

Prof. Dr. Peter Derleder\*/Prof. Dr. Peter Rott\*\*, Bremen

## Die rechtlichen Grenzen von Gaspreiserhöhungen

– Von der Monopolkontrolle zur Äquivalenzkontrolle bei den Leistungen der Daseinsvorsorge –

### I. Einleitung

In einer Marktwirtschaft stehen Monopole nicht nur ökonomietheoretisch, sondern auch aufgrund wirtschaftshistorisch gesättigter Erfahrung unter dem Verdacht der Neigung zu überhöhten Preisen. Dementsprechend ist die Liberalisierung der Energiemärkte bestimmt, hier mehr Wettbewerb zu schaffen, mit der Folge, dass sich behördliche und gerichtliche Preiskontrollen erübrigen könnten. Auf dem Erdgas- und Fernwärmemarkt ist diese Entwicklung aber noch eine Zukunftsperspektive, die mit der Umsetzung der europäischen Erdgasbinnenmarktrichtlinie<sup>1</sup> angepeilt werden soll. Hoffnung wird auch auf die Kontrolltätigkeit der „Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen“ gesetzt. Vorerst plagen den Verbraucher, sei er Haus- oder Wohnungseigentümer, Vermieter oder Mieter, aber noch die gravierenden Preissteigerungen der letzten Jahre, die zu Spitzenstellungen der deutschen Gasversorger im internationalen Preisvergleich und teilweise zweistelligen Gewinnsteigerungen geführt haben<sup>2</sup>. Insofern ist es kein Wunder, dass langsam die Toleranz der Abnehmer für die Preiserhöhungen schwindet. Das AG Heilbronn<sup>3</sup> hat eine Art Pilotentscheidung getroffen, in der es den Anbietern mehr Kalkulationsklarheit abverlangt hat. Die Branche kontert vor allem mit dem Argument, es gebe wegen des Wettbewerbs zwischen Erdgas und leichtem Heizöl gar kein Monopol<sup>4</sup>. Die bisherige rechtswissenschaftliche Diskussion ist durchaus facettenreich<sup>5</sup> und bezieht Energiewirtschaftsrecht, Wettbewerbsrecht und Vertragsrecht ein. Die Gefahr, dass ein Berg von Rechtsargumenten wieder nur eine Maus kreißt, ist aber greifbar. Daher soll hier für die bereits laufenden Zivilprozesse die vertragsrechtliche Analyse vertieft werden. Dafür werden zunächst die Rechtsgrundlagen für die verschiedenen Kundenkreise erörtert (dazu II). Im Anschluss daran sind die bisherigen Präjudizien zur Legitimation einer Billigkeitskontrolle zu würdigen (dazu III). Auf dieser Basis sind Kriterien einer Preiskontrolle nach § 315 BGB zu entwickeln (dazu IV), bevor die Durchführung der Preiskontrolle und damit die zivilprozessualen Chancen von Verbrauchern in Zahlungs- und Rückzahlungsprozessen ausgelotet werden können (dazu V). Schließlich sind Anforderungen an die weitere Rechtsentwicklung zu konkretisieren (dazu VI).

### II. Die Rechtsgrundlagen

Für die Gasversorgung gilt das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) vom 24. 4. 1998<sup>6</sup>. Eine für die Versorgung mit Gas bedeutsame Änderung erfuhr es im Mai 2003, als die Richtlinie 98/30/EG umgesetzt wurde<sup>7</sup>. Eine aktuelle Novelle<sup>8</sup> soll, wie erwähnt, die *Erdgasbinnenmarktrichtlinie* 2003/55/EG umsetzen. Ihr Ziel ist die „sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit“ mit Elektrizität und Gas. Ihr Mittel ist die Regulierung der Versorgungsnetze durch Entflechtungen und Zugangssicherung, für die eine Regulie-

rungsbehörde geschaffen wird. Das EnWG enthält aber keine Norm, aus der sich Kriterien für eine Erhöhung von Energiepreisen ergeben würden.

Über Gaslieferungen werden *Kaufverträge* geschlossen. Die Regeln über den Sachkauf werden auf die Lieferung von Gas, Wasser, Strom und Wärme seit jeher zumindest entsprechend angewendet<sup>9</sup>; nach der Schuldrechtsmodernisierung bestimmt § 453 Abs. 1 BGB ausdrücklich, dass auf den Kauf sonstiger Gegenstände die Regeln der §§ 433 ff. entsprechende Anwendung finden. Der Charakter des privatrechtlichen Kaufvertragsverhältnisses wird nicht dadurch berührt, dass die Modalitäten der Lieferung durch AVB öffentlich geregelt sind. Diese AVB, insbesondere auch die *AVBGasV*<sup>10</sup>, sind *Verordnungen*. Sie stellen zwar funktional AGB dar, unterliegen aber als Verordnungen nicht der AGB-Kontrolle nach den §§ 307 ff. BGB<sup>11</sup>. Eine Kontrolle der Verordnungen ist primär nur dahin möglich, ob die Ermächtigungsgrundlage eingehalten worden ist<sup>12</sup>. Die *AVBGasV* gilt aber nur für *Tarifikunden*, d. h. Abnehmer, die zu allgemeinen Tarifen und zu allgemeinen Bedingungen beliefert werden, also in aller Regel die Endverbraucher. Dagegen sind *Sondervertragskunden* nach § 11 II der 5. DVO zum EnWG diejenigen Abnehmer, die zu günstigeren als den allgemeinen Bedingungen und allgemeinen Preisen beliefert werden. Schließlich sind Normsonderkunden Ab-

\*) Professor für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Arbeits- und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen.

\*\*\*) Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Schwerpunkt Europäisches Privatrecht an der Universität Bremen.

1) Richtlinie 2003/55/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABl. EG Nr. L 176 v. 15. 7. 2003, 57.

2) Nachweise bei Held, NZM 2004, 169.

3) Az. 15 C 4394/04 = WM 2005, 449.

4) So zuletzt Kunth/Tüngler, NJW 2005, 1313, 1315; Ehrliche, JZ 2005, 599; Zenke/Thomale, WuW 2005, 28.

5) Siehe außer den in Fn. 4 Genannten insbesondere von Hammerstein, ZNER 2005, 9; Held, NZM 2004, 169; Stappert, NJW 2003, 3177; Schulz-Gardyan, RdE 2003, 9; Held, VuR 2003, 296; Säcker/Boesche, ZNER 2002, 183; Baur/Henk/Merten, Entgeltfindung unter Kontrahierungszwang (2003); Büdenbender, EnWG (2003), § 5 RdNr. 75; Theobald/Zenke, in: Schneider/Theobald, Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft (2003), § 17 RdNr. 110 ff.; von Hammerstein/Hertel, ZNER 2002, 193; Holtorf/Horstmann, RdE 2002, 264; Blümmel, GE 2001, 308; Kühne, RdE 2000, 1; Büdenbender, RdE 2001, 149 und ZIP 2000, 2225; Hempel, in: Ludwig/Odenthal/Hempel/Franke, Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, § 4 AVBEltV RdNr. 4; Tegethoff/Büdenbender/Klinger, Das Recht der Energieversorgung; s. auch schon J. F. Baur, Vertragliche Anpassungsregelungen (1983); Lukes, BB 1985, 2258; Harms, DB 1983, 322.

6) BGBl. 1989 I, 730.

7) BGBl. 2003 I, 686.

8) Siehe den Gesetzentwurf BR-Drs. 248/05.

9) Siehe nur BGHZ 59, 303.

10) Verordnung über Allgemeine Versorgungsbedingungen für die Versorgung mit Gas (AVBGasV) vom 21. 6. 1979, BGBl. I, 676.

11) Zur Kritik am Fehlen der Inhaltskontrolle siehe nur Rott/Butters, VuR 1999, 75.

