGB und § 30 AVBFernwärme – Eine Frage der Beweislast?	83
F. Zusammenfassung in Thesen	84
Literaturverzeichnis	89

A. Gutachtenauftrag

I. Thematik

Im Bereich der Energieversorgungsverträge ist anerkannt, dass die vom Energieversorgungsunternehmen festgesetzten Preise in bestimmten Konstellationen einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle unterliegen. Diese Billigkeitskontrolle erfolgt regelmäßig über §§ 315, 316 BGB. Für Fernwärmeversorgungsverträge ist diese Möglichkeit bisher noch nicht abschließend höchstrichterlich geklärt worden. Vor diesem Hintergrund mehren sich die Fälle, in denen Fernwärme-Weiterverteiler Verträge mit Fernwärmeversorgungsunternehmen derart abschließen, dass sie in bestehende Versorgungsverträge eintreten, um dann die vereinbarten Preise nicht zu zahlen, und die Versorgungsunternehmen daher Zahlungsklage erheben müssen.¹ Auch Fernwärmekunden der Endverbraucher verhalten sich entsprechend. Insbesondere aber auch im Zusammenhang mit den zur Zeit in der Öffentlichkeit diskutierten Strompreiserhöhungen rufen Verbraucherverbände die Stromkunden dazu auf, unter Berufung auf § 315 BGB ihre Stromrechnungen nur unter Vorbehalt und nicht vollständig zu bezahlen.² Entsprechendes gilt für einen "Preisboykott", zu dem die Verbraucherzentrale Gaskunden aus Anlass einer deutlichen Preiserhöhung der Gaswirtschaft im Dezember 2004 aufgefordert hat.³ Dabei wirkt sich die Boykotthaltung der Kunden unterschiedlich aus. Während einige Kunden nur die Erhöhungsbeträge nicht zahlen, zahlen andere überhaupt nicht mehr. Darüber hinaus zahlen einige Kunden trotz langjähriger Lieferbeziehungen entweder den Erhöhungsbetrag nicht oder nur einen geminderten Betrag. Derartige Praktiken strahlen auf Fernwärmelieferungsverträge aus. Insoweit ist auch für die Fernwärmeversorgungsunternehmen zu erwarten, dass in Zukunft die Zahl derer, die die Preise und Preiserhöhungen nicht zahlen, erheblich ansteigen wird. Die rechtliche Zulässigkeit dieses „Preisboykotts“ hat insofern erhebliche praktische Bedeutung.

Gegenstand dieses im Auftrag der AGFW erstellten Gutachtens soll es daher sein, zu untersuchen, inwieweit eine Preis- bzw. Billigkeitskontrolle der in Fernwärmeversorgungsverträgen vereinbarten Preise überhaupt zulässig ist und nach welchen Vorschriften dies erfolgen kann. Im Zusammenhang mit der Preiskontrolle stellt sich darüber hinaus auch immer wieder die Frage, inwieweit Preise, die seitens der Kunden nach § 315 BGB für unbillig gehalten werden, den Fernwärmekunden dazu berechtigen, nicht zu zahlen bzw. die Rechnungen zu kürzen. Es ist daher auch auf das Verhältnis des

¹ Die Motive für dieses Verhalten sind unterschiedlich. Es scheint sich aber diesbezüglich ein eigenständiges Geschäftsmodell herauszubilden, das darauf basiert, zunächst die Preise der Bestandskunden zu übernehmen, um später deren Angemessenheit zu bestreiten, um aus dieser Praxis den eigenen Kunden günstigere Tarife bieten zu können.

² Vgl. Stuttgarter Zeitung "Protest gegen höhere Strompreise wächst" vom 08.11.2004.

³ Vgl. Die Welt "Boykott gegen Gaspreiserhöhung" vom 06.12.2004.

§ 315 BGB zu § 30 AVBFernwärmeV einzugehen, der grundsätzlich eine Zahlungsverweigerung nur erlaubt, wenn offensichtliche Fehler vorliegen.

II. Rechtliche Rahmenbedingungen der Fernwärmeversorgung

Es gibt allerdings unterschiedliche Rahmenbedingungen für die Fernwärmeversorgung. Zum einen gibt es Versorgungsgebiete, in denen der Verbraucher frei wählen kann, ob er seinen Wärmebedarf mittels der Fernwärme deckt oder ob er auf alternative Energieträger wie Heizöl oder Gas ausweicht. Sodann gibt es Gebiete, in denen ein öffentlich-rechtlicher **Anschluss- und Benutzungszwang** auf der Grundlage der jeweiligen Gemeindeordnung angeordnet ist.⁴ Dieser Anordnung liegen meist Motive der Luftreinhaltung bzw. der verbesserten Energieausnutzung zu Grunde⁵. In diesem Falle hat der Verbraucher in den betreffenden Gemeindegebieten nicht die freie Wahl hinsichtlich der Wärmeversorgung; vielmehr ist er verpflichtet, sich an das örtliche Fernwärmeversorgungsnetz anzuschließen. Schließlich gibt es noch den sog. privatrechtlichen Anschluss- und Benutzungszwang.⁶ Dieser kann durch Vereinbarungen mit den Grundstückseigentümern, die Grundstücke an die Fernwärmeversorgung anzuschließen, erreicht werden. Hierfür wird eine entsprechende Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen. Der jeweilige Grundstücksnutzer ist damit dazu verpflichtet, Fernwärme zu beziehen.⁷

Die beschriebenen Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Wärmemarkt sind insgesamt von untergeordneter Bedeutung. Sie erfassen nur ca. 12 % des Fernwärmeabsatzes.⁸ Im Folgenden werden daher sowohl der öffentlich-rechtliche als auch der privatrechtliche Anschluss- und Benutzungszwang an das Fernwärmenetz außer Acht gelassen. Insoweit beschränkt sich die nachfolgende Darstellung nur auf Fernwärmeversorgungsverträge, die mit Verbrauchern geschlossen wurden, die einem solchen Anschluss- und Benutzungszwang nicht unterliegen.

⁴ Z.B. § 9 GO NRW; auch in anderen Rechtsbereichen finden sich Regelungen zu einem Anschluss- und Benutzungszwang, wie etwa der § 9 GO NRW für Trinkwasser und allgemein § 49 Abs. 3 BImSchG für Immissionen.

⁵ Zu den weiteren Motiven, insbesondere mit Blick auf die Minderung der CO₂-Emissionen durch den vermehrten und geförderten Einsatz von Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen, vgl. Berliner Kommentar zum Energierecht-*Topp*, Einf. KWKModG, Rdn. 8 ff.; Vereinbarung zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der deutschen Wirtschaft zur Minderung der CO₂-Emissionen und der Förderung der Kraft-Wärme-Kopplung, S. 1-4.

⁶ Es sei darauf hingewiesen, dass der BGH in diesen Fällen eine überlegene Marktmacht des Verkäufers der Grundstücke, der zugleich Anteilseigner des Fernwärmeversorgungsunternehmens ist, verneint hat, vgl. BGH NJW 2002, 3779, 3781. Jedoch hat er in diesem Urteil diesen Aspekt nicht vertieft abgehandelt.

⁷ Witzel/Topp-Witzel, AVBFernwärme, § 3, Anhang, S. 71-72.

⁸ Dabei entfallen 8,4 % auf einen gemeinderechtlichen, 2,5 % auf einen privatrechtlichen Anschluss- und Benutzungszwang und 1 % auf ein Verbrennungsverbot gem. § 9 Abs. 3 BauGB, vgl. <http://www.agfw.de>.

Ziel dieses Gutachtens ist es, die Preiskontrolle von Fernwärmeverträgen unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten zu beleuchten. Im Wesentlichen wird dabei die Anwendbarkeit des § 315 BGB auf diese Verträge zu untersuchen sein. Daher soll zunächst eine ausführliche Bestandsaufnahme zu dieser Regelung erfolgen, die sowohl die dogmatischen als auch die systematischen Hintergründe dieser Vorschrift beleuchtet. Diesbezüglich wird die bisherige Rechtsprechung ausführlich systematisiert und in ihren wesentlichen Aussagen dargelegt werden. Da die Kasuistik in Bezug auf Fernwärmeverträge nicht sehr ausgeprägt ist, wird vor allem auf Entscheidungen zu verwandten Rechtsgebieten, wie der Strom- und Gasversorgung, Bezug genommen. Die Ergebnisse werden auf ihre Übertragbarkeit auf die Fernwärmeversorgung untersucht. Insofern werden darüber hinaus auch die einschlägigen Literaturansichten dargestellt und kritisch gewürdigt.

B. Überblick über die preisrechtlichen Kontrollmechanismen

Die Rechtsordnung stellt unterschiedliche Instrumente für eine zivilrechtliche Preiskontrolle zur Verfügung. Im Wesentlichen sind hier im allgemeinen Zivilrecht die §§ 138, 826 BGB zu nennen, sowie im allgemeinen Kartellrecht die §§ 19, 20 GWB, ferner im sektorspezifischen Recht der Energiewirtschaft die §§ 6, 6a EnWG, 12 BTOElt. Die grundsätzlich ebenfalls anwendbare kartellrechtliche Missbrauchskontrolle nach dem europäischen Kartellrecht (Art. 82 EG) ist in der Praxis wegen der räumlich eng begrenzten Fernwärmeversorgung irrelevant. Nachfolgend sollen die unterschiedlichen Kontrollmechanismen kurz skizziert werden.

I. Preiskontrolle anhand von §§ 138, 826 BGB

Gemeinsamer Anknüpfungspunkt für eine Preiskontrolle in §§ 138 und 826 BGB ist die **Sittenwidrigkeit** der Preise. Allerdings unterscheiden sich die Normen in ihren tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen.

Nach **§ 138 Abs. 1 BGB** ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, **nichtig**. In Rechtsprechung und Literatur ist es anerkannt, dass insbesondere der von einem Monopolisten im Geschäftsverkehr verlangte Preis nach § 138 Abs. 1 BGB daraufhin untersucht werden kann, ob er als überhöht anzusehen ist.⁹ Danach ist wie bei wucherähnlichen Geschäften zu prüfen, ob zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Missverhältnis besteht. Hierbei ist das geeignete Mittel ein sog. Marktvergleich, mit dessen Hilfe sich das verkehrsübliche und wirtschaftlich noch tragbare Entgelt als Vergleichsmaßstab für den auf seine Sittenwidrigkeit zu untersuchenden Austauschvertrag ermitteln lässt.¹⁰ Stellt sich nun heraus, dass das Entgelt sittenwidrig überhöht ist, so ist das Rechtsgeschäft grundsätzlich als im Ganzen nichtig anzusehen.¹¹ Allerdings ist in Situationen, in

⁹ BGH NJW 1976, 710, 711.

¹⁰ BGH NJW 1998, 3188, 3191.

¹¹ Palandt-Heinrichs, BGB, § 138, Rdn. 19.

denen der andere Vertragspartner auf die Leistungen des preisbestimmenden Unternehmens angewiesen ist, davon auszugehen, dass das Rechtsgeschäft im Übrigen (bis auf das Entgelt) aufrecht zu erhalten ist und keine Gesamtnichtigkeit aus dem sittenwidrigen Entgelt folgt.

Gemäß § 826 BGB ist derjenige zum **Schadensersatz** verpflichtet, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt. Nach allgemeiner Meinung kann auch § 826 BGB auf missbräuchlich überhöhte Entgelte angewendet werden. Grundsätzlich folgt aus einer sittenwidrigen Schädigung in Form der Erhebung missbräuchlich überhöhter Entgelte ein Schadensersatzanspruch. Dieser Anspruch muss allerdings nicht zwangsläufig auf eine Geldleistung gerichtet sein – z.B. die Rückzahlung der im Vergleich zu angemessenen Entgelten zuviel gezahlten Beträge -, sondern er kann über § 249 BGB auch in einem Anspruch auf Leistung zu angemessenen Entgelten bestehen.¹²

Auch wenn sich §§ 138 und 826 BGB vom Grundsatz her unterscheiden, da sie schon von der Rechtsfolge her (§ 138 – Nichtigkeit; § 826 – Schadensersatz) differenzieren, werden sie in der Praxis vor allem von der Rechtsprechung als preisrechtliche Kontrollmechanismen in der oben dargestellten Form angewendet. Voraussetzung ist infolge des Tatbestandsmerkmals "sittenwidrig" jedoch ein deutlicher Preisabstand von dem gebotenen Niveau (s.o. zu § 138 BGB).

II. Kartellrechtliche Preiskontrolle anhand von §§ 19, 20 GWB

Die kartellrechtliche Kontrolle der Preisbildung nach §§ 19 und 20 GWB betrifft ausschließlich marktbeherrschende Unternehmen gemäß § 19 Abs. 2 GWB. Für diese Preiskontrolle sind verschiedene Konzepte entwickelt worden.

Zum einen existiert das Prinzip des **Monopolpreisvergleichs**, das aus § 19 Abs. 1 bzw. Abs. 4 Nr. 2 GWB hergeleitet wird. Dies ist die Konsequenz des Umstandes, dass ein Vergleich eines marktbeherrschenden Unternehmens mit einem vergleichbaren, wettbewerblich kontrollierten Unternehmen für die Frage der Entgelte ausscheidet, wenn generell marktbeherrschende Stellungen bestehen. Insoweit werden Preise und preisrelevante Geschäftsbedingungen verschiedener marktbeherrschender Unternehmen gegenübergestellt, so dass festgestellt werden kann, ob ein Unternehmen grundlos höhere Entgelte als andere Unternehmen für vergleichbare Leistungen verlangt.¹³

Des Weiteren gibt es die sog. **Kosten- und Gewinnkontrolle**, die unmittelbar bei der Gegenüberstellung von Kosten und Gewinnen ansetzt. Dabei wird geprüft, ob die von den kontrollierten Monopolunternehmen geltend gemachten Kosten tatsächlich angefallen sind und bei einer betriebswirtschaftlich rationellen Unternehmensführung notwendig waren. Auf Grund der verschiedenen betriebswirtschaftlichen Alternativen, die man bezüglich der Ermittlung der einzelnen Parameter an-

¹² Staudinger-Rieble, BGB, § 315, Rdn. 52

¹³ Zum Ganzen Büdenbender, EnWG, § 6, Rdn. 90.

wenden kann, ist dieses Konzept zwar im Kartellrecht anerkannt; jedoch wird es in der Praxis eher selten angewandt.¹⁴

Darüber hinaus lässt sich noch das Verbot des **Preisstrukturmissbrauchs** identifizieren, nach dem ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht legitimiert ist, einzelne Kundengruppen zu Lasten Anderer zu subventionieren. Insoweit soll eine kostenverursachungswidrige Preisbildung durchgesetzt werden. Wird ein solcher Verstoß festgestellt, so bedeutet dies im Wesentlichen eine unvertretbare Belastung einzelner Kundengruppen. Denn wegen seiner besonderen Marktstellung ist das marktbeherrschende Unternehmen in seiner Preisbildung insoweit nicht frei, als dass es einem Verbot der Quersubventionierung unterliegt.

Schließlich ergibt sich aus §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB das **Verbot der unbilligen Behinderung**, das auch Rechtsgrundlage für eine Preiskontrolle sein kann. Hiernach ist es den marktbeherrschenden Unternehmen verboten, Behinderungspraktiken einzusetzen, die sich auf ihre Kunden mit Blick auf die nachgelagerten Märkte auswirken¹⁵. Demnach muss es diesen Kunden möglich sein, angemessene wirtschaftliche Ergebnisse zu erzielen und dabei nicht unbillig behindert zu werden. Dies betrifft vor allem die Sachverhalte, in denen der Kunde des marktbeherrschenden Unternehmens auf die Leistungen dieses Unternehmens angewiesen ist und zugleich durch Inanspruchnahme dieser Leistungen in Wettbewerb mit Schwester- oder Tochterunternehmen des marktbeherrschenden Unternehmens tritt oder treten könnte.

Letztlich ist noch auf das **Diskriminierungsverbot** nach § 20 Abs. 1 GWB hinzuweisen. Es verpflichtet das marktbeherrschende Unternehmen nur zur Gleichbehandlung vergleichbarer Fälle. Erhebt das Unternehmen missbräuchlich überhöhte Preise gegenüber sämtlichen Vertragspartnern, so ist das Diskriminierungsverbot nicht verletzt. Eine Preishöhenkontrolle resultiert daraus nicht.

Die Preiskontrolle marktbeherrschender Unternehmen ist nur durchsetzbar durch die Kartellbehörden gemäß § 32 GWB und durch betroffene Unternehmen gemäß § 33 GWB.

III. Energierechtliche Preiskontrolle anhand von §§ 6, 6a EnWG, 12 BTOElt

Abschließend stellen sich noch §§ 6 und 6a EnWG sowie auf § 12 BTOElt als preisrechtliche Kontrollmechanismen für die Zugangsbedingungen zu Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen dar. Eine **Anwendbarkeit auf Fernwärmeversorgungsnetze scheidet** hier schon aufgrund §§ 1 und 2 Abs. 1 EnWG aus, nach denen das EnWG nur auf Elektrizität und Gas anzuwenden ist¹⁶.

¹⁴ *Büdenbender*, EnWG, § 6, Rdn. 91.

¹⁵ Zur unbilligen Behinderung von Konkurrenzanietern durch marktbeherrschende Energieunternehmen nach dem GWB, siehe *Büdenbender*, VEnergR Bd. 76, 1995, S. 230 ff.

¹⁶ *Tegethoff/Büdenbender/Klinger*, EnWG, § 2, Rdn. 2.

Einfallstor für eine preisrechtliche Kontrolle nach §§ 6, 6a EnWG ist der Umstand, dass Netzbetreiber anderen Unternehmen das Versorgungsnetz zu Bedingungen zur Verfügung zu stellen haben, die „guter fachlicher Praxis entsprechen“. Zu einer guten fachlichen Praxis zählen insbesondere auch angemessene Netznutzungsentgelte. Diese Schlussfolgerung lässt sich daraus ziehen, dass eine gute fachliche Praxis nur eingehalten wird, wenn die Preisbildung nicht im Widerspruch zu gesetzlichen Vorgaben steht, zu denen hier insbesondere auch §§ 19, 20 GWB gehören.¹⁷

Eine weitere energierechtliche Preiskontrolle resultiert für die Strompreise von Haushalten, Landwirtschaft und Gewerbe als Tarifpreise aus § 12 BTO/Elt. Sie ist als öffentliche Preiszulassungskontrolle im Sinne eines Preisgenehmigungsvorbehalts konzipiert und gilt weder für Gas- noch für Fernwärmepreise.

C. Bestandsaufnahme § 315 BGB

Anwendungsbereich und Reichweite von § 315 BGB werden entscheidend durch die Rechtsprechung geprägt. Insbesondere im Bereich von Energieversorgungsverträgen hat sich hierzu eine Judikatur herausgebildet, die den Anwendungsbereich der Norm über ihren Wortlaut hinaus ausdehnt. Diese ist Gegenstand von Kritik, die u.a. eine unscharfe Abgrenzung zwischen einer Inhaltskontrolle auf der einen Seite und der Billigkeitskontrolle auf der anderen Seite beanstandet, als auch die analoge Anwendung auf bestimmte Sachverhalte für systemwidrig hält.

In einer Bestandsaufnahme soll vor dem Hintergrund des Normzwecks zunächst die Systematik der Norm skizziert werden (**I.**), um darauf aufbauend den Anwendungsbereich des § 315 BGB unter Analyse der Rechtsprechung festlegen zu können (**II.**).

I. Systematik

1. Voraussetzungen und Rechtsfolgen

Gem. § 315 Abs. 1 BGB ist ein wirksamer Vertragsschluss, d.h. die Einigung über die essentialia negotii, zwingende Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Norm.¹⁸ Dabei erfolgt eine Einigung über einen wesentlichen Vertragsbestandteil nur derart, dass einem Vertragsteil zukünftig die Bestimmung einer Leistung obliegt. In Abgrenzung zu § 154 BGB liegt kein offener Dissens vor, da grundsätzlich Einigkeit besteht und eine Hauptleistung des Vertrages lediglich zeitlich später be-

¹⁷ Bienenbender, EnWG, § 6, Rdn. 87.

¹⁸ Dies folgt schon daraus, dass die Norm voraussetzt, dass ein Vertrag geschlossen wird; vgl. zum Vertragsschluss im Allgemeinen Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 29, Rdn. 17.

stimmt wird. § 315 Abs. 1 BGB hilft somit über eine sonst bestehende **Vertragslücke** hinweg.¹⁹

Nach **Abs. 1** hat die Leistungsbestimmung nur dann nach billigem Ermessen zu erfolgen, wenn keine Einigung über den Rahmen, in dem sich die Leistungsbestimmung zu halten hat, erzielt wurde. Denn nur "**im Zweifel**" ist anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. Folglich handelt es sich hierbei um eine **Auslegungsregel** des vertraglich vereinbarten Leistungsbestimmungsrechts, wonach das Leistungsbestimmungsrecht auf Grund mangelnder Regelung so zu treffen ist, dass es **billigem Ermessen** entspricht.

Gemäß **Abs. 2** hat die Leistungsbestimmung durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil zu erfolgen. Es handelt sich hierbei um ein **Gestaltungsrecht**, das durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber der anderen Vertragspartei ausgeübt wird.²⁰

Abs. 3 setzt in Satz 1 zunächst voraus, dass die Auslegungsregel des Abs. 1 Anwendung findet. Daraus ergeben sich sodann im Zusammenhang mit Satz 2 unterschiedliche Rechtsfolgen. In **Satz 1** wird bestimmt, dass die gemäß Abs. 2 getroffene Leistungsbestimmung nur dann Verbindlichkeit erlangt, wenn sie der Billigkeit entspricht. **Satz 2** ordnet darüber hinaus an, dass, sobald diese Bestimmung nicht der Billigkeit entspricht oder verzögert wird, sie durch Urteil getroffen werden kann (auf die konkreten Rechtsfolgen ist im Rahmen der weiteren Darstellung noch einzugehen). Das an sich vertraglich angelegte Gestaltungsrecht geht somit in diesen Fällen auf das Gericht über.

2. Einseitiges Leistungsbestimmungsrecht und Bestimmtheitsgebot

§ 315 BGB gestattet es, die Bestimmungen des Vertragsinhalts vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu lösen und auf den späteren Konkretisierungsakt der Leistungsbestimmung zu übertragen. Damit liegen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die essentialia negotii (noch) nicht vor. Insofern ist also der Vertragsinhalt für eine wirksame Einigung nicht bestimmt genug. Das Leistungsbestimmungsrecht selbst muss folglich hinreichend bestimmt sein, in dem es den zu konkretisierenden Regelungsgegenstand definiert, während das Gesetz dann mit der Auslegungsregel in § 315 Abs. 1 BGB für den Maßstab der Leistungsbestimmung weiterhilft.²¹ Bezüglich dieser grundlegenden Systematik des § 315 BGB besteht weitgehend Einigkeit.

¹⁹ Baur/Henk-Merten, VEnergR Bd. 107, 2003, S. 20; Münchener Kommentar – Gottwald, BGB, § 315, Rdn. 1.

²⁰ Münchener Kommentar – Gottwald, BGB, § 315, Rdn. 33.

²¹ Staudinger-Rieble, BGB, § 315, Rdn. 11.

3. Richterliche Entscheidung nach billigem Ermessen

Gemäß **Abs. 3** trifft das erkennende Gericht anstelle der Vertragsparteien eine eigene Ermessensentscheidung.²² Es handelt sich insoweit um ein "verstecktes" Gestaltungsurteil, dass dem Urteil nach § 287 Abs. 1 ZPO gleichsteht und somit einen Ausnahmefall des Zivilprozessrechts darstellt.²³

In dem Umfang, in dem die an sich gestaltungsberechtigte Vertragspartei über ein Gestaltungsermessen verfügt, steht dieses nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB auch dem Gericht zu. Darin liegt die rechtspolitische Besonderheit des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB und zugleich auch der Unterschied zu sonstigen Gestaltungsurteilen (z.B. Scheidungsurteile, §§ 1564 ff. BGB). Nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB üben diese Zivilgerichte nicht nur Rechtskontrolle aus, sondern praktizieren zugleich eine nur begrenzt rechtlich nachprüfbar Vertragsgestaltung.

II. Reichweite des Anwendungsbereichs in der bisherigen Rechtspraxis

§ 315 BGB ist als eine Präzisierung der (schuldrechtlichen) Bestimmtheitsanforderungen derart zu verstehen, dass durch die Bestimmbarkeit einer Leistung nach billigem Ermessen dem Bestimmtheitsanforderung genügt wird.²⁴ Er hat somit grundsätzlich allein die Funktion, die Bestimmtheit der geschuldeten Leistung zu konkretisieren.

Der Anwendungsbereich wurde aber durch die Rechtsprechung auf Fälle erweitert, in denen kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht vereinbart worden ist. Dies betrifft vor allem den hier zu untersuchenden Bereich der Billigkeitskontrolle von Preisen in Energieversorgungsverträgen. In diesem Bereich der sog. Daseinsvorsorge, in dem überwiegend Monopolisten die Versorgung der Bevölkerung und der Industrie vorgenommen haben, liegt nach herrschender Meinung einer der wesentlichen Anwendungsbereiche für § 315 BGB.²⁵

Um feststellen zu können, ob der Anwendungsbereich einer Norm überhaupt eröffnet ist, ist grundsätzlich die juristische Methodenlehre heranzuziehen. Hinsichtlich der zu § 315 BGB entwickelten Kasuistik ist die Anwendung methodisch in unterschiedlichen "Stufen" begründbar. Zunächst kommt eine direkte Anwendung selbstverständliche in allen Sachverhalten in Betracht, die dem Wortlaut unterfallen. Weiterhin gelangt man über eine ergänzende Vertragsauslegung zu einer An-

²² Münchener Kommentar-*Gottwald*, BGB, § 315, Rdn. 44.

²³ *Wieser*, BGB, § 315, Rdn. 6.

²⁴ So schon das Reichsgericht in JW 1912, S. 73.

²⁵ So auch der BGH NJW 1992, 171, 173; vgl. auch *Baur/Henk-Merten*, VEnergR Bd. 107, 200, S. 20, Fn. 19; *Staudinger-Rieble*, BGB, § 315, Rdn. 41.

wendung des § 315 BGB.²⁶ In Betracht kommen schließlich noch eine extensive²⁷ und eine analoge Anwendung²⁸ des § 315 BGB. Diese Auslegungsalternativen stehen in einem Stufenverhältnis zueinander. Unabhängig von der ergänzenden Vertragsauslegung kommt man erst zu einer analogen Anwendbarkeit einer Norm, wenn eine direkte Anwendung und die extensive Auslegung scheitern. Eine konsequente Berücksichtigung dieser juristischen Auslegungsprinzipien auch bei der Anwendung des § 315 BGB ist für eine rechtsstaatlich belastbare Normanwendung zwingend geboten.

Im Folgenden wird zunächst die Rechtsprechung zum allgemeinen Anwendungsbereich von § 315 BGB zusammengefasst (1.), um dann die Rechtsprechung in den Monopolbereichen ausführlich zu skizzieren (2.). Abschließend werden die Ansichten in der Literatur kurz dargestellt (3.).

1. Rechtsprechung zum allgemeinen Anwendungsbereich

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung entfaltet die gerichtliche Billigkeitskontrolle über den bloßen Wortlaut der Norm hinaus primär auch Schutzwirkung zu Gunsten der schwächeren Vertragspartei, insbesondere in den Bereichen, die von der allgemeinen AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB ausgenommen sind.²⁹ Die Rechtsprechung nimmt eine richterliche Inhaltskontrollbefugnis gegen den Missbrauch privatautonomer Gestaltungsmacht an. Der BGH begründet dies mit einem in § 315 BGB enthaltenen **Schutzgedanken**;³⁰ das BAG wendete vor diesem Hintergrund § 315 BGB zur Einschränkung des Arbeitgebers hinsichtlich seines Direktionsrechts an;³¹ auch das BVerfG zählt § 315 BGB zu den "zivilrechtlichen Generalklauseln, die als Übermaßverbote wirken" und so eine Beachtung der staatlichen Schutzpflicht vor dem Missbrauch der Privatautonomie ein "Einfallstor" im Privatrecht ermöglichen.³²

²⁶ Dies gilt insbesondere für die Fälle der sog. Interimsversorgung, bei denen das EVU trotz eines abgelaufenen Vertrages die Lieferung nicht einstellt und es somit zu einem faktischen Lieferverhältnis kommt, vgl. dazu *Büdenbender*, ZIP 1999, 1469, 1474; zur Methodik der ergänzenden Vertragsauslegung bei Regelungslücken im Vertrag, vgl. *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 33, Rdn. 9-11.

²⁷ Eine solche Auslegung von Gesetzen liegt immer dann vor, wenn der zu untersuchende Sachverhalt nur unter den Randbereich des möglichen Wortsinns der jeweiligen Norm subsumiert werden kann, vgl. zur Begriffsbedeutung *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 353-356.

²⁸ Zum Begriff und den Voraussetzungen der Analogie vgl. unter D. III.

²⁹ Es ist davon auszugehen, dass die Ausnahme von Fernwärme-"Sonder"-Kundenverträgen von der Inhaltskontrolle nach §§ 308, 309 BGB gem. § 310 Abs. 2 BGB ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers darstellt. Denn in der Fernwärmeversorgung wird ausweislich der AVBFernwärmeV nicht zwischen Tarif- und Sonderkunden unterschieden. Dieses Versehen kann dadurch erklärt werden, dass hier eine nicht reflektierte Übertragung der Regelungen zur Strom- und Gasversorgung auf die Fernwärmeversorgung vorgenommen wurde.

³⁰ BGHZ 38, 183, 186.

³¹ BAG NZA 1997, 623.

³² BVerfGE 81, 242, 256.

Der BGH hat vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes insbesondere auch seine rechtsfortbildende Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen auf diese Norm gestützt.³³ Über den Wortlaut von § 315 BGB hinaus beschränkt der BGH dabei seine Kontrolle nicht bloß auf eine Billigkeitskontrolle, sondern nimmt vielmehr eine **Inhaltskontrolle** vor.³⁴ In ständiger Rechtsprechung³⁵ begründet der BGH diese Auslegung mit dem "Schutzgedanken" des § 315 BGB (s.o.).³⁶ In einem jüngeren Urteil führt der BGH dazu aus:

"[...] Den Belangen des Kunden, der die Preisbestimmung für unbillig hält und ein schutzwürdiges Interesse daran hat, lediglich den tatsächlich geschuldeten Preis zahlen zu müssen, kann nur dadurch hinreichend Rechnung getragen werden, dass es ihm gestattet wird, sich gegenüber dem Leistungsverlangen des Versorgungsunternehmens entsprechend dem in § 315 Abs. 3 BGB enthaltenen Schutzgedanken auf die Unangemessenheit und damit Unverbindlichkeit der Preisbestimmung zu berufen und diesen Einwand im Rahmen der Leistungsklage zur Entscheidung des Gerichts zu stellen."³⁷

Vor diesem Hintergrund überprüft die Rechtsprechung u.a. sowohl einseitig festgesetzte Vergütungen, das Direktionsrecht des Arbeitgebers (bevor dieses in § 106 GewO aufgenommen wurde) als auch Preisanpassungs- und Zinsänderungsklauseln bzw. Wertsicherungsklauseln.³⁸

2. Zum Anwendungsbereich in "Monopolsituationen und der Daseinsvorsorge"

Unabhängig vom gesetzlich geregelten Fall eines vertraglich vereinbarten Leistungsbestimmungsrechts erkennt die ständige Rechtsprechung auch die (z.T. **analoge**) Anwendung der Vorschrift im Bereich nur **faktischer Bestimmungsrechte** an. Im Wesentlichen gilt dies hinsichtlich in allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelter Tarife von "Monopolunternehmen" im Zusammenhang mit der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge.³⁹

³³ BGHZ 38, 183, 186.

³⁴ So vor allem im Vereins- und Gesellschaftsrecht, vgl. dazu Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 315, Rdn. 2; kritisch hierzu Münchener Kommentar – *Gottwald*, BGB, § 315, Rdn. 9.

³⁵ Vgl. dazu auch die Rspr. Unter C II 2.

³⁶ BGHZ 38, 183, 186.

³⁷ BGH NJW 2003, 3131, 3132; Hervorhebungen vom Verfasser.

³⁸ So auch die Darstellung bei Münchener Kommentar – *Gottwald*, BGB, § 315, Rdn. 16-26; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 315, Rdn. 9.

³⁹ Kritisch zusammenfassend Staudinger-*Rieble*, BGB, § 315, Rdn. 41 ff.

a. Entscheidungen zu Energieversorgungsverträgen

Die Mehrzahl der Entscheidungen zu Verträgen über Leistungen in der Daseinsvorsorge ist im Bereich der Energieversorgungsverträge ergangen. Das ist darauf zurückzuführen, dass zum einen die Energieversorgung traditionell zu Leistungen der Daseinsvorsorge zu zählen ist⁴⁰ und die Energieversorgungsmärkte sowohl faktisch als auch rechtlich bis 1998 als Monopolmärkte ausgestaltet waren bzw. es zum Teil noch sind. Zum anderen ergänzen in den meisten Versorgungsmärkten Allgemeine Versorgungsbedingungen (**AVB**) und in der Elektrizitätswirtschaft die Bundestarifordnung (BTOElt) den vertraglichen Rahmen in der Tarifikundenversorgung. Vor diesem Hintergrund hat sich eine gerichtliche Billigkeitskontrolle vor allem der Preise für die Energielieferung anhand von § 315 BGB herausgebildet.

Im Folgenden gilt es genau zu differenzieren, welche Rahmenbedingungen in den einzelnen Fallgestaltungen vorgelegen haben, um die Aussagen der Rechtsprechung, vor allem des BGH, einordnen zu können. Hierbei soll insbesondere auch herausgestellt werden, inwieweit streitige Tarife einem administrativen Preisregime (z.B. einer behördlichen Genehmigung nach § 12 Abs. 1 BTOElt n.F. bzw. § 12 a BTOElt a.F.) unterlagen⁴¹.

Es sind verschiedene Fallgestaltungen bzw. Kategorien auseinander zu halten. Zum einen ist nach der jeweiligen **Kundengruppe** zu unterscheiden; denn es sind sowohl zur Sonderkundenversorgung (**aa.**) als auch zur Tarifikundenversorgung (**bb.**) Entscheidungen ergangen. Der wesentliche Unterschied dieser Gruppen liegt darin, dass den Tarifikundenverträgen im Strombereich die allgemeinen (genehmigten) Versorgungsstarife nach BTOElt (vgl. §§ 1 Abs. 1, 12 Abs. 1 BTOElt (n.F.) i.V.m. § 6 EnWG) zugrunde liegen, während dies bei Sonderkundenverträgen mangels Geltung der BTOElt nicht der Fall ist⁴².

Zum anderen können innerhalb der Fallgestaltungen unterschiedliche Sachverhalte identifiziert werden. Hier sind vor allem die sog. "**Interimsfälle**" (**cc.**) zu nennen, bei denen ein Versorgungsvertrag zwischen dem Energieversorgungsunternehmen (**EVU**) und dem Kunden gerade nicht bestand bzw. beendet wurde, jedoch die faktische Lieferung der Energie nicht eingestellt wurden.

Ergänzend wird ausgewählte unterinstanzliche Rechtsprechung zur Elektrizitätsversorgung kurz skizziert (**dd.**), die eine Bestätigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung vor Augen führt und z.T. diese sogar ausweitet. Diesbezüglich werden auch die Tendenzen der neueren Instanzgerichtsrechtsprechung zu Stromlieferverträgen dargestellt, die die Unanwendbarkeit von § 315 BGB annimmt (**ee.**).

⁴⁰ Vgl. dazu – statt vieler – Löwer, S. 117 ff.

⁴¹ Umfassend zur Preisaufsicht nach BTOElt und BTOGas siehe Büdenbender, VEnergR Bd. 76, 1995, S. 199 ff.