12) Siehe nur BGHZ 100, 1, 8.

nehmer, die einen niedrigeren als den allgemeinen Tarif mit entsprechender Anwendung der AVB vereinbaren, insbesondere kleinere Gewerbebetriebe. Gegenüber Sonderabnehmern gelten die AVB also nur kraft Einbeziehung, unterliegen dann aber der Inhaltskontrolle. Um Sonderabnehmer nicht besser zu stellen als Tarifabnehmer, bestimmt § 310 Abs. 2 BGB, dass die Versorgungsbedingungen auch bei vertraglicher Einbeziehung von der Geltung der §§ 308 und 309 BGB freigestellt werden<sup>13</sup>, was aber mit Rücksicht darauf praktisch keine Bedeutung hat, dass Sonderabnehmer ohnehin fast ausnahmslos Unternehmer sind, für die die §§ 308 und 309 BGB ohnehin nicht gelten. Die Freistellung gilt aber nur, soweit die vertraglichen Bedingungen nicht zum Nachteil des Abnehmers von den AVB abweichen. Im übrigen kann den Sonderabnehmern die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB zugute kommen, während die Tarifkunden darauf verzichten müssen. Dieses Privileg der Versorgungsunternehmen entbehrt zwar der rechtspolitischen und womöglich auch der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, ist aber für die bisherigen Preiserhöhungen der Versorgungsunternehmen zugrunde zu legen.

Maßgeblich ist also insbesondere § 4 Abs. 2 AVBGasV, der ein unmittelbares *Leistungsbestimmungsrecht des Gasversorgers* vorsieht. Nach dieser Vorschrift kann dieser die Tarife allein durch öffentliche Bekanntgabe für die Zukunft ändern<sup>14</sup>. In der Praxis erfolgt die öffentliche Bekanntgabe meist mit neuem Preisblatt zur Jahresendabrechnung<sup>15</sup>. Im Hinblick darauf, dass es sich insoweit um eine öffentlichrechtliche Preisänderungsberechtigung handelt, ist eine unmittelbare Anwendung des § 315 BGB ausgeschlossen. Mit Rücksicht auf die Monopolstellung der Versorgungsunternehmen hat die Rechtsprechung jedoch seit langem eine analoge Anwendung des § 315 BGB für Entgeltänderungen bei Versorgungsleistungen verwirklicht, die jedoch mit der Liberalisierung der Versorgungsmärkte auf dem Prüfstand steht.

Eine Preiskontrolle kann sich auch aus der *Missbrauchsaufsicht des § 19 GWB* gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen ergeben. Theoretischer Maßstab hierfür ist der Als-ob-Wettbewerbspreis<sup>16</sup>, dessen Festlegung in der Praxis allerdings ganz erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Traditionell sind die Kartellbehörden, insbesondere das Bundeskartellamt, dementsprechend sehr zurückhaltend bei der Wahrnehmung der Missbrauchsaufsicht durch Untersagungsverfügungen gegenüber Preiserhöhungen<sup>17</sup>. Dies beruht darauf, dass Preisgrenzen im Hinblick auf die möglichen ständigen Marktveränderungen prekär sind, gern auch bei einer Vermachtung der Anbieterseite von allen Beteiligten ausgeschöpft werden und in ihren Wirkungen im Hinblick auf die Interdependenz von Märkten schwer überschaubar sind. Die Missbrauchsaufsicht gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen verfolgt zudem den Zweck der Optimierung des Wettbewerbs oder jedenfalls die Förderung wettbewerblicher Ansätze, während eine am Vertragsrecht orientierte Kontrolle sich am Äquivalenzverhältnis zwischen den Vertragsparteien bei der Bestimmung der Grenzen einer Anpassung in laufenden Dauerschuldverhältnissen ausrichten muss. Demgemäß besteht in der Literatur ganz überwiegend Konsens darüber, dass die kartellrechtliche und die zivilrechtliche Preiskontrolle voneinander unabhängig sind und sich nicht ausschließen.<sup>18</sup> Auch der BGH hat mit Urteil vom 5. 2. 2003<sup>19</sup> bestätigt, dass die Grenzen des allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchsverbots nicht mit den Grenzen der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB zusammenfallen.<sup>20</sup> Die wettbewerbsrechtliche Missbrauchsaufsicht kann somit nicht gegen die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB ausgespielt werden.

### III. Die Legitimation der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB

Seit Jahrzehnten besteht in Rechtsprechung und Literatur grundsätzlich Konsens darüber, dass Tarife für die *Leistungen der Daseinsvorsorge*, auf deren Inanspruchnahme der an-

dere Teil angewiesen ist, einer Kontrolle nach § 315 BGB unterworfen sind. Das hat der BGH bereits in einer Grundsatzentscheidung vom 19. 12. 1978<sup>21</sup> ganz allgemein ausgesprochen. Er hat dabei nicht auf eine Monopol- oder Oligopol-situation abgestellt. Diese Rechtsprechung ist für Stromtarife<sup>22</sup>, Abwasserentgelte<sup>23</sup> und Flughafentarife<sup>24</sup> uneingeschränkt fortgeführt worden. Mit der Gasversorgung hat sich speziell das BGH-Urteil vom 4. 12. 1986<sup>25</sup> befasst. Dort ging es um die Berechnung von Baukostenzuschüssen und Hausanschlusskosten durch ein städtisches Versorgungsunternehmen mit Monopolstellung. Dieses hatte relativ hohe Pauschalbeträge<sup>26</sup> in Rechnung gestellt. Für die Höhe berief sich das städtische Versorgungsunternehmen auf ergänzende Bestimmungen, die die Stadtverordnetenversammlung für städtische Eigenbetriebe beschlossen hatte. Diesen Bestimmungen erkannte der BGH keinen Ordnungscharakter zu. Eine AGB-Kontrolle schloss er aus, da es um die reine Preisgestaltung gehe. Ein Unternehmer, der den Preis seiner Leistung einseitig vorschreibt, ist nach dieser Entscheidung aber einer Kontrolle auf dem Wege der entsprechenden Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB jedenfalls dann unterworfen, wenn er in seinem Leistungsbereich eine rechtliche oder tatsächliche Monopolstellung besitzt, so dass der andere Teil, wenn er die Leistung erwerben will, mit ihm kontrahieren muss, auch wenn er mit dem vorgeschriebenen Preis oder Tarif nicht einverstanden ist. Damit stellte der BGH hier – wenn auch nicht abschließend – auf eine Monopolstellung ab, bezog aber auch eine tatsächliche Monopolstellung ein.

Ferner erklärte er, die Pauschalen seien nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entsprächen. Zur Nachprüfung könne nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB das Gericht angerufen werden. Das Versorgungsunternehmen könne schließlich nicht irgend einen Betrag festsetzen. Auch der Beschluss der Stadtverordnetenversammlung verbürge noch nicht die Billigkeit, da diese kein objektiver Dritter sei. An die Feststellungen zur Billigkeit der Pauschalen seien allerdings keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Das Versorgungsunternehmen müsse hinsichtlich des Baukostenzuschusses darlegen, warum nach einer bereits erbrachten Zahlung für das betroffene Baulücken Grundstück nach dessen Teilung noch einmal eine Pauschale für die Anschlussbaukosten bezahlt werden müsse. Die Billigkeitsprüfung erfordere es nach dem mit der Bildung einer Pauschale verfolgten Zweck nicht, die Summe weiter aufzuschlüsseln und zu erläutern.

13) Siehe nur Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl., § 310 Rdnr. 6.

14) Siehe dazu etwa LG Hannover, RdE 1984, 106.

15) Siehe dazu Held, VuR 2003, 296, 299.

16) Siehe dazu nur BGHZ 68, 23.

17) Die bisherige Tätigkeit des BKartA, das auch wegen der Gaspreiserhöhungen eingeschaltet wurde, hat bislang dementsprechend zu keinem Erfolg der Verbraucherseite geführt, obwohl die ständige Anhebung von Gaspreisen wegen der Erhöhung der Ölpreise ein klares Indiz für den Missbrauch einer Machtstellung ist.

18) Siehe nur Braband, Strompreise zwischen Privatautonomie und staatlicher Kontrolle (2003), S. 169 ff. m.w.N.