⁴² Büdenbender, VEnergR Bd.76, 1995, S.199.

Abschließend wird noch die Grenze des vom BGH entwickelten Anwendungsbereiches des § 315 Abs. 3 BGB anhand einer Entscheidung zu Individualvereinbarungen aufgezeigt (**ff.**).

aa. Billigkeitskontrolle von Sonderkundenverträgen

Die maßgeblichen Entscheidungen vor allem zur Stromversorgung sind zu Sonderkundenverträgen ergangen, bei denen die Judikatur grundsätzlich die Anwendbarkeit des § 315 BGB bejaht.

(a) RGZ 111, 310 (Stromliefervertrag mit Sonderkunden)

In einer frühen Entscheidung ist vom RG die Billigkeitskontrolle von Tarifen eines Sonderabnehmervertrages anhand von § 315 Abs. 3 BGB vorgenommen worden.

Dem lag zu Grunde, dass ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen (**EVU**) an einen Sonderabnehmer Strom geliefert hatte, dieser aber die Angemessenheit der Tarife im Prozess bestritt. Die **Strompreise** wurden zuvor nach Anhörung einer Kommission **administrativ festgesetzt** und in den Amtsblättern bekannt gemacht. Der Kunde **widersprach** diesen **Tarifänderungen** mehrfach.

In den **Gründen** stellt das Reichsgericht zunächst entscheidend auf die vorliegende Versorgungssituation ab, die durch ein örtliches **Versorgungsmonopol** gekennzeichnet war. Das RG führt dazu aus, dass derjenige, der von einem städtischen Elektrizitätswerk Strom beziehen wolle, sich den Allgemeinen Lieferungsbedingungen und den einheitlich für alle Stromabnehmer festgesetzten Preisen unterwerfen müsse, da keine Alternative zu dem jeweiligen EVU bestünde. Der **Widerspruch** des Kunden gegen die Tarifänderungen ist nach Ansicht des RG **unbeachtlich**, da der Kunde auch von dem Strombezug hätte Abstand nehmen können, nachdem ihm das EVU trotz Widerspruchs weiterhin den Anschluss nicht gesperrt hatte. Indem der Kunde aber den Strom weiter bezog, habe er aber mit dem EVU zu den veröffentlichten Preisen kontrahiert. Sein Widerspruch sei daher nur eine "protestatio facto contraria" und somit unbeachtlich.

Zu § 315 BGB führt das RG am Ende der Entscheidung nur kurz aus, dass hier die Preise aus bestimmten Gründen nicht unbillig seien. Das RG musste daher keine Ausführungen zu den Voraussetzungen für eine Anwendbarkeit des § 315 BGB machen.

(b) BGH BB 1971, 1175 = WuW/E 1195 (Stromlieferung an Sonderkunden ohne Einigung)

In diesem zentralen Urteil zur Preisgestaltung bei **Sonderabnehmerverträgen** über Stromlieferungen wandte der BGH §§ 315, 316 BGB analog an.

In dem hier zu Grunde liegenden Sachverhalt hatte ein Sondervertragskunde eines EVU den Allgemeinen Vertragsbedingungen, die dem Strombezugsverhältnis zu Grunde liegen sollten, widersprochen. Trotz dieses Widerspruchs bezog der Stromkunde von dem EVU weiterhin Strom.

In seiner Begründung führt der BGH zunächst aus, dass sich die Parteien zwar nicht über die Modalitäten des Strombezugs geeinigt hätten, der Kunde jedoch gleichwohl Strom bezogen hätte. Zwar läge hier ein Sonderabnehmervertrag vor, auf den die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über das Zustandekommen eines Energielieferungsvertrages trotz Widerspruch des Abnehmers gegen den tariflich festgesetzten Preis nicht zur Anwendung kämen. Dies schließe auch die Annahme aus, dass die Preise Inhalt eines Vertrages zwischen den Parteien geworden seien, nur weil der Kunde weiterhin Strom bezogen habe. Um diese Vertragslücke (keine Einigung über den Preis) zu schließen, bezieht sich der BGH auf die Ausführungen der Vorinstanz, die wiederum an die Gedankengänge des BGH-Urteils zu Milchkaufpreisen anknüpft.⁴³

Das Gericht leitet aus den Umständen und den Vertragsverhandlungen her, dass die Parteien ihre Beziehungen als vertraglich betrachten und nicht in einem vertragslosen Zustand handeln wollten. Ungeachtet der mangelnden Einigung über den Preis sei daher entgegen der Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB jedenfalls im Übrigen ein Energielieferungsvertrag zustande gekommen. Die verbleibende Vertragslücke sei gemäß den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen auszufüllen. Denn der Stromkunde könne hier, wenn er nicht auf den Strombezug insgesamt verzichten wolle, elektrische Energie nur von diesem EVU beziehen. Diese Zwangssituation ergebe sich aus dem bestehenden Gebietsschutzvertrag. Für das EVU ergebe sich sogar ein echter **Kontrahierungszwang** aus § 6 Abs. 1 EnWG (a.F.), der auch gegenüber Sonderabnehmern gelte. Auf Grund dieser Situation könne die entstandene Vertragslücke durch eine entsprechende Anwendung des § 315 BGB geschlossen werden. Denn jedenfalls führe die entsprechende Anwendung des § 316 BGB hinsichtlich des Strompreises im Ganzen zum Bestimmungsrecht des EVU, da bei den vorstehend gekennzeichneten Beziehungen vertraglicher Art eine Anwendung von § 316 BGB geboten und das EVU diejenige Vertragspartei sei, die die Gegenleistung für ihre Stromlieferung zu fordern habe. Tragendes Motiv dieser BGH-Entscheidung ist somit das Ziel, eine Abwicklung des Strombezugs nach Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) zu verhindern.

Zum Maßstab der Billigkeitskontrolle führt der BGH hier noch aus, dass eine Prüfung und Abwägung der wirtschaftlichen Interessen der Parteien zu erfolgen habe. Das Ziel dieser Prüfung sei nicht die Ermittlung eines gerechten Preises von Amts wegen, sondern vielmehr die Feststellung, inwieweit die getroffene Bestimmung sich noch in den Grenzen der Billigkeit halte.⁴⁴

bb. Billigkeitskontrolle von Tarifikundenverträgen

Zur Anwendbarkeit auf Tarifikundenverträge sind bisher nur wenige Entscheidungen ergangen. Der BGH nimmt auch in diesen Sachverhalten eine Erweiterung des Anwendungsbereichs über den Wortlaut des § 315 BGB hinaus vor.

⁴³ Verweis auf BGHZ 41, 271, 273-276.

⁴⁴ Unter Bezugnahme auf BGHZ 41, 271.

(a) **BGH NJW 1987, 1828** (AVBGasV – Baukostenzuschüsse und Hausanschlusskosten)

In dieser häufig zitierten Entscheidung des BGH setzt er sich zunächst mit der AVBGasV auseinander. Dabei ging es um die im Rahmen eines Gaslieferungsvertrags pauschal zu zahlenden Baukostenzuschüsse und Hausanschlusskosten gemäß §§ 9 Abs. 4 und 10 Abs. 5 Satz 2 AVBGasV. Diese Kosten wurden nach dem zu Grunde liegenden Sachverhalt in den "Ergänzenden Bestimmungen" zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen für Tarifikunden geregelt und der Auftragsbestätigung des GasVU beigelegt. Diese **Preise** waren zuvor von der Stadtverordnetenversammlung **festgesetzt** worden.

Der BGH sah in den "Ergänzenden Bestimmungen" Allgemeine Geschäftsbedingungen, die wirksam in den Vertrag mit einbezogen worden seien. Damit sei auch eine Vereinbarung über den Preis getroffen worden. Dieses sei aber gerade keine Individualvereinbarung. Das Gericht verneinte hinsichtlich der Kontrolle der Höhe der Kostenpauschalen die Anwendbarkeit der §§ 9 bis 11 AGB-Gesetz (a.F.). Es verwies anstelle dessen aber auf § 315 Abs. 3 BGB. Der BGH führte dazu aus, dass § 8 AGB-Gesetz (a.F.) einer Preiskontrolle hier nicht entgegenstünde und die Preisgestaltung durch städtische Versorgungsunternehmen grundsätzlich von einer Kontrolle gemäß § 315 Abs. 3 BGB erfasst sei. Darüber hinaus seien Tarife von Unternehmen, die **Leistungen der Daseinsvorsorge** anböten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfall **angewiesen** sei, grundsätzlich einer Billigkeitskontrolle unterworfen. Der BGH verweist ferner auf das Schrifttum, das eine Kontrolle von einseitig festgesetzten Preisen jedenfalls dann annehme, wenn der AGB-Verwender in seinem Leistungsbereich eine rechtliche oder tatsächliche **Monopolstellung** besäße, so dass der andere Teil mit dem Verwender kontrahieren müsse. Der BGH nennt als Beleg für seine ständige Rechtsprechung das Urteil des RG (RGZ 111, 310) und das Urteil des BGH zu "Krankenhaustarifen" (BGHZ 73, 114).

(b) **BGH NJW 2003, 1449 = RdE 2003, 188** (Stromversorgung von Tarifikunden)

In dem hier vorliegenden Urteil bestätigte der BGH die Vorinstanzen insofern, als dass er die Anwendbarkeit von § 315 BGB auf **Stromversorgungsverträge mit Tarifikunden** anwendet. Zum Anwendungsbereich des § 315 BGB äußert er sich nicht explizit, sondern stellt lediglich fest, dass die Ausführungen des Berufungsgerichts⁴⁵ zutreffend gewesen sind. Das Kammergericht als Berufungsgericht bezieht sich in seiner Urteilsbegründung hinsichtlich der Anwendbarkeit von § 315 BGB im wesentlichen wiederum auf die Ausführungen der ersten Instanz.⁴⁶

In dem Fall ging es um einen Privatkunden, der von dem Elektrizitätsversorgungsunternehmen Strom zu den vom Land Berlin genehmigten Privatkundentarifen bezog und der Auffassung war,

⁴⁵ KG RdE 2002, 243.

⁴⁶ LG Berlin RdE 2002, 190.

dass diese Tarife unbillig seien. Der Tarifikunde forderte nun in einem **Rückforderungsprozess** die von ihm (nicht unter Vorbehalt) zuviel bezahlten Entgelte zurück. Die erste Instanz (LG Berlin), auf die das Berufungsgericht wie auch der BGH Bezug nehmen, führte zur Anwendbarkeit des § 315 BGB aus, dass dieser grundsätzlich auch auf Tarifverträge von Unternehmen der Daseinsvorsorge anwendbar sei. Dies sei insbesondere deswegen der Fall, weil die Tarife nicht im Einzelnen ausgehandelt worden seien, sondern von den Unternehmen einseitig bestimmt werden könnten.⁴⁷ Das LG Berlin verweist in seinem erstinstanzlichen Urteil hinsichtlich der Anwendung des § 315 BGB auf die Entscheidung des BGH zu Krankenhauspflegesätzen (BGHZ 73, 114). Weitere Ausführungen hierzu machte das LG Berlin nicht.

Im Ergebnis wies der BGH die Einwände des Tarifikunden gegen die Preishöhe nur deswegen zurück, weil dieser die Darlegungs- und Beweislast für eine Unbilligkeit der Tarife des Energieversorgungsunternehmens trage. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn, wie hier, der Tarifikunde seine Ansprüche in einem Rückforderungsprozess geltend mache. Dabei sei vor allem aber zu beachten, dass der Tarifgenehmigung nach BTOElt eine Indizwirkung für die Billigkeit bzw. Angemessenheit der Versorgungstarife zugute komme.

(c) **BGH NJW 2003, 3131** (Wasserversorgung eines Tarifikunden ohne ausdrücklichen Vertragsschluss)

In seinem Urteil vom 30. April 2003 nimmt der BGH im Wesentlichen zu der Frage Stellung, inwieweit § 30 Nr. 1 AVBWasserV eine Geltendmachung der Unbilligkeit der Tarife eines Wasserversorgungsunternehmens gemäß § 315 BGB ausschließt. Dennoch macht der BGH auch Ausführungen zum Anwendungsbereich des § 315 BGB.

In dem Rechtsstreit ging es um einen Eigentümer von mit Mehrfamilienhäusern bebauten Grundstücken, die von einem Wasserversorgungsunternehmen mit Wasser beliefert wurden. Der Eigentümer äußerte mehrfach gegenüber dem Wasserversorgungsunternehmen, dass er nicht bereit sei, mit ihm einen Vertrag über die Wasserversorgung abzuschließen. Es sollte ein Direktbezug der Mieter erfolgen. Es wurde somit auch kein schriftlicher Wasserlieferungsvertrag geschlossen, dennoch lieferte das Wasserversorgungsunternehmen gemäß seiner Versorgungsbedingungen Wasser.

Zunächst äußerte sich der BGH zum Vertragsschluss. Hierbei verwies er auf die Grundsätze zum Vertragsschluss durch konkludentes, sozialtypisches Verhalten im Rahmen der **Daseinsvorsorge**. Hierbei nimmt der BGH auf seine ständige Rechtsprechung Bezug, wonach derjenige, der aus einem Verteilungsnetz eines Versorgungsunternehmens Elektrizität, Gas, Wasser oder Fernwärme entnehme, das Angebot zum Abschluss eines entsprechenden Versorgungsvertrages konkludent annehme. Die Erklärung, der Kunde wolle mit dem Unternehmen keinen Vertrag schließen, sei unbe-

⁴⁷ RdE 2002, 190.

achtlich, da dies im Widerspruch zu seinem eigenen tatsächlichen Verhalten stehe. Es sei somit ein Versorgungsvertrag zustande gekommen.

Im Folgenden äußert sich der BGH nicht explizit dazu, ob § 315 Abs. 3 BGB überhaupt anwendbar ist und subsumiert auch nicht die Voraussetzungen einer solchen Anwendbarkeit. Der BGH musste hierzu auch keine Stellung nehmen, da das Berufungsgericht eine rechtsfehlerfreie Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB vorgenommen hatte.

Er äußerte sich insofern zu § 315 BGB nur unter dem Gesichtspunkt, inwieweit § 30 AVBWasserV die Nachprüfung der Billigkeit der Tarife ausschließt. Hier führt der BGH aus, dass, wenn es einer Partei überlassen sei, die nach billigem Ermessen zu treffende Bestimmung der Gegenleistung vorzunehmen, die bei einem Vertrag normalerweise bestehende Gewissheit über Inhalt und Umfang der Leistung entfalle, welche aus der Einigung der Partei hierüber folgt. Den Belangen des Kunden, der die Preisbestimmung für unbillig halte und ein schutzwürdiges Interesse daran habe, lediglich den tatsächlich geschuldeten Preis zahlen zu müssen, müsse hinreichend Rechnung getragen werden. Daher werde es ihm gestattet, sich gegenüber dem Leistungsverlangen des Versorgungsunternehmens entsprechend dem in § 315 Abs. 3 BGB enthaltenen **Schutzgedanken** auf die Unangemessenheit und damit Unverbindlichkeit der Preisbestimmung zu berufen und diesen Einwand im Rahmen der Leistungsklage zur Entscheidung des Gerichts zu stellen. Da das Berufungsgericht es versäumt hatte, die Billigkeit der Tarife zu prüfen, verwies der BGH den Rechtsstreit unter Hinweis über die Rechtsfehlerhaftigkeit dieser Ansicht an das Berufungsgericht zurück. Dieses hat nun die Billigkeit der Tarife zu prüfen.

cc. Billigkeitskontrolle von Interimsverhältnissen

Die sog. Interimsverhältnisse, bei denen ein gekündigter Versorgungsvertrag fortgeführt wird oder ein Sonderkunde ohne eine schuldrechtliche Einigung dennoch beliefert wird, stellen Ausnahmefälle dar. Diese Fallgestaltungen können daher nicht generalisierend auf Fernwärmeversorgungsverträge übertragen werden. Dennoch kommt dieser Fallgruppe eine wesentliche Bedeutung in der Rechtsprechung zu. Im übrigen nimmt der BGH diesbezüglich in seinen Urteilsgründen auch zu grundsätzlichen Fragen betreffend § 315 BGB Stellung. Daher soll im Folgenden auf diese Entscheidungen eingegangen werden.

(a) BGH NJW 1983, 1777 = WM 1983, 1105 (Gekündigter Stromliefervertrag mit Verteilerunternehmen)

Bei dieser Entscheidung lag ein ähnlicher Sachverhalt zu Grunde wie in der zuvor besprochenen Entscheidung zu Sonderabnehmerverträgen in BB 1971, 1175.⁴⁸ Der wesentliche Unterschied im Sachverhalt lag hier darin, dass der durch Gebietsabsprachen abgesicherte Stromlieferant mit dem

⁴⁸ Vgl. oben unter 2. a. aa. (b).

Verteilerunternehmen bereits einen Sonderabnehmervertrag geschlossen hatte. Jedoch kündigte das zuliefernde EVU diesen Vertrag, gleichwohl belieferte es weiterhin das Verteilerunternehmen mit Strom. Die hierfür angesetzten Preise standen hier im Streit.

Der BGH betonte in diesem Fall hinsichtlich des Vorliegens eines Energielieferungsvertrages, dass sich generell bei Energielieferungsverträgen die Parteien nicht in einem vertragslosen Raum bewegten, wenn sie im beiderseitigen Willen den Leistungsaustausch fortsetzten. Auch wenn keine Einigung über den Strompreis erzielt worden sei, sei es in diesen Fällen regelmäßig so, dass wegen der bestehenden Gebietsschutzabsprachen gleichwohl Strom geliefert und abgenommen würde. Daher sei entgegen der Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht anzunehmen, dass die Parteien als Lieferant und Abnehmer in einem vertragslosen Zustand bleiben wollten und nur nach Bereicherungsrecht das Lieferverhältnis abwickeln wollten. Denn die §§ 812 ff. BGB seien für die Abwicklung von beiden Parteien gewollten und faktisch bereits bestehenden Dauerbeziehungen **ungeeignet**.⁴⁹ Es sei daher in derartigen Fällen regelmäßig davon auszugehen, dass ein Sonderabnehmervertrag zustande gekommen und das Versorgungsunternehmen in entsprechender Anwendung der §§ 315, 316 BGB berechtigt sei, nach billigem Ermessen die Höhe des Strompreises zu bestimmen.⁵⁰

Der BGH wendet hier §§ 315, 316 BGB ebenso wie in der zuvor skizzierten Entscheidung an und stellt dabei auch heraus, dass ein grundlegender Unterschied zwischen diesen beiden Entscheidungen bestehe. Denn in der Entscheidung BB 1971, 1175 sei der Vertrag von Anfang an nicht zustande gekommen. Der BGH verweist jedoch darauf, dass in beiden Fällen trotz Fehlens einer Einigung über den Preis die Stromlieferungen im gegenseitigen Einverständnis erfolgt seien und das Bereicherungsrecht in jedem der Fälle zur Abwicklung der entstandenen Dauerbeziehung ungeeignet sei. Es sei daher eine vertragliche Bindung der Parteien zu bejahen.

(b) BGH NJW-RR 1992, 183 = RdE 1992, 74 (Stromlieferung an Weiterverteiler trotz Kündigung)

In dem hier zu entscheidenden Fall hat der BGH §§ 315, 316 BGB ebenfalls auf die Preisbestimmung eines Stromlieferanten in einem sog. **Interimsverhältnis** angewandt. Dem lag zu Grunde, dass ein Stromlieferant, der Strom an einen Weiterverteiler auf Grund eines Vertragsverhältnisses geliefert hat, dieses Vertragsverhältnis kündigte, ungeachtet dessen aber den Weiterverteiler weiterhin belieferte, ohne eine Absprache über den Preis getroffen zu haben.

Der BGH stellte in seinen Entscheidungsgründen fest, dass es sich um ein sog. Interimsverhältnis handele, da der frühere Stromliefervertrag ausgelaufen sei. Demnach habe der Stromlieferant ent-

⁴⁹ Unter Verweis auf BGHZ 41, 271, 275.

⁵⁰ Unter Verweis auf BGH BB 1971, 1175.

sprechend §§ 315, 316 BGB das Recht, die Höhe des Strompreises nach billigem Ermessen zu bestimmen. Hierbei verweist er auf die insofern herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur.⁵¹ Weitere Ausführungen zum Anwendungsbereich des § 315 BGB im Hinblick auf die generelle Anwendbarkeit wurden vom BGH hier nicht vorgenommen.

Im Wesentlichen nahm der BGH in diesem Urteil zum **Maßstab der Bestimmung der Entgelte** anhand von § 315 BGB Stellung. Insbesondere machte er Ausführungen zum Grundsatz der Preiswürdigkeit und dessen Berücksichtigung in Interimsverhältnissen. Darüber hinaus nahm er zum Verhältnis von § 315 BGB zu §§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB und 22 Abs. 4 Nr. 2, Nr. 3 bzw. 26 Abs. 2 GWB Stellung und betonte die Anwendbarkeit von § 315 Abs. 3 BGB neben dem Kartellrecht.

dd. Unterinstanzliche Bestätigung der BGH-Rechtsprechung

Im Folgenden sollen einige ausgewählte Urteile von Instanzgerichten zur Anwendbarkeit des § 315 BGB im Rahmen von Stromlieferverträgen skizziert werden, die die Rechtsprechung des BGH bestätigen.

(a) OLG Celle NJW-RR 1993, 630 (Stromversorgung von Tarifkunden)

Das OLG Celle entschied in einem Fall, in dem ein landwirtschaftlicher Großbetrieb tariflich von einem EVU versorgt wurde, § 315 BGB gemäß der Rechtsprechung des BGH⁵² anzuwenden. Auch greift das OLG Celle die Argumentation des BGH auf, dass die behördliche Genehmigung der Stromversorgungstarife einer Nachprüfung nach § 315 BGB nicht entgegenstünden. Im weiteren Verlauf äußert sich das OLG Celle dezidiert zu den Anforderungen, die im Rahmen der Bestimmung billiger Entgelte zu beachten sind.

(b) AG Bad Neuenahr-Ahrweiler, NJW 1998, 2540 (Stromversorgung von Tarifkunden)

Dem Urteil des AG Bad Neuenahr-Ahrweiler lag ein Sachverhalt zu Grunde, in dem ein wirksamer **Stromliefervertrag** mit einem **Tarifkunden** und die daraus entstehende Zahlungspflicht den Streitgegenstand bildete. Der Tarifkunde weigerte sich, den Strompreis in voller Höhe zu zahlen.

Das AG wendet auf diesen Fall explizit die höchstrichterliche Rechtsprechung zu Tarifen für Leistungen der Daseinvorsorge und damit § 315 BGB an.⁵³ Es führt ausdrücklich aus, dass das EVU eine tatsächliche **Monopolstellung** innehatte und die Tarifkunden regelmäßig darauf angewiesen seien, mit diesem Unternehmen zu den vorgegebenen Tarifen zu kontrahieren. Dies sei genau die

⁵¹ BB 1971, 1175, NJW 1983, 1777.

⁵² Unter Verweis auf BGHZ 73, 114; BGH WM 1978, 1097.

⁵³ Unter Verweis auf BGH NJW-RR 1992, 183; NJW 1987, 1828; OLG Celle NJW-RR 1993, 630.

Situation, auf die der hinter dem § 315 BGB stehende Schutzgedanke abstelle. Das AG führt weiterhin aus, dass die Rechtsprechung des BGH zu § 315 BGB auf Tarifikundenverträge anwendbar sei und lediglich die sog. Interimsverhältnisse betreffe.

Darüber hinaus stellt das AG (ähnlich wie KG, RdE 2002, 243 und BGH, RdE 2003, 188) ausführlich dar, dass § 12 BTOElt insbesondere im Hinblick auf die Billigkeit der Tarife und die Darlegungs- und Beweislast zu berücksichtigen sei. Die Berücksichtigung insbesondere der hiermit im Zusammenhang stehenden behördlichen Genehmigung der Tarife wirkt sich nach Ansicht des AG auf die Darlegungs- und Beweislast für eine etwaige Billigkeit der Stromtarife insofern aus, als dass regelmäßig von einer Ordnungsmäßigkeit des behördlichen Genehmigungsverfahrens mit entsprechend sachkundiger Beurteilung der Problematik auszugehen sei. Daher treffe im Regelfall hinsichtlich etwaiger Mängel des Genehmigungsverfahrens und damit einhergehender Zweifel an der Billigkeit des Stromtarifs die Darlegungs- und Beweislast zunächst den Tarifikunden.

(c) OLG München NJW-RR 1999, 421 (Interimsverhältnis – Sonderkunde)

In diesem Urteil wandte auch das OLG München §§ 315, 316 BGB entsprechend auf einen Sachverhalt an, bei dem ein **Sonderkundenvertrag** durch das EVU gekündigt wurde, der Sonderabnehmer einem neuen Vertragsschluss aber nicht zustimmte. Die Strombelieferung wurde gleichwohl fortgesetzt und das EVU forderte den Tarifikundenpreis unter Berufung auf die Eigenschaft des Abnehmers als Tarifikunde.

Das OLG München ließ es offen, ob hier eine rechtswirksame Kündigung ausgesprochen wurde, da diese an der Grundlage für eine Preisberechnung des EVU nichts ändere. Die Partei sei auch dann, wenn die Kündigung rechtswirksam gewesen sei, als Sonderabnehmer anzusehen. Durch die Weiterbelieferung nach Kündigung sei nämlich ein faktisches Vertragsverhältnis entstanden, bei dem das EVU in entsprechender Anwendung von §§ 315, 316 BGB berechtigt sei, nach billigem Ermessen die Höhe des Strompreises zu bestimmen.⁵⁴

(d) KG RdE 2002, 243

In diesem schon angesprochenen Fall bestätigte das KG die Anwendbarkeit von § 315 BGB auf genehmigte Strompreise (§ 12 BTOElt). Gerade deren Charakter als Höchstpreise (§ 12 Abs. 5 BTOElt) erfordere eine unternehmerische Entscheidung nach § 315 Abs. 1 BGB, ob der Höchstpreis ausgeschöpft werde. Der Tarifgenehmigung misst das KG eine Indizwirkung bezüglich der Billigkeit nach § 315 Abs. 3 BGB zu, was Konsequenzen für die Darlegungs- und Beweislast des Stromverbrauchers bezüglich einer Unbilligkeit hat. Dies gelte vor allem für einen Rückforderungsanspruch wegen zunächst voll gezahlter Preise.

⁵⁴ NJW-RR 1999, 421, 422; unter Verweis auf BGH NJW 1983, 1777.

ee. Neue Entwicklungstendenzen der instanzgerichtlichen Rechtsprechung

Jüngste Entscheidungen der unterinstanzlichen Gerichte lassen eine neue Entwicklung der Rechtsprechung erkennen, die sich – ohne dem BGH zu widersprechen – in der Energieversorgung gegen eine Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB ausspricht.⁵⁵

(a) LG Magdeburg RdE 2005, 22 (Stromlieferungsvertrag mit Sonderkunde)

In diesem Urteil vom 01. Juli 2004 lehnte das Landgericht Magdeburg in einem Rückforderungsprozess eines Sondervertragskunden die Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB ab.

Der Sonderkunde hatte in diesem Fall einen "All-Inclusive-Vertrag" mit einem Stromversorger abgeschlossen, der einen Gesamtfestpreis auswies und bis zum 31. Dezember 2003 befristet war. Nach dem Vertragsschluss bot das EVU Preissenkungen an, die von dem Kunden auch akzeptiert wurden. Diese Preise stellte das stromabnehmende Unternehmen später zur gerichtlichen Überprüfung, mit dem Hinweis, dass sie nicht nach billigem Ermessen kalkuliert worden seien und ihm daher ein Rückzahlungsanspruch zustehe. Die Zweifel an der Angemessenheit des an den Stromversorger gezahlten Entgeltes leitete der Kunde dabei ausschließlich aus einer angeblich missbräuchlichen Überhöhung des im Gesamtpreis enthaltenen Kostenfaktors "Netznutzungsentgelt" her.

Das LG Magdeburg bestätigte zwar die ständige Rechtsprechung des BGH zur zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle der Entgelte von Anbietern mit Monopolstellung. Dennoch verneinte es im konkreten Fall eine Anwendung, da hier die Preise nicht einseitig festgesetzt, sondern vielmehr individuell ausgehandelt worden seien. Das Gericht sei nicht befugt, die Aufgaben einer Preisfindungs- und Regulierungsbehörde wahrzunehmen.

Das Gericht verneint darüber hinaus die Anwendung des § 315 BGB, weil die ständige Rechtsprechung im Wesentlichen für Preisbestimmungen durch Monopolunternehmen entwickelt worden sei. Da aber nunmehr die Sonderregelung der §§ 103, 103 a GWB a.F. aufgehoben und die Netzzugangsvorschriften der §§ 6, 6a EnWG eingeführt wurden, sei das Monopol des Stromversorgungsunternehmens beseitigt und die Möglichkeit alternativen Bezugs geöffnet worden. In diesem Fall sei es dem Stromkunden möglich gewesen, auf alternative Anbieter auszuweichen. Im Übrigen käme es nicht darauf an, ob der Stromversorger in diesem Fall über ein Monopol hinsichtlich des Netzes verfüge. Denn die Parteien hatten einen All-Inclusive-Vertrag abgeschlossen. Diesbezüglich seien die Netznutzungskosten nur ein Teil des Gesamtpreises; insofern habe der Stromkunde die Möglichkeit gehabt, auf andere Anbieter auszuweichen.

⁵⁵ Vgl. LG Kiel, RdE 2005, 53; so auch OLG Karlsruhe, RdE 2005, 51, und die Vorinstanz LG Mannheim, RdE 2004, 122ff. zur Anwendbarkeit hinsichtlich Netznutzungsentgelte.

(b) LG Rostock RdE 2004, 175 (Händlerrahmenvertrag – Stromversorgung)

In diesem Urteil vom 12. März 2004 lehnte das LG Rostock die Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB nach ausführlicher Stellungnahme zu dieser Problematik ab.

Dem lag zu Grunde, dass ein EVU mit einem regionalen Netzbetreiber eine Vereinbarung über Netznutzungsentgelte nach der jeweils gültigen Verbändevereinbarung (zunächst nach der VV II und später VV II plus) getroffen hatte. Das EVU machte geltend, einen Anspruch auf gerichtliche Bestimmung des Netznutzungsentgelts auf Grundlage von § 315 Abs. 3 BGB zu haben.

Das Gericht verneint eine direkte Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB, da sich die Parteien auf Grundlage der VV II im Rahmen des Händler-Rahmenvertrages auf ein Netznutzungsentgelt geeinigt und weder ausdrücklich noch stillschweigend ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht vereinbart hatten. Das erkennende Gericht setzt sich im Folgenden damit auseinander, dass für eine analoge Anwendung eine planwidrige Regelungs- oder Gesetzeslücke bestehen müsse. Hierzu führt es aus, dass eine Lücke im Hinblick auf den Netzzugang verneint werden müsse, da sich ausdrückliche Regelungen in §§ 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB und 6 EnWG fänden. Demgegenüber trete die generelle und ohnehin allenfalls analog anzuwendende Vorschrift des § 315 BGB zurück. Das Gericht gibt allerdings auch zu bedenken, dass nach einer anderen Ansicht die Anwendbarkeit des § 315 BGB bejaht werde, da es sich bei den Elektrizitätsnetzbetreibern um Monopolunternehmen handle, die zudem gemäß §§ 6 Abs. 1 Satz 1 EnWG und 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB Adressaten eines Kontrahierungszwangs seien. Daher setzten sie die Preise für die Netznutzung fest, ohne den Stromhändlern Verhandlungsmöglichkeiten zu gewähren. Dies sei vergleichbar mit Flughafengebühren. Hierbei verweist das LG Rostock auf die ständige Rechtsprechung des BGH zur analogen Anwendbarkeit von § 315 Abs. 3 BGB, betont dabei aber, dass die Rechtsprechung des BGH zur gerichtlichen Billigkeitskontrolle in den "Monopolbereichen" auf Leistungen der Daseinsvorsorge beschränkt sei. Eine allgemeine Billigkeitskontrolle bei faktischen Bestimmungsrechten könne daraus nicht abgeleitet werden. Das LG Rostock lehnt daher eine Anwendung ab, da die Netzzugangsleistung im Gegensatz zur Stromversorgung keine Leistung der Daseinsvorsorge sei.

(c) LG Bremen RdE 2004, 304 (Händlerrahmenvertrag zwischen Verteilnetzbetreiber und Stromhändler)

In seinem Urteil vom 22.07.2004 kommt auch das LG Bremen zu dem Schluss, dass sowohl eine direkte als auch analoge Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB in dem zu entscheidenden Fall ausgeschlossen ist.

Dem Urteil lag ein Fall zu Grunde, in dem ein Verteilnetzbetreiber mit einem Stromhändler einen Händlerrahmenvertrag geschlossen hatte. Darin wurden die Mess- und Verrechnungspreise unter Einbeziehung des aktuellen Preisblattes des Verteilernetzbetreibers in den Vertrag mit aufgenommen. Zwar entsprach nach Ansicht des LG Bremen dieses Preisblatt der Form allgemeiner Ge-

schäftsbedingungen; jedoch stellte es fest, dass allein die Einbeziehung dieses Preisblattes dem Netzbetreiber kein einseitiges Leistungs- bzw. Preisanpassungsrecht einräume. In seinen Gründen führte das LG Bremen daher aus, dass mangels Vereinbarung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts eine direkte Anwendung des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB ausgeschlossen sei. Das Gericht kommt weiter zu der Auffassung, dass auch eine analoge Anwendung des § 315 BGB nicht in Betracht komme. Es führt aus, dass nach früherer Rechtsprechung diese Norm analog auf Fälle angewendet worden sei, in denen ein Monopolunternehmen seinen Vertragspartnern Preise "quasi" habe diktieren können, weil letztere bedingt durch die wirtschaftlichen Macht- und Abhängigkeitsverhältnisse keine wirkliche Chance gehabt hätten, Vertragsänderungen abzulehnen. Diese Rechtsprechung sei aber dem Umstand geschuldet, dass das GWB in seiner Fassung vor dem 01.01.1999 nur eine Preismissbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörden vorsah, aber keine direkten zivilrechtlichen Rechtsbehelfe. Da nun aber die GWB-Novelle einen unmittelbar wirkenden Verbotstatbestand bei Preishöhenmissbrauch eingeführt habe, sei eine kartellrechtliche Preiskontrolle durch die Zivilgerichte möglich, und somit ein Ausweichen auf die Regelung des § 315 BGB analog nicht mehr erforderlich. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB sei daher als spezialgesetzliche Regelung vorrangig anwendbar.

(d) LG Köln RdE 2004, 306 (Händlerrahmenvertrag mit Netzbetreiber)

Der vom LG Köln mit Urteil vom 13.07.2004 entschiedene Sachverhalt befasste sich wiederum mit einem Händlerrahmenvertrag. Auch in diesem Fall lehnte das Gericht eine Anwendung des § 315 BGB ab.

Dem lag zu Grunde, dass die Parteien seit Anfang 2000 einen Vertrag über die Netznutzung geschlossen hatten, dem die gültigen Preisblätter der Netzbetreiberin zu Grunde gelegt wurden. Diese Netznutzungsentgelte rügte die Stromhändlerin als unbillig im Sinne von § 315 BGB.

Das Gericht stellte fest, dass der Vertrag auf der Grundlage des § 6 EnWG, also nach dem Prinzip des "verhandelten Netzzugangs" geschlossen wurde. Durch die Einbeziehung der gültigen Preisblätter der Netzbetreiberin sei eine Bestimmung über den Preis getroffen und gerade nicht vereinbart worden, dass die Netzbetreiberin das alleinige Preisfestsetzungsrecht habe. Daher habe der zu zahlende Preis von Anfang an festgestanden. Dies schließe die Anwendung von § 315 BGB aus. Denn die Norm sei nicht nur dann ausgeschlossen, wenn keine echte Individualvereinbarung vorläge, sondern schon dann, wenn der Preis in der vertraglichen Vereinbarung enthalten gewesen und (auch mangels einer Alternative) dieser Preis akzeptiert worden sei.

Zur analogen Anwendung des § 315 BGB führt das LG Köln aus, dass diese bisher immer dann angenommen worden sei, wenn Monopolfälle vorgelegen hätten, in denen eine echte Vereinbarung nicht stattgefunden habe. Dies sei aber nur der Fall, wenn es sich um Fälle der Daseinsvorsorge handele. Gerade ein solcher Fall läge aber nicht vor. Denn hier ginge es nur um die Gewährung von Netznutzung für einen Wettbewerber und nicht um die Belieferung von Stromendkunden. Des Wei-

teren bestünde auch kein Bedarf, § 315 BGB als Mittel der Preiskontrolle anzuwenden, da der Gesetzgeber offenbar die allgemein kartellrechtlichen Mittel der §§ 6 EnWG und 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB als ausreichend angesehen habe. Im Übrigen sei es auch sehr zweifelhaft, ob § 315 BGB als älteres, allgemeines Gesetz neben den jüngeren und spezielleren kartellrechtlichen Regeln überhaupt anwendbar sei.

ff. Keine Billigkeitskontrolle von Individualverträgen

Der BGH hat klargestellt, dass im Falle der individuellen Aushandlung von Tarifen eine Billigkeitskontrolle gerade nicht stattfindet.

In dem zentralen Urteil **BGH NJW-RR 1990, 1204** lehnte der BGH zwar die Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB ab, jedoch bestätigte er seine grundsätzliche Rechtsauffassung zur Billigkeitskontrolle von Preisen für Leistungen von Monopolunternehmen noch einmal.

In dem zu Grunde liegenden Sachverhalt verklagte das EVU einen **Tarifikunden** auf Zahlung der **Netzanschlusskosten**. Der Kunde hatte mit dem EVU über die zu erbringenden Leistungen und den Preis verhandelt und sodann den Auftrag zur Ausführung der Arbeiten erteilt. Der für den Netzanschluss zu zahlende Preis entsprach dabei dem nach der BTOelt genehmigten Tarif.

Der BGH verweist in den **Entscheidungsgründen** auf seine gefestigte Rechtsprechung, wonach von einem Monopolunternehmen der Energieversorgung festgesetzte Preise im Einzelfall durch die Zivilgerichte gemäß § 315 BGB auf ihre Billigkeit überprüft werden könnten.⁵⁶ Zu den **Voraussetzungen** für eine Billigkeitskontrolle führt der BGH aus, dass überhaupt **Preise einseitig festgesetzt** worden sein müssten. Denn das Ziel der Rechtsprechung des BGH sei es gerade nicht, von Amts wegen einen gerechten Preis zu ermitteln. Es gehe bei der Billigkeitskontrolle um die Prüfung, ob eine einseitige Bestimmung sich in den Grenzen hielte, die durch § 315 Abs. 3 BGB gezogen seien. Bei einer Individualvereinbarung sei dies eben nicht der Fall. Die Möglichkeit der Billigkeitskontrolle solle Bürger vor Preisdiktaten von Monopolunternehmen schützen, aber nicht einer späteren Vertragsuntreue zum Erfolg verhelfen.

Dennoch stellte der BGH klar, dass in diesem Fall grundsätzlich auch die Voraussetzungen für eine Billigkeitskontrolle gem. § 315 BGB gegeben sein könnten und der **Kunde** somit **nicht rechtsschutzlos** gestellt sei. Er brauche nur eine Einigung über den Preis zu verweigern. Dann ergebe sich die Situation einer einseitigen Preisbestimmung durch das EVU, so dass eine Billigkeitskontrolle vorgenommen werden könne. Diesbezüglich sei ein Widerspruch gegen Allgemeine Versorgungsbedingungen unbeachtlich, wenn das EVU unmissverständlich klarstelle, dass die AVB unabhängig vom Einverständnis des Kunden zur Anwendung kämen.⁵⁷

⁵⁶ Unter Verweis auf BGHZ 73, 114 und NJW 1987, 1828.

⁵⁷ Hier verweist der BGH auf NJW 1987, 1828, 1829.

b. Entscheidungen zu anderen Bereichen der Daseinsvorsorge

In anderen Bereichen der Daseinsvorsorge (außerhalb der Energieversorgung) sind ebenfalls **wesentliche Entscheidungen** zur Anwendbarkeit von § 315 BGB ergangen. Insofern kann hier unterschieden werden zwischen Sachverhalten, denen behördliche genehmigte Tarife (Preise) zugrunde lagen, die (vergleichbar § 12 BTO/Elt) einer Billigkeitskontrolle unterliegen (**a**), und solchen behördlichen Preisfestsetzungen, die keiner Kontrolle unterliegen (**b**).

aa. Billigkeitskontrolle behördlich genehmigter Tarife

Insbesondere die Leistungen der Flughäfen werden zum einen von der Rechtsprechung als Leistungen der Daseinsvorsorge eingestuft. Die **Flughafennutzungsbedingungen** (AGB) der Flughafenbetreibergesellschaften unterliegen einer behördlichen Genehmigungspflicht gem. § 43 Abs. 1 LuftVZO, so dass vor allem auch die darin enthaltenen Tarife vorab administrativ gebilligt werden. Ferner ist zu bedenken, dass die Flughafennutzer auf die Leistungen der Flughafenbetreiber angewiesen sind und z.T. auch heute noch hinsichtlich der meisten Leistungen (z.B. Start- und Landeentgelte) keine freie Wahl des Vertragspartners haben.

In seiner Rechtsprechung zu den Flughafennutzungsentgelten setzt sich der BGH ausführlich mit dem Verhältnis der behördlichen Tarifgenehmigung zur Billigkeitskontrolle auseinander.

(a) BGH MDR 1973, 999 (Flughafennutzungsentgelte - I)

Diesem kartellrechtlichen Streit lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem eine Flughafenbetreibergesellschaft ein Landeentgelt im Rahmen seiner Flughafennutzungsordnung erhoben hatte, die von der zuständigen Behörde gem. § 43 Abs. 1 LuftVZO genehmigt wurde. Diese Gebühr überprüfte der Kartellsenat des BGH anhand von § 315 BGB.

Der BGH bestätigt in seinen Entscheidungsgründen kurz, dass die behördliche Genehmigung der Flughafennutzungsentgelte nach § 43 Abs. 1 LuftVZO (Luftverkehrszulassungsordnung) eine Überprüfung der Entgelte anhand von § 315 Abs. 3 BGB nicht hindere.⁵⁸ Denn die behördliche Genehmigung schließt die Überprüfung durch ordentliche Gerichte nicht aus. Insbesondere bliebe die öffentlich-rechtliche Wirkung der Genehmigung unberührt. Diese betreffe zum einen nur das Verhältnis des Flughafenbetreiberunternehmens zur Behörde und ändere zum anderen nicht den privatrechtlichen Charakter der einseitigen Leistungsbestimmung durch den Flughafenbetreiber gegenüber dem Nutzer. Der BGH sieht schließlich die zivilgerichtliche Kontrolle der Geschäftsbedingungen als eine Methode zur **Wahrung der elementaren Vertragsgerechtigkeit**.

⁵⁸ Unter Verweis auf BGHZ 52, 86, 91.

(b) BGH WM 1978, 1097 = MDR 1978, 910 (Flughafennutzungsentgelte – II)

Dieser Fall bildet die Grundlage einer weiteren Entscheidung zu Flughafennutzungsentgelten, in der § 315 Abs. 3 BGB Anwendung findet.

In dem zu Grunde liegenden Sachverhalt wandte sich ein Nutzer des Flughafens gegen die genehmigte Flughafennutzungsordnung, die auch die Entgelte für das Landen und Abstellen der Luftfahrzeuge im Rahmen der ebenfalls genehmigten Gebührenordnung enthielt. Insbesondere kritisierte er die durch die Gebührenordnung vorgesehene Erhöhung der Landeentgelte und die Einführung eines Pauschalentgelts für die Bodenverkehrsdienste.

Der BGH nimmt im Wesentlichen Bezug auf die Begründung in BGHZ 41, 271 sowie BGH MDR 1973, 999 und stellte abermals klar, dass die Regelung der Entgelte, die von den Flughafenunternehmen nach § 43 LuftVZO zu treffen seien, im Rahmen der bürgerlich-rechtlichen Beziehungen zu den Flughafenbenutzern ein Vertragsangebot an alle diejenigen darstelle, die persönlich und sachlich den luftrechtlichen Voraussetzungen für die Luftfahrt genügen. Dabei bedeute die Regelung der Entgelte selbst eine einseitige Bestimmung der Leistung durch das Flughafenunternehmen, die der richterlichen Inhaltskontrolle nach den Grundsätzen des § 315 BGB unterliege.

Zur Anwendbarkeit des § 315 BGB vor dem Hintergrund von behördlich genehmigten Entgelten führt der BGH aus, dass eine solche Genehmigung die Überprüfung der Entgelte nicht ausschließe. Denn diese Überprüfung der Entgelte stelle keine Rechtskontrolle der Genehmigung selbst dar und werde daher auch nicht durch die Tatbestandswirkung der Genehmigung und durch den Grundsatz der Bindung der ordentlichen Gerichte an rechtswirksame Verwaltungsakte gehindert. Die behördliche Genehmigung werde nicht in ihrer öffentlich-rechtlichen Wirkung beschränkt, da sich diese nur auf das Verhältnis der Behörde zum Genehmigungsempfänger beziehe. Darüber hinaus ändere die Genehmigung selbst nicht den privatrechtlichen Charakter der einseitigen Leistungsbestimmung durch das Flughafenunternehmen und schließe die richterliche Inhaltskontrolle dieser Geschäftsbedingungen nicht aus.⁵⁹

Zum Inhalt der Billigkeitskontrolle führt der BGH ferner aus, dass eine Abwägung der objektiven wirtschaftlichen Interessen beider Vertragsparteien erforderlich sei. Das Ziel der Billigkeitsprüfung sei nicht die Ermittlung eines gerechten Preises von Amts wegen. Vielmehr ginge es darum, inwieweit die getroffene Bestimmung sich in den Grenzen halte, die durch die Vorschrift des § 315 Abs. 3 BGB gezogen würden.⁶⁰ In diesem Zusammenhang sei auch zu berücksichtigen, dass das Flughafenunternehmen mit seinem Einzugsbereich auf Grund des Flugplatzzwangs (§ 25 LuftVG a.F.) eine faktische Monopolstellung innehabe. Des Weiteren weist der BGH darauf

⁵⁹ Unter Verweis auf MDR 1973, 999.

⁶⁰ Unter Verweis auf BGHZ 41, 271, 279-280.

hin, dass das Flughafenunternehmen seiner Funktion nach Aufgaben der staatlichen Daseinsvorsorge erfülle und daher die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungshandelns zu beachten habe, so dass eine willkürliche Differenzierung der Entgelte bezüglich einzelner Nutzer ausgeschlossen sei.

(c) BGH NJW-RR 1997, 1019 = DVBl. 1997, 572 (Flughafennutzungsentgelte – III)

In dieser weiteren Entscheidung zu **Flughafenbenutzungsentgelten** bleibt der BGH seiner Rechtsprechungslinie zu diesem Themenkomplex treu. In dem hier zu Grunde liegenden Sachverhalt ging es um ein sog. Anflugentgelt, das die Kosten der Flugsicherung für das Flughafenunternehmen abbildete und im Rahmen der Flughafennutzungsordnung auf die Flughafennutzer übergewälzt wurde. Eine regionale Flugverkehrsgesellschaft erhob den Einwand der Unbilligkeit gemäß § 315 BGB.

Der BGH betonte in seinen Urteilsgründen nochmals, dass ein Vertragsverhältnis allein durch die Benutzung des Flughafens zustande komme und das Flughafenunternehmen grundsätzlich das Recht habe, für die den Benutzern zur Verfügung gestellten Leistungen durch einseitig festgesetzte AGB Benutzungsentgelte zu regeln. Allerdings stünden diese Regelungen unter dem Vorbehalt, dass die Bestimmung der Leistung der Billigkeit entspreche, was der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 315 BGB unterliege. Der BGH weist insbesondere nochmals darauf hin, dass die behördliche Genehmigung der Nutzungsordnung gemäß § 43 LuftVZO einer Kontrolle über § 315 BGB nicht entgegenstünde. Dies sei vor allem deswegen der Fall, weil die Bestimmung des § 43 Abs. 1 LuftVZO nur das Verhältnis des Flugplatzunternehmers zur Genehmigungsbehörde betreffe, dem hingegen aber das Verhältnis des Flughafenunternehmens zum Flughafennutzer durch das bürgerliche Recht bestimmt würde, insbesondere durch §§ 241, 315 BGB.

(d) BGH NJW 1992, 171 = BGHZ 115, 311 (Abwasserentgelte eines Zweckverbandes)

In der hierzu ergangenen Entscheidung bejahte der BGH die Überprüfung der Abwasserentgelte eines Zweckverbandes. Denn dieser hatte zwar eine öffentlich-rechtliche Tarifordnung aufgestellt, jedoch mit den Abwassererzeugern privatrechtliche Verträge geschlossen, so dass es sich auch um privatrechtliche Entgelte handelte. Allein dieser Umstand war nach Ansicht des BGH für die Anwendbarkeit des § 315 BGB ausschlaggebend. Dass der Zweckverband in Ausübung einer Selbstverwaltungsaufgabe im Rahmen der Daseinsvorsorge tätig geworden sei, lasse eine privatrechtliche Billigkeitskontrolle nicht scheitern. Denn *"in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist seit langem anerkannt, dass die Tarife von Unternehmen, die - im Rahmen eines privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses – Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfall angewiesen ist, grundsätzlich der Billigkeitskontrolle nach § 315 III BGB unterworfen sind"*.

bb. Keine Billigkeitskontrolle behördlich festgesetzter Tarife

Obwohl der BGH in den folgenden Entscheidungen die Anwendbarkeit des § 315 BGB grundsätzlich bestätigte, nahm er im Gegensatz zu seiner Rechtsprechung zu den eben skizzierten Flughafenentgeltentgelten eine eigenständige Billigkeitskontrolle nicht vor. Dabei hat er hierin eine Abgrenzung zwischen behördlich genehmigten Tarifen (wie in §§ 12 Abs. 1 BTOElt, 43 Abs. 1 LuftVZO) und behördlich festgesetzten Tarifen, die vom betroffenen Unternehmen nicht über- oder unterschritten werden dürfen (z.B. auch die Einzelpreisgenehmigung nach dem heutigen § 37 Abs. 1 TKG), vorgenommen.

(a) BGHZ 73, 114 = BGH NJW 1979, 597 (Krankenhauspflegesätze)

Die Entscheidung des BGH zu Krankenhauspflegesätzen stellt die **zentrale Entscheidung** im Bereich der Leistungen von "Monopolunternehmen" im Rahmen der Daseinsvorsorge dar. Sie kann als **Ausgangspunkt der ständigen Rechtsprechung** zur Anwendbarkeit des § 315 BGB in Bereichen der Daseinsvorsorge gesehen werden.

Dem streitentscheidenden Krankenhausaufnahmevertrag lagen hier die Allgemeinen Vertragsbestimmungen des Krankenhauses zugrunde, die hinsichtlich der Wahlleistungen auf die Tarife für Benutzerentgelte verwiesen. Diese Tarife wurden vom Landessozialminister festgesetzt und standen nicht im Ermessen der Krankenhäuser. Eine Über- oder Unterschreitung der Tarife war folglich nicht zulässig. Gegen diese Tarife wandte ein Patient ein, sie seien unbillig i.S.v. § 315 BGB.

Der BGH verneinte eine Überprüfung der Pflegesätze anhand von § 315 BGB, da diese unmittelbar vom Sozialminister festgelegt worden waren und das betreffende Krankenhaus diese Tarife ohnehin nicht hätte unterschreiten dürfen. Dennoch stellte das Gericht klar, dass *"Tarife von Unternehmen, die Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfalle angewiesen ist [...], grundsätzlich einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB unterworfen"* sind. Der BGH ging in seinem Urteil weiterhin auf den Unterschied zwischen "festgesetzten" und "genehmigten" Entgelten ein, um zu verdeutlichen, warum eine Anwendbarkeit nur bei festgesetzten Entgelten ausscheidet. Der wesentliche Unterschied zu bloß "genehmigten" Tarifen, wie Flughafenentgelten, liege darin, dass die genehmigten Tarife privatrechtliche Entgelte blieben, wobei hier aber die Entgelte (unabänderlich) festgesetzt worden seien. In der Sache stellt der BGH damit auf die Befugnis ab, genehmigte Tarife zu unterschreiten, woraus im Gegensatz zu punktuell festgelegten Tarifen eine Preiskonkretisierungskompetenz des Unternehmens mit der Möglichkeit der Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 BGB resultiert.⁶¹

⁶¹ Vgl. auch BGH NJW 2003, 1449 = RdE 2003, 188.

(b) BGH NJW 1998, 3188 (Telekommunikationsentgelte)

Im hier entschiedenen Fall hatte die Deutsche Telekom AG im Jahre 1996 eine Tarifreform durchgeführt, die vom Bundesministerium für Post und Telekommunikation genehmigt wurde. Gem. § 13 Abs. 3 TKV 1995 (Telekommunikations-Kundenschutz-Verordnung) durfte die Deutsche Telekom von den genehmigten Tarifen nicht abweichen.

Der BGH lehnte eine gerichtliche Billigkeitskontrolle für Telekommunikationsentgelte ab, da das Telekommunikationsunternehmen von den von der RegTP genehmigten Entgelten qua Gesetz nicht abweichen darf. Er verweist hierbei vollumfänglich auf die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu § 43 Abs. 1 LuftVZO und § 12 BTOEIT.⁶² Der wesentliche Unterschied sei die öffentlich-rechtliche Wirkung der Preisgenehmigungen nach LuftVZO / BTOEIT und der Genehmigung nach der TKV 1995. Denn die Genehmigungen nach Luftverkehrsrecht und BTOEIT beschränkten sich auf das Verhältnis zwischen Behörde und Genehmigungsempfänger. Sie ließen dem Unternehmen einen unternehmerischen Gestaltungsspielraum im Hinblick auf die Preisgestaltung, während eine erteilte Entgeltgenehmigung im TK-Recht keinen Gestaltungsspielraum mehr ließe.

c. Entscheidungen außerhalb der (klassischen) Daseinsvorsorge

Den folgenden Entscheidungen liegen zwar keine Sachverhalte zugrunde, in denen es um Leistungen der Daseinsvorsorge ging. Dennoch runden sie die gesamte Rechtsprechung in diesem Bereich ab.

Die nachfolgenden Fallgestaltungen gleichen den oben besprochenen Fällen insofern, als das auch hier eine der Vertragsparteien die Möglichkeit hat, aufgrund ihrer "Monopolstellung" oder aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse einseitig Leistungen bzw. AGB festzulegen. Außerdem war entscheidend, dass der Leistungsempfänger, zu dessen Gunsten § 315 Abs. 3 BGB angewandt wurde, sich keinen anderen Vertragspartner wählen konnte und insofern einer Kontrahierungsbeschränkung unterlag.

aa. BGHZ 38, 183 (Haftungsbeschränkungsklausel in AGB)

Dem Urteil lag zu Grunde, dass eine Partei ein Lagerhaus für Kaffee betrieb und in den Lagervertrag mit einlagernden Geschäftspartnern ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit einer Haftungsbeschränkungsklausel einbezog. Einer der einlagernden Betriebe verklagte die Lagerhausbetriebsgesellschaft auf Schadensersatz, der daraufhin auf die Haftungsbeschränkungsklausel seiner AGB – den Allgemeinen deutschen Spediteurbedingungen - verwies. Der Betrieb wandte ein, diese Klausel sei unwirksam, da der Lagerbetrieb seine Monopolstellung missbräuchlich ausgenutzt habe.

⁶² U.a. BVerwGE 95, 125, 133.

Hierzu führte der BGH aus, dass ohne Rücksicht darauf, ob der Vertragsteil, der die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgestellt habe, ein Monopol besitze, eine Haftungsausschluss- bzw. -begrenzungsklausel die Rechtswirksamkeit fehlen könne, wenn sie der Billigkeit widerspreche. Wegen der hier einseitigen Festlegung der Allgemeinen Geschäftsbedingung durch einen Vertragsteil komme der in § 315 BGB enthaltene **Schutzgedanke** zum Zuge.⁶³

Obwohl der BGH in dieser Entscheidung keineswegs ausführt, welcher Schutzgedanke hier konkret gemeint ist und welche Auswirkungen dies auf den Anwendungsbereich von § 315 BGB haben soll, wird dieser "Schutzgedanke" sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur immer wieder zitiert. Insoweit hat diese Entscheidung trotz der späteren spezialgesetzlichen Regelung des AGB-Komplexes (vgl. heute §§ 305 ff. BGB) noch Bedeutung.

bb. BGHZ 41, 271 = NJW 1964, 1617 (Milchkaufpreis)

In einem weiteren zentralen Urteil von 1964 hatte der BGH über die Höhe des Kaufpreises für Milch zu entscheiden. In diesem Fall verklagte ein landwirtschaftlicher Betrieb, der nicht der örtlichen Molkereigenossenschaft angehörte, diese Genossenschaft auf Rückzahlung von Milchgeld. Gemäß § 1 des damals gültigen Milch- und Fettgesetzes (MFG) gehörte der landwirtschaftliche Betrieb der Klägerin zu dem Molkerei-Einzugsgebiet der beklagten Molkereigenossenschaft. Die Parteien hatten sich über den Milchpreis für die vom klagenden Erzeuger gelieferte Milch nicht geeinigt. Dennoch lieferte der Erzeuger die Milch, die die Genossenschaft zu Preisen vergütete, die sie für ihre Anteilseigner zuvor festgesetzt hatte. Der Erzeuger berief sich auf die Unbilligkeit dieser Preise i.S.v. § 315 BGB, da er nicht in der Genossenschaft organisiert gewesen sei.

Nach Auffassung des BGH war die fehlende Einigung über die Preise hier trotz § 154 BGB unschädlich. Denn die Parteien **mussten** gemäß § 1 Abs. 1 MFG **kontrahieren**, so dass die Vertragslücke, die durch die fehlende Einigung entstand, gemäß § 315 BGB zu füllen sei. Der BGH führt zur Anwendung des § 315 BGB aus, dass der in Abs. 3 enthaltene Schutzgedanke den berechtigten Belangen der Milcherzeuger am ehesten gerecht werde⁶⁴ und fügt hinzu, dass der Molkerei wegen ihrer Monopolstellung einerseits zwar gemäß § 315 Abs. 1 BGB das Recht zur einseitigen Bestimmung des offengebliebenen Vertragspunktes zugestanden werden müsse, andererseits aber der Milcherzeuger ausreichend durch § 315 Abs. 3 BGB zu schützen sei.

Darüber hinaus führte der BGH zum Verhältnis von § 315 Abs. 3 BGB zum GWB und §§ 138 und 826 BGB aus, dass diese nebeneinander gelten, und zwar unabhängig von der Möglichkeit, dass auch die Kartellbehörde einschreiten könne.

⁶³ Unter Verweis auf *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, § 8 a.E.

⁶⁴ Dabei verweist er auf RGRZ 111, 310.

d. Rechtsprechung zu Fernwärmeversorgungsverträgen**aa. BGH NJW 1987, 1622 = RdE 1987, 165** (Kündigungsgründe für langfristige Fernwärmeverträge)

In diesem Streitfall hatte der BGH nicht unmittelbar über die Anwendbarkeit von § 315 BGB auf Fernwärmeversorgungsverträge zu entscheiden. Vielmehr hatte er nur über die Wirksamkeit der Kündigung des Versorgungsvertrages zu befinden, so dass es auf die Billigkeit der Tarife nicht mehr ankam. Dennoch nahm er im Rahmen seiner Urteilsbegründung zur Anwendbarkeit Stellung und bejahte diese auch.

Der Fernwärmeversorgungskunde kündigte seinen Vertrag mit seinem Versorger, da er sich wirtschaftlich außerstande gesehen hatte, weiterhin Fernwärme zu den gegebenen Konditionen zu beziehen. Die Vertragsdauer belief sich dabei auf insgesamt 20 Jahre. Er koppelte nach der Kündigung die Heizungsanlage seines Hauses vom Fernwärmeleitungsnetz ab. Das Versorgungsunternehmen nahm ihn daraufhin auf Wiederanschluss der Anlage in Anspruch.

Im Rahmen der Urteilsgründe ging der BGH auf die pauschale Behauptung des Kunden ein, die Preise seien überhöht gewesen. Er wies dabei auf die Möglichkeiten der Preiserhöhung von Fernwärmeunternehmen hin, die aber zum einen nur gem. § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV (vom 20. Juni 1980) in Betracht kämen. Zum anderen habe sich die Preisgestaltung der Klägerin in dem durch billiges Ermessen gezogenen Rahmen zu halten, dessen Einhaltung nach § 315 Abs. 3 BGB gerichtlich überprüfbar sei.⁶⁵ Dabei erwähnte der BGH, dass der Kunde nicht auf Heizwärme verzichten könne und **auf die Leistungen** des Versorgungsunternehmens wegen der langen Vertragsbindung **angewiesen** sei, wobei er voraussetzte, dass der Kunde Fernwärme mangels wirksamer Kündigung weiterhin würde beziehen müssen.

Der BGH nahm hier auch kurz zum Verhältnis zur Missbrauchskontrolle Stellung, indem er klarstellt, dass die Preisbildung ggf. zusätzlich der kartellbehördlichen Missbrauchskontrolle unterliege.

bb. BGH MDR 1990, 538 = WM 1990, 608 (Wirksamkeit von Nachträgen zu Fernwärmeverträgen)

In dieser Entscheidung hatte sich der BGH nicht zentral mit der Frage zu beschäftigen, inwieweit § 315 BGB zur Anwendung kommt, da er bereits zuvor einen Anspruch des Fernwärmeversorgungsunternehmens aus Vertrag angenommen hatte. Lediglich in einem **obiter dictum** nimmt er zu der Frage Stellung, ob die veranschlagten Preise nach billigem Ermessen bestimmt worden waren.

⁶⁵ Unter Hinweis auf BGH NJW 1987, 1828; BGHZ 73, 114.

Grundlage für den Streit waren **Nachträge** zu einem Wärmelieferungsvertrag, die vom Versorgungskunden **nicht unterschrieben** worden waren. Diese Nachträge waren erforderlich geworden, weil sich die AVBFernwärme geändert hatte und ein anderes Messverfahren vorschrieb. Die Kosten hierfür wurden mit den Nachträgen auf die Kunden übergewälzt. Die Vertragsgrundlage für diese Nachträge war in einer "**Preisgleitklausel**" in den dem Vertrag zugrunde liegenden Allgemeinen Bedingungen zu sehen, die zur Anpassung des Grundpreises berechnete.

In seiner Urteilsbegründung verweist der BGH auch auf diese Preisgleitklausel, nach der das Fernwärmeversorgungsunternehmen die Preisbestimmung gem. § 315 BGB nach billigem Ermessen zu bestimmen habe. Hinsichtlich der Höhe des Preises könne sich der Kunde auf den Einwand der Unbilligkeit berufen und ihn zur Entscheidung des Gerichts stellen.⁶⁶

e. **Zusammenfassung der Leitlinien der Judikatur zu § 315 Abs. 3 BGB**

Insgesamt kann festgehalten werden, dass sich zur Anwendbarkeit von § 315 BGB auf Verträge, in denen kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht vereinbart wurde, eine vielfältige Kasuistik entwickelt hat. Dabei ist erkennbar, dass die Rechtsprechung des BGH über die Zeit eine „Eigendynamik“ entwickelt hat. Insbesondere bei differenzierter Betrachtung dieser Rechtsprechung fällt auf, dass die „großzügige“ Anwendung des § 315 BGB in früheren Entscheidungen durchaus interessengerecht und gerechtfertigt erscheint. Im Laufe der Zeit wurden die entwickelten richterrechtlichen Grundsätze allerdings auf eine Vielzahl von zum Teil nicht vergleichbaren Sachverhalten ausgedehnt, so dass mitunter fraglich ist, inwieweit der BGH seine aufgestellten Grundsätze in späteren Entscheidungen inhaltlich überprüft hat. Diese Rechtsprechungsentwicklung ist auf einige maßgebliche Gesichtspunkte bzw. Grundsätze zurückzuführen, die in der Judikatur immer wieder hervorgehoben wurden.

aa. **Schutzbedürftigkeit der Kunden**

Hier ist zum einen **BGHZ 38, 183** zu nennen, in dem der BGH erstmals den sog. "**Schutzgedanken**" des § 315 BGB ausdrücklich betont hat. Im Unterschied insbesondere zu den Entscheidungen über Energieversorgungsverträge lag diesem Urteil allerdings weder ein administratives Preisregime noch eine Leistung der Daseinsvorsorge zugrunde. Vielmehr ähnelt die hier vorgenommene Kontrolle von AGB eines Lagerbetreibers eher einer allgemeinen Inhalts- als einer Billigkeitskontrolle⁶⁷. Diese Entscheidung kann daher nicht als Anhaltspunkt für die Geltung des § 315 Abs. 3 BGB bezüglich Fernwärmeversorgungsverträgen genommen werden, da es schon an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte mangelt.

⁶⁶ Unter Verweis auf NJW 1983, 1777 = BGH WM 1983, 341.

⁶⁷ Zur Anwendung der Bestimmungen hinsichtlich AGB im Sonderkundenbereich, *Büdenbender*, VEnergR Bd. 76, 1995, S. 229.

bb. Gleichsetzung von Monopolstellung und vereinbartem Leistungsbestimmungsrecht

Des Weiteren ist aber vor allem **BGHZ 41, 271** ("Werkmilchabzug") zu nennen. In dieser Entscheidung bezog der BGH erstmalig ausführlich dazu Stellung, inwieweit § 315 BGB auf die Leistung eines Monopolisten Anwendung findet, wenn er sich mit seinem Kunden nicht über den Preis geeinigt hat. Der BGH sah hier einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Monopolstellung, dem Kontrahierungszwang des Monopolisten und § 315 Abs. 1 BGB.⁶⁸ Denn allein aus diesen Rahmenbedingungen leitete er her, dass der Monopolist berechtigt sein soll, seine Preise im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB einseitig festzusetzen. Im Gegenzug verwies er hinsichtlich des Kundenschutzes auf den zuvor genannten Schutzgedanken und begründete damit eine Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB. Damit formulierte er hier die Folgerung, die das Reichsgericht in RGZ 111, 310 zwar auch vollzog, jedoch nicht begründet hatte.

Der Gedanke, der in der soeben zitierten Entscheidung zum Ausdruck kommt, wird vom BGH sowohl in seiner Rechtsprechung zu Sonderkunden (BB 1971, 1175 - Strom) als auch zu Tarifkunden (NJW-RR 1990, 1204 - Strom) aufgenommen. Immer dann, wenn der Kunde ohnehin von dem betreffenden EVU die Energie abnehmen muss und ihm daher auch ein Widerspruch gegen die Tarife nicht hilft, wendet der BGH § 315 Abs. 3 BGB an.

cc. Verhältnis von öffentlich-rechtlicher Preisgenehmigung und zivilrechtlicher Preiskontrolle

In der Entscheidung **BGHZ 73, 114** zu Krankenhaustarifen formulierte der BGH erstmalig die Voraussetzungen, unter denen § 315 Abs. 3 BGB in der sog. Daseinsvorsorge Anwendung findet. Dies ist vor allem deswegen bemerkenswert, weil er hierüber nicht hätte entscheiden müssen, da er die hier vom Minister festgesetzten Tarife aufgrund der Bindungswirkung als nicht überprüfbar einstufte. Dennoch führte das Gericht aus, dass solche Tarife der Billigkeitskontrolle unterliegen, die für Leistungen der Daseinsvorsorge erhoben würden und auf die der andere Vertragsteil im Bedarfsfalle angewiesen sei. Es ist also auch in diesem Urteil erkennbar, dass der BGH vor allem auf die (nicht vorhandene) Entscheidungsalternative des Kunden und somit auf die aus seiner Sicht nicht vorhandene Vertragsparität abstellt. In einer Entscheidung zu Flughafennutzungstarifen sieht er die zivilgerichtliche Kontrolle von Geschäftsbedingungen in diesem Zusammenhang als **eine Methode zur Wahrung der elementaren Vertragsgerechtigkeit**.⁶⁹

Anhand der Entscheidungen zu den Tarifen der Deutschen Telekom, der Krankenhäuser und zu den Flughafennutzungsentgelten lässt sich belegen, dass für den BGH ein administratives Preisregime die Anwendbarkeit des § 315 BGB **nicht ausschließt**. Denn nach seiner Auffassung berührten die

⁶⁸ Allerdings wird die Monopolstellung vom BGH vielfach nicht herausgearbeitet, sondern meist lediglich festgestellt.

⁶⁹ MDR 1973, 999, 1000.

Genehmigungen nur das Verhältnis der Behörde zum Genehmigungsempfänger und nicht das Verhältnis zu den Kunden. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die Genehmigungen oder Festsetzungen der Tarife den Unternehmen einen Ermessensspielraum lassen (wie z.B. nach § 12 BTOElt; § 43 Abs. 1 LuftVZO). Dies ist nach Ansicht des BGH insbesondere dann nicht der Fall, wenn die Unternehmen eine punktuell verbindliche Einzelpreisgenehmigung erhalten (z.B. nach § 37 Abs. 1 TKG Krankenhaustarife) und hiervon nicht abweichen dürfen. Das Gericht lässt auch die in einem Genehmigungsverfahren bestätigten Tarife nicht unbeachtet. Vielmehr entfaltet die Genehmigung hinsichtlich der Billigkeit der Tarife eine **Indizwirkung**.⁷⁰

dd. Wesentliche Entscheidungskriterien

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der BGH für eine Anwendung des § 315 BGB ohne die Vereinbarung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts nach wie vor auf den „**Schutzgedanken**“ abstellt, der aufgrund folgender Umstände bzw. Voraussetzungen zum Tragen kommt:

- (1) Es darf **keine Individualvereinbarung** über die Bedingungen / Preise vorliegen.
- (2) Der Kunde unterliegt einem faktischen "**Kontrahierungszwang**", weil er auf die Dienstleistung angewiesen ist. Der Lieferant muss folglich eine **Monopolstellung** innehaben.
- (3) Die Tarife dürfen **nicht unmittelbar** (abschließend) durch eine Behörde festgesetzt worden sein.

ee. Rechtsmethodische Aspekte

Obwohl eine Systematisierung der höchstrichterlichen Rechtsprechung anhand der eben genannten Kriterien vorgenommen werden kann, ergeben sich doch einige offene Fragen.

Zum einen bezieht der BGH nicht immer Stellung, ob er § 315 BGB direkt, extensiv oder nur analog anwenden will oder ob er eine ergänzende Vertragsauslegung vornimmt.⁷¹ Soweit eine Analogie angesprochen wird, erfolgt die Prüfung ihrer Voraussetzungen pauschal und nicht konkret.

Zum anderen ist auffällig, dass die meisten Entscheidungen zu Sachverhalten ergangen sind, bei denen in der Daseinsvorsorge tätige Monopolunternehmen einseitig öffentlich-rechtlich **genehmigte** oder festgesetzte **Preise** erhoben haben. Trotzdem hat sich der BGH in keinem Fall ausdrücklich mit dem Umstand der behördlich genehmigten bzw. festgesetzten Preise als **Voraussetzung** für die Anwendbarkeit des § 315 BGB in den Monopolbereichen auseinandergesetzt. Zwar geht er sowohl

⁷⁰ BGH NJW 2003, 1449.