19) BGHZ 154, 5, 10 = NJW 2003, 1449, 1450.

20) Von Ehrlicke, JZ 2005, 599, 602 u. a. (s. dort auch die weiteren Nachweise) wird demgegenüber die Auffassung vertreten, die bisherige BGH-Rechtsprechung stehe der Annahme nicht entgegen, dass die §§ 19 Abs. 4 und 20 GWB *leges speciales* gegenüber § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB seien. Dies steht jedoch mit den unterschiedlichen Zielsetzungen von Wettbewerbs- und Vertragsrecht ebenso wenig im Einklang wie mit BGHZ 154, 5, 10.

21) BGHZ 73, 114, 116, im konkreten Fall in Bezug auf die Tarife von Krankenhausträgern.

22) BGH, NJW-RR 1992, 183; BGH, NJW-RR 1993, 449.

23) BGH, NJW 1992, 172.

24) BGH, NJW-RR 1997, 1019.

25) BGH, NJW 1987, 1828.

26) Für den Baukostenzuschuss auf der Basis des § 9 Abs. 4 AVBGasV, für die Hausanschlusskosten nach § 10 Abs. 5 Satz 2 AVBGasV.

In der Vergangenheit waren allerdings die *Stromtarife* in stärkerem Maße als die *Gastarife* Gegenstand der Diskussion. Auch hierfür hat der BGH<sup>27</sup> die Rechtsgrundsätze zur Anwendung des § 315 BGB zugrunde gelegt. Insoweit ist die Liberalisierung des Strommarktes zu beachten, die zeitweilig zu einer Effektivierung des Wettbewerbs und spürbarer Preiskonkurrenz geführt hat. Als Wettbewerbsbarriere hat sich dann aber vor allem die Netznutzung erwiesen. Die Auseinandersetzungen zwischen den Netzbetreibern und den Strom- und Gaslieferanten über die Höhe der Netznutzungsentgelte seit 1998<sup>28</sup> sind ein wichtiger Faktor dafür gewesen, dass sich der ursprüngliche Liberalisierungseffekt verflüchtigt hat und eine behördliche Kontrolle des Netzzugangs und der Netzentgelte notwendig geworden ist. Dessenungeachtet hat der BGH in seinem Urteil vom 5. 2. 2003<sup>29</sup> die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB fortgeführt. Auf die Öffnung des Strommarkts ist er hier insofern eingegangen, als er es dem Endverbraucher versagt hat, die Unbilligkeit von Strompreisen durch den bloßen Verweis auf günstigere Preise anderer Stromanbieter darzutun.

Dennoch steht die Billigkeitskontrolle der Strompreise seit der Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts im April 1998<sup>30</sup> zur Debatte. Bis dahin bestand eine rechtliche und faktische Monopolstellung in den Versorgungsgebieten, die durch vom Kartellverbot freigestellte Gebietsabgrenzungsverträge gebildet waren. Die Aufhebung der Sonderregeln der §§ 103 und 103a GWB a. F. und die Regelung des Netzzugangs in § 6 EnWG ermöglichten den Marktauftritt neuer Anbieter, die sich seit 1999 einen zunehmenden Marktanteil für Verträge mit Privathaushalten sicherten. Im Lichte dieser Entwicklung erscheint es nicht mehr gerechtfertigt, wie in der Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahre 1978 auf die Zuordnung einer Leistung zur öffentlich-rechtlich organisierten Daseinsvorsorge abzustellen, während das zugleich postulierte Angewiesenheitskriterium weiterhin Geltung beanspruchen kann. In jedem Fall ist eine Billigkeitskontrolle auch weiterhin nicht nur bei einer rechtlichen, sondern auch bei einer faktischen Monopolstellung gerechtfertigt, so dass es nicht allein auf den Wegfall von Gebietsabgrenzungen und rechtlichen Privilegien, insbesondere etwa im Kartellrecht, ankommen kann.

Darüber hinaus ist aber zu fragen, ob ganz unabhängig von einer Monopolstellung eine *überlegene Marktmacht* eines Vertragspartners bereits die Billigkeitskontrolle rechtfertigt, wie sie sich etwa in der Vergangenheit aus der Dominanz der Versorgungsunternehmen hinsichtlich des Netzzugangs und der Entgelte dafür ergeben kann. Selbst wenn andere Anbieter vorhanden sind, ist eine derartige überlegene Marktmacht eines Versorgungsunternehmens zu konstatieren, sofern die Preise der Konkurrenten maßgeblich durch Entgelte des marktmächtigen Unternehmens determiniert werden. In diesem Sinne ist das bisherige zivilrichterliche Konzept der Anknüpfung an die Daseinsvorsorge, die Angewiesenheit der Kunden und eine tatsächliche Monopolstellung des Anbieters im Hinblick die gewandelten wirtschaftlichen Verhältnisse zu verfeinern. Einer Billigkeitskontrolle bedarf es stets, wenn einseitige Preiserhöhungen eines Anbieters zur Debatte stehen, der auch die Preise seiner Konkurrenten zur determinieren vermag. Insofern ist dem BGH zuzustimmen, als er die Billigkeitskontrolle der Stromtarife auch in der Liberalisierungsphase weitergeführt hat. Soweit in der Literatur wegen der veränderten energiewirtschaftlichen Rechtsgrundlagen das Ende der Billigkeitskontrolle der Strompreise gefordert wird<sup>31</sup>, fehlt es an einer genaueren Analyse der Vermachtungsverhältnisse.

Anders ist die Struktur im Gasversorgungsmarkt. Hier fallen ungeachtet der Liberalisierung alternative Anbieter nicht ins Gewicht. Auch die Monopolkommission hat Wettbewerb der Gasversorger bei der Prüfung der Fusion Eon-Ruhr gas verneint.<sup>32</sup> Es gibt jedoch einen Substitutionswettbewerb zu an-

deren Energieträgern, vor allem zu (leichtem und schwerem) Heizöl, Flüssiggas, Strom, Kohle und Fernwärme<sup>33</sup>. Wem die Gaspreise für seine Heizung zu hoch sind, der kann auf Ölheizung umsteigen, lautet die Argumentation, die zu analysieren ist. Rechtlich stellt sich hier die Frage, ob der Substitutionswettbewerb bei der Bestimmung einer zur Billigkeitskontrolle führenden Machtstellung zu berücksichtigen ist.

Für Waren- und Dienstleistungen, auf die der Nachfrager nicht angewiesen ist, bedarf es – von den Grenzen des § 138 BGB abgesehen – in einer marktwirtschaftlichen Ordnung keiner Preiskontrolle. Insofern ist das Kriterium der Angewiesenheitslage, wie es der Grundsatzentscheidung des BGH von 1978 entspricht, nach wie vor der Ausgangspunkt einer Legitimation von Billigkeitskontrolle. Im Zuge der *Liberalisierung von Versorgungsleistungen* kann es jedoch dazu kommen, dass der Abnehmer zwar auf eine Versorgungsleistung angewiesen ist, im Hinblick auf eine Mehrzahl oder Vielzahl von Anbietern jedoch nicht auf die Leistung eines bestimmten von ihnen. Dies gilt auch im Falle einer *Substitutionskonkurrenz*, wenn der Nachfrager auf ein anderes Versorgungsgut ausweichen kann. Die Marktentwicklung wird zwar vielfach dahin gehen, dass anstelle der Monopolmacht von Versorgungsunternehmen aufgrund Gebietsabgrenzungsverträgen und kartellrechtlicher Privilegien erst einmal eine Oligopolstruktur entsteht, die ebenfalls mit einer erheblichen Marktmacht der Anbieter gegenüber den Nachfragern verbunden ist. Eine derartige Oligopolstruktur ist jedoch auch außerhalb der Versorgungsmärkte weit verbreitet. Für die vertragsrechtliche Kontrolle im Zweipersonenverhältnis muss es deswegen auch bei einer Oligopolstruktur der Anbieterseite entscheidend sein, ob der Abnehmer gerade auf die Leistung desjenigen Versorgungsunternehmens angewiesen ist, dessen Tarife er auf ihre Billigkeit untersuchen lassen will. Insoweit sind die Rechtsgrundsätze der Judikatur zur Billigkeitskontrolle der Entgelte der Träger von Versorgungsleistungen, auf die die Abnehmer angewiesen sind, dahin anzupassen, dass eine Kontrolle der Tarife nur insoweit in Betracht kommt, als der Abnehmer gerade auf den Abschluss mit einem bestimmten Versorgungsträger angewiesen ist.