⁷¹ Analoge Anwendung u.a. in MDR 1973, 999; BB 1971, 1175; NJW 1983, 1777; ohne Aussage dazu u.a. in BGHZ 73, 114; RGZ 111, 310.

in seiner Entscheidung zu Telekommunikationsentgelten als auch zu den Abwasser-, Flughafennutzungsentgelten und den Krankenhauspflegesätzen auf die behördliche "Genehmigung" ein, jedoch immer unter einem anderen Blickwinkel. Denn wie erstmalig in seiner Entscheidung zu Krankenhauspflegesätzen⁷² ausgeführt, stellt er darauf ab, dass diese "genehmigten" Tarife einer Anwendbarkeit des § 315 BGB **nicht entgegenstünden**. Er äußert sich aber nicht dazu, ob diese nicht sogar Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 315 BGB sein müssten.

Dies erscheint vor allem deswegen überraschend, weil die maßgeblichen Entscheidungen, die Wirtschaftsbereiche **ohne** administrative Tarifregelung betrafen, von ihrer Fallgestaltung mit den Entscheidungen zu Leistungen der Daseinsvorsorge (mit überwiegend administrativem Tarifregime) nur bedingt vergleichbar sind.⁷³

Des Weiteren ist es entgegen einer vielfach vorgenommenen Interpretation der Judikatur⁷⁴ nicht zwingend, dass das preisfestsetzende Unternehmen **Leistungen der Daseinsvorsorge** anbietet. Zwar waren die betroffenen Unternehmen in den meisten Entscheidungen auf diesem Gebiet tätig, jedoch war dies in etlichen Sachverhalten der BGH-Entscheidungen gerade nicht der Fall.⁷⁵ Der BGH benennt insoweit dieses Kriterium selbst als Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 315 BGB⁷⁶, unterlässt jedoch in vielen Fällen eine genaue Prüfung.

Die Instanzgerichte treten der BGH-Rechtsprechung in neuerer Zeit vielfach zumindest im Hinblick auf die Strompreiskontrolle entgegen. In diesem Bereich gewinnen die fortschreitende Marktliberalisierung seit der Energierechtsreform 1998 anhand von § 6 EnWG und der Wettbewerb im Strommarkt an Bedeutung; sie führen zur Unanwendbarkeit von § 315 BGB. Auch wird die Geltung des § 315 BGB neben §§ 19, 20 GWB zunehmend problematisiert.⁷⁷

ff. Konkurrenzfragen

Abschließend sei noch erwähnt, dass der BGH eine Billigkeitskontrolle selbst dann vornimmt, wenn Vorschriften der Missbrauchskontrolle im Sinne des Wettbewerbsrechts (§§ 6 EnWG, 19, 20 GWB) eine ausreichende rechtliche Grundlage für die Überprüfung z.B. von Netznutzungsent-

⁷² BGH NJW 1979, 597.

⁷³ So v.a. zur AGB-Haftungsklausel in BGHZ 38, 183 und zum Milchkaufpreis in BGHZ 41, 271.

⁷⁴ So Münchener Kommentar-*Gottwald*, BGB, § 315, Rdn. 22; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 315, Rdn. 4; *Baur/Henk-Merten*, V_EnergR Bd. 107, 2003, S. 20, unter Verweis auf den BGH; sehr undifferenziert auch *Held*, NZM 2004, 169, 170.

⁷⁵ Vgl. u.a. die zuvor besprochenen Entscheidungen BGHZ 38, 138; BGHZ 41, 271.

⁷⁶ Vgl. u.a. BGH NJW 1992, 171, 173.

⁷⁷ Zum Verhältnis von § 315 Abs. 3 zu § 20 GWB insbes. *Immenga/Mestmäcker-Markert*, GWB, §20, Rdn. 245.

gelten bieten. Denn diese Vorschriften bzw. die Grenzen dieser Vorschriften stimmten gerade nicht mit den Grenzen der Billigkeitsentscheidung überein.⁷⁸ Eine analoge Anwendung des § 315 BGB verbietet sich infolge der §§ 19, 20 GWB nach Auffassung des BGH daher nicht. Dem treten die Instanzgerichte für die Strompreiskontrolle in jüngeren Entscheidungen entgegen, indem sie ausdrücklich §§ 6 EnWG und 19 Abs. 4 Nr. 4 BGB als spezialgesetzliche Regelungen ansehen.⁷⁹

3. Literatur

Die Darstellungen in der Literatur orientieren sich regelmäßig an der zu § 315 BGB ergangenen Rechtsprechung und skizzieren diese lediglich.⁸⁰ Die Literatur folgt dabei überwiegend – in der Regel unkritisch und nur referierend – den Leitlinien der Rechtsprechung.⁸¹ In Bezug auf Energieversorgungsverträge erfolgt in der Literatur vereinzelt eine kritischere und differenziertere Betrachtungsweise⁸². Hinsichtlich der grundlegenden, extensiven Auffassung der BGH-Rechtsprechung zu § 315 BGB äußert vor allem *Rieble* in *Staudinger*⁸³ erhebliche Kritik.⁸⁴ Es werden vielfältige und zudem auch uneinheitliche Systematisierungsversuche unternommen. Dabei wird versucht, Fallgruppen zu bilden, um den Anwendungsbereich des § 315 BGB eingrenzen zu können. So folgt z.B. *Kronke* der Rechtsprechung nur insoweit, als dass er eine analoge Anwendung nur in „Ungleichgewichtslagen“ als rechtsethisch begründete Kontrolle von Vertragsinhalten annehmen will.⁸⁵

Teile der Literatur stellen darauf ab, dass es sich bei § 315 BGB zum einen lediglich um eine **Auslegungsregel** handele, zum anderen die **Privatautonomie** eine gerichtliche Fremdbestimmung von Leistungen nur in Ausnahmefällen kenne, des Weiteren die Billigkeitskontrolle **keine Inhaltskontrolle** sein dürfe und insbesondere in Monopolmärkten die Vorschriften des **Wettbewerbsrechts** vorrangig seien.⁸⁶

⁷⁸ BGH NJW-RR 1992, 183, 185.

⁷⁹ LG Bremen RdE 2004, 304.

⁸⁰ Münchener Kommentar-*Gottwald*, BGB, § 315, Rdn. 22; *RGRK-Ballhaus*, BGB, § 315, Rdn. 22; *Baur/Henk-Merten*, VEnergR Bd. 107, 2003, S. 20 ff; verkürzt und undifferenziert ist dagegen die Darstellung von *Held*, NZM 2004, 169, 170.

⁸¹ So *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 315, Rdn. 2.

⁸² Vgl. u.a. zur Anwendbarkeit auf Netznutzungsentgelte *Baur/Henk-Merten*, VEnergR Bd. 107, 2003, S. 21 ff.

⁸³ § 315 BGB, Rdn. 24 ff.

⁸⁴ Ähnlich *Stappert*, NJW 2003, 3177; *Schulz-Gardyan*, RdE 2003, 9.

⁸⁵ AcP 183 (1983), 113, 132.

⁸⁶ *Staudinger-Rieble*, BGB, § 315, Rdn. 24 ff.

Die Vorschrift des § 315 BGB gehe davon aus, dass ein wirksamer Vertrag geschlossen worden sei. Es sei daher ein Verstoß gegen das fundamentale Rechtsprinzip der **vertragsrechtlichen Eigenverantwortung**, wenn die richterliche Vertragshilfe nicht die absolute Ausnahme bliebe. Dies belege auch der Numerus Clausus der Gestaltungsklagen im Zivilverfahrensrecht.⁸⁷ Die Leistungsbestimmung des § 315 Abs. 2 BGB bewirke eine Konkretisierung des Vertragswillens, der auch beinhalte, dass sich der Bestimmungsempfänger dem Bestimmungserklärenden weitgehend "ausliefern" könne bzw. dürfe.

Das billige Ermessen in § 315 BGB sei darüber hinaus eine **bloße Auslegungshilfe** und kein zwingendes Recht. Eine Inhaltskontrolle gemäß AGB-Recht verbiete sich daher, da die Vorschriften zur Billigkeitskontrolle den Grundsätzen der Privatautonomie und somit dem BGB fremd seien.⁸⁸

Insbesondere in Monopolmärkten sei der Preismissbrauch nach den Vorschriften des Kartellrechts zu kontrollieren, so dass hier für eine Billigkeitskontrolle gemäß § 315 kein Raum sei. Im liberalisierten Energiebereich gehe die Argumentation des BGH fehl, der sich darauf stützt, dass im Bereich der Daseinsvorsorge der Kunde auf die Leistung angewiesen und deshalb eine Überprüfung der Tarife nach billigen Gesichtspunkten notwendig sei. Denn der Kunde unterliege keinem faktischen Kontrahierungszwang mehr, da er mittlerweile die Wahl unter verschiedenen Anbietern habe. In diesen Bereichen sei nur Raum für eine verschärfte Anwendung von § 138 BGB.⁸⁹

Andere Teile der Literatur beschränken sich in ihrer Kritik auf Teilbereiche der Rechtsprechung. So verneint beispielsweise *Schulz-Gardyan* in den sog. Monopolfällen die analoge Anwendung, da es keine geschlossenen Versorgungsgebiete mehr gebe.⁹⁰ Der Kunde könne ohne weiteres auf andere Versorger ausweichen. Einen weiteren, von der Rechtsprechung nicht geteilten Ansatz verfolgt *Lukes*. Er stellt darauf ab, dass in Tarifkundenverträgen über Stromlieferung eine Billigkeitskontrolle nicht stattfinden könne, da insoweit die BTOElt eine abschließende spezialgesetzliche Regelung darstelle.⁹¹

D. Kontrolle von Fernwärmepreisen nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB?

Nach der Analyse, welchen Stellenwert § 315 Abs. 3 S. 2 BGB generell sowie speziell für die leistungsgebundene Energiewirtschaft hinsichtlich einer Preiskontrolle hat, ist der Frage nachzugehen, welche Konsequenzen daraus im Hinblick auf die richterliche Überprüfung von Fernwärmepreisen

⁸⁷ Staudinger-Rieble, BGB, § 315, Rdn. 46 – 48.

⁸⁸ Staudinger-Rieble, BGB, § 315, Rdn. 44; so auch Münchener Kommentar-Gottwald, BGB, § 315, Rdn. 10-11.

⁸⁹ Staudinger-Rieble, BGB, § 315, Rdn. 51 – 54.

⁹⁰ RdE 2003, 9, 12.

⁹¹ BB 1985, 2258, 2264-2267.

zu ziehen sind. Dabei gilt es **einerseits**, die bestehende **Rechtsprechung** in ihrer Bedeutung für **Fernwärmepreise** zu überprüfen, nachdem die Fernwärmewirtschaft bisher in der Rechtspraxis mit Entscheidungen zu § 315 Abs. 3 S. 2 BGB (weitgehend) unberührt geblieben ist.⁹² Andererseits hat eine solche "Hochrechnung" der bisherigen Judikatur auf die Fernwärmewirtschaft die Rechtsprechung und die sie tragenden Argumente darüber hinaus einer **kritischen Beurteilung** zu unterziehen. Bereits aus generellem wissenschaftlichen Anspruch erfolgt ein derartiges Erfordernis. Aber auch der Umstand, dass die Fernwärmewirtschaft bisher von der Rechtspraxis zu § 315 Abs. 3 S. 2 BGB wenig betroffen wurde, verlangt eine solche wissenschaftliche Analyse der Judikatur. Denn Rechtsgrundsätze, die als uneingeschränkt belastbar erscheinen, sind – selbstverständlich – hinsichtlich der Übertragbarkeit auf Wirtschaftszweige, für die bisher eine vergleichbare Judikatur nicht vorliegt, eindeutiger, klarer und damit sicherer vorhersehbar als Prinzipien, die in sich angreifbar sind. Hinzu kommt, dass die Fernwärmewirtschaft einerseits als leitungsgebundene Energieversorgung mit der Strom- und Gasversorgung grundsätzlich vergleichbar ist, andererseits aus technisch-wirtschaftlichen Gründen deutliche Unterschiede aufweist, die bei der Überprüfung einer Übertragbarkeit der Judikatur zu § 315 Abs. 3 S. 2 BGB auf sie berücksichtigt werden müssen⁹³.

Schließlich ist zu sehen, dass der gesamte Bereich der leitungsgebundenen Energiewirtschaft seit der **Energierrechtsreform von 1998** mit der Absage an Monopolstrukturen und einer Eröffnung des sparteninternen Wettbewerbs eine **grundlegende Veränderung** erfahren hat. Diese Tatsache wirft die Frage auf, ob die für die Strom- und Gasversorgung zu § 315 Abs. 3 S. 2 BGB ergangene Rechtsprechung überhaupt noch Gültigkeit hat, nachdem seit 1998 rechtlich wie auch tatsächlich Raum für eine kompetitive Preisbildung innerhalb der leitungsgebundenen Energiewirtschaft ist. Zwar wird die Fernwärmewirtschaft durch die Energierchtsreform von 1998 unmittelbar nicht tangiert, da hier aus technisch-wirtschaftlichen Gründen ein brancheninterner Wettbewerb mehrerer Fernwärmeversorgungsunternehmen um dieselben Kunden von vornherein zum Scheitern verurteilt wäre. Daher klammert § 1 EnWG 1998 ebenso wie das EnWG 1935 die Fernwärmewirtschaft von dem Geltungsbereich des spezialgesetzlich geregelten Energierchts aus. Gleichwohl blieben etwaige grundlegende Änderungen in der Rechtspraxis zu § 315 Abs. 3 S. 2 BGB, gültig für die Strom- und Gaswirtschaft, möglicherweise auch für die Fernwärmewirtschaft nicht bedeutungslos.

Mit diesen Vorüberlegungen ist das Programm der weiteren Analyse beschrieben.

⁹² Vgl. oben Kap. B II 1 c.

⁹³ Zu den strukturellen Parallelen der Fernwärme und anderer Rechtsgebiete zur Energiewirtschaft *Büdenbender*, *VEnergR* Bd. 76, 1995, S. 49 ff.

I. Grund und Grenzen einer zivilrechtlichen Preiskontrolle

1. Ordnungspolitische Vorüberlegungen

Den Ausgangspunkt der Überlegungen muss die Frage bilden, welche Gesichtspunkte einen besonderen Grund und zugleich auch spezifische Grenzen dafür liefern, Preise eines Lieferanten einer besonderen zivilrechtlichen Preiskontrolle zu unterziehen. Dabei ist im Ausgangspunkt der eindeutige Grundsatz zu betonen, dass die Preise in einem marktwirtschaftlichen System allein durch die Vertragsparteien festgelegt werden. Eine besondere richterliche Preiskontrolle im Hinblick auf die Gerechtigkeit der Preisbildung gibt es grundsätzlich als Konsequenz der **Vertragsfreiheit** (§ 311 Abs. 1 BGB) nicht. Dies gilt auch dann, wenn ein Preis im Wege freier Vereinbarungen gebildet wurde, der unter ökonomischen Aspekten atypisch hoch oder atypisch niedrig ist. Ist z. B. der Käufer aus seiner subjektiven Interessenlage heraus bereit, einen deutlich höheren als den üblichen Preis für den Kaufgegenstand zu bezahlen, bleibt er auch dann zur Bezahlung des Kaufpreises nach § 433 Abs. 2 BGB verpflichtet, wenn der Richter eine solche atypische Preishöhe feststellt. Nicht anders ist die Situation, wenn der Kaufpreis besonders niedrig ist, z. B. weil der Verkäufer auf Geld angewiesen und sich daher schnell von der Kaufsache trennen möchte, wobei es ihm jedoch nicht gelingt, einen Käufer mit der Bereitschaft zur Zahlung eines höheren Kaufpreises überhaupt oder jedenfalls zügig zu finden.

Das vorstehend kurz beschriebene und in der Rechtsordnung eindeutig verankerte Prinzip der freien, d.h. von einer gerichtlichen Überprüfung nicht erfassten Preisbildung findet ein Korrelat in der Frage, in welchen Fällen ein Preis gerecht ist. Hierzu sind in den Wirtschaftswissenschaften umfangreiche und letztlich ergebnislose Untersuchungen angestellt worden. Diese haben gezeigt, dass es **den gerechten Preis** grundsätzlich **nicht gibt**. Vielmehr ist ein Preis dann gerecht und damit rechtlich zu akzeptieren, wenn er von einem Konsens der Parteien bei der Findung des Preises und dessen verbindlicher Fixierung getragen wird. Insoweit sind Marktpreise gerecht.

Ausgehend von den vorstehend kurz skizzierten Überlegungen ist eine richterliche (ebenso auch eine administrative) Preiskontrolle eine strengen Anforderungen auszusetzende Ausnahme und die **Freiheit der Preisbildung von staatlicher Aufsicht** die Regel. Damit ist keineswegs gesagt, dass es eine staatliche Preisreglementierung nicht geben kann. Eine Analyse der Rechtsordnung im Hinblick auf die Existenz solcher Normen zeigt das Gegenteil. Gleichwohl ist die Feststellung von Bedeutung, dass jede staatliche Preiskontrolle einer besonderen rechtspolitischen Rechtfertigungslast unterliegt und dabei auch die Voraussetzungen für eine solche Preisaufsicht ebenso eindeutig festlegen muss wie die Kriterien für die Überprüfung der Preise. Insoweit besteht folglich ein eindeutiges Regel-Ausnahme-Prinzip dahingehend, dass die Preisbildung frei und nur in Ausnahmen staatlichen Einschränkungen ausgesetzt ist.

Derartige Ausnahmen können einmal im Bereich des öffentlichen Rechts liegen, indem der Staat aus einer besonderen rechtspolitischen Motivation heraus die Bildung und Forderung von Preisen

auf dem Markt einem präventiven staatlichen Genehmigungsvorbehalt aussetzt. Hierzu zählt z. B. (noch) die Bildung der Tarifpreise für die allgemeine Versorgung hinsichtlich des in § 10 Abs. 1 EnWG erfassten Kundenkreises durch § 12 BTOElt. Die diesbezüglichen Aspekte sind im Folgenden nicht weiter zu vertiefen, da es bei der Kontrolle von Fernwärmepreisen nicht um eine öffentlich-rechtliche Preisaufsicht geht, weil es sie für die Fernwärmepreise im Sinne eines staatlichen Genehmigungsvorbehalts, § 12 BTOElt vergleichbar, nicht gibt. Vielmehr ist allein die zivilrechtliche Preisaufsicht, ausgeübt durch die Zivilgerichte im Falle von Auseinandersetzungen zwischen dem Verkäufer und dem Käufer von Energie, angesprochen.

2. § 138 BGB

Die **Instrumente** zivilrechtlicher Preiskontrolle sind überschaubar. In Betracht kommt insoweit einmal, dass eine Preisbildung nach **§ 138 Abs. 1 BGB** sittenwidrig ist.⁹⁴ Dabei enthält § 138 Abs. 2 BGB für die Preisbildung eine Konkretisierung der Sittenwidrigkeit. Danach ist ein Rechtsgeschäft insbesondere dann sittenwidrig, wenn jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.

Bereits hier wird ein im Folgenden zu bestätigendes **Element staatlicher Preiskontrolle** deutlich: Zu unterscheiden ist nämlich stets zwischen einem **spezifischen Anlass**, der eine richterliche Preiskontrolle überhaupt rechtfertigt, und dem **Maßstab**, der sodann für die Preisüberprüfung gilt. Dieser spezifische Anlass für die Preiskontrolle, der das Prinzip autonomer Preisbildung durch die Parteien ohne jede staatliche Einflussnahme durchbricht, liegt im Falle der Anwendung des § 138 BGB in der spezifischen Situation, in der ein Preis zustande kommt. Das Gesetz kennzeichnet diese Situation in § 138 Abs. 2 BGB durch eine Zwangslage, eine Unerfahrenheit, einen Mangel an Urteilsvermögen oder eine erhebliche Willensschwäche. Nur wenn eine solche Situation besteht und darüber hinaus seitens des Vertragspartners im Hinblick auf die spezifische Lage einer "Ausbeutung" besteht, die darüber hinaus durch ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung gekennzeichnet ist, kann eine richterliche Überprüfung der Preise nach § 138 Abs. 2 BGB erfolgen. Zwar stellt die Norm keine abschließende Konkretisierung des Begriffs der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB dar, gleichwohl jedoch eine solche von besonderer Bedeutung.

Soweit ein Preis in unmittelbarer Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB, also ohne das Bestehen der spezifischen Situation nach § 138 Abs. 2 BGB, dem Verdikt der Sittenwidrigkeit ausgesetzt sein soll, verlangt die Rechtspraxis – völlig zurecht – eine erhebliche Abweichung von dem "normalen" Preis.⁹⁵ Diese quantitative Hürde ist erforderlich, um eine Grauzone allein privatautonom gebildeter

⁹⁴ Vgl. Kap. B I.

⁹⁵ Vgl. den Überblick bei Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 138, Rdn. 34a; ferner Fn. 96.

und aufrecht erhaltener Preise einerseits und staatlich beeinflusster, hier durch richterliche Kontrolle überprüfter Preise, andererseits zu vermeiden.

Ohne hier im Einzelnen die sehr ausdifferenzierte Rechtsprechung zu § 138 BGB⁹⁶ im Hinblick auf die Preisbildung analysieren zu können, lässt sich die Anwendungsschwelle des § 138 Abs. 1 BGB, die durch eine Preiskontrolle ohne das Bestehen einer spezifischen, in § 138 Abs. 2 BGB gekennzeichneten Situation geprägt wird, wie folgt beschreiben: Preiserhöhungen um den Faktor 2 oder mehr zu Gunsten des Verkäufers, vielfach aber auch erst um einen Faktor von 3 und deutlich mehr, sind von der Judikatur zum Anlass genommen worden, Preise für sittenwidrig zu erachten.⁹⁷ Selbst sehr hohe Preise unterhalb einer gegenüber dem Marktpreis festzustellenden Preisverdoppelung haben hingegen, soweit nicht zusätzliche besondere Facetten des zur Beurteilung anstehenden Falles zu berücksichtigen waren, regelmäßig zu einer Verneinung des § 138 Abs. 1 BGB geführt.⁹⁸

3. § 826 BGB

Ähnliche Grundsätze, wie sie zu § 138 BGB in der Rechtspraxis entwickelt wurden, gelten für die Konkretisierung des **§ 826 BGB**.⁹⁹ Dies leuchtet unmittelbar ein, da die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB und ein Schadenersatzanspruch, basierend auf dem Vorwurf einer gegen die guten Sitten verstoßenden vorsätzlichen Schädigung, sich in dem wesentlichen Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit überlappen.

4. §§ 305 ff. BGB

Eine weitere Fallgruppe, bei der man zunächst gleichfalls mit einer richterlichen Preiskontrolle rechnen könnte, sind Vertragsschlüsse unter Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen. **§§ 305 ff. BGB** schränken insoweit die Vertragsfreiheit erheblich ein. Die wesentlichen Kriterien sind: strenge Anforderungen an die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Geltungsbereich von Verträgen (§§ 305, 305 a, 305 c BGB), von §§ 133, 157 BGB abweichende Vorgaben für die Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders (§ 305 c Abs. 2 BGB) sowie schließlich eine ausdifferenzierte Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff BGB.

Rechtspolitischer Hintergrund ist der Umstand, dass derjenige, der allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, diese regelmäßig unter alleiniger oder jedenfalls vorrangiger Berücksichtigung seiner Interessen vorformuliert und damit den Geschäftspartner mit einer Situation konfrontiert, in der dieser jedenfalls für die Massengeschäfte des täglichen Lebens schon aus zeitlichen Gründen nicht

⁹⁶ Vgl. den Überblick bei Soergel-*Hefermehl*, BGB, § 138, Rdn. 86, 86a.

⁹⁷ Vgl. BGH WM 1992, 441; BB 1998, 393.

⁹⁸ Vgl. BGH ZIP 1997, 931.

⁹⁹ Soergel-*Hönn/Donneweg*, BGB, § 826, Rdn. 1, 12.

in der Lage ist, den Regelungsgehalt der Vorschrift einschließlich der Intensität der Abweichung vom dispositiven Recht zu erfassen.¹⁰⁰ Insoweit bilden also allgemeine Geschäftsbedingungen rechtspolitisch an sich durchaus einen Ansatz auch zur Preiskontrolle, zumal Preise und sonstige Vertragsbedingungen wirtschaftlich in einem untrennbaren Zusammenhang stehen (vgl. nur die Preishöhe und Haftungsausschlüsse). Dies läge auf der Linie der bereits angesprochenen Zweiteilung von Preisprüfungsanlass und Preisprüfungsmaßstab, wonach spezifische Anlässe einerseits und Vorgaben für die Kriterien der Preisüberprüfung andererseits tragende Elemente einer zivilrechtlichen Preiskontrolle sind.

Indessen zeigt § 307 Abs. 3 BGB, dass die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen nach § 307 BGB sowie auch die Klauselverbote mit oder ohne Wertungsmöglichkeit nach §§ 308, 309 BGB nur die allgemeine Geschäftsbedingung betrifft, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder ergänzende Regelungen vereinbart wurden. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Preisfindung selbst grundsätzlich nicht dem Kontrollregime des AGB-Rechts in §§ 305 ff. BGB unterliegt.¹⁰¹ Insoweit stellt § 307 Abs. 3 S. 2 BGB klar, dass andere Bestimmungen als allgemeine Geschäftsbedingungen, insbesondere also auch die Bildung von Preisen, lediglich nach § 307 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam sein können. Auch hier wird deutlich, welche **Zurückhaltung** die **Zivilrechtsordnung** aus gutem Grund gegenüber einer richterlichen Preiskontrolle praktiziert.

5. §§ 19, 20 GWB

Ein Blick ins **Kartellrecht**, das trotz der Bedeutung des § 138 BGB für eine richterliche Preisreglementierung nach wie vor *die* wesentliche Rechtsmaterie für Preiskontrollen bietet, bestätigt den bereits festgestellten Befund. Stets ist eine **Monopolsituation** Voraussetzung für eine Praktizierung einer Preiskontrolle.¹⁰² Nach **§§ 19, 20 GWB** unterliegen die Preise eines marktbeherrschenden Unternehmens einem besonderen **Missbrauchsverbot** (§ 19 Abs. 1 BGB), ergänzt um das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 BGB.¹⁰³ Das Gesetz trennt hier sehr sorgfältig zwischen dem Anlass der kartellrechtlichen Preiskontrolle, nämlich dem Bestehen von Marktmacht einerseits, und dem Maßstab für die Preisprüfung in einer solchen Situation, nämlich dem Missbrauchsverbot, konkretisiert durch spezialgesetzliche Missbrauchsbeispielfälle in § 19 Abs. 4 GWB, andererseits. Nur wenn ein Unternehmen marktbeherrschend ist, sei es als Monopolunternehmen, sei es im Wege des Oligopols - bewertet nach den Kriterien des § 19 Abs. 1 bis 3 GWB - unterliegt es dem Missbrauchsverbot des § 19 Abs. 1 GWB und dessen Konkretisierung durch die nicht abschließenden Beispielfälle in § 19 Abs. 4 GWB. Ohne Marktbeherrschung gibt

¹⁰⁰ So zum AGBG Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, AGB-Gesetz, Einl., Rdn. 4.

¹⁰¹ Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, AGB-Gesetz, § 8, Rdn. 14; BGH NJW 1992, 688.

¹⁰² Bűdenbender, VEnergR Bd. 76, 1995, S.15.

¹⁰³ Vgl. zum Normzweck Immenga/Mestmäcker-Möschel/Markert, GWB, § 19, Rdn. 5, § 20, Rdn. 17-19.

es keine kartellrechtliche Preiskontrolle und damit auch kein Missbrauchsverbot. Anders formuliert: Nicht marktbeherrschende, also voll im Wettbewerb stehende Unternehmen, sind rechtlich nicht in der Lage, missbräuchlich im Sinne des Kartellrechts zu handeln. Auch das **europäische Kartellrecht** folgt – rechtspolitisch zurecht – diesem Muster, in dem es in **Art. 82 EG** nur marktbeherrschende Unternehmen einer Preismissbrauchskontrolle aussetzt¹⁰⁴.

Die Praktizierung des § 19 GWB steht einmal der Kartellbehörde zu, wenn diese missbräuchlich gebildete Preise eines marktbeherrschenden Unternehmens zum Anlass nimmt, hiergegen eine Untersagungsverfügung nach § 32 GWB auszusprechen. Insoweit gibt es also eine administrative Preiskontrolle. Der hier erörterte Aspekt einer zivilgerichtlichen Preiskontrolle ist damit zunächst nicht angesprochen. Er kommt jedoch ins Spiel, wenn das marktbeherrschende Unternehmen gegen den Erlass einer solchen Missbrauchsverfügung Beschwerde einlegt (§ 63 Abs. 1 GWB), über die das für den Sitz der Kartellbehörde zuständige Oberlandesgericht, also ein Zivilgericht, nach § 63 Abs. 4 GWB zu entscheiden hat. Da die Kartellgerichte in ständiger, nicht kontroverser Rechtsprechung den Erlass von Preismissbrauchsverfügungen durch die Kartellbehörden einer **uneingeschränkten Rechtskontrolle** unterziehen¹⁰⁵, insbesondere den Kartellbehörden insoweit auch keinen Beurteilungsspielraum für die Konkretisierung des Preismissbrauchsbegriffes zubilligen, besteht bereits eine zivilgerichtliche Preiskontrolle.

Nichts anderes gilt, soweit sich der durch das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens betroffene Kunde im Wege des **Schadenersatz- oder Unterlassungsanspruchs** nach § 33 GWB, unabhängig davon aber auch gegen Ansprüche aus einem mit einem marktbeherrschenden Unternehmen abgeschlossenen Vertrag wegen dessen Unwirksamkeit in Folge des Verstoßes gegen das Missbrauchsverbot (§§ 19 Abs. 1 GWB, 134 GWB), wendet. Hier kommt die zivilgerichtliche Preiskontrolle unmittelbar, d. h. ohne vorlaufendes kartellbehördliches Verfahren, zur Anwendung.

6. § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV

In § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV sind konkrete Anforderungen an Preisänderungsklauseln in Fernwärmeverträgen formuliert. Danach haben sich diese Klauseln an der Kostenentwicklung und den Verhältnissen am Wärmemarkt zu orientieren. Die Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass diese Verträge regelmäßig auf Langfristigkeit angelegt sind und somit die Preisgestaltung nach sachgerechten Kriterien angepasst werden können muss.¹⁰⁶ Die Vorschrift soll sicherstellen, dass das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung während der Vertragsdauer gewahrt bleibt.¹⁰⁷ Sie dient somit dem Kundenschutz. Mithin ist in der AVBFernwärmeV im Gegensatz zur

¹⁰⁴ Hierzu auch *Büdenbender*, VEnergR Bd. 76, 1995, S.37 ff.

¹⁰⁵ U.a. BGH WuW/E 588, 594; BGHZ 76, 142; Immenga/Mestmäcker-Schmidt, GWB, § 63, Rdn. 41.

¹⁰⁶ Vgl. amtl. Begründung, abgedruckt bei Danner/*Theobald*, Energierecht, IV 73a.

¹⁰⁷ *Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer*, AVB, § 24, Rdn. 10.

AVBGasV und AVBEltV eine eigenständige Regelung zur "Preiskontrolle" aufgenommen worden. Schon aufgrund dieser Norm ist es den Fernwärmeversorgungsunternehmen verwehrt, ihre Preise losgelöst von den vorgegebenen Parametern zu erhöhen.

Der Anwendungsbereich dieser Norm beschränkt sich allerdings nur auf die vorgegebenen Anforderungen und ermöglicht nicht eine (zivilrechtliche) Missbrauchsaufsicht im Falle der missbräuchlichen Ausschöpfung der Preisgestaltungsspielräume durch das Versorgungsunternehmen. Diesbezüglich verweist der Verordnungsgeber ausdrücklich auf die kartellbehördliche Aufsicht.¹⁰⁸

Es fragt sich, wie sich die richterliche Preiskontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB in das beschriebene System richterlicher Preiskontrolle, gekennzeichnet durch seine Zweistufigkeit aus Anlass und Maßstab, einordnen lässt.

II. Elemente der zivilgerichtlichen Preiskontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB auf Grund der Gesetzeslage

Die zivilgerichtliche Preiskontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB ist, wie eine genaue Analyse des § 315 BGB zeigt, ebenfalls uneingeschränkt durch die bereits angesprochene Zweistufigkeit von Anlass und Maßstab der gerichtlichen Preiskontrolle gekennzeichnet. Dies gilt ausnahmslos, soweit man den von dem Gesetz nach dessen Wortlaut allein unmittelbar erfassten Sachverhalt für eine richterliche Preiskontrolle zu Grunde legt. Die im Text zum Ausdruck kommende gesetzliche Konzeption muss, dies lässt sich bereits vorab feststellen, die Rechtspraxis zu § 315 Abs. 3 S. 2 BGB bestimmen, nicht aber eine Erweiterung der Norm über den Wortlaut hinaus ohne rechtsmethodisch belastbare Absicherung. Insoweit geht es letztlich um den Geltungsanspruch eines kodifizierten Rechtssystems sowie um die Bindung des Richters an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3, 97 GG). Daher sollen die Systematik des § 315 BGB sowie der funktionale Zusammenhang von vertraglichem Leistungsbestimmungsrecht mit dem Gebot der Ausübung nach den Anforderungen der Billigkeit und schließlich mit der gerichtlichen Preiskontrolle/Preisfestsetzung nochmals herausgearbeitet werden.

1. Vertragliches Leistungsbestimmungsrecht

Nach § 315 Abs. 1 BGB können die Vertragsparteien vorsehen, dass eine Leistung durch einen Vertragsschließenden einseitig an Stelle eines vertraglichen Konsenses bestimmt wird. Hierzu zählt insbesondere auch die Festlegung des zu zahlenden Preises, sei es z. B. im Rahmen eines klassischen Kaufvertrages nach § 433 Abs. 2 BGB, sei es für einen nach der Rechtspraxis als kaufähnlichen Vertrag zu bewertenden Energielieferungsvertrag mit leitungsgebundener Energie, der sich in der Sache eher als die Erbringung einer technisch-wirtschaftlichen Dienstleistung darstellt und dar-

¹⁰⁸ Amtl. Begründung, abgedruckt bei Danner/*Theobald*, Energierecht, IV 73.

über hinaus ohnehin vielfach durch konkretisierende Rechtsverordnungen, hier nach der AVB-Fernwärme, näher fixiert wird.

Rechtssystematisch bedeutet die Möglichkeit einer Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 1 BGB die Vermeidung eines offenen Dissenses nach § 154 Abs. 1 BGB, der im Zweifel mangels Einigung über den Preis zu einem fehlenden Vertragsschluss führt.¹⁰⁹ Können sich die Vertragsparteien über ein wesentliches Element des Vertragsschlusses, insbesondere über den Preis, nicht verständigen, bleibt ein essentieller Punkt offen und ein Vertrag kommt somit an sich nach § 154 Abs. 1 BGB nicht zustande. Wollen die Parteien einen solchen vertragslosen Zustand vermeiden, haben sie die Möglichkeit, die verbindliche Festlegung des durch einen Konsens nicht erfassten Vertragselements in die Hand einer Person zu legen. Dies kann nach § 315 Abs. 1 BGB eine der Vertragsparteien sein, wobei die Parteien grundsätzlich festzulegen haben, welche **Vertragspartei** das **Leistungsbestimmungsrecht** hat, also der Gläubiger oder der Schuldner des von einem Konsens insoweit nicht erfassten Vertrages. Wird dies nicht festgelegt, greift die Auslegungsregel des § 316 BGB ein, wonach in gegenseitigen Verträgen die Bestimmung der Gegenleistung im Zweifel dem Gläubiger der Gegenleistung zusteht. Dies ist für Energielieferungsverträge das EVU als Gläubiger des Zahlungsanspruches für die gelieferte Energie.

Darüber hinaus haben die Parteien auch die Möglichkeit, die Leistungsbestimmung in die Hand eines **Dritten** zu legen. § 317 Abs. 1 BGB lässt dies ausdrücklich zu, wobei § 317 Abs. 2 BGB sogar die Leistungsbestimmung durch mehrere Dritte anspricht. Für die Rechtspraxis von Energielieferungsverträgen, insbesondere von Fernwärmeverträgen, spielt die Leistungsbestimmung durch einen Dritten keine Rolle, so dass insoweit eine Beschränkung auf § 315 BGB sachgerecht ist.

2. Billiges Ermessen als inhaltliche Vorgabe

Hinsichtlich der inhaltlichen Vorgaben für die Fixierung des von dem Parteikonsens nicht erfassten Vertragselements durch denjenigen, der vertraglich als leistungsbestimmungsbefugt vereinbart wurde oder der unter Anwendung der Auslegungsregel des § 316 BGB insoweit im Zweifel leistungsbestimmungsberechtigt ist, stellt § 315 Abs. 1 BGB – allerdings sehr unpräzise – materiellrechtliche Anforderungen auf. Danach hat die Leistungsbestimmung im Zweifel "**nach billigem Ermessen**" zu erfolgen. Daraus folgt zunächst, dass die Parteien es selbst in der Hand haben, die materiellen Kriterien für die Leistungsbestimmung vertraglich festzulegen. Insoweit sind sie insbesondere in der Lage, wesentlich konkretere Anforderungen zu formulieren, als sie der unbestimmte Rechtsbegriff des billigen Ermessens vorsieht.¹¹⁰

¹⁰⁹ Palandt-Heinrichs, BGB, § 315, Rdn. 4.

¹¹⁰ Münchener Kommentar-Gottwald, BGB, § 315, Rdn. 2, 3.

Gelingt den Parteien jedoch eine solche Konkretisierung der Anforderungen mangels Konsenses nicht oder nehmen sie bewusst von einem solchen Versuch Abstand, so folgt aus § 315 Abs. 1 BGB, dass der Leistungsbestimmungsberechtigte die ihm dadurch eingeräumten **Gestaltungsbefugnisse** nicht schrankenlos ausüben kann. Vielmehr wird er durch die Kriterien eines billigen Ermessens begrenzt. Dabei liegt es auf der Hand, dass dieser sehr unbestimmte Gesetzesbegriff eine erhebliche Konkretisierung durch die Rechtspraxis erfahren muss, um sich als taugliche Einschränkung zu erweisen. Dies ist geschehen.¹¹¹ An dieser Stelle kommt es jedoch zunächst auf diese Konkretisierung nicht an, sondern auf die bereits verschiedentlich angesprochenen Zusammenhänge von Anlass und Maßstab zivilrechtlicher Preiskontrolle einschließlich insoweit bestehender Wechselwirkungen.

Nach der zurecht bestehenden herrschenden Meinung¹¹², insbesondere nach der Auffassung des BGH, ist der Begriff des billigen Ermessens keiner punktuellen **Konkretisierung** in dem Sinne zugänglich, dass nur **eine** Entscheidung des Leistungsbestimmungsberechtigten sachgerecht und damit durch das billige Ermessen gedeckt ist. Vielmehr gibt es insoweit einen Entscheidungsrahmen, eine **Bandbreite möglicher Entscheidungen**, die alle im Rahmen des billigen Ermessens liegen.¹¹³ Daraus folgt die Befugnis des Leistungsbestimmungsberechtigten, diesen Rahmen auszuschöpfen, sei es nach oben, sei es nach unten, insbesondere auch zu seinen eigenen Gunsten. Solange sich die Entscheidung innerhalb der durch das billige Ermessen, konkretisiert durch die höchstrichterliche Rechtsprechung, bestehenden Grenzen hält, ist die Entscheidung von § 315 Abs. 1 BGB gedeckt. Dies gilt auch dann, wenn ein anderer Leistungsbestimmungsberechtigter in einem vergleichbaren Fall, vielleicht sogar für die Mehrheit der Fälle, eher eine andere Entscheidung im Rahmen des Entscheidungsrahmens auf Grund des billigen Ermessens getroffen hätten. Nichts anderes gilt auch für den entscheidenden Zivilrichter: Auch er hat nur die Überschreitung der Ermessensgrenzen zu prüfen, nicht aber, ob er an Stelle der die Leistungsbestimmung vornehmenden Vertragspartei ebenso wie diese gehandelt hätte. Dasselbe gilt für die **richterliche Entscheidung** selbst, die – wie sogleich dargestellt werden wird – nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB die Leistungsbestimmung mit sich zieht.

3. Rechtsfolgen unbillig ausgeübter Leistungsbestimmungsmerkmale

§ 315 Abs. 1 BGB selbst lässt nicht erkennen, welche Rechtslage besteht, wenn die Grenzen des billigen Ermessens bei der Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts durch den Berechtigten, insbesondere bei Fixierung der Preishöhe, überschritten wurden. Jedoch beantwortet **§ 315 Abs. 3 BGB** die aufgeworfene Frage eindeutig. Soll die Leistungsbestimmung nach billigem

¹¹¹ Vgl. u.a. BGHZ 41, 271; BGH WM 1983, 1004; BGH NJW 1983, 1778.

¹¹² Vgl. nur Münchener Kommentar-*Gottwald*, BGB, § 315, Rdn. 27; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 315, Rdn. 10.

¹¹³ BGHZ 41, 271, 279, 280.

Ermessen erfolgen, was bei einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung ebenso der Fall ist wie beim Fehlen besonderer materieller Maßstäbe auf Grund der Auslegungsregel des § 315 Abs. 1 BGB, so ist die getroffene Bestimmung für den Vertragspartner nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht.

Die Entscheidung muss somit den angesprochenen Rahmen einhalten.¹¹⁴ Sprengt sie diesen **Rahmen**, ist sie unwirksam¹¹⁵. Hält sie den Rahmen ein, ist sie auch dann wirksam, wenn Alternativen bestanden hätten. Entspricht die **Leistungsbestimmung nicht der Billigkeit**, so geht die Entscheidungskompetenz nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB auf das Zivilgericht über. Dies ergibt sich daraus, dass in solchen Fällen die Leistungsbestimmung durch Urteil getroffen wird. Dasselbe gilt, wenn die Leistungsbestimmung verzögert wird (§ 315 Abs. 3 S. 2 Hs 2 BGB).

Rechtssystematisch regelt § 315 Abs. 3 S. 2 BGB eine Besonderheit. Insoweit handelt es sich **nicht** allein, wie regelmäßig sonst im Zivilrecht, um eine **zivilgerichtliche Kontrolle** zivilrechtlicher Vorgänge im Hinblick darauf, ob sie mit gesetzlichen Vorgaben übereinstimmen. Zwar umfasst § 315 Abs. 3 S. 2 BGB insofern auch dieses Element, als der Richter zunächst zu untersuchen hat, ob sich die Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts in den durch das billige Ermessen gesetzten Grenzen des § 315 Abs. 1 BGB hält. Bestätigt der Richter die Wirksamkeit der Leistungsbestimmung, ist die juristische Prüfung insoweit abgeschlossen. Dabei bewegt sie sich in den "klassischen" Bahnen des Zivilprozessrechts.

Anders ist die Rechtslage hingegen, wenn der Richter die Grenzen des billigen Ermessens als verletzt ansieht. In diesem Fall stellt er eben nicht nur die Unwirksamkeit der getroffenen Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 S. 1 BGB fest. Vielmehr zieht das Gericht auf Grund der ausdrücklichen Ermächtigung in § 315 Abs. 3 S. 2 BGB die Leistungsbestimmung an sich. Dabei verfügt das **Gericht über denselben Ermessensspielraum**, wie er zunächst zu Gunsten des **Leistungsbestimmungsberechtigten** bestand. Insoweit erfolgt bei Anwendung des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB nicht nur eine Rechtskontrolle, sondern auch eine Vertragsgestaltung gleichsam stellvertretend für die Partei, die ihre Gestaltungscompetenz rechtswidrig ausgeübt hat.¹¹⁶

4. Rechtspolitische Zusammenhänge

Betrachtet man nun § 315 BGB im Hinblick auf das Zusammenspiel von Anlass und Maßstab einer Preiskontrolle, auf die die Norm ebenfalls und in besonderem Maße anwendbar ist, so ergibt sich Folgendes:

¹¹⁴ Münchener Kommentar-*Gottwald*, BGB, § 315, Rdn. 29.

¹¹⁵ *Baur/Henk-Merten*, VEnergR Bd. 107, 2003, S. 31.

¹¹⁶ So auch *Staudinger-Rieble*, BGB, § 315, Rdn. 233, 239, mit kritischen Anmerkungen unter Rdn. 18 ff.

Zwingende Voraussetzung ist nach dem Gesetzestext zunächst, dass überhaupt die Vereinbarung eines Leistungsbestimmungsrechts nach § 315 Abs. 1 BGB erfolgte. Fehlt es daran, kommt eine gerichtliche Kontrolle des so festgesetzten Preises nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB nicht in Betracht. Dies ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang der Abs. 1 und 3 des § 315 BGB. Die gerichtliche Preiskontrolle einschließlich der eigenständigen gerichtlichen Anordnung eines Preises setzt voraus, dass einmal ein Leistungsbestimmungsrecht überhaupt vertraglich vereinbart (§ 315 Abs. 1 BGB) und darüber hinaus diese Preisbestimmung durch den Bestimmungsberechtigten jenseits der Grenzen der Billigkeit vorgenommen wurde (§ 315 Abs. 3 S. 1 BGB). **Fehlt die vertragliche Vereinbarung einer Leistungsbestimmung, ist nach dem eindeutigen Gesetzestext für eine gerichtliche Preiskontrolle nach § 315 Abs. 1 S. 2 BGB kein Raum.**

Damit wird der Geldschuldner nicht umfassend schutzlos gestellt, sondern lediglich von der Anwendung des mangels vereinbarten Leistungsbestimmungsrechts auf ihn nicht zutreffenden § 315 BGB ausgenommen. Soweit die gegen den Schuldner gerichtete Preisforderung dem Vorwurf der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB ausgesetzt ist, darüber hinaus u. U. eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB beinhaltet oder aber der Leistungserbringer als marktbeherrschendes Unternehmen dem Missbrauchsverbot der §§ 19, 20 GWB unterliegt, greifen zu Gunsten des Geldschuldners die bereits skizzierten Schutzmechanismen der genannten Normen ein (§§ 138, 826 BGB, 19, 20, 33 GWB). Insoweit bedarf er folglich des Schutzes nach § 315 Abs. 1 S. 2 BGB nicht.¹¹⁷

Die beschriebenen Zusammenhänge sind nicht nur auf Grund des Gesetzestextes und der Gesetzes-systematik eindeutig, sondern werden auch **rechtspolitisch** vom **Schutzzweck** des § 315 BGB un-ingeschränkt getragen. Können sich die Parteien über eine wesentliche Komponente des Vertrags-schlusses nicht einigen und hätte dies an sich den Ausschluss einer vertraglichen Wirkung nach § 154 Abs. 1 BGB zur Folge, so bedeutet die Vereinbarung eines Leistungsbestimmungsrechts zu Gunsten von demjenigen, der bestimmungsbefugt ist, die Einräumung einer erheblichen Rechts-macht¹¹⁸. Anstatt durch vertraglichen Konsens sieht sich die durch das Leistungsbestimmungsrecht betroffene andere Vertragspartei nunmehr einem einseitigen Vorgehen des Vertragspartners aus-gesetzt. Aus seiner Sicht liegt die **Gefahr**, dass der Leistungsbestimmungsberechtigte nunmehr **einsei-tig** die Position durchzusetzen versucht, die zuvor konsensual nicht erreichbar war, auf der Hand.

Allerdings muss sich der von einer solchen Vertragsmacht betroffene Vertragsgegner verhalten las-sen, dass das Leistungsbestimmungsrecht nicht kraft Gesetzes, sondern nur auf Grund seiner ver-traglichen Zustimmung zustande kommt. Insoweit hat er sich selbst in die Situation gebracht, die

¹¹⁷ Diese Erwägungen liegen auch dem Urteil des LG Rostock zugrunde, RdE 2004, 175, 177.

¹¹⁸ Vgl. *Baur/Henk-Merten*, VEnergR Bd. 107, 2003, S. 21.

nunmehr aus seiner Sicht Anlass zur Sorge gibt.¹¹⁹ Hinzu kommt, dass die materiell-rechtliche Begrenzung des Leistungsbestimmungsrechts "nach billigem Ermessen" (soweit nicht andere – vertraglich zulässige – materiellrechtliche Kriterien aufgestellt wurden) dem Bestimmungsberechtigten den bereits angesprochenen Entscheidungsrahmen zur Verfügung stellt. Verlässt er diesen nicht, ist die Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 S. 1 BGB auch dann wirksam, wenn der Bestimmungsberechtigte die Ermessensgrenzen zu seinen Gunsten und nicht im Interesse des Vertragspartners ausschöpft. Insoweit ist die Sorge des von einem Leistungsbestimmungsrecht betroffenen Vertragspartners, der andere werde seine Kompetenzen einseitig zu seinen Gunsten ausnutzen, nicht nur subjektiv-emotional, sondern auch objektiv auf Grund der rechtlichen Vorgaben für die Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts begründet.

Daraus resultiert ein **besonderes Schutzbedürfnis** dieser Vertragspartei: Die Einseitigkeit des Vorgehens seines Partners, wenn auch auf der Grundlage der vertraglichen Einräumung einer solchen Rechtsmacht, ergänzt um den begrenzten Entscheidungsspielraum auf Grund des billigen Ermessens, löst ein Schutzbedürfnis der von einem Leistungsbestimmungsrecht betroffenen Vertragspartei aus. Dies erkennt der Gesetzgeber in § 315 Abs. 3 BGB an, auch wenn nicht zu verkennen ist, dass sich der schutzbedürftige Vertragspartner durch die Absprache eines Leistungsbestimmungsrechts selbst in diese Lage gebracht hat. Der schutzbedürftige Vertragspartner darf jedoch nicht schutzlos bleiben, weil es Situationen geben kann, in denen die so handelnde Vertragspartei auf die Leistung des anderen angewiesen ist und daher einen fehlenden Konsens zu einer wesentlichen Vertragskomponente, insbesondere zu dem Preis, nicht zum Anlass eines Vertragsverzichts nehmen kann. Der angesprochene Schutz wird durch die Unwirksamkeit unbillig ausgeübter Leistungsbestimmungsrechte (§ 315 Abs. 3 S. 1 BGB) und durch den Übergang der Entscheidungskompetenz auf das Zivilgericht (§ 315 Abs. 3 S. 2 BGB) verwirklicht.

Allerdings ist hinsichtlich des Schutzzwecks zu differenzieren, in welchem Maße der von der einseitigen Leistungsbestimmung betroffene Vertragspartner schutzwürdig ist. Vom Schutzzweck des § 315 BGB sind Verbraucher oder (z.B. Tarifikunden) aufgrund ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit eher erfasst als Unternehmen (z.B. Sonderkunden der Strom- und Gasversorgungsunternehmen). Die Unterscheidung zwischen Sonder- und Tarifikunden kommt schon in § 310 Abs. 1 BGB zum Ausdruck, der die Inhaltskontrolle von AGB anhand von §§ 308, 309 BGB zu Gunsten von Unternehmen ausschließt. Dies zeigt unmissverständlich die Wertung, dass Unternehmen – hier in ihrer Eigenschaft als Energieverbraucher - weniger schützenswert sind. Dieses Differenzierungskriterium ist daher auch im Rahmen von § 315 BGB heranzuziehen.¹²⁰ Es wirkt sich in der energie-

¹¹⁹ So auch Staudinger-*Rieble*, BGB, § 315, Rdn. 47.

¹²⁰ Allerdings zeigt die Rechtsprechung des BGH zu § 315 BGB, dass er eine solche Differenzierung nicht vornimmt, vgl. schon unter C. II. 2. a. Zwar gibt es Unterschiede zwischen §§ 305 ff und 315 BGB, da es bei der BGB-Kontrolle auch um eine situative Überforderung geht, die Unternehmen anders als Verbraucher (§§ 13, 14 BGB) auf Grund der regelmäßigen Teilnahme am Geschäftsleben verhindern bzw. bewältigen müssen. Demgegenüber geht es

wirtschaftlichen Praxis insbesondere zu Lasten von Sondervertragskunden aus, da solche Vertragstypen überwiegend von Unternehmen abgeschlossen werden. Diese Differenzierung gilt allerdings nur für die Strom- und Gaswirtschaft, während die Fernwärmewirtschaft eine solche Unterscheidung mangels Geltung des § 10 Abs. 1 EnWG (§ 1 EnWG) nicht kennt.

Darüber hinaus geht der Gesetzgeber davon aus, dass auch die Einräumung der in dem Leistungsbestimmungsrecht liegenden Vertrags- und damit Rechtsmacht zu Gunsten des anderen diesen **nicht** legitimiert, schranken- und insbesondere **rücksichtslos zu Lasten seines Vertragspartners** vorzugehen.¹²¹ Dies veranlasst das Gesetz, die Ausübung der Leistungsbestimmung in § 315 Abs. 3 S. 1 BGB nur dann für wirksam zu erklären, wenn die Grenzen der Billigkeit nicht überschritten werden. Die Regelung belastet den Leistungsbestimmungsberechtigten ohnehin nur sehr begrenzt, da innerhalb der Ermessensschränken alternative Entscheidungen nach seinem Belieben möglich sind. Erst wenn die Grenzen überschritten sind, ist das Leistungsbestimmungsrecht unwirksam ausgeübt worden und geht nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB auf das Zivilgericht über.

Es zeigt sich somit, dass § 315 Abs. 3 S. 2 BGB **keine Generalnorm** für eine **gerichtliche Preiskontrolle** darstellt, die im Übrigen im System der Zivilrechtsordnung als **Fremdkörper** angesehen werden müsste.¹²² Vielmehr steht die hier eröffnete gerichtliche Befugnis zur Übernahme des Leistungsbestimmungsrechts im Falle vorheriger rechtsunwirksamer Ausübung in untrennbarem Zusammenhang mit den sonstigen Anforderungen und Anwendungsvoraussetzungen, die § 315 BGB aufstellt. Hierzu zählt die vertragliche Vereinbarung eines Leistungsbestimmungsrechts einerseits sowie dessen, unter dem Aspekt des billigen Ermessens, rechtsunwirksame Ausübung durch den Leistungsbestimmungsberechtigten andererseits. Erst daran knüpft sich die richterliche Kontrolle und Übernahme des Leistungsbestimmungsrechts (auch für Preise) nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB an.

Insoweit stehen die **drei Elemente** "vertragliche Vereinbarung des Leistungsbestimmungsrechts" (§ 315 Abs. 1 BGB), "Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts jenseits der Grenzen des billigen Ermessens" (§ 315 Abs. 3 S. 1 BGB) und die darauf basierende Übernahme der Leistungsbestimmung durch das Gericht (§ 315 Abs. 3 S. 2 BGB) in einem **untrennbaren Zusammenhang**. Eine isolierte Anwendung des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB, sei es direkt oder analog, ohne Berücksichtigung der zuvor bestehenden Anwendungsvoraussetzungen sprengt diesen Zusammenhang und mißt der Norm systemwidrig die Funktion einer globalen Preisüberprüfung zu Gunsten der Zivilgerichte zu, die die Zivilrechtsordnung weder in § 315 BGB noch an anderer Stelle kennt.

bei § 315 BGB um die Verhinderung der Ausübung überlegener Vertragsmacht. Gerade Unternehmen aber haben es in der Hand, dem durch konkrete Ausgestaltung der Ermessensgrenzen entgegenzuwirken. Dies rechtfertigt die Berücksichtigung des Rechtsgedankens von § 310 Abs. 1 BGB im Rahmen des § 315 BGB. Für Fälle von Marktmacht schützen §§ 19, 20WB hinreichend.

¹²¹ Münchener Kommentar-*Gottwald*, BGB, § 315, Rdn. 4.

¹²² So auch Staudinger-*Rieble*, BGB, § 315, Rdn. 48 ff.

III. Rechtsmethodische Anforderungen an eine Analogie zu § 315 BGB

1. Grundsätze

Der Überblick über die gerichtliche Rechtspraxis zu § 315 Abs. 3 S. 2 BGB hat gezeigt, dass die Gerichte die Norm vielfach weit über den durch den Wortlaut und die Gesetzssystematik angelegten Zusammenhang hinaus anwenden. Es ist bemerkenswert, dass dabei in vielen Fällen, insbesondere durch den BGH, darauf verzichtet wird, diese extensive Interpretation durch Aspekte der **juristischen Methodenlehre** abzusichern.¹²³ Dies ist jedoch notwendig, wenn die gewonnenen Ergebnisse belastbar sein sollen. Die juristische Methodenlehre mit den hier entwickelten Kriterien für eine rechtstaatlich belastbare und damit das **Willkürverbot** beachtende Norminterpretation und Normanwendung dient gerade dazu, Regeln für die Praktizierung von Rechtsnormen hinsichtlich solcher Fälle zu formulieren, die vom Wortlaut nicht gedeckt sind.¹²⁴ Solche methodischen Vorgaben sind für eine Zivilrechtsordnung, die um eine gleichmäßige Normanwendung und um die **Vermeidung** der Rechtsfindung nach **subjektiven Gerechtigkeitsvorstellungen** bemüht ist, beides vor dem Hintergrund eines kodifizierten Rechtssystems, von grundlegender Bedeutung.¹²⁵

Es ist zu kritisieren, dass die Judikatur und die der Rechtsprechung weitgehend folgende Literatur Aspekte der Methodenlehre für eine Anwendung des § 315 BGB über die dort vom Wortlaut her erfassten Fälle hinaus verzichten oder, soweit dies geschieht, deren Voraussetzungen nicht detailliert prüfen. Dies ist nicht nur generell befremdlich, da die Bedeutung der juristischen Methodenlehre aus den angesprochenen Zusammenhänge heraus für alle Rechtsnormen Gültigkeit hat. In dem hier in Rede stehenden Zusammenhang kommt hinzu, dass eine **zivilrechtliche Preiskontrolle** in einem marktwirtschaftlichen System eine **Ausnahme** ist und stets sein muss, die in Zusammenhang mit der Regel zu sehen ist, dass die Preisfixierung Aufgabe der Vertragsparteien jenseits staatlicher Einflussnahme sein muss. Eine rechtsmethodisch nicht belastbare Erweiterung staatlicher Preiskontrollkompetenzen ist insoweit besonders bedenklich.

2. Keine direkte Anwendung des § 315 BGB

Zieht man die Kriterien der juristischen Methodenlehre für die Normanwendung konsequent heran, so ergibt sich Folgendes: § 315 Abs. 1 BGB erfasst nur Leistungsbestimmungsrechte, die vertraglich vereinbart worden sind. Fehlt eine derartige vertragliche Absprache, ist die Vorschrift unanwendbar. Die Kontrolle von Leistungsbestimmungsrechten nach § 315 Abs. 3 BGB setzt die Anwendbarkeit des § 315 Abs. 1 BGB voraus. Dies ergibt der eindeutige **systematische Zusammenhang** der Abs. 1 und 3 des § 315 BGB. Der Wortlaut der Vorschrift trägt daher eine gerichtliche

¹²³ S.o. Kap. C II 2 e.

¹²⁴ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 370.

¹²⁵ Bedeutung *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 366.

Preiskontrolle jenseits der Fälle, in denen ein Leistungsbestimmungsrecht vertraglich vereinbart wurde, nicht¹²⁶.

Insoweit ist auch **kein Raum für eine extensive Anwendung**. Aspekte einer restriktiven oder einer extensiven Anwendung haben dort ihren Platz, wo der Wortlaut einer Norm ein weites oder ein engeres Begriffsverständnis zulässt.¹²⁷ Dies ist z. B. hinsichtlich des Begriffes "billiges Ermessen" grundsätzlich denkbar, das sprachlich eine weite Auslegung (unter besonderer Betonung des Ermessens) und auch Ansätze für eine restriktive Interpretation (im Hinblick auf das Erfordernis des "billigen Ermessens") gestattet.¹²⁸ Demgegenüber ist die Situation für den Rechtsgrund des Leistungsbestimmungsrechts in § 315 Abs. 1 BGB eindeutig. Insoweit verlangt das Gesetz eine vertragliche Vereinbarung. Fehlt diese und gibt es nur faktisch ein Ungleichgewicht für die Preisbildung, lässt sich dieses faktische Ungleichgewicht (falls es überhaupt besteht) nicht als Vereinbarung eines Leistungsbestimmungsrechts im weiteren Sinne verstehen.

3. Voraussetzungen einer analogen Anwendung

Damit kommt allein eine **analoge Anwendung** des § 315 Abs. 1 BGB auf Fälle faktischer Preisbestimmung in Betracht, um darauf basierend - und dem systematischen Zusammenhang von Abs. 1 und 3 des § 315 BGB Rechnung tragend - eine richterliche Preiskontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB zu begründen.¹²⁹ Eine analoge Anwendung von Vorschriften auf solche Sachverhalte, die vom Wortlaut nicht unmittelbar erfasst werden, ist hinsichtlich der grundsätzlichen Möglichkeit und der Voraussetzungen fester Bestandteil der juristischen Methodenlehre.¹³⁰ Allerdings sollte er dort, wo der Wortlaut die Anwendung einer Norm nicht trägt, rechtsmethodisch deutlich angesprochen und hinsichtlich seiner Voraussetzungen analysiert werden. Anderenfalls besteht die Gefahr, Rechtsnormen bei Fehlen einzelner Tatbestandsmerkmale nach einer gewissen Beliebigkeit zur Erreichung angestrebter rechtlicher Ergebnisse anzuwenden, obwohl dies weder vom Wortlaut noch von der juristischen Methodenlehre her unter dem Aspekt der Analogie gerechtfertigt ist.

Die **Voraussetzungen** einer analogen Anwendung sind in langjähriger Rechtstradition eindeutig herausgebildet worden.¹³¹ Voraussetzung ist zunächst eine **planwidrige Lücke** im Gesetz.¹³² Dort,

¹²⁶ Diesen Umstand verkennen *Baur/Henk-Merten*, VEnergR Bd. 107, 2003, S. 20, 24.

¹²⁷ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 354.

¹²⁸ *Staudinger-Rieble*, BGB, § 315, Rdn. 117.

¹²⁹ So auch *Zenke/Thomale*, WuW 1/2005, 28, 36.

¹³⁰ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 381 ff.

¹³¹ *Palandt-Heinrichs*, BGB, vor § 1, Einl., Rdn. 48.

¹³² *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 370 ff.

wo der Gesetzgeber einer Rechtsnorm einen begrenzten Anwendungsbereich zuordnet, kann dieser nicht durch das Kriterium einer analogen Anwendung erweitert werden. Dies macht die Aussage besonders deutlich, dass eine planwidrige Lücke nur dann besteht, wenn der Gesetzgeber in Kenntnis der Lücke eine erweiterte Formulierung vorgenommen hätte. Neben dieser Lücke ist zusätzlich für eine analoge Anwendung erforderlich, dass der Regelungsgehalt der Rechtsnorm auch für die Fallgruppen, die von dem Wortlaut nicht erfasst werden, nach Sinn und Zweck des Gesetzes "passt". Es muss folglich **sachgerecht** sein, die Vorschrift auch auf diese Sachverhaltsgruppen anzuwenden, weil das **Regelungsziel der Norm**, auch die Berücksichtigung etwaiger konträrer Interessen der in der Norm angesprochenen Personengruppen, die Anwendung legitimieren.¹³³

In diesem Zusammenhang ist auch darauf zu achten, ob durch eine analoge Anwendung einer Vorschrift der Geltungsbereich anderer Rechtsnormen berührt wird, die eine abweichende Regelung vorgeben. Insbesondere dann, wenn derartige Normen bestimmte Rechtsprobleme erkennbar abschließend regeln sollen, darf dieser Regelungsgehalt hinsichtlich seiner Voraussetzung und seiner Rechtsfolgen nicht durch die analoge Anwendung einer anderen Norm unzulässig unterlaufen werden. Anderenfalls wird der Gesichtspunkt einer systematischen Gesetzesauslegung mit dem Verständnis der Rechtsordnung als ein aufeinander abgestimmtes Ganzes von zahlreichen Einzelgesetzen verletzt. Diese Problematik stellt sich bei Anwendung des § 315 BGB auf Fälle einer faktischen Preisbestimmung wegen einer überlegenen Marktstellung insbesondere dann, wenn der Lieferant über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Denn der Schutz der Vertragspartner eines marktbeherrschenden Unternehmens bestimmt sich sowohl generell wie auch speziell hinsichtlich der Preise insoweit nach den kartellrechtlichen Vorgaben der §§ 19, 20 GWB. Sie sind – wie das Kartellrecht insgesamt – Bestand der Zivilrechtsordnung und müssen daher bei der Anwendung wirtschaftsrechtlicher Normen des BGB beachtet werden. Wendet man § 315 Abs. 1 BGB auf Sachverhalte an, in denen ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen Vertragspartnern die **Preise faktisch aufzwingt**, und unterwirft den soweit erzielten Ergebnissen der zivilgerichtlichen Kontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB, so ergibt sich daraus eine Divergenz zu §§ 19, 20 GWB, wenn der Maßstab der Unbilligkeit von demjenigen des Missbrauchs abweicht. Nichts anderes gilt, wenn die "faktische Leistungsbestimmung" auf Sachverhalte ohne Marktmacht nach § 19 Abs. 1 – 3 GWB erstreckt wird, um § 315 Abs. 1 BGB jenseits der §§ 19, 20 GWB anwenden zu können.

Seit der Ausgestaltung des Missbrauchs von Marktmacht und damit auch des Preismissbrauchs als unmittelbar wirkenden Verbotstatbestand in Folge der 6. GWB-Novelle vom 01.01.1999 ist jedes Zivilgericht ohnehin gehalten, eine Preisgestaltung von marktbeherrschenden Unternehmen unter dem Aspekt des **Missbrauchsverbots** zu prüfen. Es bestünde eine **wenig sinnvolle Doppelregelung** im Verhältnis zwischen §§ 19, 20, 33 GWB einerseits und § 315 Abs. 3 S. 2 BGB andererseits, wenn die Norm auf die Preisgestaltung marktbeherrschender Unternehmen zur Anwendung käme. Weicht hingegen der Maßstab der Unbilligkeit von demjenigen des Missbrauchs infolge we-

¹³³ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 381.

niger strenger Regeln ab, so ist zu fragen, ob § 315 Abs. 3 S. 2 BGB die Funktion hat, die Ergebnisse zu ändern, die sich auf Grund des kartellrechtlichen Preismissbrauchsverbots aus § 19 GWB ergeben. Denn damit würde der Geltungsbereich gerichtlicher (= staatlicher) Preiskontrolle deutlich erweitert.

Alle diese Aspekte bleiben unberücksichtigt, wenn man § 315 BGB "großzügig", d. h. rechtsmethodisch nicht abgesichert, auf Fälle jenseits der vertraglichen Vereinbarung von Leistungsbestimmungen anwendet und dabei der Frage nicht weiter nachgeht, welche Probleme sich hinsichtlich des Konkurrenzverhältnisses zum Kartellrecht daraus ergeben.

IV. Bedeutung des § 315 Abs. 3 BGB im Rahmen der Preisgestaltung

Die Analyse der Bedeutung des § 315 Abs. 3 BGB, die der Norm nach dem bisherigen Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur zukommt, insbesondere aber auch die Klärung der rechtsmethodischen Hintergründe für das Verständnis der Norm, ermöglichen nunmehr eine Untersuchung der Bedeutung im Hinblick auf die Preisgestaltung bei der Fernwärmeversorgung. Dabei ist von den **unterschiedlichen Situationen** und **Fallgestaltungen** auszugehen, die in der **Praxis** hinsichtlich der für die **Fernwärmeversorgung** zu zahlenden Preise tatsächlich bestehen oder auftreten können.

Darüber hinaus ist in einem gesonderten Abschnitt der Frage nachzugehen, inwieweit Unternehmen der Fernwärmewirtschaft in der Praxis über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 Abs. 1-3 GWB verfügen. Das Erfordernis, sich mit diesem Aspekt zu befassen, resultiert aus der Gleichsetzung einer Monopolstellung mit der vertraglichen Vereinbarungen eines Leistungsbestimmungsrechts nach § 315 Abs. 1 BGB, das in weiten Teilen der Judikatur, auch des BGH vorgenommen wird. Dies wirft rechtlich zwei Aspekte auf, die der getrennten Untersuchung bedürfen: **Einmal** ist die Frage zu thematisieren, ob die **Fernwärmeversorgung** in der Praxis überhaupt **auf der Grundlage einer Monopolstellung** erfolgt. In dies nicht der Fall, scheidet selbst nach der verbreiteten Judikatur eine Preiskontrolle der von Fernwärmeversorgungsunternehmen in Rechnung gestellten Entgelte nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB aus. Die Frage, ob im Falle einer Monopolstellung oder vertraglichen Vereinbarungen eines Preisbestimmungsrechts nach § 315 Abs. 1 BGB überhaupt Raum für eine Anwendung des § 315 Abs. 1 S. 2 BGB ist, kann insoweit dahingestellt bleiben. Unabhängig davon ist jedoch **weiter** der Frage nachzugehen, ob die beschriebene **Judikatur haltbar** ist, zumal sich in neuerer Zeit kritische Stimmen hiergegen mehren.¹³⁴

1. Preisregelung bei Vertragsschluss

Die Fernwärmeversorgung erfolgt in der Praxis, bezogen auf die verschiedenen Kunden oder Kundengruppen, stets in Phasen. Einzelne **Kunden** haben bereits vor einer **länger zurückliegenden Zeit**, vielfach im Zusammenhang mit dem Neubau eines Hauses, einen **Anschluss an das Fern-**

¹³⁴ Vgl. schon Kap. C II 2 a.

wärmenetz vorgenommen und beziehen seit dieser Zeit kontinuierlich Fernwärme für ihren Wärmebedarf (Raumwärme, Warmwasserversorgung). Derartige Verträge erfahren in regelmäßigen Abständen eine Preisanpassung, weil inflationsbedingt die Kosten für die Fernwärmeversorgung ebenso wie die für die Produktion von Gütern oder die Erbringung von Dienstleistungen steigen.

Andere Kunden treten, verglichen mit solchen Altkunden, erst zu einem späteren Zeitpunkt in eine Lieferbeziehung. Der Grund kann darin liegen, dass **neue Ortsbereiche** für die Fernwärmeversorgung erstmals **erschlossen** oder dass im bereits der Fernwärmeversorgung zugänglichen Gebiet Neubauten errichtet werden. Darüber hinaus ist an Fälle zu denken, wo **Kunden zur Fernwärmeversorgung überwechseln**, die in der Vergangenheit ihren Wärmebedarf unter Nutzung anderer Energien gedeckt haben. Für derartige **Neukunden** werden – selbstverständlich – die bei Vertragsabschluss aktuell gültigen Preise herangezogen, die sich für **Altkunden** auf Grund einer oder mehrerer Preisanpassungen während der Laufzeit des Fernwärmeversorgungsvertrages ergeben haben.