Eine derartige Angewiesenheitslage kann sich aber nicht nur aus einer faktischen Monopolstellung ergeben, sondern auch aus hohen (prohibitiven) *Transaktionskosten* eines Übergangs zu einem anderen Anbieter. Haben sich Privathaushalte auf eine Gasheizung eingerichtet und für die Versorgung mit Gas ein Dauerschuldverhältnis begründet, dann sind sie damit nicht ohne Rücksicht auf die Transaktionskosten des Übergangs zu einer Ölheizung beliebigen Preiserhöhungen der Lieferanten bis zur Sittenwidrigkeitsgrenze ausgesetzt. Selbst in Branchen mit starkem Wettbewerb unterliegt das im Hinblick auf die vielfältigen Marktveränderungen sachlich gerechtfertigte einseitige Preisänderungsrecht des Anbieters im Dauerschuldverhältnis der Billigkeitskontrolle des § 315 BGB, wie dies insbesondere anhand der Kreditangebote der Banken zu belegen ist<sup>34</sup>. Daran gemessen ist auf dem Markt der Gasversorgung die Vermachtung auf der Anbieterseite ungleich stärker ausgeprägt, und auch die Transaktionskosten des Wechsels zu dem Anbieter eines anderen Versorgungsguts fallen regelmäßig beträchtlich ins Gewicht. Die Kosten eines Haushalts mit Gasheizung, der auf Ölheizung übergehen will,

27) BGH, NJW-RR 1992, 1214.

28) Siehe dazu von Hammerstein, ZNER 2005, 9 m. w. N.

29) BGH, NJW 2003, 1449.

30) BGBl. 1998 I, 730.

31) So etwa Stappert, NJW 2003, 3177.

32) Sondergutachten 34 der Monopolkommission, S. 56 ff.

33) Siehe dazu insbesondere Kunth/Tüngler, NJW 2005, 1313, 1314.

34) Siehe nur BGHZ 97, 212 und die daran anknüpfende Diskussion über die Ausgestaltung von Zinsänderungsklauseln im Anschluss an BGH, WPM 1999, 2545, 2547.

schließen die Beschaffung eines Tanks (womöglich mit adäquatem Raum), einer modernen Anlage und der Anpassung des Schornsteins ein und können sich leicht auf 5000 bis 8000 € belaufen.<sup>35</sup> Der Gasanbieter kann daher von seinem Preisänderungsrecht im laufenden Bezugsverhältnis nicht völlig frei Gebrauch machen und darauf setzen, dass der Abnehmer wegen der hohen Transaktionskosten nicht zu einem Substitutionskonkurrenten, d. h. etwa zur Ölheizung übergehen wird. Die Transaktionskosten werden jedenfalls in kurz- und mittelfristiger Sicht im Hinblick auf die notwendigen Einrichtungen des Abnehmers unverhältnismäßig sein. Insoweit fällt auch die zunehmende örtliche Fluktuation der Haushalte in Deutschland ins Gewicht. Mit Rücksicht auf die beträchtlichen Transaktionskosten muss sich die Billigkeitskontrolle daher am bisherigen Äquivalenzverhältnis der Parteien ausrichten, das nicht durch ein einseitiges Preisänderungsrecht verschoben werden darf. Daher kann es für die Billigkeitskontrolle nicht darauf ankommen, dass die AVBGasV in der Tradition der Versorgungsmonopole noch immer öffentlichrechtlich ausgestaltet ist. Vielmehr bedarf es deswegen einer analogen Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB auf das Preisänderungsrecht des Versorgungsträgers nach § 4 Abs. 2 AVBGasV.<sup>36</sup> Letztlich ist es eine notwendige Konsequenz der Liberalisierung der Versorgungsmärkte, dass auch eine Billigkeitskontrolle für Preisänderungen in gleicher Weise durchgeführt wird, wie sie bei rein privatrechtlichen Lieferbeziehungen angesagt ist. Insofern ist das Beharren auf dem öffentlichrechtlichen Charakter der AVBGasV als eine letzte Zuckung des alten Monopolsystems anzusehen.

#### IV. Die Maßstäbe der Billigkeitskontrolle

Ungeklärt ist jedoch der Maßstab der Billigkeitskontrolle. Sie soll den Mißbrauch von Marktmacht, struktureller Überlegenheit und privatautonomer Gestaltungsmacht des Anbieters verhindern. In Betracht kommen hier nur objektive Kriterien<sup>37</sup>. In der Literatur besteht Konsens darüber, dass die jeweilige Leistungsbestimmung im konkreten Fall angemessen, sachlich begründet und persönlich zumutbar sein muss<sup>38</sup>. Was daraus jedoch für Preisänderungen bei Gaslieferungen abzuleiten ist, ist sehr streitig.

Aus der Sicht der einen Seite<sup>39</sup> sollen die Ziele des Energierechts im Rahmen der zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle zu beachten sein, d. h. vor allem der Grundsatz, dass die Energieversorgung so preisgünstig wie möglich zu gestalten sei, also sowohl auf der *Basis der Kosteneffizienz wie der Gewinnbegrenzung*. Daraus ergebe sich, dass die Entgelte gerade noch den Anreizen für die Finanzierung genügen müssten, für ein Versorgungsunternehmen also nur eine Verzinsung des investierten Kapitals auf mittlerem Niveau gestattet sei. Für die Preiskalkulation seien vor allem die Kosten der Erzeugung oder Beschaffung und der Verteilung maßgeblich. Das Versorgungsunternehmen habe darzulegen und zu beweisen, welche allgemeinen und besonderen Kosten durch die Preise abzudecken seien und welchen Gewinn es unter Einbeziehung der Bildung von Rücklagen, der Finanzierung von Investitionen und zur Verzinsung des aufgenommenen Kapitals erzielen wolle. Kostenmaßstab sei ferner die Umweltverträglichkeit der Versorgung. In jedem Fall sei eine Preisbestimmung unbillig, wenn das verlangte Entgelt nicht mehr im Rahmen des Marktüblichen liege.

Auch die Gegenauffassung<sup>40</sup> knüpft an den Grundsatz der preisgünstigen Versorgung nach § 1 EnWG an. Hieraus lasse sich allerdings ein zwingendes auf Kostenstrukturen basierendes Sonderrecht für die Energiewirtschaft nicht ableiten. Eine *Rechtspflicht zur Offenlegung der Kostenkalkulation* des Versorgers bedürfe aber einer normativen Grundlage, wie sie etwa für die Stromwirtschaft durch § 12 Abs. 2 der Bundestarifordnung Elektrizität (BTOEl) bestanden habe, die einen an der Kosten- und Erlöslage des jeweiligen Unternehmens orientierten Preisbildungsmechanismus dem Genehmigungs-

verfahren zugrunde gelegt habe. Bei der Gaswirtschaft sei der Gesetzgeber aber stets davon ausgegangen, dass es mit der nach den Grundsätzen des Wettbewerbs ausgerichteten sozialen Marktwirtschaft unvereinbar sei, trotz wirksamen Substitutionswettbewerbs eine staatliche Aufsicht für Gaspreise zu installieren. Der Gaspreis sei deswegen nie ein Kosten-, sondern stets ein Wettbewerbspreis gewesen. Der Nachweis der Billigkeit des Gaspreises sei daher nur mittels einer Marktübersicht bzw. durch einen Preisvergleich mit den Konkurrenzenergien zu führen. Der Gasversorger könne nicht verpflichtet werden, seine Kostenkalkulation oder gar seine Gesamtpreiskalkulation offenzulegen. Die Darlegungslast des Versorgungsunternehmens beschränke sich darauf, dass eine Bezugskostensteigerung eine Preisanpassung rechtfertige. Da die Tarifpreise auch länger gälten als die Preise auf der Beschaffungsseite, enthalte die Anpassung der Tarifkundenpreise Prognoseelemente aufgrund ihrer betriebswirtschaftlichen Vertretbarkeit.