2. Abschluss des Erstvertrages über die Fernwärmelieferung

Kommt es zum erstmaligen Abschluss eines Fernwärmelieferungsvertrages¹³⁵, sind **zwei** verschiedene **Fallkonstellationen** zu unterscheiden.

a. Individualverträge

Denkbar ist, wenn auch in der Praxis eher selten, dass hinsichtlich der Preisgestaltung eine individuelle Absprache zwischen dem Fernwärmeversorgungsunternehmen und dem Kunden erfolgt, z.B. wegen einer besonderen, nicht typischen Situation hinsichtlich des Wärmebedarfs des Kunden oder der Ausgestaltung bzw. der Kundenanlage. Wird der **Fernwärmepreis individuell ausgehandelt**, ist von vornherein **kein Raum** für die Anwendung des § 315 Abs. 1 BGB und damit auch nicht des Abs. 3 S. 1, 2 BGB. Dies gilt auch dann, wenn das individuelle Verhandeln im Ergebnis zu dem generell praktizierten Preis für Vergleichsfälle führt. In derartigen Fällen fehlt es an jeder Einseitigkeit des Vorgehens des Fernwärmeversorgungsunternehmens, die eine direkte oder auch analoge Anwendung des § 315 BGB rechtfertigte. Dies entspricht auch der eindeutigen höchstrichterlichen Rechtsprechung und bedarf daher wegen der Evidenz des rechtlichen Ergebnisses hier keiner weiteren Vertiefung.¹³⁶

¹³⁵ Dabei ist zu sehen, dass ein Fernwärmeversorgungsvertrag auch durch konkludentes Verhalten abgeschlossen werden kann, wie in § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV vorausgesetzt, vgl. Witzel/Topp-Witzel, AVBFernwärme, § 2, S. 61. Durch die Veröffentlichung der Allgemeinen Versorgungsbestimmungen einschließlich der Preise gem. § 1 Abs. 4 AVBFernwärmeV einigen sich die Parteien auch mittels eines konkludenten Vertragsschlusses über den Preis.

¹³⁶ Vgl. BGH NJW-RR 1990, 1204.

b. Akzeptierte standardisierte Verträge**aa. Keine Unterscheidung zwischen Tarif- und Sonderkunden in der Fernwärmewirtschaft**

Für die Elektrizitätswirtschaft ist die **Unterscheidung** zwischen **Tarif- und Sonderkundenverträgen** von grundlegender Bedeutung. Sie resultiert aus dem begrenzten Anwendungsbereich des § 10 Abs. 1 EnWG, der einen energierechtlichen Anspruch auf Anschluss und Versorgung nach allgemeinen Bedingungen und Tarifen nur für die mit Niederspannung zu beliefernden Haushalte, Gewerbekunden, landwirtschaftlichen Betriebe sowie für vergleichbare Abnehmer kennt¹³⁷. Daraus resultiert die Qualifizierung als Tarifikunden, während alle anderen Kunden als Sonderkunden anzusehen sind. Dies gilt auch dann, wenn deren Energieversorgungsverträge vor dem Hintergrund der Qualifizierung der Stromversorgung als Tätigkeit der EVU im Rahmen von Massenschuldverhältnissen standardisiert sind. Hinsichtlich der Geltung des § 315 BGB hat der BGH klargestellt, dass für die Anwendung der Norm und damit insbesondere auch für eine richterliche Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB kein Raum ist, wenn eine standardisierte Preisvereinbarung im Rahmen eines Sonderabnehmervertrages getroffen und seitens des Kunden akzeptiert wurde.¹³⁸ Denn in solchen Fällen besteht bzgl. des Preises ein vertraglicher Konsens und keine Situation einseitiger Preisbestimmung nach § 315 Abs. 1 BGB.

Für die **Fernwärmewirtschaft** besteht eine der Elektrizitätswirtschaft vergleichbare **Unterscheidbarkeit** zwischen **Tarif- und Sonderkunden nicht**. Das EnWG und damit auch dessen § 10 Abs. 1 gilt nur für die Strom- und Gasversorgung (§ 1 EnWG). Ein Strompreisrecht, der BTOElt vergleichbar, gibt es für die Fernwärmewirtschaft gleichfalls nicht. Ihre maßgebliche Rechtsgrundlage findet die Fernwärmeversorgung hinsichtlich des Verhältnisses zu ihren Kunden umfassend in der "Verordnung über allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme" (AVBFernwärmeV), entsprechend den vorstehenden Darlegungen konsequenterweise nicht gestützt auf das EnWG, sondern auf § 27 AGBG. Der Regelungsgehalt der AVBFernwärmeV ist, von fernwärmespezifischen Aspekten abgesehen, weitestgehend demjenigen der AVBEltV und der AVBGasV vergleichbar. Geregelt werden spezifische Aspekte der wechselseitigen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien in weitgehender inhaltlicher Identität mit den Vorgaben der AVBEltV und AVBGasV.

Diese Rechtslage hat zur Konsequenz, dass eine **Unterscheidung** zwischen **Tarif- und Sonderkunden** in der **Fernwärmewirtschaft rechtlich nicht** möglich ist, da es mangels preisrechtlicher Vorgaben für die Fernwärmeversorgung keine Tarifikunden gibt. Maßgeblich sind vielmehr die hier herausgearbeiteten und noch zu verdeutlichenden Kriterien hinsichtlich der Art des Vertragsschlus-

¹³⁷ Siehe die Bedeutung dieser Unterscheidung hinsichtlich der BTOElt bei *Büdenbender*, VEnergR Bd. 76, 1995, S. 203.

¹³⁸ Ebenso zuletzt LG Potsdam, RdE 2004, 307.

ses unter Einbeziehung der Preise sowie im Hinblick auf eine spätere Preisanpassung. Diesen Aspekt hat der Gesetzgeber im Rahmen des § 310 Abs. 2 BGB übersehen, wenn er dort in unzutreffender Übernahme der Gegebenheiten in der Strom- und Gaswirtschaft von Tarifkunden der Fernwärme spricht.

bb. Preisrechtlich genehmigte Tarife und deren Fehlen in der Fernwärmewirtschaft

Es fällt auf, dass die Rechtsprechung in einer Vielzahl von Fällen preisrechtlich genehmigungsbedürftige Tarife einer Kontrolle nach § 315 BGB unterwirft, wenn diese als Tarifregeln in zivilrechtliche Absprachen zwischen den Energieunternehmen und ihren Kunden umgesetzt werden. Wäre ein solches Genehmigungserfordernis Voraussetzung für eine Preiskontrolle nach § 315 BGB, schied diese bereits deshalb aus, weil die Fernwärmewirtschaft einer derartigen preisrechtlichen Regulierung nicht unterliegt. Eine Analyse der Judikatur, insbesondere des BGH, zu dieser Thematik¹³⁹ zeigt jedoch, dass das **Bestehen einer preisrechtlichen Genehmigungspflicht keine Voraussetzung** für die Anwendbarkeit des **§ 315 BGB** ist und dies auch rechtslogisch nicht sein kann.¹⁴⁰ Vielmehr kommt es der Rechtsprechung in den Fällen, in denen eine preisrechtliche Genehmigungspflicht besteht, allein darauf an, die Möglichkeit einer zusätzlichen zivilrechtlichen Kontrolle nach § 315 BGB herauszustellen und argumentativ abzusichern. Sie trifft, wie die Judikatur insoweit (zutreffend) betont, nur dann zu, wenn das Preisrecht dem EVU einen **Spielraum** hinsichtlich der zivilrechtlichen Umsetzung belässt.

Dies entspricht der Rechtslage für das Strompreisrecht, da § 12 Abs. 1 S. 2 BTOElt die genehmigten Preise als Höchstpreise fixiert. Ihre Unterschreitung ist folglich nicht nur generell zulässig, sondern darüber hinaus sogar genehmigungsfrei; erst eine spätere Anhebung des Preises bedarf einer erneuten Genehmigung (§ 12 Abs. 5 BTOElt). Preisrechtlich verfügt das **Stromversorgungsunternehmen** somit über einen **Entscheidungsspielraum**, ob es die **genehmigten Preise** im Verhältnis zu den Tarifkunden vollständig **ausschöpft**. Zwar wird diese Notwendigkeit in der Praxis jedenfalls in zeitlicher Nähe zu der preisbehördlichen Entscheidung regelmäßig bestehen, da eine beantragte Preisgenehmigung voraussetzt, dass die geplanten Preise in Anbetracht der gesamten Kosten- und Erlöslage bei elektrizitätswirtschaftlich rationeller Betriebsführung erforderlich sind (§ 12 Abs. 2 S. 1 BTOElt). Dieser Prüfungsmaßstab dürfte es jedenfalls in zeitlicher Nähe zu der preisbehördlichen Entscheidung in der Praxis ausschließen, die in dem beantragten Umfang eines der Preisbehörde genehmigten Preisrahmens in der anschließenden zivilrechtlichen Umsetzung zu unterschreiten. Besteht eine solche Möglichkeit, stellt dies in der Praxis das Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen nach § 12 Abs. 2 BTOElt in Frage.

¹³⁹ S.o. unter C II 2 b.

¹⁴⁰ Vgl. grundlegend dazu BGHZ 73, 114.

Anders kann die Situation sein, wenn in einem gewissen zeitlichen Abstand zur Erteilung der Preisgenehmigung Kostenreduzierungen eintreten, die eine Preisermäßigung ermöglichen. Davon ist die Situation zu **unterscheiden**, in der das staatliche Preisrecht die genehmigten Preise nicht als Höchstpreise, sondern als **punktueller Fixierung** im Wege administrativer Festsetzung vorgibt (so § 37 Abs. 1 TKG). In derartigen Fällen ist das von der Preisgenehmigung betroffene Unternehmen gehalten, allein die genehmigten Preise in den Verträgen mit seinen Kunden zu Grunde zu legen. Weder Über- noch Unterschreitungen sind zulässig, so dass insoweit jenseits des öffentlich-rechtlichen Preisrechts eine zivilrechtliche Fixierung von Preisen nach § 315 BGB von vornherein ausscheidet.

Die beschriebenen Zusammenhänge zeigen, dass das staatliche Preisrecht keine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 315 BGB darstellt, sondern genau gegenteilig eine Rechtskategorie bildet, die hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 315 BGB eine **zusätzliche argumentative Absicherung** erforderlich macht. Fehlt ein staatliches Preisrecht, wie dies für die Fernwärmewirtschaft der Fall ist, steht dieser Aspekt somit isoliert einer Kontrolle der Fernwärmepreise nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB (direkt oder analog angewendet) nicht entgegen. Vielmehr erspart das Fehlen eines staatlichen Preisrechts für die Fernwärmewirtschaft die sonst erforderliche Analyse, ob das Preisrecht lediglich zivilrechtlich unterschreitungsfähige Höchstpreise oder punktuell fixierte Preise mit einer zwingenden Umsetzung in dem einzelnen Energieliefervertrag vorgibt.

cc. **Fernwärmeversorgung als Daseinsvorsorge**

Fehlt es an einer ausdrücklichen Vereinbarung eines Leistungsbestimmungsrechts nach § 315 Abs. 1 BGB, wie dies in der Praxis der Energiewirtschaft regelmäßig der Fall ist, so betont die Judikatur für die gleichwohl von ihr als zulässig erachtete Anwendbarkeit des § 315 BGB regelmäßig den Aspekt, dass der Lieferant Leistungen im Rahmen der **Daseinsvorsorge** erbringt, auf die der Kunde angewiesen ist.¹⁴¹ Damit erscheint die Qualifizierung der Leistung als Bestandteil der Daseinsvorsorge gleichsam als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in § 315 Abs. 1 BGB für solche Fälle, in denen die Anwendung der Norm und damit auch des darauf basierenden Preiskontrollrechts nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB auf faktische Leistungsbestimmungsmöglichkeiten erweitert wird.¹⁴² Allerdings ist festzuhalten, dass der BGH dieses Tatbestandsmerkmal in vielen Fällen dennoch nicht prüft.¹⁴³

Damit tritt eine Rechtskategorie ins Blickfeld, die trotz vielfacher Akzeptanz in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nach wie vor umstritten, unpräzise ist sowie hinsichtlich der rechtlichen Kon-

¹⁴¹ BGH in NJW 1992, 171, 173; zuletzt BGH NJW 2003, 1449.

¹⁴² Für ein solches Rechtsverständnis z.B. Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 315, Rdn. 4, Erman-*Hager*, BGB, § 315 Rdn. 12.

¹⁴³ S. bereits unter C. II. 2 e.

sequenzen kontrovers beurteilt wird.¹⁴⁴ Das **Wesen der Daseinsvorsorge** betrifft insbesondere das **Kommunalrecht**, wenn kommunale Unternehmen Bedürfnisse der Bürger, auf die diese unverzichtbar angewiesen sind und die typischerweise durch die öffentliche Hand erbracht werden, erfüllen, ohne sich dabei ausschließlich an erwerbswirtschaftlichen Prinzipien zu orientieren.

Bereits diese Definition erfährt in Rechtsprechung und Literatur Modifizierungen. Typische Rechtsfragen, die sich an den Begriff der Daseinsvorsorge knüpfen, betreffen zunächst **Art. 28 Abs. 2 GG**. Insoweit geht es um die Frage, ob und inwieweit kommunale Unternehmen in ihrer Betätigung im Rahmen der Daseinsvorsorge vor staatlichen Eingriffen, insbesondere des Gesetzgebers auf Bundes- oder Landesebene, zu schützen sind. Eine weitere, davon zu unterscheidende Kategorie betrifft das Verhältnis der kommunalen Unternehmen zu anderen Unternehmen.¹⁴⁵ Hier wird kontrovers behandelt, inwieweit Art. 28 Abs. 2 GG überhaupt Anwendung findet.¹⁴⁶ Schließlich betrifft der gesamte Themenkomplex der Daseinsvorsorge den Rechtsbereich des Verwaltungsprivatrechts, also eine Materie, bei der die (partielle) Geltung von Grundrechten trotz zivilrechtlicher Handlungsformen eine Rolle spielt.

Weiter ist zu sehen, dass das Rechtsinstitut der Daseinsvorsorge auf europarechtlicher Ebene eine vergleichbare Kategorie in Art. 86 Abs. 2 EGV findet.¹⁴⁷ Die strikt einzuhaltenden Wettbewerbsregeln des EGV treten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, zurück. Europäisches Kartellrecht gilt nur dann, wenn die Anwendung des EGV insoweit die Erfüllung der übertragenden Aufgaben rechtlich oder tatsächlich nicht verhindert. Insoweit entspricht terminologisch dem deutschen Ausdruck "Daseinsvorsorge" die gemeinschaftsrechtliche Kategorie des insbesondere dem französischen Recht entlehnten "service public".¹⁴⁸

Speziell für das Energierecht findet sich dieser Aspekt in den **Beschleunigungsrichtlinien** für Elektrizität 2003/54/EG¹⁴⁹ und Gas 2003/55/EG¹⁵⁰ vom 26.06.2003 wieder. So spricht jeweils Art. 3 der Strom- und der Gasrichtlinien die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen der EVU und den Kundenschutz trotz des im Übrigen wettbewerblich ausgerichteten europäischen Energierechts besonders an. Zwar erfassen die Richtlinien die Fernwärmeversorgung nicht unmittelbar. Gleichwohl wird dieser Wirtschaftszweig indirekt angesprochen oder gestreift, da Aspekte der Energieeffizienz

¹⁴⁴ Vgl. *Wolff/Bachof/Stober*, § 1, Rdn. 11.

¹⁴⁵ Vgl. *Jarass*, S. 32 ff.

¹⁴⁶ Dazu *Ossenbühl*, Energierechtsreform und kommunale Selbstverwaltung, 1998.

¹⁴⁷ *Jarass*, S. 42 ff.

¹⁴⁸ Weiterführend *Calliess/Ruffert-Jung*, EGV, Art. 86, Rdn. 36.

¹⁴⁹ Abl. 2003 EG L 176/37.

¹⁵⁰ Abl. 2003EG L 176/57.

und damit auch der Kraft-Wärme-Kopplung einen hohen Stellenwert im europäischen Energierecht haben, soweit die Fernwärmeversorgung im Anschluss an den Einsatz der Kraft-Wärme-Kopplung mittels Kuppelproduktion von Elektrizität und Fernwärme erfolgt.¹⁵¹

Es zeigt sich damit, dass mit der Kategorie der "Daseinsvorsorge" ein rechtlich vielschichtiges Phänomen seitens der Judikatur thematisiert wird. Daher stellt sich die Frage, ob es an dieser Stelle einer eingehenden Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung und Literatur bedarf und inwieweit die **Fernwärmewirtschaft** der **Daseinsvorsorge** zuzuordnen ist.

Letztlich kann dies in dem hier erörterten Zusammenhang einer Kontrolle der Fernwärmepreise nach § 315 BGB dahingestellt bleiben. Denn eine genaue Analyse der Judikatur zeigt, dass die angesprochenen europarechtlichen, verfassungsrechtlichen und gemeindewirtschaftsrechtlichen Aspekte der Daseinsvorsorge in der Sache für die von der Judikatur für zutreffend erachtete extensive Anwendung des § 315 BGB nicht ausschlaggebend sind.¹⁵² Maßgeblich ist nicht die diesbezügliche Qualifizierung der Energielieferung, sondern der Aspekt, dass der Kunde auf Grund der besonderen **Marktstellung des Energielieferanten** (wenn eine solche besteht) und einer darauf basierenden einseitigen Preisfestsetzung nach Auffassung des BGH gemäß § 315 Abs.3 BGB zu schützen ist.

Insoweit ist die Kategorie der Daseinsvorsorge mit der Betonung des unverzichtbar Angewiesenseins des Kunden auf die Energielieferung nichts anderes als eine Beschreibung der spezifischen Marktstellung des Energielieferanten. Verfügt er über eine marktbeherrschende Stellung und ist der Kunde damit ohne Alternative auf die Energielieferung angewiesen, so sieht der BGH den Kunden in einer ähnlichen Situation wie im Falle der Vereinbarung eines vertraglichen Preisbestimmungsrechts nach § 315 Abs. 1 BGB. Daraus resultiert die analoge Anwendung des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB mit der richterlichen Übernahme der Billigkeitsentscheidung für den Fall, dass diese seitens des Energielieferanten unbillig und damit unwirksam nach § 315 Abs. 3 S. 1 BGB vorgenommen wurde. Der maßgebliche rechtliche **Grund** für die **Anwendung des § 315 BGB** über den klaren Wortlaut hinaus liegt folglich in dieser Situation des vertraglichen Ungleichgewichts, **nicht** aber in öffentlich-rechtlichen **Kategorien der Daseinsvorsorge**, für die die Rechtsfigur im Verfassungs- und Verwaltungsrecht entwickelt wurde und wie sie im Europarecht der Einschränkung der ansonsten konsequenten Wettbewerbsorientierung für die leitungsgebundene Energiewirtschaft dienen. Somit unterbleibt an dieser Stelle eine weitere Auseinandersetzung mit Kriterien der Daseinsvorsorge im allgemeinen und speziell im Hinblick auf die Fernwärmewirtschaft, zumal diese rechtlich beliebig unscharf und dogmatisch regelmäßig auch trotz langjähriger rechtlicher Erörterung wenig abgesichert sind. Vielmehr beschränkt sich die Untersuchung an späterer Stelle darauf, die Markt-

¹⁵¹ Dazu die Richtlinie 2004/8/EG über die Förderung einer am Nutzwärmebedarf orientierten Kraft-Wärme-Kopplung im Energiebinnenmarkt vom 11.02.2004, Abl. 2004 EG L 52/50; vgl. auch Erwägungsgrund (22) und Art. 11 Abs. 3, Richtlinie 2003/54/EG.

¹⁵² So bereits oben Kap. C II 2 c.

stellung der Fernwärmeversorgungsunternehmen gegenüber ihren Kunden zu untersuchen, um im Anschluss daran die Frage aufzuwerfen, ob sich daraus eine Anwendung des § 315 BGB rechtfertigt.

Nur dann, wenn dies der Fall ist, lässt sich im Hinblick auf den Erstabschluss von Fernwärmeversorgungsverträgen hinsichtlich der Preisgestaltung eine richterliche Preiskontrolle analog § 315 Abs.3 S. 2 BGB rechtfertigen. Dies berührt das generelle Verhältnis des § 315 BGB zu §§ 19, 20 GWB und wird daher in diesem Zusammenhang behandelt.¹⁵³

3. Preisanpassungen

Die Fernwärmelieferung erfolgt im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen regelmäßig über eine lange Zeit. Während der Vertragslaufzeit können sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen verändern, insbesondere Kostensteigerungen eintreten, die eine Preisanpassung notwendig machen. Dies wirft im Lichte des § 315 BGB die Frage auf, ob derartige Preisanpassungen einseitige Leistungsbestimmungsrechte darstellen, die eine Kontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB auslösen. Diese Frage kann nicht pauschal beantwortet werden. Vielmehr ist es insoweit erforderlich, die Rechtsqualität der Preisanpassungsklausel zu berücksichtigen.

a. Preisanpassungsklausel nach § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV

In der Fernwärmeversorgung ist die Ausgestaltung von **Preisanpassungsklauseln** - im Gegensatz zur Versorgung mit Elektrizität und Gas - ausdrücklich in § 24 Abs. 3 AVBFernwärme geregelt. Insoweit handelt es sich um eine Besonderheit für Preisanpassungen im Rahmen laufender Fernwärmeverträge, deren Folgen im Weiteren näher zu erläutern sind. Klauseln, die die Vorgaben des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV beachten, sind normativ gebilligt.

Nach § 24 Abs. 3 AVBFernwärme sind in der Preiskalkulation die Erzeugungs- und Bereitstellungskosten der Fernwärmeversorgungsunternehmen ebenso zu berücksichtigen wie die Preisverhältnisse im Wärmemarkt. Dabei gehören nach überwiegender Auffassung alle funktional bei der Wärmeversorgung austauschbaren Energieträger zum Wärmemarkt in diesem Sinne.¹⁵⁴ Die Preisänderungsklausel hat zudem die maßgeblichen Berechnungsfaktoren verständlich und vollständig wiederzugeben. Eine nähere Darstellung der sich hieraus ergebenden konkreten Elemente einer solchen Klausel unterbleibt vor dem Hintergrund, dass hier im Wesentlichen das Verhältnis dieser Regelung zu § 315 BGB von Bedeutung ist.

Die Regelung gibt nicht vor, wie der **Wirkungsmechanismus dieser Klauseln** auszugestalten ist, weshalb im wesentlichen zwei Mechanismen in Betracht kommen. Einerseits kann die Klausel die

¹⁵³ Vgl. dazu unten Ziffer 5.

¹⁵⁴ Vgl. *Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer*, AVB, § 24, Rdn. 22; *Witzel/Topp-Witzel*, AVBFernwärme, § 24, S. 181.

Grundlage für die - vertraglich umzusetzende - **Preisbildung des Unternehmens in der Zukunft** sein, andererseits kann die Klausel auch so ausgestaltet sein, dass sie zu einer automatischen Preis-anpassung (**Preisgleitklausel**) führt.¹⁵⁵

aa. Preisgleitklauseln

Automatische Preisänderungsklauseln in bestehenden Lieferbeziehungen bewirken, dass es keiner weiteren Preisabrede zwischen den Parteien bedarf, wenn sich die vorgegebenen Parameter ändern. Vielmehr richtet sich die Änderung nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen des BGB. Denn der Kunde hat sich bereits bei Vertragsschluss mit der Preisänderung einverstanden erklärt, indem er der Preisänderungsklausel zugestimmt hat. Will das Fernwärmeversorgungsunternehmen allerdings die Preise abweichend von dieser Klausel ändern, so kann es dies nur mit Einverständnis des Kunden tun. Insbesondere scheidet eine Anwendung der §§ 315, 316 BGB insoweit aus.¹⁵⁶ Denn die Klausel und die darauf basierende spätere Preisanpassung ist von einem Vertragskonsens gedeckt. Daher ist kein Raum für eine analoge oder extensive Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB zur Überprüfung der Billigkeit der geänderten Preise.

Nach § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV muss die Struktur von Anpassungsklauseln ausdrücklich geregelt sein. Daher müssen die Parteien bei Vertragsschluss eine Abrede über den zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Preis und auch für zukünftige Preise treffen. Insoweit **fehlt** es hier an einem **einseitigen Leistungsbestimmungsrecht des Fernwärmeversorgungsunternehmens**. Im Unterschied zu den von der Rechtsprechung zur Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB entschiedenen Fällen besteht hier demnach auch keine Gefahr, dass das Versorgungsunternehmen seine etwaige Monopolstellung zu Lasten des Kunden ausnutzt. Denn § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV enthält eine spezialgesetzliche Regelung zur Kalkulation von Fernwärmepreiserhöhungen. Diese bezweckt vor allem auch den Kundenschutz, indem sie das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung während der Dauer des Lieferverhältnisses sicherstellen soll.¹⁵⁷ Das Fernwärmeversorgungsunternehmen soll daran gehindert werden, den bei Vertragsschluss angemessenen Fernwärmepreis nachträglich in einen unangemessenen Preis zu ändern. Gemessen am Maßstab des § 315 Abs. 3 BGB (der mangels Leistungsbestimmungsrechts nicht gilt), ließe sich sagen, dass Preisanpassungsklauseln mit Beachtung des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV kraft normativer Vorgabe "billig" sind.

Vor diesem Hintergrund ist für die Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB auf Preiserhöhungen in laufenden Verträgen kein Raum mehr. Der Schutzgedanke kommt aufgrund der spezialgesetzlichen Regelung nicht mehr zum Tragen. Es liegt weder eine planwidrige Regelungslücke vor noch besteht ein praktisches Bedürfnis für die Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB. Dies gilt auf Grund der Son-

¹⁵⁵ Vgl. Witzel/Topp-Witzel, AVBFernwärme, § 24, S. 178.

¹⁵⁶ Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, AVB, § 24, Rdn. 30.

¹⁵⁷ Vgl. Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, AVB, § 24, Rdn. 10.

derregel des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV auch dann, wenn man das extensive Verständnis des § 315 Abs. 3 BGB seitens der Judikatur in anderen Fällen (jenseits der Fernwärmeversorgung) für zutreffend erachtet. An die Stelle der Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB tritt die gerichtliche Überprüfung, ob das Fernwärmeversorgungsunternehmen § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV beachtet hat.

Auch der Umstand, dass das Fernwärmeversorgungsunternehmen insoweit noch über **restliche Ermessenskompetenzen** in dem nachstehend beschriebenen Sinne verfügt, **ändert** an dieser rechtlichen Bewertung **nichts**. Denn ein derartiges Ermessen ist nur in zweierlei Hinsicht möglich: Einmal kann das Fernwärmeversorgungsunternehmen die Preiserhöhung, die an sich auf Grund einer automatischen Preisanpassungsklausel möglich ist, anstelle einer Vollausschöpfung nur partiell ausnutzen, aus welchen unternehmenspolitischen Gründen auch immer.

Darüber hinaus verfügt das Fernwärmeversorgungsunternehmen auf Grund derartiger Klauseln auch über ein Ermessen, zu welchem zukünftigen Zeitpunkt es die Preisanpassung in Anspruch nimmt, wenn die Voraussetzungen für eine Preisanpassungen vorliegen. So ist es denkbar, dass eine an sich zum 01.10. eines Jahres mögliche Anpassung der Fernwärmepreise erst zum 01.01. des Folgejahres ausgesprochen wird, aus welchen unternehmenspolitischen Gründen auch immer. Demgegenüber gestatten automatische Preisanpassungsklauseln kein Vorziehen der Preisanpassung vor den Termin, zu dem die tatbestandlichen Voraussetzungen der Klausel vorliegen oder aber eine über die Entwicklung der hier fixierten Indikatoren hinausgehende Preisanpassung. Denn insoweit liegen die Voraussetzungen für eine vorzeitige oder über die Klausel hinausgehende Anpassung nach deren Tatbestandselementen nicht vor; ein im Widerspruch dazu stehendes Verhalten des Fernwärmeversorgungsunternehmens wäre vertragswidrig und damit unwirksam.¹⁵⁸

Die Möglichkeit, die vertragsrechtlichen Konsequenzen einer automatischen Preisanpassungsklausel nicht auszuschöpfen, rechtfertigen es nicht, die Entscheidung zu Gunsten der Vollausschöpfung oder jeder andere dahinter zurückbleibende Vorgehensweise als einseitige Preisfestsetzung nach § 315 Abs. 1 BGB – gleichsam der automatischen Preisanpassung vorgelagert - zu qualifizieren. Vielmehr findet in derartigen Fällen ein **ausdrücklicher** oder **konkludenter Verzicht des Fernwärmeversorgungsunternehmens** nach § 397 BGB auf eine an sich weitergehende oder frühzeitigere Preisanpassung bei Vorliegen der Voraussetzungen der Preisanpassungsklausel statt. Der Kunde nimmt diese Verzichtserklärung seines Energielieferanten ausdrücklich oder konkludent an, regelmäßig unter Inanspruchnahme des § 151 BGB, da die ausdrückliche Annahme des partiellen Verzichtsangebot einschließlich des Zugangs der Annahme bei dem Fernwärmeversorgungsunternehmen auf Grund der Verkehrssitte entbehrlich ist.¹⁵⁹ Im wirtschaftlichen Ergebnis wird der Kunde durch solche Maßnahmen nicht belastet, sondern begünstigt. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu § 315 Abs. 3 BGB.

¹⁵⁸ *Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer*, AVB, § 24, Rdn. 30.

¹⁵⁹ Vgl. zu ähnlichen Fallkonstellationen *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 397, Rdn. 4-6.

Daraus folgt, dass die Ausnutzung von vertraglichen Preisanpassungen in Folge automatischer Anpassungsklauseln nicht mit einer einseitigen Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 1 BGB gleichzusetzen ist. Dies ergibt sich nicht nur aus der beschriebenen rechtskonstruktiven Betrachtung der Entscheidungsvarianten, die ein Fernwärmeversorgungsunternehmen bei Vorliegen aller Voraussetzungen für eine Preisanpassung auf Grund einer automatischen Anpassungsklausel hat. Vielmehr wird auch in anderen Fällen – zu Recht – eine Anwendung des § 315 BGB nicht in Erwägung gezogen, wenn es darum geht, die Entscheidung einer Vertragspartei für die Inanspruchnahme eines ihr zustehenden Rechts zu qualifizieren. Vielfach stehen z. B. Lieferanten vor der Frage, ob sie unter dem Blickwinkel einer kulanten Behandlung ihrer Kunden, insbesondere bei intensivem Wettbewerb, Rechtspositionen voll ausschöpfen, die ihnen vertraglich an sich umfassend zustehen.

Als ein Beispiel, stellvertretend für viele, sei nur der im Rahmen der Schuldrechtsreform von 2001 besonders hervorgehobene Aspekt betont, dass in der Vertragspraxis der Übergang der Preisgefahr auf die Kunden in Transportfällen nach § 447 BGB vielfach nicht ausgeschöpft wird. Dies hat den Gesetzgeber veranlasst, die Norm für den Verbrauchsgüterkauf nunmehr auszuschließen (§ 474 Abs. 2 BGB). Die bis zum 31.12.2001 dem Verkäufer in den Fällen des § 447 BGB eindeutig zustehende rechtliche Kompetenz, von seinem Kunden trotz Beschädigung oder vollständiger Zerstörung der Kaufsache die Bezahlung des Kaufpreises zu verlangen, war keine Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 1 BGB, sondern eine unternehmerische Entscheidung über die Inanspruchnahme gesetzlicher Rechte unter Aspekten des Marketings sowie kundenfreundlichen Verhaltens. Nichts anderes gilt für die Preispolitik von Fernwärmeversorgungsunternehmen, wenn bestimmte Preisanpassungen auf Grund automatischer Preisanpassungsklauseln uneingeschränkt möglich sind und die Unternehmen entscheiden, ob sie diese Befugnis in Volumen und Zeitpunkt voll ausschöpfen wollen.

bb. Preisanpassungsklausel mit einseitigen Entscheidungsbefugnissen des Fernwärmelieferanten

Anders stellt sich die Situation dar, wenn der Fernwärmelieferungsvertrag keine abschließende Formel für die zukünftige Entwicklung der Lieferpreise enthält, sondern insoweit zu Gunsten des Fernwärmelieferanten eine **wirkliche Gestaltungsbefugnis** eröffnet. Sie würde z.B. in einer Klausel enthalten sein, wonach der Fernwärmelieferant befugt ist, die zukünftige Entwicklung der Fernwärmepreise unter Berücksichtigung der Kostenentwicklung der für die Fernwärmeversorgung relevanten Faktoren sowie auch der Preisentwicklung für Konkurrenzenergien einseitig festzulegen. § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV lässt ein solches Preiserhöhungskonzept zu; es ist allerdings in der Praxis eher selten anzutreffen.

Bei einem solchen Vorgehen wird ein Leistungsbestimmungsrecht zu Gunsten des Fernwärmelieferanten nach § 315 Abs. 1 BGB begründet, wenn auch nicht für den klassischen Anwendungsfall der Erstfestlegung der nicht von einer vertraglichen Vereinbarung getragenen Leistung, sondern für de-

ren 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. Dies zeigt gerade der Umstand, dass die in der höchstrichterlichen Judikatur entschiedenen Fälle einer Anwendung des § 315 BGB auf die Elektrizitäts- und Gaswirtschaft ebenfalls Dauerschuldverhältnisse betrafen.¹⁶⁰ Der Umstand, dass § 315 Abs. 1 BGB als Auslegungsregel die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen vorgibt, steht insoweit einer Anwendung des § 315 BGB nicht entgegen.

Für die Bandbreite möglicher zukünftiger Preisanpassung in solchen Fällen gilt ebenfalls die Vorgabe, dass diese durch eine Entscheidung nach "billigem" Ermessen und nicht nach einseitiger Interessenwahrung zu Gunsten einer Vertragspartei zu treffen ist. Damit aber ist der **Wortlaut** des § 315 Abs. 1 BGB **erfüllt**. Konsequenterweise schließt sich daran die Regelung des § 315 Abs. 3 S. 1 BGB an, wonach eine unbillige Entscheidung unverbindlich ist und die Entscheidungskompetenz in derartigen Fällen nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB auf das Zivilgericht übergeht.

Das gefundene Ergebnis ist **sachgerecht**, weil es der in § 315 BGB verankerten Schutzmechanik entspricht. Immer dann, wenn eine Vertragspartei zur konstitutiven einseitigen Festlegung von Pflichten der Gegenseite befugt ist, soll sie dies nicht mit dem Anspruch auf Rechtswirksamkeit schrankenlos tun können. Auch der Umstand, dass § 24 AVBFernwärmeV als Rechtsnorm die beschriebenen Arten der einseitigen Preisanpassung mit erfasst, steht einer Anwendung des § 315 BGB nicht entgegen. Denn die Vorschrift enthält nur die zulässigen Parameter für Preiserhöhungen, nicht aber eine Formel für deren konkrete (mathematische) Verknüpfung.

Ein derartiges einseitiges Gestaltungsrecht besteht in den Grenzen des § 315 Abs. 3 S. 1 BGB einschließlich des Übergangs der Gestaltungskompetenz auf das Zivilgericht im Falle der Missachtung der Grenzen. Hält sich der Leistungsbestimmungsberechtigte in den durch die Billigkeit gezogenen Grenzen, ergänzt um weitere vertragliche oder normative (hier: § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV) Konkretisierung, so verhält er sich ohnehin vertragskonform und verfügt über einen sanktionslosen Entscheidungsspielraum.

c. Vertragliche Anpassungsansprüche

Eine dritte Kategorie von Anpassungsklauseln, insbesondere auch im Hinblick auf die Preise, ist dadurch gekennzeichnet, dass der Lieferant bei Vorliegen der in der Klausel genannten Voraussetzungen nicht einseitig vorgehen kann, sondern einen Anspruch gegen seinen Kunden auf Vertragsanpassung hat. Die Umsetzung erfordert somit eine **vertragliche Ergänzungsabrede**, klassisch zu Stande kommend durch Angebot und Annahme. Ein – von § 315 Abs. 1 BGB vorausgesetztes - einseitiges Vorgehen ist gerade nicht möglich.

¹⁶⁰ S.o. Kap. C II.

Vollstreckungsrechtlich bedeutet dies für den Fall, dass der Kunde trotz Vorliegens der Anpassungsvoraussetzungen seine Zustimmung verweigert, an sich das Erfordernis, eine Klage gerichtet auf Abgabe der Zustimmungserklärung zu erheben. Die Vollstreckung richtet sich nach § 894 ZPO, so dass mit der Rechtskraft des zu Gunsten des Lieferanten ausgehenden Urteils die Zustimmungserklärung des Kunden als ersetzt gilt. Diese Abrede bildet dann die Grundlage für Preisforderungen des Lieferanten in dem Volumen der Preisanpassung.

Zur Vermeidung eines so sehr komplizierten und im Ergebnis zeitaufwändigen Rechtsschutzes hat die Rechtsprechung seit langem anerkannt, dass beide Schritte miteinander verbunden werden können und der Lieferant dadurch sofort auf Zahlung des Preises in angepasster Höhe klagen kann.¹⁶¹ Insoweit handelt es sich um ein **verstecktes Gestaltungsurteil**. Dies entspricht der Rechtslage zum alten, bis zum 31.12.2001 gültigen Kaufrecht, wo mangelbedingte Ansprüche des Käufers auf Rückgängigmachung des Kaufvertrages oder auf Reduzierung des Kaufpreises ebenfalls vertraglich ausgestaltet waren (§§ 462, 465, 467 a.F. BGB) und insoweit der Zustimmung des Verkäufers bedurften. Auch hier erkannte die Judikatur seit langem die Möglichkeit an, seitens des Käufers seine Rechte gegen den Verkäufer in einem Schritt ohne den Umweg eines eigenständigen Prozesses, gerichtet auf die Zustimmungserklärung des Verkäufers, zu wahren.¹⁶²

Diese verfahrensrechtlichen Erleichterungen ändern jedoch an der Tatsache nichts, dass eine einseitige Vertragsanpassung nicht möglich ist, sondern **nur einvernehmlich** erfolgen kann. Lediglich in der prozessualen Durchsetzung gewährt die Rechtsprechung Erleichterungen. Ob die Voraussetzungen eines Anpassungsanspruchs gegeben sind, bedarf der Prüfung im Einzelfall.

Damit aber wird deutlich, dass derartige Fälle mit einem **einseitigen Leistungsbestimmungsrecht** des Lieferanten nach § 315 Abs. 1 BGB **nichts** zu tun haben. Dadurch kommt auch eine gerichtliche Preiskontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB nicht in Betracht. Der Schutz des Fernwärmekunden wird hinreichend dadurch gewahrt, dass er ein aus seiner Sicht unberechtigtes Preisanpassungsbegehren abwehren kann. Rechtlich verweigert er damit die Zustimmung zu der seitens des Lieferanten begehrten und auch vertragsrechtlich erforderlichen Preisänderung.¹⁶³ Zwar hat der Lieferant dann auf Grund der in der Judikatur eingeräumten, zuvor beschriebenen Erleichterung die Möglichkeit, unmittelbar auf Zahlung des erhöhten Entgeltes zu klagen. Dies stellt den Kunden jedoch nicht schutzlos. Denn in einer derartigen zivilrechtlichen Auseinandersetzung wird überprüft, ob die seitens des Fernwärmelieferanten geltend gemachten Voraussetzungen für einen vertraglichen Anpassungsanspruch vorliegen.

¹⁶¹ Vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, § 313, Rdn. 29 m.w.N.

¹⁶² So schon RGZ 58, 423, 425; BGH NJW 1988, 254.

¹⁶³ Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, AVB, § 24, Rdn. 30.

Damit erfolgt eine klassische Untersuchung, ob vertraglich erforderliche Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Rechten erfüllt sind. Dies hat nichts mit richterlicher Vertragsgestaltung nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB zu tun. Liegen die Voraussetzungen nicht vor, wird die Klage des Fernwärmelieferanten auf Zahlung eines angepassten Preises in dem Volumen der Preiserhöhung vollständig abgewiesen, weil die vertraglich vereinbarten Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen. Liegen diese nur teilweise vor, wird der Kunde insoweit zur Zahlung und damit indirekt über die Rechtsfigur des versteckten Gestaltungsurteils auch zur Vertragsanpassung verurteilt; im Übrigen wird die Klage mangels Vorliegens der Voraussetzungen abgewiesen.

Damit wird deutlich, dass auch unter **Rechtsschutzaspekten** in derartigen Fällen eine **Anwendung des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB sachwidrig** wäre.

d. Fälle des Vertragseintritts

In der Praxis kommt es vor, dass in Folge gesellschaftsrechtlicher Veränderungen der Fernwärmelieferant nicht mehr derjenige ist, der dies im Ausgangsvertrag war. Zu denken ist insoweit an **Fusionen** (§ 36 ff. GWB) oder **Umwandlungen** nach dem UmwG. Auch kann es sein, dass ohne gesellschaftsrechtliche Veränderungen ein **Wechsel des Lieferanten** stattfindet, in dem der bisherige Fernwärmeversorger seine Aktivitäten auf ein anderes Unternehmen überträgt. So kann z.B. der Vorlieferant eines Weiterverteilers die Endkundenbelieferung übernehmen – und umgekehrt. Für die **Strom- und Gasversorgung** wird insoweit thematisiert, ob in den Fällen, in denen sich die Gemeinde hinsichtlich der allgemeinen Versorgung für die Vergabe der Leitungsverlegungsrechte zu Gunsten eines neuen Unternehmens entscheidet, kraft Gesetzes ein Eintritt des neuen Lieferanten in die von dem bisherigen Lieferanten abgeschlossenen Energielieferungsverträge stattfindet. Dies wird zum Teil befürwortet, obwohl der Wortlaut des § 13 EnWG eine solche Rechtsfolge nicht trägt.¹⁶⁴

Für die Fernwärmeversorgung ist diese rechtliche Thematik irrelevant, da das EnWG insoweit nicht gilt. Dabei soll an dieser Stelle die Frage nicht vertieft werden, ob u. U. eine analoge Anwendung des § 13 EnWG auf die Fernwärmewirtschaft möglich ist, für den Fall, dass man derartige Rechtsfolgen überhaupt für die Strom- und Gasversorgung aus § 13 EnWG ableitungsfähig hält. Letzteres ist bisher höchstrichterlich nicht geklärt.

Regelmäßig ist der Lieferantenwechsel mit einem Vertragseintritt eines neuen Fernwärmeversorgungsunternehmens in bestehende Versorgungsverträge nach **§ 32 Abs. 6 AVBFernwärmeV** erfolgt. Danach bedarf es **nicht** der Zustimmung des Kunden, wenn ein anderes Unternehmen in die Rechte und Pflichten des bestehenden Versorgungsvertrags eintritt. Der Wechsel des Unternehmens ist lediglich bekannt zu geben. Aus dieser Regelung folgt **zum einen**, dass das eintretende Unter-

¹⁶⁴ Vgl. *Büdenbender*, EnWG, § 13 Rdn. 69; *Danner/Theobald*, § 13 EnWG, Rdn. 88 ff.

nehmen nur im Wege der **Vertragsübernahme** in einen bestehenden Vertrag eintreten kann.¹⁶⁵ **Zum anderen** ergibt sich aus dem Umstand des Vertragseintritts, dass die bestehenden Tarife beibehalten werden und eine Tariferhöhung nur nach den Regelungen im bestehenden Versorgungsvertrag erfolgen darf. Der Wechsel des Versorgers verschlechtert somit die preisrechtliche Lage des Kunden nicht.

Unabhängig von der Regelung des § 32 Abs. 6 AVBFernwärmeV gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen zum Vertragseintritt. Es bestehen insoweit zwei Möglichkeiten. Einmal kann der Lieferant versuchen, eine solche **Vereinbarung** aus Anlass der sich konkret anbahnenden Veränderungen in den unternehmerischen Verhältnissen zu treffen. Voraussetzung hierfür ist in jedem Fall eine **Zustimmung des Kunden**. Denn vollständige Vertragsverhältnisse mit wechselseitigen Rechten und Pflichten können nicht einseitig ohne Zustimmung des Kunden auf einen neuen Lieferanten übergehen. Dabei ist es eine rein rechtskonstruktive und daher nicht zu vertiefende Frage, ob man solche Sachverhalte als eine Kombination der Abtretung von Forderungen nach § 398 BGB mit einer Schuldübernahme nach §§ 414, 415 BGB ansieht, wie dies in der Literatur zum Teil vertreten wird.¹⁶⁶ Alternativ dazu besteht die Möglichkeit, vollständige Vertragsübernahmen als eigenständige, im Gesetz nicht speziell geregelte Abreden zu qualifizieren und damit als Konsequenz der Vertragsfreiheit des § 311 Abs. 1 BGB zu begreifen.¹⁶⁷ Auch bei einem solchen Standpunkt, dem insbesondere der BGH¹⁶⁸ folgt, bedarf es für einen Austausch einer Vertragspartei zu Gunsten einer neuen Partei der Zustimmung des verbleibenden Vertragspartners. Um diese von vornherein sicher zu stellen, besteht die Möglichkeit, einen derartigen Wechsel bereits im Ausgangsvertrag bei näher qualifizierten Voraussetzungen abzusprechen.

Für die hier in Rede stehende Frage der Anwendbarkeit des § 315 BGB ergibt sich daraus Folgendes: Vollzieht sich der **Wechsel der Vertragsparteien** mit der notwendigen Zustimmung des Kunden erst in **zeitlicher Nähe zu dem faktisch geplanten Wechsel**, liegen die konkreten vertraglichen Daten vor. Sie werden dem Kunden unterbreitet. Stimmt er zu, kommt der Vertrag mit dem neuen Lieferanten in klassischer Form durch Angebot und Annahme zu Stande. Mit einem Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 Abs. 1 BGB hat dies nichts zu tun. Eine gerichtliche Überprü-

¹⁶⁵ *Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer*, AVB, § 32, Rdn. 80, 66.

¹⁶⁶ So *Staudinger-Busche*, BGB, § 398, Rdn. 18. H.M. hingegen: Einvernehmlicher Vertragspartnerwechsel, z.B. *Soergel-Zeiss*, BGB, § 398, Rdn. 22.

¹⁶⁷ Vgl. zum Ganzen *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 398 Rdn. 38.

¹⁶⁸ Siehe BGH NJW 1985, 2528 (2530); BGH NJW 1986, 918 (918); *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 398, Rdn. 38 a; genauer hierzu auch *Dörner*, NJW 1986, 2916 ff.

fung der Sachgerechtigkeit des Preises des neuen Lieferanten nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB scheidet daher aus.¹⁶⁹

Anders gestaltet sich die Situation u. U., wenn der Wechsel der Vertragspartei bereits im Ausgangsvertrag verankert ist. Denn hier kann regelmäßig nicht für einen deutlich später liegenden Fall hinreichend präzise fixiert werden, welches Unternehmen ggf. später die bestehenden Versorgungsverhältnisse übernimmt.¹⁷⁰ Der Kunde erfährt eine Verschlechterung seiner Vertragsbeziehung jedoch nur dann, wenn die Zusage des Kunden zu einem Wechsel des Energieversorgers für eine spätere Zeit nach Vertragsabschluss zugleich damit verbunden ist, dass der **neue Lieferant seine Preise** der weiteren Lieferung zu Grunde legt und damit nicht die Preise des Altlieferanten übernimmt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die **Preise des neuen Lieferanten höher** sind als die zur Zeit der Vertragsübernahme seitens des Altlieferanten geforderten Preise.

Diese Rechtslage wird vermieden, wenn der Neulieferant die Preise des bisherigen Lieferanten einschließlich der Preisanpassungsklausel und der insoweit bestehenden Laufzeit übernimmt, wie es ohnehin der üblichen versorgungswirtschaftlichen Praxis nach § 32 Abs. 6 AVBFernwärmeV entspricht. In diesem Falle erfährt der Kunde keine gestalterische Verschlechterung seiner Vertragsbeziehungen, sondern "nur" eine Änderung der Versorgungszuständigkeit. Hat er dieser in dem Ausgangsvertrag bereits zugestimmt, ist sie einerseits von dem vertraglichen Konsensprinzip und andererseits auch normativ von § 32 Abs. 6 AVBFernwärmeV getragen.

¹⁶⁹ In Fällen des Vertragseintritts auf Kundenseite kommt § 32 Abs. 4 AVBFernwärmeV zur Anwendung. Hierbei handelt es sich um eine Vertragsübernahme, wodurch der neue Kunde in die bestehenden Rechte und Pflichten des Vertrags eintritt, vgl. *Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer*, AVB, § 32, Rdn. 77, 55. Dies kann ohne Zustimmung des Versorgungsunternehmens geschehen und bedarf lediglich der Anzeige. Allerdings löst der Kundenwechsel ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund aus, der nur bei wirtschaftlicher Unzumutbarkeit vorliegt, vgl. *Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer*, AVB, § 32, Rdn. 77. Handelt es sich bei dem Vertragsübernehmenden um einen Weiterverteiler des bisherigen Vorlieferanten und nicht um einen Letztverbraucher und beruft dieses sich auf die Unbilligkeit der bisherigen Preise, um niedrigere Preise auszuhandeln, so kann dies unabhängig von § 32 Abs. 4 AVBFernwärmeV nach jüngerer Rechtsprechung rechtsmissbräuchlich sein, vgl. LG Frankenthal, InfrastrukturR 2005, 14.

¹⁷⁰ Dies ist jedoch immer dann irrelevant, wenn – wie in der Praxis üblich – in derartigen Fällen der neue Lieferant die Verträge des bisherigen Lieferanten und damit auch die bisher praktizierten Preise übernimmt (wie auch in § 32 Abs. 6 AVBFernwärmeV vorgesehen). Unter diesem Aspekt erfährt der Kunde insoweit keinen Nachteil und damit keine einseitige Beeinflussung der Rechtsposition, die er zuvor auf Grund des Vertrages mit Altlieferanten innegehabt hat.

4. Übernahme der Preisbildungsprinzipien der VV II plus in Fernwärmeverträge

a. Problembeschreibung

Die Energierechtsreform von 1998 hat die zuvor gesetzlich anerkannten Monopolstrukturen für die **Elektrizitäts- und Gaswirtschaft** ersatzlos aufgehoben und statt dessen das **Prinzip des sparten-internen Wettbewerbs** verankert. Dies wird einmal erreicht, indem alle zuvor gültigen energiekartellrechtlichen Sonderregelungen der §§ 103, 103a a.F. GWB aufgehoben und zugleich zur Überwindung der Wettbewerbsbarriere des nach wie vor als Monopol betriebenen Leitungsnetzes Netzzugangsansprüche nach §§ 6 EnWG, 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB eingeführt wurden. Hinsichtlich der näheren Ausgestaltung hat der Gesetzgeber sich zu dem Prinzip des verhandelten Netzzugangs bekannt und ein Regulierungssystem nicht eingeführt. Letzteres wird erst im Rahmen der Energierechtsreform 2005 in Umsetzung der Beschleunigungsrichtlinie Elektrizität vom 26.06.2003 (2003/54/EG) der Fall sein.

Um in jedem Einzelfall Verhandlungen zwischen dem Netznutzer und dem Netzbetreiber über die Ausgestaltung des Netzzuganges im Einzelnen verhindern, haben die Verbände der Elektrizitätswirtschaft und der Industrie **Verbändevereinbarungen** abgeschlossen, die **Modellcharakter** für die Konkretisierung des verhandelten Netzzugangs im Einzelfall haben.¹⁷¹ Diese Verbändevereinbarungen enthalten einmal spezifische elektrizitätswirtschaftliche Aspekte des Netzzugangs, die für die Fernwärmeversorgung irrelevant sind, zumal es hier einen sparteninternen Wettbewerb weder rechtlich gibt noch technisch-wirtschaftlich geben kann. Darüber hinaus haben die Verbändevereinbarungen jedoch auch **betriebswirtschaftliche** Kriterien für die Preisfindung zum Gegenstand, die sich durchaus auch für die **Preisbildung in der Fernwärmewirtschaft** heranziehen lassen. Damit stellt sich die Frage, welche rechtliche Bedeutung eine Übernahme dieser Preisbildungsprinzipien der aktuell praktizierten Verbändevereinbarungen II plus in Fernwärmelieferbeziehungen hat.

Solche Preisbildungskriterien finden sich insbesondere in Abschnitt 2 der Verbändevereinbarung II plus und in der Anlage 3 hierzu. Zwar wirken Verbändevereinbarungen grundsätzlich nur zwischen den handelnden Verbänden; sie binden noch nicht einmal die in den Verbänden organisierten Unternehmen. Diese Rechtslage ist jedoch im Rahmen der Gasnovelle von 2003 durch eine Neuregelung des § 6 Abs. 1 EnWG geändert worden. Danach muss der Netzzugang zu den Bedingungen guter fachlicher Praxis gewährt werden. Bei Einhaltung der Verbändevereinbarung II plus wurde bis zum 31.12.2003 die Erfüllung der Bedingung guter fachlicher Praxis vermutet, es sei denn, dass die Anwendung der Vereinbarung insgesamt oder die Anwendung einzelner Regelungen der Vereinbarung nicht geeignet waren, wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten.¹⁷² Diese Regelung erfuhr somit eine gesetzliche Akzeptanz der betriebswirtschaftlichen Kriterien für die Preisbildung, die bei

¹⁷¹ BAnz. Nr. 85b vom 8.05.2002.

¹⁷² Vgl. *Büdenbender*, EnWG, § 6, Rdn. 133 ff.

Übernahme für die Preise der Fernwärmeversorgung Drittwirkung haben könnte. Dies hätte wiederum zur Konsequenz, dass bei der Überprüfung der Grenzen der Billigkeit und bei der Handhabung der gerichtlichen Entscheidung nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB (sofern die Voraussetzungen für eine solche richterliche Vertragsgestaltung gegeben sind) zu beachten wären.

b. Keine Drittwirkung für Fernwärmeverträge

Eine solche **Drittwirkung** ist im Ergebnis aus einer Reihe von Gründen **abzulehnen**. Zunächst ist zu sehen, dass die partielle Verrechtlichung der Verbändevereinbarung II plus in § 6 Abs. 1 EnWG das Ergebnis von Verhandlungen der **Verbände** mit grundsätzlich konträren Interessen ist.¹⁷³ Bereits daran **fehlt** es für die **Fernwärmewirtschaft**. Hinzu kommt, dass die Verbändevereinbarung II plus der **Förderung des sparteninternen Wettbewerbs** in der Elektrizitätswirtschaft dient, also einem Ziel, das es für die Fernwärmewirtschaft gerade nicht gibt. Schließlich ist zu sehen, dass die Vermutung der Gesetzeskonformität nach § 6 Abs. 1 S. 5 EnWG auf den 31.12.2003 befristet ist, insoweit in Übereinstimmung mit der Laufzeit der Verbändevereinbarung II plus selbst.

Zwar lässt sich für die Elektrizitätswirtschaft die These vertreten, dass die normative Akzeptanz der Preisbildungsprinzipien der Verbändevereinbarung II plus, die durch § 6 Abs. 1 S. 5 EnWG zum Ausdruck kommt, von der sachlichen Qualität der Preisbildungsprinzipien getragen wird und daher nicht schlagartig mit Ablauf des 31.12.2003 endet. So gibt es Stimmen in der Literatur¹⁷⁴, die insoweit für eine **Nachwirkung** der gesetzgeberischen Entscheidung nach § 6 Abs. 1 S. 5 EnWG plädieren. Allerdings ist zu sehen, dass der Gesetz- und Verordnungsgeber die Regelung der VV II plus bei der normativen Konkretisierung der zukünftig gültigen regulatorischen Preisbildungsgrundsätze nach dem bisherigen Stand des Normgebungsverfahrens nicht vollständig übernehmen wird. Spätestens mit Inkrafttreten der Energierechtsreform 2005 endet somit die Billigungswirkung, wie sie in § 6 Abs. 1 S. 5 EnWG – möglicherweise mit einer begrenzten Nachwirkung ausgestattet – zum Ausdruck kommt.

Damit zeigt sich, dass insgesamt eine Fülle von **Bedenken** besteht, § 6 Abs. 1 S. 5 EnWG im Rahmen des § 315 Abs. 3 BGB mit einer **Drittwirkung zu Gunsten der Fernwärmewirtschaft** auszustatten. Folglich ist es notwendig, die Sachgerechtigkeit einer Preisentscheidung, sofern sie im Rahmen einer einseitigen Vorgabe des Fernwärmelieferanten nach § 315 Abs. 1 BGB zu Stande kommt, eigenständig unter Berücksichtigung der Spezifika der Fernwärmeversorgung zu überprüfen. Soweit dabei partiell betriebswirtschaftliche Aspekte relevant sind, wie sie sich auch im Rahmen der Preisbildung für die Netznutzungsentgelte stellen, lassen sich – selbstverständlich – insoweit allgemein gültige, auf die Fernwärmewirtschaft übertragbare betriebswirtschaftliche Überlegungen auch im Rahmen der Billigkeitsentscheidungen nach § 315 BGB heranziehen. Dies ge-

¹⁷³ *Büdenbender*, EnWG, § 6, Rdn. 134 – 136.

¹⁷⁴ *Salje*, et 2004, 103.

schieht jedoch auf Grund der Sachgerechtigkeit der betriebswirtschaftlichen Kriterien, nicht aber auf Grund einer Drittwirkung des § 6 Abs. 1 S. 1 EnWG im Rahmen der Fernwärmeversorgung.

5. Anwendung des § 315 auf Monopolunternehmen

Die bisherigen Überlegungen haben – im Sinne einer systematischen Erörterung der einschlägigen Probleme – zunächst den Aspekt bewusst außen vorgelassen, inwieweit Fernwärmeversorgungsunternehmen auf Grund einer Monopolstellung hinsichtlich ihrer Preispolitik von § 315 BGB erfasst werden.¹⁷⁵ Dieser Gesichtspunkt ist nunmehr zu beleuchten. Dabei stellen sich in der Sache **zwei** konsequent voneinander zu trennende **Fragenkomplexe**.

Einmal ist zu überlegen, ob **§ 315 BGB** überhaupt auf **Monopolunternehmen** hinsichtlich ihrer **Preispolitik** Anwendung findet. Diese Frage stellt sich über die Fernwärmewirtschaft hinaus generell und ist daher vorab zu untersuchen.¹⁷⁶ Gelangt man dabei zu dem Ergebnis, dass § 315 BGB insoweit unanwendbar ist, erledigen sich weitere Fragen.

Im Falle eines gegenteiligen Ergebnisses ist weiter zu überprüfen, ob - die Anwendbarkeit des § 315 BGB auf Monopolunternehmen unterstellt – die **Fernwärmeversorgungsunternehmen** überhaupt **Monopolunternehmen** sind. Die Überprüfung dieser Frage ist im Ergebnis aber auch dann sinnvoll, wenn man rechtsgutachtlich die prinzipielle Geltung des § 315 für Monopolunternehmen verneint. Denn immerhin ist zu sehen, dass insoweit deutliche Ansätze in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bestehen, hier gegenteilig zu entscheiden, wenn auch regelmäßig verknüpft mit der eher verwirrenden als zur Problemlösung beitragenden zusätzlichen Kategorie der Daseinsvorsorge. Somit erwachsen aus der rechtlichen Bewertung der Fernwärmeversorgungsunternehmen nach § 19 Abs. 1 – 3 GWB eigenständige argumentative Ansätze.

a. Grundsätzliche Geltung des § 315 BGB für Monopolunternehmen?

Zu Gunsten einer Anwendbarkeit des § 315 BGB auf die Preispolitik von Monopolunternehmen lässt sich Folgendes anführen: Auf die **Leistung** eines Monopolunternehmens ist der **Kunde angewiesen**. Dies ist das Wesen der **marktbeherrschenden Stellung**. Ist er darauf nicht angewiesen oder jedenfalls nicht zumindest in seiner Auswahl bezüglich einer alternativen Versorgung deutlich eingeschränkt, besteht gerade kein Monopol. Insoweit erscheinen unter **Schutzaspekten**, die insbesondere der BGH hinsichtlich des Zieles des § 315 BGB stets besonders betont, die vertragliche Vereinbarung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts und ein tatsächliches Monopol durch-

¹⁷⁵ Dabei sei klarstellend darauf hingewiesen, dass im Rahmen dieser Darstellung Sachverhalte, in denen ein Anschluss- und Benutzungszwang gegeben ist, ausgeklammert sind. Es spricht in diesen Fälle aber vieles dafür, dass der Vorrang der §§ 19, 20 GWB aufgrund der marktmächtigen Stellung der Versorgungsunternehmen noch eher gelten muss als in den hier untersuchten Fällen.

¹⁷⁶ Dies geben auch *Zenke/Thomale* zu bedenken, WuW 1/2005, 28, 36.

aus vergleichbar. In dem einen Fall bedarf der Adressat der Leistungsbestimmung, hier der Preisfestsetzung, auf Grund der vertraglichen Einräumung einer solchen Befugnis zu Gunsten seines Vertragspartners, in dem anderen Fall benötigt er auf Grund der bestehenden faktischen Situation von Marktmacht den Schutz. Da § 315 Abs. 1 BGB jedoch faktische Monopolstellungen nicht erwähnt, kommt methodisch insoweit nur eine analoge Anwendung der Vorschrift in Betracht.

Eine **analoge Anwendung** des § 315 BGB verlangt das Bestehen einer **planwidrigen Lücke** in der Rechtsordnung, darüber hinaus eine **Sachgerechtigkeit der Übertragung der Kontrollmechanismen** des § 315 BGB auch auf solche Fälle¹⁷⁷. Insoweit ist jedoch zu sehen, dass der Schutz vor missbräuchlicher Ausnutzung von Marktmacht im Gesetz geregelt ist. Einschlägig ist insoweit das Kartellrecht. §§ 19, 20 GWB regeln umfassend, in welchen Fällen ein Missbrauch, eine unbillige Behinderung oder auch eine diskriminierende Ungleichbehandlung seitens eines Marktbeherrschers zu Lasten seiner Kunden besteht. §§ 32 ff. GWB bestimmen die Rechtsfolgen umfassend.

Dabei wird im Einzelnen nicht nur die Frage der marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Monopols und Oligopols, ergänzt um Vermutungen, präzisiert (§ 19 Abs. 1 – 3 GWB), sondern dies wird in § 20 Abs. 1 GWB um den Aspekt einer spezifischen Marktstärke unter der Schwelle der Marktbeherrschung ergänzt.¹⁷⁸ Darüber hinaus finden sich Konkretisierungen des Missbrauchsbegriffs in den nicht abschließend geregelten Missbrauchsbeispielen in § 19 Abs. 4 Nr. 1 – 4 GWB, in § 20 Abs. 1 GWB ergänzt um die Kriterien der unbilligen Behinderung und der sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung.¹⁷⁹ Zu all diesen Facetten haben sich eine umfangreiche Amtspraxis der Kartellbehörden und gerichtliche Rechtsprechung, darüber hinaus aber auch rechtswissenschaftliche Literatur ergeben, die zur Präzisierung der unbestimmten Gesetzesbegriffe herangezogen werden kann.¹⁸⁰

Unter dem Aspekt der **Rechtsfolge** hat sich die Rechtslage für die durch ein missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens betroffenen Kunden seit dem 01.01.1999 entscheidend verbessert. Bis dahin hatte der Missbrauchstatbestand selbst keine unmittelbare Wirkung; er wurde von der Rechtsprechung insbesondere nicht als Schutzgesetz nach § 35 a.F. GWB anerkannt, so dass ein Kunde allein aus einem Verstoß gegen den Missbrauchstatbestand keine Rechtsfolgen ableiten konnte. Erforderlich war vielmehr stets eine konkretisierende Verfügung der Kartellbehörde; erst der Verstoß dagegen eröffnete zivilrechtliche Sanktionen zu Gunsten der Kunden.

¹⁷⁷ S. bereits oben unter "Anforderungen an eine analoge Anwendung", D., III, 3., S. 54.

¹⁷⁸ Vgl. dazu Immenga/Mestmäcker-Möschel, § 19 GWB, Rdn. 17 ff. und 38 ff.; Berliner Kommentar zum Energierecht-Säcker/Füller, GWB, § 19, Rdn. 37ff.

¹⁷⁹ Vgl. Berliner Kommentar zum Energierecht-Engelsing, GWB, § 19, Rdn. 117ff.; Immenga/Mestmäcker-Markert, GWB, § 20, Rdn. 128 ff.

¹⁸⁰ Vgl. Literaturverweise zuvor (Fn. 178, 179).

Diese Rechtslage war getragen von der Überzeugung, dass der Missbrauchs begriff zu unbestimmt sei, um Sanktionen an einen Verstoß zu knüpfen.

Im Rahmen der 6. GWB-Novelle, in Kraft seit dem 01.01.1999, wurde diese Regelung grundlegend geändert. Seither ist der **Missbrauchstatbestand** als **Verbotnorm** ausgestaltet, wie der Wortlaut des § 19 Abs. 1 GWB zeigt. Nichts anderes gilt für § 20 Abs. 1 GWB. Verstöße gegen die genannten Normen können ein entsprechendes rechtsgeschäftliches Verhalten unter Umständen unwirksam nach § 134 BGB machen.¹⁸¹ Darüber hinaus ist in derartigen Fällen ein **Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch der Kunden** des marktbeherrschenden Unternehmens nach § 33 GWB gegeben, ohne dass es zuvor einer konkretisierenden Missbrauchsverfügung der Kartellbehörde nach § 32 GWB bedarf. Damit ist ein **eigenständiges Handeln** der Kunden zum Schutze der missbräuchlichen Ausnutzung von Marktmacht eröffnet, die eine Heranziehung des § 315 BGB im Wege der Analogie mangels Regelungslücke sachwidrig macht. Sollte eine solche **Regelungslücke** bis zum 31.12.1998 bestanden haben, wurde sie durch die 6. GWB-Novelle **geschlossen**. Damit ist jedenfalls seit diesem Termin kein Raum mehr für eine zivilrechtliche Kontrolle von Marktmacht im Wege der Analogie zu § 315 BGB, systematisch neben §§ 19, 20, 33 GBW stehend.¹⁸²

Darüber hinaus ist zu sehen, dass sich die gesetzlichen Missbrauchsbeispiele in § 19 Abs. 4 Nr. 1 – 4 GWB, ferner der Behinderungs- und Diskriminierungsbegriff des § 20 Abs. 1 GWB, all dieses in der Konkretisierung durch die Judikatur und die Amtspraxis der Kartellbehörden, als eigenständiger Kontrollmaßstab unabhängig von demjenigen der Billigkeit nach § 315 BGB darstellen. Will man § 315 BGB auch auf Monopolunternehmen anwenden, muss man zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen die **Inhaltsmaßstäbe der §§ 19, 20 GWB** zur Konkretisierung des Missbrauchsbegriffs auch für die Bestimmung der Unbilligkeit nach § 315 Abs. 3 BGB **übernehmen**. Dann aber stellt sich die Frage, welchen **Sinn** eine **analoge Anwendung** des § 315 BGB entgegen dem klaren Wortlaut des § 315 Abs. 1 BGB noch haben soll, wenn dies zu inhaltsgleichen Wirkungen führt, wie sie sich bei Anwendung der §§ 19, 20, 33 GWB ergeben.

Erachtet man hingegen den Begriff der Billigkeit auch in solchen Fällen eigenständig und unabhängig von den kartellrechtlichen Vorgaben in §§ 19, 20 GWB für konkretisierbar, so stellt sich die

¹⁸¹ S. Immenga/Mestäcker-*Markert*, GWB, § 20, Rdn. 226.

¹⁸² Ebenso LG Köln, RdE 2004, 306; LG Bremen, RdE 2004, 304. Diesen Umstand verkennen *Baur/Henk-Merten*, VEnergR Bd. 107, 2003, S. 24, 28, die herausstellen, dass es bei § 315 BGB um eine "Art Einzelfallgerechtigkeit" ginge, während §§ 19, 20 GWB auf einen eher generellen Maßstab gerichtet seien. In ihrer Argumentation verweisen *Baur/Henk-Merten* dabei auf BGH-Urteile (BGHZ 41, 271, 279; RdE 1992, 74, 76), die vor der GWB-Novelle ergangen sind. Im Übrigen bewirkt auch eine Missbrauchsverfügung der Kartellbehörde, bezogen auf einen konkreten Vertrag, oder ein zivilrechtliches Vorgehen nach §§ 19, 20, 33 GWB, zu Gunsten des betroffenen Vertragspartners die Verwirklichung von "Einzelfallgerechtigkeit".

Frage nach der **Harmonisierung beider Rechtsbereiche**. Insoweit fehlt eine überzeugende Antwort auf die Frage, inwieweit und mit welchem Sachgrund Unterschiede bestehen.

Im Ergebnis zeigen die vorstehenden Überlegungen, dass es an der für eine analoge Anwendung des § 315 BGB auf Fälle der Ausnutzung einer Monopolstellung erforderlichen **Regelungslücke** im Gesetz **fehlt**. Im Gegenteil: Die Thematik der sachwidrigen Ausnutzung einer Monopolstellung ist **im Kartellrecht abschließend** geregelt. Da das Kartellrecht auch zivilrechtliche Regelungen begründet, ist es Teil der Zivilrechtsordnung und beansprucht somit auch Beachtung bei einer systemgerechten Anwendung zivilrechtlicher Normen des BGB. Eine analoge Anwendung des § 315 BGB auf Sachverhalte, die von §§ 19, 20 GWB erfasst werden, führt entweder zu einer unnötigen Doppelregelung oder aber zu inhaltlichen Wertungswidersprüchen im Verhältnis des Billigkeitsmaßstabes zu den Konsequenzen des Missbrauchsbegriffs nach §§ 19, 20 GWB. Beide **Rechtszustände** sind **inakzeptabel**.

Möglicherweise ist die – methodisch ohnehin nicht abgesicherte – Anwendung des § 315 BGB auf Monopoltatbestände von der bis zum 31.12.1998 bestehende Rechtslage geprägt, wonach es eigenständige Rechtsschutzmöglichkeiten der Kunden eines marktbeherrschenden Unternehmens unabhängig von kartellbehördlichem Vorgehen nicht gab. Gerade dies aber hat sich, wie dargelegt, seit dem 01.01.1999 grundlegend geändert. Dies muss der höchstrichterlichen Rechtsprechung Veranlassung geben, die Sachgerechtigkeit der früheren Judikatur unter dem Aspekt der geänderten Gesetzeslage zu überprüfen. Im Ergebnis bestehen damit gravierende Bedenken gegen eine analoge Anwendung des § 315 BGB auf Monopolunternehmen, soweit diese keine vertraglichen Leistungsbestimmungsrechte haben. Gegenteilige Auffassungen in der Judikatur sowie auch in der Rechtswissenschaft, die der Rechtsprechung folgen, sind abzulehnen. Sie leiden an dem grundlegenden Mangel, die Gesamtsystematik des Kundenschutzes nicht hinreichend miteinander in Einklang gebracht zu haben.

b. Marktmacht von Fernwärmeversorgungsunternehmen ?