Das AG Heilbronn<sup>41</sup> hat in seiner Entscheidung vom 15. 4. 2005 den Versorgungsunternehmen bei der Preiskalkulation einen *unternehmerischen Spielraum* zugebilligt, aber doch eine Offenlegung der Kosten- und Gewinnkalkulation gefordert, um zu klären, inwiefern der geforderte Gaspreis zur Deckung der Kosten der Gaslieferung und zur Erzielung eines im vertretbaren Rahmen liegenden Gewinnes dient. Damit sei auch keine Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen verbunden, jedenfalls sei dies nicht dargelegt. Der bloße Nachweis von Bezugskostensteigerungen reiche nicht aus.

Auch in der Rechtsprechung des BGH sind die Kriterien für eine Billigkeitskontrolle von Gaspreisänderungen bisher nicht ausdifferenziert worden. In der Entscheidung vom 2. 10. 1991 zu den Stromtarifen<sup>42</sup> hat der BGH zwar mehr auf die Marktüblichkeit der Tarife abgestellt, aber auch eine umfassende Würdigung des Vertragszwecks und der Interessenlage beider Parteien gefordert sowie den energiewirtschaftlichen Grundsatz herangezogen, dass die Energieversorgung unter Berücksichtigung der Sicherheit und der Umweltfreundlichkeit so preisgünstig wie möglich zu gestalten ist, auch wenn dem Energieversorger ein Gewinn zur Bildung von Rücklagen, zur Finanzierung von Investitionen und zur Verzinsung der Einlagen von Gesellschaftern zuzubilligen sei. In seiner Entscheidung vom 5. 2. 2003 hat der BGH diese Linie für die Stromentgelte fortgeführt und dem Versorgungsunternehmen zugute gehalten, dass es alle *Genehmigungsunterlagen mit Kostenträgerrechnungen* vorgelegt und seine Preiskalkulation erläutert hatte. Der BGH hat es hier offengelassen, ob die erteilte Tarifgenehmigung ein gewichtiges Indiz für die Billigkeit des genehmigten Stromtarifs darstellt, dem Stromabnehmer aber in dieser Situation eine weitergehende Substan-

35) Die bisherigen Monopolunternehmen können zudem leicht auch ihren Datenbestand über die Haushalte ausnutzen und langfristige Serviceverträge anbieten, mit denen sie in der Praxis andere Serviceanbieter verdrängen können.

36) Ehrlicke, JZ 2005, 599, 601 sieht den Grund für die Analogie darin, dass das einseitige Leistungsbestimmungsrecht des Versorgers schon vor Vertragsabschluss als Teil des Angebots feststehe und vom Abnehmer angenommen werde, so dass § 315 BGB nicht unmittelbar anwendbar sei. Diese Norm ist jedoch zweifelsfrei bei allen Verträgen unmittelbar anwendbar, wo sich ein Vertragsteil bei Vertragsschluss die einseitige Änderung seines Entgeltanspruchs vorbehält. Die Analogie ist deswegen lediglich dem Verordnungscharakter des § 4 Abs. 2 AVB für die Vertragsverhältnisse der Tarifkunden geschuldet.

37) Braband a. a. O. S. 192.

38) Siehe nur Soergel/Wolf, BGB, 12. Aufl. (1990), § 315 RdNr. 40; Staudinger/Rieble, 13. Bearb. (2001), § 315 RdNr. 113; MünchKomm/Gottwald, § 315 RdNr. 30.

39) Siehe dazu insbesondere Held, NZM 2004, 169 m. w. N.

40) Siehe dazu nur Kunth/Tüngler, NJW 2005, 1313; s. auch Ehrlicke, JZ 2005, 599.

41) Siehe oben Fn. 3.

42) BGH, NJW-RR 1992, 183.

tierungsbelastung auferlegt<sup>43</sup>. In seiner Entscheidung vom 30. 4. 2003<sup>44</sup> zu der Billigkeitskontrolle der Entgelte der Wasserversorgung, denen ebenfalls genehmigte Tarife zugrunde lagen, hat der BGH die gleichen Kriterien verwendet. Für die Gasversorgung steht eine entsprechende Entscheidung aus.

Für die Präzisierung der Billigkeitskontrolle bedarf es zunächst einer grundsätzlichen theoretischen Fundierung. Wo im Bereich der Versorgungsleistungen, auf die die Abnehmer angewiesen sind, ein rechtliches oder faktisches Monopol besteht, sind die Klärung der Kostenstruktur aufgrund einer nachvollziehbaren Preiskalkulation und eine Gewinnbegrenzung unabweisbar. Das entspricht auch dem Konzept des Bundeskartellamts bei der Überprüfung der Netznutzungsentgelte<sup>45</sup>. Dies muss auch dann gelten, wenn es sich nicht streng um Monopole, sondern um Unternehmen mit überragender Marktmacht handelt, so etwa, wenn sie über Netznutzungsentgelte die Preise ihrer Konkurrenten determinieren können. Soweit sich jedoch darüber hinaus über andere Anbieter Wettbewerb entfaltet, kann den Anbietern nicht mehr zugemutet werden, als *gläserne Unternehmen* mit ihrer Preiskalkulation volle Transparenz zu schaffen. Auch wenn es nicht um Geschäftsgeheimnisse gehen sollte, widerspricht es doch den Prinzipien einer sozialen Marktwirtschaft, wenn jeder Konkurrent die maßgeblichen Kalkulationsdaten eines Anbieters aus dessen Prozessunterlagen und den darauf bezogenen Urteilen entnehmen könnte. Damit gerät die Billigkeitskontrolle in das Dilemma, dass sie grundsätzlich auf Marktdaten zurückgreifen muss und nicht die internen Kalkulationsgrundlagen der einzelnen Anbieter heranziehen kann. Die Anforderungen an die Darlegung der Billigkeit sind dann notwendigerweise erheblich geringer.<sup>46</sup>

Aber auch wenn ein Anbieter sich nicht als gläsernes Unternehmen gerieren und seine Kalkulationsgrundlagen offenlegen muss, können der gerichtlichen Billigkeitskontrolle zur Begrenzung der privatautonomen Gestaltungsmacht bei Preisänderungen nicht die Grundlagen entzogen sein. Zu bestimmen ist zunächst die Schwelle, an der die Kontrolle einsetzt. Danach sind die Parameter zu bestimmen, die für eine Grenzziehung heranzuziehen sind. Schließlich ist auch die Grenze zu kennzeichnen, jenseits deren ein Missbrauch privatautonomer Gestaltungsmacht anzunehmen ist. Von der Entwicklung eines solchen methodischen Konzepts sind Rechtsprechung und Literatur allerdings noch ein Stück weit entfernt. Deswegen kann es hier auch nur darum gehen, den Rahmen hierfür abzustecken.