Fernwärmeversorgungsunternehmen liefern Wärme. Den Kunden kommt es nicht auf die stoffliche Art an, in der sie die Wärme beziehen, sondern auf den Bedarfszweck des Energiebezuges. Maßgeblich ist damit **kein Produktmarkt** Fernwärme, ebenso wenig wie es Produktmärkte für Strom und Gas gibt. Ausschlaggebend aus der Sicht des Kunden ist vielmehr ein **Nutzenergiemarkt**, hier ein Wärmemarkt, vorrangig für Raumwärme, daneben aber auch für die Warmwasserversorgung.¹⁸³

Diese Situation ist im Ausgangspunkt, trotz zahlreicher Kontroversen, unstrittig, soweit die Alternativen den Kunden *vor* einer etwaigen Investitionsentscheidung zu Gunsten eines bestimmten E-

¹⁸³ Zu dieser Thematik rechtsgrundsätzlich *Büdenbender*, VEnergR Bd. 76, 1995, S. 101 ff. mit zahlreichen Nachweisen; vgl. auch *Weise*, FIW – Schriftenreihe Bd. 123, 1987.

nergieträgers betrachtet werden.¹⁸⁴ Wer einen Hausbau plant, ist, sofern entsprechende Leitungsanbindungen möglich sind, in der Lage, sich zwischen Fernwärme- und Gasbezug zu entscheiden. Daneben kommt der Einbau einer Ölheizung oder aber auch (heute eher selten) eine elektrische Speicherheizung für Neubauten in Betracht. Entsprechendes gilt für nachträgliche Umrüstungen. Insoweit besteht zwischen den verschiedenen Energien ein **umfangreicher Substitutionswettbewerb**, der bei der Abgrenzung des relevanten Marktes aus Kundensicht zu berücksichtigen ist. Hier scheidet eine marktbeherrschende Stellung des Fernwärmeversorgungsunternehmens als Monopol daher aus.¹⁸⁵ Auch ein Oligopol kommt nicht in Betracht, da die verschiedenen Wärmeanbieter ihr Verhalten nicht koordinieren, sondern in einem umfassenden Substitutionswettbewerb zueinander stehen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn zulasten des Kunden ein – zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich begründeter – Anschlusszwang an das Fernwärmenetz besteht.¹⁸⁶

Dieser Marktabgrenzung wird vielfach entgegengehalten, dass sie eben nur für die Zeit **vor** der Investitionsentscheidung richtig sei. Habe der Kunde sich hingegen für eine bestimmte Energie entschieden und entsprechende Investitionen getätigt, könne er weder technisch noch wirtschaftlich zu einer anderen Energieart überwechseln. Wer sein Haus auf eine Fernwärmeheizung eingerichtet habe, könne nicht zum Gasbezug übergehen oder sich für eine Ölheizung entscheiden, ohne erneut erhebliche Investitionen finanzieren zu müssen. Dies rechtfertige es, für bereits angeschlossene Kunden von einem Produktmarkt auszugehen. Für die Fernwärmewirtschaft hätte dies zur Konsequenz, dass der Fernwärmelieferant für seine bestehenden Kunden stets Marktbeherrscher ist, da es ein Wettbewerb mehrerer Fernwärmeversorgungsunternehmen um die selben Kunden nicht gibt.¹⁸⁷

Eine solche **Spaltung des Marktes** zwischen **Alt- und Neukunden** ist **sachwidrig**. Dies hat bereits die **Monopolkommission** in einem Sondergutachten zur Missbrauchsaufsicht über die Gaswirtschaft festgestellt.¹⁸⁸ Dies ist besonderes bemerkenswert, weil sich die Monopolkommission seit Jahrzehnten besonders mit der Wettbewerbssituation im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung auseinandersetzt und dabei für eine deutliche Einschränkung der Verhaltensspielräume der Energielieferanten plädiert. Gleichwohl weist die Kommission zu Recht darauf hin, dass eine Trennung des Marktes in Alt- und Neukunden verfehlt ist. Dies folgt schon daraus, dass der **Ener-**

¹⁸⁴ Vgl. Witzel/Topp-Witzel, AVBFernwärme, Einf. S. 39.

¹⁸⁵ Unentschieden BGH RdE 1987, 52.

¹⁸⁶ Vgl. Kap. A I.

¹⁸⁷ Dazu Witzel/Topp-Witzel, AVBFernwärme, Einf. S. 39; umfassend Kramm, BB 1990, 436, 437ff.; so im Ergebnis auch Held, NZM 2004, 169, 171, allerdings mit fehlgehender Begründung.

¹⁸⁸ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 7 "Missbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des GWB", 1977.

gieversorger - auch das Fernwärmeversorgungsunternehmen - seine **Preispolitik** so ausgestalten muss, dass es möglichst **viele neue Kunden** gewinnt.¹⁸⁹

Die Fernwärmeversorgung ist wegen ihrer erheblichen Festkosten ebenso wie alle andere leitungsgebundenen Energieversorger auf eine hohe Auslastung der Investitionen angewiesen. Würde sie eine **Preispolitik zu Lasten von Altkunden** machen, würde sich dies herumsprechen und die **Gewinnung von Neukunden erschweren**, wenn nicht sogar unmöglich machen. Folglich kommen die **Altkunden**, ob es das Fernwärmeversorgungsunternehmen will oder nicht, schon aus ökonomischen Gründen stets in den **Genuss der "neukundenorientierten" Preispolitik**. Für Neukunden aber besteht ein Wärmemarkt mit Substitutionskonkurrenz. Damit aber gibt es im Ergebnis keinen gespaltenen Markt für Alt- und Neukunden. Vielmehr ist der relevante Markt sachlich als Wärmemarkt abzugrenzen. Dies hat zur Konsequenz, dass die Fernwärmeversorgung in umfassender Konkurrenz zur Gasversorgung und zur Mineralölwirtschaft steht. Eine marktbeherrschende Stellung ist damit regelmäßig ausgeschlossen. Den beschriebenen Zusammenhängen trägt auch § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV mit den dort geregelten Parametern für die zukünftige Entwicklung der Fernwärmepreise Rechnung. Denn hier wird – neben den Kosten – auf die Verhältnisse des Wärmemarktes abgehoben. Dies aber sind gerade die Aspekte, die für die Fernwärmewirtschaft die Fixierung der Preise beim Erstabschluss von Verträgen wie hinsichtlich der preislichen Weiterentwicklung bestimmen.

Etwas anderes gilt – wie erwähnt – nur dann, wenn die Fernwärmeversorgung aus Sicht der Kunden auf Grund rechtlicher Vorgaben bindend ist. Dies ist der Fall bei einem kommunalrechtlich verfügbaren Abnahmezwang oder bei einer Belastung der Hausgrundstücke mit entsprechenden Dienstbarkeiten. In quantitativer Hinsicht betrifft dies jedoch den Fernwärmeabsatz nur in unbedeutendem Umfang.

Im Ergebnis ist somit auch unter diesem Aspekt eine Anwendung des § 315 BGB auf die Fernwärmewirtschaft abzulehnen. Die Marktstellung verbietet die Annahme eines "faktischen" Leistungsbestimmungsrechts bezüglich der Preisentwicklung.

E. Ausschluss der Einwendung nach § 315 BGB aufgrund von § 30 AVBFernwärmeV?

Unterstellt man die (analoge) Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB auf Fernwärmeversorgungsverträge, so stellt sich die weitere Frage, inwieweit die darauf beruhende Einwendung der Unbilligkeit der Preise überhaupt zur Zahlungsverweigerung berechtigt. Hinsichtlich der Berechtigung von Zahlungsverweigerungen von Tarifkunden gibt es in den Allgemeinen Versorgungsbedingungen der Energiewirtschaft (§§ 30 AVBEltV, 30 AVBGasV) inhaltsgleiche Regelungen wie in § 30 AVB

¹⁸⁹ Zu den Besonderheiten der leitungsgebundenen Energiewirtschaft in absatzpolitischer Hinsicht, *Büdenbender*, *VEnergR* Bd. 76, 1995, S.42 ff.

FernwärmeV. Danach berechtigen Einwände gegen Rechnungen und Abschlagsberechnungen u.a. nur dann zur Zahlungsverweigerung, soweit **offensichtliche Fehler** vorliegen. Diese Vorschriften dienen dem Zweck, den Versorgungsunternehmen laufende Einnahmen und damit ihre Liquidität zu sichern, um die Versorgungssicherheit nicht zu gefährden. Dabei ist zu sehen, dass die Unternehmen bzgl. der Wärmelieferung **vorleistungspflichtig** sind.¹⁹⁰ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit den Kunden etwaige Einwendungen nach § 315 Abs. 3 BGB zunächst abgeschnitten sind und sie insofern auf einen Rückforderungsprozess verwiesen werden können. Diese Frage war jüngst wieder Gegenstand einer Entscheidung des BGH und auch mehrerer Instanzgerichte. Dabei werden zu dieser Frage unterschiedliche Positionen bezogen.

I. Rechtsprechung

Der **BGH** hob in einer Entscheidung zu § 30 AVBWasserV vom 30. April 2003 das die Entscheidung der Vorinstanz bestätigende Urteil des Kammergerichts auf. Das LG Berlin wie auch das Kammergericht hatten die Auffassung vertreten, dass eine Zahlungsverweigerung wegen Unbilligkeit der Tarife nach § 30 AVBWasserV ausgeschlossen sei, und daher die Kunden auf den Rückforderungsprozess verwiesen. Der BGH trat dem entgegen und führte aus, dass die **Einwendungsbeschränkung des § 30 AVBWasserV** das Bestreiten der **Billigkeit der Preisbestimmung** von Versorgungsunternehmen nach § 315 BGB **nicht** erfasse. Der Einwand der Unbilligkeit betreffe keine Rechen- oder Ablesefehler oder andere Abrechnungsgrundlagen, sondern die Leistungspflicht des Kunden, der im Falle der Unangemessenheit des verlangten Preises von Anfang an nur den vom Gericht bestimmten Preis schulde.¹⁹¹ Insoweit betreffen §§ 315 BGB, 30 AVBFernwärmeV unterschiedliche rechtliche Themen, was zur parallelen Anwendbarkeit führt. Der BGH führt schon in einem früheren Urteil aus, dass **kein Grund** ersichtlich wäre, der es rechtfertigen könne, dem Versorgungsunternehmen zuzugestehen, zunächst eine – eventuell **nicht geschuldete – Zahlung zu vereinnahmen** und den Abnehmer auf einen Rückforderungsprozess zu verweisen. Dies liefe dem Zweck des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB zuwider.¹⁹²

Sowohl das **LG Berlin** als auch das **KG widersprechen** der Entscheidung des **BGH** in jüngeren Entscheidungen erneut ausdrücklich in erst kürzlich entgangenen Entscheidungen.¹⁹³ Die Gerichte halten im Ergebnis an ihrer langjährigen Rechtsprechung fest, die schon dem BGH-Urteil voraus-

¹⁹⁰ *Hempel*, Rdn. 603.

¹⁹¹ BGH NJW 2003, 3131, 3132; so auch schon in NJW 1983, 1777, 1778.

¹⁹² BGH NJW 1983, 1777, 1778.

¹⁹³ KG Berlin, Urteil v. 24.03.2004 – 26 U 142/03; LG Berlin, Urteil v. 22.04.2004 – 9 O 308/03 und Urteil v. 25.05.2004, R+S 2004, 41; diese Auffassung scheint auch der BGH (III. Zivilsenat) zu teilen, RdE 1992, 74, jedoch ohne sich hier von der vorlaufenden Rspr. (s. Fn. 192) abzusetzen. Auch die spätere Judikatur des BGH (Fn. 191) distanziert sich nicht von der Entscheidung RdE 1992, 74.

gegangen war. Darin wird erneut deutlich, dass die Rechtspraxis zu § 315 BGB im Sinne einer Verdrängung der Norm im Fluss ist.¹⁹⁴

Grundlage dieser Entscheidung waren die Tarife der Berliner Wasserver- und -entsorgungsbetriebe, die gemäß § 4 TeilPrivG einem behördlichen Genehmigungsverfahren unterliegen. Die Gerichte führten aus, dass dieses Genehmigungserfordernis zunächst nicht die Anwendbarkeit von § 315 BGB ausschließe. Sodann verwiesen sie die Tarifikunden dennoch auf den Rückforderungsprozess, da § 30 AVBWasser das Recht zur Zahlungsverweigerung in zulässiger Weise ausdrücklich nur auf offensichtliche Fehler der Rechnung beschränke. Hierzu seien nach Wortlaut, Sinn und Zweck der Regelung die unbilligen Preise nicht zu zählen, da sie nicht offensichtlich seien.¹⁹⁵

Darüber hinaus könne der Einwand der Billigkeit auch nicht von dem Einwendungsausschluss ausgenommen werden, weil insoweit sonst kein Anwendungsbereich mehr für § 30 AVBWasserV verbliebe. Des weiteren verweisen die Gerichte auf den Schutzzweck der Norm, nach dem die Gewährleistung der Versorgungssicherheit nicht gefährdet werden dürfe und insofern die Einnahmen des Versorgungsunternehmens gesichert werden müssten.¹⁹⁶ Im Übrigen seien die Tarife auf Grund ihres Charakters der Daseinsvorsorgeleistungen mit Abgaben und Kosten im Sinne § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO vergleichbar, gegen die verwaltungsrechtliche Widersprüche auch keine aufschiebende Wirkung entfalten und daher zunächst zu entrichten seien.¹⁹⁷

Hinsichtlich dieses offenen Konfliktes zwischen den Berliner Instanzgerichten und dem BGH wird der **BGH** diese **Grundsatzfrage** voraussichtlich **erneut klären** müssen. Das Kammergericht hat in seinem Urteil die Revision zugelassen.

II. Bewertung der Rechtsprechung

Unabhängig von dem Ausgang des oben dargestellten Rechtsstreits ist anzumerken, dass die vom BGH vertretene Auffassung dann konsequent ist, wenn zu Gunsten der Verbraucher überhaupt § 315 Abs. 3 BGB eingreift. Denn die Rechtsprechung würde sonst die durch die (analoge) Anwendung dieser Vorschrift mögliche Preiskontrolle zu einem **stumpfen Schwert** werden lassen. Die Konsequenz wäre, dass nur in Ausnahmefällen ein solcher Fall die Gerichte beschäftigen würde. Die Energieverbraucher müssten zunächst in Vorleistung treten und sodann noch einen Prozess anstrengen, bei dem sie wiederum in Vorleistung träten. Vor diesem pragmatischen Hintergrund würde der Einwand der Unbilligkeit in seiner Schutzfunktion für den Kunden zumindest geschwächt.

¹⁹⁴ Vgl. Kap. B II.

¹⁹⁵ LG Berlin, R+S 2004, 41, 42.

¹⁹⁶ LG Berlin a.a.O., S. 43.

¹⁹⁷ LG Berlin a.a.O., S. 43.

In systematischer Hinsicht erscheint die **Argumentation** des BGH vordergründig gleichfalls **überzeugend**. Ist schon die Gegenleistung nach § 315 Abs. 3 BGB nicht geschuldet und wird sie daher auch nicht fällig, so ist eine Rechnungsstellung nicht mehr von Belang. Was nicht geschuldet wird, kann auch nicht abgerechnet werden. Auch wenn diese Folge erst nachträglich im Prozess festgestellt wird, so entspricht dies dem Schutzgedanken des § 315 BGB. Hätte § 30 AVBFernwärmeV die Funktion, § 315 BGB einzuschränken, bedürfte dies einer Klarstellung in der Norm, an der es fehlt. Diese Aspekte sprechen dagegen, Verstöße gegen § 315 Abs. 1 BGB erst im Rahmen von Rückzahlungsansprüchen aus §§ 812 ff. BGB bei der Prüfung des fehlenden Rechtsgrundes für den vollständigen Rechnungsbetrag zu prüfen.

III. Verhältnis von § 315 BGB und § 30 AVBFernwärme – Eine Frage der Beweislast?

Obwohl die Rechtsprechung des BGH in systematischer Hinsicht konsequent erscheint, so ist dadurch aber das Verhältnis von §§ 315 BGB zu 30 AVBFernwärmeV noch nicht abschließend geklärt. Denn die Gegenargumente des LG Berlin und des KG haben durchaus Gewicht. Es liegt auf der Hand, dass den Entscheidungen des BGH wohl vor allem pragmatische Erwägungen zugrunde liegen. Insbesondere gilt dies für § 315 Abs. 3 BGB, wonach in einem zivilgerichtlichen Verfahren die leistungsbestimmende Partei die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit der Leistungsbestimmung trägt.¹⁹⁸ Somit wird durch die Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB die Beweislast immer dem EVU auferlegt. Dies entspricht im Übrigen der das Beweislastrecht prägenden Sphärentheorie, wonach derjenige die Darlegungs- und Beweislast trägt, dem die rechtsrelevanten Fakten tatsächlich zugänglich sind. Dies ist für Entscheidungen nach § 315 Abs. 1 BGB das EVU, da nur dieses hinsichtlich seiner Kosten informiert ist.¹⁹⁹

§ 30 AVBFernwärmeV trifft keine Aussage hinsichtlich des materiellen Rechts, sondern enthält eine Regelung zur Vorfinanzierungslast.²⁰⁰ Diese Vorschrift konkretisiert das Zurückbehaltungsrecht des Kunden nach dem Grundsatz von Treu und Glauben für den Fall nicht ordnungsgemäßer Abrechnung. Zu diesem Zweck wird dem Kunden ein Recht auf Zahlungsverweigerung und ein Recht auf Zahlungsaufschub gewährt. Dadurch wird die Rechtsposition des Kunden nur insoweit betroffen, als das er auf einen gesonderten Rückforderungsprozess verwiesen wird.²⁰¹ In diesem Rückforderungsprozess nach § 812 BGB müsste an sich der Kunde grundsätzlich darlegen und beweisen, dass die vom Energieversorgungsunternehmen geforderten Beträge nicht angemessen sind. Auf Grund der Wertung des § 30 AVBFernwärmeV wird diese Darlegungs- und Beweislast aber umge-

¹⁹⁸ Vgl. u.a. BGH RdE 1992, 74; *Baur/Henk-Merten*, VEnergR Bd. 107, 2003, S. 33.

¹⁹⁹ Vgl. insoweit sehr weitgehend BGH RdE 1992, 74, wonach das EVU nach § 315 Abs. 1 BGB seine Preiskalkulation offenzulegen hat.

²⁰⁰ *Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer*, AVB, § 30, Rdn. 1 – 5.

²⁰¹ *Hempel*, Rdn. 604 E.

kehrt.²⁰² Denn der Einwendungsausschluss soll hier keine endgültige materiell-rechtliche Verschlechterung des Kunden bezwecken, sondern ihn lediglich in die Rolle des Klägers verweisen. Der vorläufige Einwendungsausschluss des Kunden hat somit zur Folge, dass seine Zahlung nur unter dem Vorbehalt des Bestehens des Zahlungsanspruchs steht.²⁰³ Mithin besagt § 30 AVBFernwärmeV, dass der Kunde zunächst unter Vorbehalt zu zahlen hat, es sei denn es liegen die Gründe des § 30 AVBFernwärmeV vor oder andere materiell-rechtliche Normen, die ihn zu einem Zahlungsaufschub berechtigen.

Demgemäss obliegt auch bei Anwendung des § 30 AVBFernwärmeV dem Fernwärmeversorgungsunternehmen die Darlegungs- und Beweislast, die es ohnehin nach der Sphärentheorie des BGH treffen würde. Dies entspricht auch der Beweislastverteilung in einem Prozess nach § 315 Abs. 3 BGB. Denn wie bereits festgestellt, trägt sowohl im Rückforderungsprozess als auch im Aktivprozess des Versorgungsunternehmens das jeweilige Versorgungsunternehmen die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit seiner Tarife gemäß § 315 Abs. 1 BGB. Folglich verschlechtert § 30 AVBFernwärmeV beweisrechtlich nicht die Situation des Kunden, so dass auch dem Schutzgedanken des § 315 BGB Rechnung getragen ist. Das Beweisrecht steht folglich der Rechtsauffassung des LG Berlin und des KG nicht entgegen.

Nach alledem sprechen durchaus beachtliche Gründe für die Auffassung der Berliner Instanzgerichte, wonach versorgte Kunden einer Vorfinanzierungslast unterliegen und eine etwaige Unbilligkeit der Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 S. 1 BGB geltend machen können. Rechtspolitisch droht anderenfalls die Gefahr, dass sich Energieverbraucher ihrer Zahlungspflicht unter unzutreffender Berufung auf § 315 Abs. 3 BGB zunächst ganz oder teilweise entziehen und das EVU temporär auf ihrer Vorfinanzierungslast für die Fernwärmeversorgung "sitzen lassen". Insbesondere dann, wenn Verbraucherschutzverbände zu einer kollektiven Zahlungsverweigerung aufrufen, kann das zu gravierenden wirtschaftlichen Problemen für den Versorger und damit zur Beeinträchtigung der Sicherheit der Versorgung führen. Es ist daher zu begrüßen, dass der BGH in absehbarer Zeit auf Grund der Berliner instanzgerichtlichen Rechtsprechung Gelegenheit haben wird, seine Rechtsauffassung zum Verhältnis der §§ 315 BGB, 30 AVBFernwärmeV (bzw. in dem konkreten Fall: § 30 AVBWasserV) nochmals zu überprüfen.

F. Zusammenfassung in Thesen

1. Es existieren verschiedene Preiskontrollmechanismen neben § 315 BGB. Im allgemeinen Zivilrecht findet eine Preiskontrolle anhand von §§ 138, 826 BGB statt, im Kartellrecht auf Grund von §§ 19, 20 GWB und im sektorspezifischen Kartellrecht aufgrund von §§ 6, 6 a EnWG, 12 BTOElt.

²⁰² *Hempel*, Rdn. 604 E.

²⁰³ *Hempel*, Rdn. 604 E.

2. Die richterliche Preiskontrolle ist typischerweise (§§ 138, 305 ff., 826 BGB, 19, 20 GWB) durch eine Zweistufigkeit gekennzeichnet, die Anlass und Maßstab für die Preiskontrolle konsequent unterscheidet.
3. § 315 BGB ist als eine Regel für Verträge zu verstehen, die zur Überbrückung von Einigungsdefiziten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dient. Es handelt sich daher um eine "Dissensvermeidungsvorschrift".
4. Der Anwendungsbereich des § 315 BGB ist durch die Rechtsprechung auch auf Fälle ausgedehnt worden, in denen einer Vertragspartei entgegen dem Wortlaut von § 315 Abs. 1 BGB kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht durch eine Vereinbarung eingeräumt wurde.
5. Die Rechtsprechung versteht § 315 Abs. 3 BGB als ein Preiskontrollinstrument in den Fällen, in denen eine Vertragspartei schutzwürdig ist. Daher wendet die Rechtsprechung § 315 Abs. 3 BGB insbesondere dann an, wenn (1) keine Individualvereinbarung zwischen den Parteien über die Vertragsbedingungen bzw. -preise geschlossen wurde, (2) die die Dienstleistung abnehmende Partei einem faktischen Kontrahierungszwang unterliegt, weil sie auf die Dienstleistung angewiesen ist und das Dienstleistungsunternehmen eine Monopolstellung innehat, und (3) die für die Dienstleistung festgelegten Tarife nicht unmittelbar durch eine Behörde festgesetzt worden sind.
6. Der BGH wendet § 315 BGB neben den Vorschriften zur Missbrauchskontrolle im Sinne des Wettbewerbsrechts (§§ 6 EnWG, 19, 20 GWB) an. Diese Regelungen schließen sich nach der Ansicht des BGH nicht aus.
7. Die neuere Rechtsprechung der Instanzgerichte befürwortet entgegen der BGH-Rechtsprechung die vorrangige Anwendbarkeit der §§ 6, 6 a EnWG, 19, 20 GWB. Auf Grund der Marktliberalisierung seit der Energierechtsreform 1998 folge aus diesen Vorschriften wegen der fehlenden Monopolstellung der Versorgungsunternehmen die Unanwendbarkeit von § 315 BGB. Diese Auffassung ist rechtssystematisch und teleologisch vorzugswürdig.
8. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB sieht eine gerichtliche Preiskontrolle vor. Dafür muss zunächst ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zwischen den Parteien vereinbart und dieses Leistungsbestimmungsrecht rechtsunwirksam ausgeübt worden sein, indem es sich nicht in den Grenzen des billigen Ermessens hält. Auf Grund dieser untrennbaren Zusammenhänge ist § 315 Abs.3 Satz 2 BGB keine Generalnorm für eine gerichtliche Preiskontrolle. Vielmehr erkennt der Gesetzgeber in dieser Norm das Schutzbedürfnis der Vertragspartei an, die vor einer übertriebenen Einseitigkeit geschützt werden soll, welche aus der einseitigen Rechts-

- macht der anderen Vertragspartei und dem ihr zustehenden Entscheidungsspielraum resultiert.
9. Eine gerichtliche Preiskontrolle anhand von § 315 BGB ist auf Grund des Wortlauts der Norm weder direkt noch durch extensive Anwendung möglich, wenn ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht nicht vereinbart wurde.
 10. Die Vorschrift des § 315 BGB kann auf Fälle der Ausnutzung einer Monopolstellung grundsätzlich nicht analog angewendet werden, da es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Die Thematik der sachwidrigen Ausnutzung einer Monopolstellung ist im Kartellrecht abschließend geregelt. Eine analoge Anwendung würde entweder zu einer überflüssigen Doppelregelung führen oder zu inhaltlichen Wertungswidersprüchen im Verhältnis von Billigkeitsmaßstab und Missbrauchsbegriff nach §§ 19, 20 GWB. Die anderslautende BGH-Rechtsprechung ist vor dem Hintergrund des Inkrafttretens der GWB-Novelle zum 01.01.1999 zu überprüfen. Denn nunmehr ist es auch dem Kunden eines marktbeherrschenden Unternehmens möglich, kartellrechtliche Positionen aus § 19 GWB eigenständig ohne vorherigen Erlass einer kartellbehördlichen Missbrauchsverfügung durchzusetzen (§ 33 GWB).
 11. Das Fehlen einer preisrechtlichen Genehmigungspflicht im Bereich der Fernwärmewirtschaft schließt die Anwendbarkeit des § 315 BGB nicht aus, weil das Bestehen eines administrativen Preisregimes keine Anwendungsvoraussetzung des § 315 BGB darstellt. Das Fehlen eines staatlichen Preisrechts erspart vielmehr die Analyse, inwieweit die genehmigten Preise unterschritten werden dürfen und welche Indizwirkung eine preisrechtliche Genehmigung für die "Billigkeit" der Preisfestsetzung nach § 315 BGB hat.
 12. Die Anwendung der BGH-Rechtsprechung zu § 315 BGB auf die Fernwärmewirtschaft ist unabhängig davon, ob die Fernwärmeversorgung als Daseinsvorsorge eingestuft wird. Denn die Analyse der Rechtsprechung zeigt, dass es weniger auf die Einordnung der Versorgungsleistung als Daseinsvorsorge ankommt als auf die besondere Marktstellung des Energielieferanten, die eine einseitige Preisfestsetzung des Energielieferanten ermöglicht.
 13. Preisanpassungen in laufenden Fernwärmeversorgungsverträgen, die im Rahmen von § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV auf Grund von Preisgleitklauseln vorgenommen werden, sind nicht mit einer einseitigen Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 1 BGB gleichzusetzen. Denn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses haben die Parteien eine Abrede über den geltenden Preis und auch die zukünftige Preisentwicklung getroffen, da sie sich auf eine zulässige Preisgleitklauseln im Sinne § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV geeinigt haben. Diese Regelung berücksichtigt auf Grund ihrer klaren Vorgaben bereits den Kundenschutz, indem sie das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung während der Dauer des Lieferverhältnisses sicherstellen will. Im Übrigen liegt in § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV die normative Aner-

- kennung von Preisgleitklauseln, die die Voraussetzungen der Norm erfüllen. Dies ist bei einer Billigkeitsprüfung nach § 315 Abs. 3 BGB zu beachten.
14. Die konstitutive Preisanpassung in einem laufenden Lieferverhältnis auf Grund einer Preisanpassungsklausel mit einseitigen Entscheidungsbefugnissen des Fernwärmelieferanten eröffnet diesem eine wirkliche Gestaltungsbefugnis und begründet ein Leistungsbestimmungsrecht zu seinen Gunsten. Enthält demnach der Fernwärmelieferungsvertrag keine abschließende Formel für die zukünftige Entwicklung der Lieferpreise, so verbleibt regelmäßig eine durch das einseitige Ermessen einer Vertragspartei getragene Bandbreite von Entscheidungen, die anhand von § 315 Abs. 3 BGB gerichtlich überprüft werden kann.
 15. Preisanpassungen auf Grund eines vertraglich vereinbarten Anpassungsanspruchs unterliegen nicht der Kontrolle des § 315 Abs. 3 BGB. Denn ein Anpassungsanspruch setzt eine vertragliche Ergänzungsabrede voraus, dass unter bestimmten Umständen ein Anspruch auf Vertragsanpassung gegen den Kunden entstehen soll. Dieser Anspruch auf Vertragsanpassung ist aber nur darauf gerichtet, dass eine einvernehmliche Anpassung erfolgt. Daher kann es hier nicht zu einer einseitigen Leistungsbestimmung seitens des Energieversorgungsunternehmens kommen, weshalb auch § 315 BGB keine Anwendung findet.
 16. Preiserhöhungen als Folge des Vertragseintritts eines neuen Fernwärmelieferanten sind auf Grund des § 32 Abs. 6 AVBFernwärmeV in der Praxis selten, da der neue Lieferant in die Rechte und Pflichten des alten Liefervertrages eintritt und somit auch die bestehenden Tarife übernimmt. Sollte unabhängig davon ein neuer Lieferant mit Zustimmung des Kunden in den Vertrag eintreten und ist der Kunde über etwaige höhere Preise des neuen Lieferanten informiert, so stimmt er diesem Vertrag mit den neuen Tarifen zu. Ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des neuen Lieferanten liegt hierin nicht. § 315 Abs. 1 BGB kommt nur dann zur Anwendung, wenn der Kunde in dem alten Liefervertrag bereits seine Zustimmung zu einem späteren Lieferantenwechsel gegeben hat und die Preise des neuen Lieferanten höher sind als die des alten Lieferanten. In diesem Fall liegt eine Vertragssituation vor, die derjenigen vergleichbar ist, die durch den Wortlaut des § 315 Abs. 1 BGB geprägt ist. Solche Fälle spielen in der Praxis keine Rolle.
 17. Die Preisbildungsprinzipien der Verbändevereinbarung für die Stromwirtschaft (VV II plus) können nicht auf die Fernwärmewirtschaft übertragen werden und bilden daher keinen Maßstab für eine Preiskontrolle. Die Verbändevereinbarungen entfalten keine Drittwirkung, da sie speziell an § 6 Abs. 1 EnWG ausgerichtete Regelungen enthalten und auf einem stromwirtschaftlichen Konsens der Verbände beruhen.
 18. Der für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung relevante Markt, auf dem die Fernwärmeversorgungsunternehmen ihre Leistungen anbieten, ist der "Wärmemarkt" im Sinne eines Nutzenergiemarktes. Hierbei ist die Marktabgrenzung aus Kundensicht vorzu-

nehmen, so dass die Fernwärme in einen Substitutionswettbewerb vor allem mit Gas und Heizöl tritt. Fernwärmeversorgungsunternehmen verfügen daher nicht über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Wärmemarkt. Insofern scheidet schon aus diesem Grund die Anwendung des § 315 BGB nach den Kriterien der BGH-Rechtsprechung aus. Diese Markt-
abgrenzung gilt auf Grund ökonomischer Aspekte für Alt- und Neukunden gleichermaßen.

19. Sofern § 315 BGB auf Fernwärmeversorgungsverträge Anwendung findet, ist die Einwendung der Unbilligkeit der Tarife nach Auffassung des BGH nicht nach § 30 AVBFernwärmeV ausgeschlossen. Die Rechtsprechung des BGH steht jedoch im Widerspruch zur Auffassung einiger Instanzgerichte. Der BGH rechtfertigt diese Auffassung damit, dass nach § 315 Abs. 3 BGB die unbillige Gegenleistung von Anfang an nicht geschuldet ist, daher auch nicht fällig werden und eine etwaige Rechnung darüber nicht erstellt werden kann. Dem stehen die Vorfinanzierungslast der Unternehmen für die Energieversorgung und damit die Versorgungssicherheit entgegen, so dass durchaus beachtliche Argumente für die Auffassung der Instanzgerichte bestehen, wonach den Energieverbraucher eine Zahlungspflicht mit der Möglichkeit späterer Rückforderung nach §§ 812 ff. BGB trifft.
20. Insgesamt ist festzustellen, dass eine Preiskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB in der Fernwärmewirtschaft – von Sonderfällen abgesehen – rechtlich nicht möglich ist.

Literaturverzeichnis

Alff, Richard Herbert / Ballhaus, Karl-Josef / Weber, Reinhold, BGB- RGRK, Bd. 2, 1. Teil, §§ 241-413, 1976

Baur, Jürgen F. / Henk-Merten, Katrin, Entgeltfindung unter Kontrahierungszwang, VEnergR Bd. 107, Köln, 2003

Büdenbender, Ulrich, Die Kartellaufsicht über die Energiewirtschaft, VEnergR Bd. 76, Köln, 1995

Büdenbender, Ulrich, Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz, 1. Auflage, Köln, 2003

Büdenbender, Ulrich, Möglichkeiten zur Durchsetzung des Netzzugangs in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, ZIP 1999, 1469

Calliess, Christian / Ruffert, Matthias, Kommentar zum EGV/EUV, 2. Auflage, Neuwied, 2002

Danner, Wolfgang / Theobald, Christian / Obernolte, Wolfgang, Kommentar zum Energierecht, Losebl., München, Stand Oktober 2004

Erman, Walter, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage, Münster, 2004

Dörner, Heinrich, Anfechtung und Vertragsübernahme, NJW 1986, 2916

Held, Joachim, Überhöhte Preise auf dem Wärmemarkt?, NZM 2004, 169

Hempel, Dietmar, Verträge und Inkasso der Versorgungswirtschaft, Handbuch, Loseblatt, Frankfurt a.M., Stand 1997

Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl., München 2001

Kronke, Herbert, Zu Funktion und Dogmatik der Leistungsbestimmung nach § 315 BGB, AcP 1983, 113

Larenz, Karl, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München, 2004

Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin, 1991

Löwer, Wolfgang, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinden und Wirtschaft, 1. Auflage, Köln, 1989

Lukes, Rudolf, § 315 BGB bei dem Energielieferungsvertrag (Elektrizität) zwischen EVU und Tarifabnehmer, BB 1985, 2258

Ossenbühl, Fritz, Energierechtsreform und kommunale Selbstverwaltung, 1. Auflage, Köln, 1998
Palandt, Otto, BGB- Kurzkommentar, 61. Auflage, München, 2002

Recknagel, Henning / Schmidt-Salzer, Joachim / Hermann, Hans Peter, Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen für Elektrizität, Gas, Fernwärme und Wasser, Heidelberg, 1984

Salje, Peter, Die Kalkulation von Netznutzungsentgelten seit dem 01.01.2004, et 2004, 103

Säcker, Franz-Jürgen, Berliner Kommentar zum Energierecht, 1. Auflage, München, 2004

Säcker, Franz Jürgen / Rebmann, Kur / Rixecker, Roland, Münchener Kommentar, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2 a, §§ 241-432, 4. Auflage, München 2003

Schulz-Gardyan, Olaf, Gerichtliche Billigkeitskontrolle von Netznutzungsentgelten nach § 315 Abs. 3 BGB?, RdE 2003, 9

Soergel, Hans Theodor, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Auflage, Stand März 1999, Stuttgart, Berlin, Köln

Stappert, Holger, Zivilrechtliche Überprüfung von Strompreisen und Netznutzungsentgelten, NJW 2003, 3177

Staudinger, Julius von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 14. Auflage, Berlin, 2001

Tegethoff, Wilm / Büdenbender, Ulrich / Klinger, Heinz, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Kommentar, Band 1, Losebl., 19. EL., Stand Juni 2000, Berlin, Essen, München

Ulmer, Peter / Brandner, Hans Erich / Hensen, Horst-Dieter, Kommentar zum AGBG, 9. Auflage, Köln, 2001

Weise, Jochen, Der sachlich relevante Markt für Energieversorgungsunternehmen, FIW-Schriftenreihe Bd. 123, Köln, 1987

Wieser, Eberhard, Prozessrechtskommentar zum BGB, 2. Auflage, Köln, 2002

Witzel, Horst / Topp, Adolf, Allgemeine Versorgungsbedingungen für Fernwärme – Erläuterungen für die Praxis, 2. Auflage, 1997

Wolff, Hans J. / Bachof, Otto / Stober, Rolf, Verwaltungsrecht I, 11. Auflage, München, 2000

Zenke, Ines / Thomale, Hans-Christoph, Die Kalkulation von Netznutzungsentgelten Strom sowie Mess- und Verrechnungspreisen, WuW 1/2005, 28