Am einfachsten ist dabei die Konkretisierung der *Prüfungsschwelle*. Die Versorgungskosten der Privathaushalte stellen einen gewichtigen Teil der allgemeinen Lebenshaltung dar, deren Kosten aufgrund der präzisen und ständig aktualisierten Indices der bundesamtlichen Statistik greifbar sind. Damit lässt sich auch die Indexsteigerung zwischen dem Zeitpunkt der letzten und dem der jetzt zu beurteilenden Entgelt-erhöhung bestimmen. Es ist dann ohne weiteres gerechtfertigt, bei einer diese Indexerhöhung übertreffenden Entgelt-erhöhung die richterliche Billigkeitskontrolle einsetzen zu lassen. Eine Preiserhöhung kann aber grundsätzlich nur dann berechtigt sein, wenn die Bezugskosten in nicht unerheblicher Weise gestiegen sind. Hier ist der Vergleich mit den Zinsänderungen der Kreditinstitute in laufenden Kreditverhältnissen fruchtbar. Hier ist man sich seit langem<sup>47</sup> darüber einig, dass eine Zinserhöhung ohne Erhöhung der allgemeinen Refinanzierungskosten nicht in Betracht kommt. In ähnlicher Weise wie die Refinanzierungskosten der Kreditinstitute sind die Bezugskosten der Gaslieferanten der dominierende Faktor für die Preisgestaltung. Der Gaspreis muss allerdings auch noch die Unterhaltung der Versorgungseinrichtungen und den organisatorischen Aufwand abdecken, der erheblicher ist als bei den Kreditinstituten und dort auch durch Sonderentgelte teilweise separat abgedeckt wird. Trotz dieser Unterschiede er-

scheint es sachgerecht, grundsätzlich eine *Preiserhöhung* nur bei einer *Bezugskostenerhöhung* zuzulassen. Daneben kann es den Gasversorgungsunternehmen aber gestattet werden, eine Preiserhöhung auch auf *Sonderinvestitionen* hinsichtlich der Versorgungseinrichtungen zu stützen, wobei diese dann aber mit einer speziellen Kalkulation fundiert werden müssen. Da derartige Sonderinvestitionen weder ständig noch alle Jahre wieder anfallen, erscheint es sachgerecht, dass regelmäßig nur eine Bezugskostenerhöhung eine Preiserhöhung auszulösen vermag.

Allerdings muss es sich auch um eine *marktspezifische Bezugskostenerhöhung* handeln. Daran fehlt es, wenn die Gas-einkaufspreise eines Versorgungsunternehmens an den Ölpreisindex angekoppelt sind, wie dies bislang praktiziert worden ist.<sup>48</sup> Eine solche Verkopplung ist ein deutliches Signal dafür, dass es an einer Substitutionskonkurrenz zwischen Erdgas und Heizöl fehlt. Im Gegenteil ist sie Ausdruck einer überlegenen Marktmacht, mit der darauf gesetzt wird, an den überproportionalen Preissteigerungen der Ölanbieter aufgrund ihres weltweiten Kartells und der drohenden Erschöpfung ihrer Ressourcen zu partizipieren. Nur wenn die Preise des Erdgases von den Ölpreisen gelöst werden, kann überhaupt von einem Wettbewerbspreis die Rede sein.<sup>49</sup> Demgemäß muss ein Anbieter, der die Erhöhung seiner Gasbezugskosten wegen entsprechender Preisverkopplung der Sache nach auf Ölpreissteigerungen stützt, sich wie ein Monopolist behandeln lassen und seine Kalkulationsgrundlagen offenlegen.

Das *Maß der Preiserhöhung* kann sich allerdings nicht einfach nach dem Maß der Bezugskostenerhöhung richten. Aber auch wenn die individuellen Bezugskosten des Versorgungsunternehmens und damit dessen Verhandlungsgeschick nicht offenzulegen sind, lässt sich doch eine auf sie bezogene Faustregel entwickeln. Würde die *Relation* zwischen dem bisherigen *Gaslieferungspreis* und den durchschnittlichen *Gasbezugskosten* der Versorgungsunternehmen zum Zeitpunkt der letzten Preiserhöhung nunmehr mit der neuen Preiserhöhung, gemessen an den aktuellen durchschnittlichen Bezugskosten, deutlich zugunsten des Versorgungsunternehmens verschoben werden, dann muss die Billigkeitskontrolle entsprechend § 315 BGB eingreifen. Der Anbieter muss dann seine Kalkulationsgrundlagen offenlegen, um zu begründen, dass seine neue Preiskalkulation mit Rücksicht auf die sonstigen Kostenfaktoren das Äquivalenzverhältnis nicht sprengt. Tut er dies nicht, so ist eine Preisbegrenzung nach der bisherigen Relation zwischen den Tarifen des Gasversorgungsunternehmens und den bisherigen durchschnittlichen Bezugskosten erforderlich. Bei den mittels der Branchenstatistik und notfalls mittels Sachverständigen zu ermittelnden durchschnittlichen Be-

43) BGHZ 154, 5. Im konkreten Fall ging es um die Tarife eines Berliner Elektrizitätsversorgungsunternehmens und die Lieferungen der Jahre bis 1999. Insoweit habe, meinte der BGH, der klagende Stromnachfrager mit dem Hinweis auf günstigere Preise anderer Stromanbieter seit Öffnung des Strommarkts seiner Darlegungslast nicht genügt. Mit Rücksicht auf die besondere Situation Berlins nach der Wiedervereinigung Deutschlands, als die Stromversorgung in Berlin an das europäische Verbundnetz angebunden und das Ostberliner Netz integriert werden musste, sei kein ausreichendes Indiz überhöhte Tarife ersichtlich.

44) BGH, NJW 2003, 3131.

45) Siehe dazu Engelsing, RdE 2003, 249.

46) Die Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1987 zu den Gasanschlusskosten (NJW 1987, 1828) hat ebenfalls relativ geringe Anforderungen gestellt, allerdings nur für die Einmalbeträge beim Anschluss eines Baulückengrundstücks.

47) Seit BGHZ 97, 212.

48) Vgl. insb. Kunth/Tüngler, NJW 2005, 1313, 1314.

49) Ehrlicke, JZ 2005, 599, 605 ist demgegenüber der Auffassung, die Gaspreise müssten sich letztlich an den Kosten orientieren, die der Tarifkunde hätte, wenn er statt Erdgas eine andere Energiequelle einsetzen würde. Dies würde jedoch Wettbewerb und Preis konkurrenz der Energieträger gerade ausschließen.



zugskosten sind auch die üblichen Rückvergütungen einzu- beziehen, da sie die effektiven Bezugskosten ergeben. Insbesondere wenn auf der Basis der bisherigen Preise und Kosten schon erhebliche Gewinnsteigerungen des Gasversorgungs- unternehmens zu verzeichnen waren, ist eine derartige Preis- begrenzung angezeigt.

Es zeigt sich somit, dass im Dilemma zwischen dem gläser- nen Anbieter, der seine sämtlichen Kalkulationsgrundlagen offenlegen muss, und einer groben Plausibilitätskontrolle, wie sie der BGH bei den Stromtarifen der Berliner Elektrizitäts- versorgungsunternehmen mit Rücksicht auf den Investitions- aufwand nach der Wiedervereinigung praktiziert hat, durch- aus ein *operationalisierbares Konzept einer Billigkeitskon- trolle* konkretisierbar ist. Dieses ist den Gasversorgungsun- ternehmen ohne weiteres zumutbar, da sie weder Geschäfts- geheimnisse verraten noch ihre internen Daten preisgeben müssen, solange sie keine impropotionalen Preissprünge ma- chen wollen. Die Preisbegrenzung ist ferner auf der Basis all- gemein vorhandener statistischer Daten nachvollziehbar, wo- bei hinsichtlich der durchschnittlichen Gasbezugskosten auf die den Unternehmen abverlangten Erdgaspreise nebst übli- chen Rabatten abzustellen ist. Dieses Modell muss dazu führen, dass Versorgungsunternehmen mit überdurchschnitt- lichen Bezugskosten oder überflüssigem Einrichtungs- und Organisationsaufwand eventuell dafür keine volle Deckung durch einseitige Preiserhöhungen erreichen können. Insofern verstärkt eine danach vorgenommene Billigkeitskontrolle in sinnvoller Weise den Wettbewerbsmechanismus. Falls ein Ver- sorgungsunternehmen das bisherige Äquivalenzverhältnis nicht mehr einzuhalten bereit ist, sondern eine strukturelle Preisänderung durchführen will, ist es auf eine Kündigung des Vertragsverhältnisses angewiesen. Diese steht ihm jedoch nur zu Gebote, soweit kein Kontrahierungszwang besteht.

Sicherlich sind Verfeinerungen des hier entwickelten Be- rechnungsmodells denkbar.<sup>50</sup> Zunächst geht es aber einmal darum, dass die Rechtsprechung überhaupt in eine rationale Kontrolle der Preiserhöhungsgrenzen einsteigt. Sie kann auf keinen Fall dabei stehen bleiben, dass mit erheblichem Auf- wand eine Billigkeitskontrolle begründet wird, die dann in der Praxis aber niemals zu einem nachvollziehbaren, für den Ver- braucher günstigen Ergebnis führt. Die Rechtsprechung wäre zwar überfordert, wenn sie bei jeder Preiserhöhung die Kal- kulationsgrundlagen der Unternehmen einsehen und prüfen würde, zudem unter Inkaufnahme der damit verbundenen Be- einträchtigung des Wettbewerbs. Ihr muss aber angesonnen werden, ein Berechnungsmuster auszdifferenzieren, das auf Durchschnittskosten und eine Gewinnbegrenzung setzt.<sup>51</sup>

## V. Die Durchführung der Preiskontrolle bei einem Unbilligkeitseinwand des Abnehmers

### 1. Die Fälligkeit der erhöhten Entgeltforderung

Nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB ist eine einseitige Leistungs- bestimmung, die nach billigem Ermessen zu erfolgen hat, für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit ent- spricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Be- stimmung gem. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB durch Urteil getrof- fen; das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird. § 315 Abs. 3 BGB wird ganz überwiegend so interpretiert, dass die Bestimmung bis zur Erhebung der Klage vorläufig ver- bindlich ist<sup>52</sup>. Gegenüber der Leistungsklage des bestim- mungsberechtigten Gläubigers kann der Schuldner aber gel- tend machen, die Bestimmung sei unbillig. Auch wenn die Leistungsbestimmung dann erst in den Gründen des Urteils erfolgt, handelt es sich um ein Gestaltungsurteil. Erst mit der Rechtskraft des Urteils wird die Forderung dann fällig<sup>53</sup>. Die- se Rechtsgrundsätze haben sich ohne speziellen Bezug auf die Versorgungsleistungen allgemein durchgesetzt.

War die einseitige Bestimmung insgesamt unbillig, wird der Erhöhungsanspruch nicht fällig. Dafür ist es auch nicht rele-

vant, ob der Tarifkunde die Billigkeit zunächst nur pauschal bestreitet oder von vornherein substantiiert in Frage stellt. In- sofern kann nichts anderes gelten als beim Streit um ge- schuldeten Werklohn, wo es am Ende auch nur darauf an- kommt, ob die Einwände des Bestellers gegen die Höhe des Anspruchs begründet sind. Entspricht die Leistungsbestim- mung dagegen § 315 BGB, war die Erhöhungsforderung von Anfang an fällig. Schwierigkeiten bereitet nur die Konstellation, wo das Gericht schließlich die Erhöhung nur teilweise für gerechtfertigt hält, etwa in Höhe von 3% statt 5%. Dann könnte erwogen werden, ob die Erhöhungsforderung des Gläubigers, da unbillig, erst ab Rechtskraft des Urteils fällig wird, wofür § 315 Abs. 3 Satz 2 erster Halbsatz BGB heran- gezogen werden könnte. Auch insoweit ist jedoch in gleicher Weise wie bei einem Werklohnprozess die Fälligkeit und da- mit die Begründetheit ab der Leistungsbestimmung in der als gerechtfertigt anzuerkennenden Höhe zu bejahen. Die Ge- staltungswirkung des Urteils bezieht sich somit nicht nur auf die Zukunft, sondern auch auf die seit der Leistungsbestim- mung vergangene Zeit, hat also insofern Rückwirkung.

Eine Modifikation dieser Grundsätze ergibt sich auch nicht aus § 30 Nr. 1 AVBGasV, nach dem Einwände gegen Rech- nungen und Abschlagszahlungen zum Zahlungsaufschub oder zur Zahlungsverweigerung nur berechtigen, soweit sich aus den Umständen ergibt, dass offensichtliche Fehler vorliegen. Das hat die Rechtsprechung des BGH stets<sup>54</sup>, zuletzt im Ur- teil vom 30. 4. 2003<sup>55</sup> auf Rechen- und Ablesefehler sowie Mängel anderer Abrechnungsgrundlagen bezogen, nicht aber auf das Billigkeitskriterium für die Leistungspflicht des Kun- den. Dieser kann also damit rechnen, dass nur eine § 315 Abs. 3 BGB entsprechende Leistungsbestimmung nach Billigkeit die Fälligkeit herbeiführt und er nicht auf eine vorläufige Leistung und den Rückforderungsprozess verwiesen ist.

### 2. Die Versorgungssperre

Gasversorgungsunternehmen, die eine den Maßstäben des § 315 BGB entsprechende Preiserhöhung ausgesprochen ha- ben, können, wenn die Kunden die Bezahlung der Er- höhungsbeträge verweigern, zu einer Versorgungssperre nach § 33 Abs. 2 AVBGasV übergehen, der das Zurückbehaltungs- recht gegenüber Tarifkunden regelt. Nach § 33 Abs. 2 AVB- GasV ist das Gasversorgungsunternehmen bei Nichterfüllung einer Zahlungsverpflichtung trotz Mahnung berechtigt, die Versorgung zwei Wochen nach Androhung einzustellen. Das gilt allerdings nicht, wenn der Kunde darlegt, dass die Folgen der Einstellung außer Verhältnis zur Schwere der Zuwider- handlung stehen und hinreichende Aussicht besteht, dass der Kunde seinen Zahlungsverpflichtungen nachkommt<sup>56</sup>. Diese hinreichende Aussicht besteht in jedem Fall, wenn der Kun- de den streitigen Betrag hinterlegt.<sup>57</sup> Ferner ist dem Siche-

50) Das gilt etwa für Tarifkunden, die bestimmte Energieträger präferieren, etwa aus ökologischen Gründen, und zu deren Gunsten die kartell- rechtliche Missbrauchsaufsicht und die vertragsrechtliche Billigkeits- kontrolle ebenfalls greifen müssen.

51) Ein Argument gegen dieses Modell könnte auch dahin gehen, dass mit dem Abstellen auf Durchschnittskosten eine Festlegung auf ein relativ hohes aktuelles Entgeltniveau verbunden sein könnte. Insofern ist je- doch auf die Entwicklung des Wettbewerbs zu setzen. Zudem werden Kartell- und Regulierungsbehörde bei außergewöhnlicher Preisent- wicklung auch die Weitergabe erzielter Rationalisierungsgewinne über- prüfen müssen.

52) OLG Frankfurt, ZMR 1999, 244; Palandt/Heinrichs, § 315 RdNr. 17; MünchKomm/Gottwald, § 315 RdNr. 43.

53) BGH, NJW 1996, 1054 und die h.M.; siehe auch Held, NZM 2004, 169, 174, m.w.N.

54) BGH, NJW 1983, 1777, und BGH, NJW-RR 1990, 689.

55) BGH, NJW 2003, 3131, zu § 30 Nr. 1 AVBWasserV.

56) Zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts der Versorgungsträger nach § 33 Abs. 2 AVB s. etwa Derleder, NZM 2000, 198.

57) So auch Held, VuR 2004, 26, 27.

rungsinteresse des Versorgers auch genügt, wenn der Kunde unter Vorbehalt den geforderten Preis bezahlt. Dann allerdings trägt der Kunde das Insolvenzrisiko. Entspricht die Preiserhöhung dagegen nicht dem § 315 BGB, dann ist mangels Fälligkeit die Zahlungsverweigerung gegenüber der Preiserhöhung berechtigt. Das Prozessrisiko ist hier, wie die folgenden Beweislastüberlegungen bestätigen werden, nicht anders als bei Zahlung unter Vorbehalt, nur zusätzlich mit dem Risiko der Versorgungssperre belastet. Die aufgeschobene Fälligkeit der Forderung schützt den Kunden daher nur begrenzt.<sup>58</sup> Praktisch ist den Tarifkunden daher eher zu einer Zahlung unter Vorbehalt zu raten.

### 3. Die Beweislast

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH trifft die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit der Ermessensausübung bei der Entgeltfestsetzung das Versorgungsunternehmen<sup>59</sup>. In seinem Urteil vom 5. 2. 2003 hat der BGH für die Strompreise die Auffassung vertreten, dass das Versorgungsunternehmen seiner Darlegungspflicht durch Vorlegung der Genehmigungsunterlagen und Erläuterung der Preiskalkulation genügt<sup>60</sup>. Dies entspricht den hier entwickelten Rechtsgrundsätzen, soweit das Energieversorgungsunternehmen eine Monopolstellung innehat oder eine überragende Marktmacht aufweist. Wo es daran fehlt, hat das Versorgungsunternehmen darzutun, dass die Maßstäbe der Billigkeitskontrolle im Hinblick auf die Einhaltung des Äquivalenzverhältnisses gewahrt sind. Dazu muss grundsätzlich die Erhöhung der durchschnittlichen Bezugskosten seit der letzten Preiserhöhungargetan und die jeweilige Relation zu den Tarifen errechnet werden, falls nicht ausnahmsweise die Preiserhöhung mit einer Sonderinvestition berechnet werden soll.

Genügt die Leistungsbestimmung des Versorgungsunternehmens diesen Anforderungen nicht und ist deswegen der Anspruch nicht fällig, so wird der Tarifkunde dennoch meist Zahlungen erbringen. Grund dafür ist einmal, dass er den Vertrag durch die Entnahme von Leistungen konkludent weiterführt, wie ja auch der *Vertragsabschluss durch konkludentes Handeln* in Form der Entnahme den Grundsätzen der BGH-Rechtsprechung entspricht<sup>61</sup>. Zum anderen will der Kunde keine Versorgungssperre auslösen und auch unnötige Prozessrisiken vermeiden. Entschließt er sich dann doch später, die Leistungsbestimmung des Versorgungsunternehmens gerichtlich bewerten zu lassen, kann sich die Beweislast im Rückforderungsprozess allerdings zu seinen Ungunsten verschieben.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen trägt der Bereicherungsgläubiger die Darlegungs- und Beweislast für das *Fehlen eines Rechtsgrundes*<sup>62</sup>. Wer bereits bezahlt hat, kann nicht erwarten, dass der Gläubiger seine Forderung noch nachweist. Eine Beweiserleichterung ist dem Bereicherungsgläubiger nach dem BGH nur beim Beweis negativer Tatsachen zu gewähren. Hier soll den Prozessgegner eine erweiterte Behauptungslast treffen, wenn die darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Tatsachen besitzt, während der Gegner über ein derartiges Wissen verfügt und ihm nähere Angaben zumutbar sind. Daraus hat der BGH in seinem Urteil vom 5. 2. 2003 in einem Rückforderungsprozess gegen ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen den Schluss gezogen, dass dieses zur Vorlage seiner Genehmigungsunterlagen und zur Erläuterung der Preiskalkulation seiner Darlegungspflicht genügt habe<sup>63</sup>. Wenn dies geschehen sei, müsse der Tarifkunde dann seinerseits mehr vortragen, als dass andere Anbieter in Deutschland günstigere Strompreise anböten. Dem ist zuzustimmen, soweit das Versorgungsunternehmen wegen einer Monopolstellung oder überragender Marktmacht seine internen Daten darzutun hat. Entsprechendes muss aber gelten, wenn sich das Versorgungsunternehmen mangels einer entsprechenden Machtstellung auf die Vorlage objektiver Daten zur Einhaltung des Äquivalenzverhältnisses

beschränken darf. Im übrigen hat der BGH seine Rechtsgrundsätze nur für den Fall vorbehaltloser Zahlungen entwickelt.

Leistet der Tarifkunde dagegen unter Vorbehalt, gelten andere Beweislastgrundsätze. Im Rückforderungsprozess muss der Leistende normalerweise beweisen, dass er zwecks Erfüllung einer bestimmten Verbindlichkeit leistet und dass diese nicht bestanden hat. Das gilt grundsätzlich auch, wenn die *Leistung unter Vorbehalt* erbracht ist, weil sich der Leistende dadurch in der Regel lediglich gegen die Anwendung des § 814 BGB und die Wertung der Leistung als Anerkenntnis schützen will<sup>64</sup>. Der Vorbehalt kann aber auch bedeuten, dass im Rückforderungsstreit die Beweislast für das Bestehen des Anspruchs weiterhin den Empfänger treffen soll<sup>65</sup>. So ist es in der Regel bei einer Leistung zur Vermeidung eines empfindlichen Übels<sup>66</sup>. So liegt es aber, wenn dem Tarifkunden eine Versorgungssperre droht, da er auf eine Versorgungsleistung angewiesen ist. Sogar wenn ein anderer Anbieter bereitsteht, wäre der Übergang zu diesem vor der Klärung des Vertragsverhältnisses mit dem bisherigen Lieferanten ein empfindliches Risiko. Daher bleibt es bei der Beweislast des Versorgungsunternehmens für die Billigkeit seiner Leistungsbestimmung, wenn der Tarifkunde nach einer Preiserhöhung unter Vorbehalt bezahlt hat. In der Praxis können die Tarifkunden zudem ihren Vorbehalt sicherheitshalber spezifizieren, etwa indem sie ausdrücklich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und ohne Übernahme der Beweislast leisten.

### VI. Die zukünftige Entwicklung

Das neue EnWG, das vor allem den Netzzugang regeln soll, kann zwar für mehr Wettbewerb sorgen, enthält jedoch keine vertragsrechtlich umsetzbaren Vorgaben für die Preise. Insofern könnte die europäische Rechtsentwicklung mehr Perspektiven bieten. Während die Mitgliedstaaten nach Art. 3 (3) der Elektrizitätsbinnenmarktlinie 2003/54/EG dafür Sorge tragen müssen, dass alle Haushaltskunden in ihrem Hoheitsgebiet über eine Grundversorgung verfügen, also auch das Recht auf eine Versorgung „zu angemessenen, leicht und eindeutig vergleichbaren und transparenten Preisen“ haben müssen, findet sich in der Richtlinie 2003/55/EG keine derartige Verpflichtung.<sup>67</sup> Nach Anhang A der Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten lediglich dafür Sorge tragen, dass die Kunden, soweit sie an das Gasnetz angeschlossen sind, über ihre „gemäß dem einschlägigen einzelstaatlichen Recht“ bestehenden Rechte auf Versorgung mit Erdgas einer bestimmten Qualität zu angemessenen Preisen informiert werden, verweist also insoweit auf die Regelungsbefugnis der nationalen Gesetzgeber. Das Recht zur einseitigen Änderung von Preisen ist in dieser – bislang noch nicht umgesetzten – Richtlinie aber vorausgesetzt. Vorgeschrieben ist lediglich, dass der Kunde rechtzeitig vor der Preisänderung über diese informiert werden muss und ihm ein außerordentliches *Vertragskündigungsrecht* zusteht, über das er ebenfalls zu informieren ist.

Anhang A Richtlinie 2003/55/EG bringt aber zum Ausdruck, dass die Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klau-

58) A.A. Held, VuR 2004, 26, 27.

59) BGH, NJW 1987, 1828; NJW-RR 1992, 183; BGHZ 154, 5; BGH, NJW 2003, 3131.

60) BGHZ 154, 5, 9.

61) BGH, NJW 2003, 3131.

62) Siehe nur BGHZ 154, 5, 9 = NJW 2003, 1449, 1450, m.w.N.

63) BGH a. a. O.

64) BGH, NJW-RR 1992, 1214, und die h.M.

65) BGH, NJW 1984, 2826.

66) BGH, NJW 2003, 2014, 2017.

67) Zu weiterreichenden Plänen der Kommission für die Einführung eines Kriteriums der „Erschwinglichkeit“ von Leistungen der Daseinsvorsorge vgl. das Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2004) 374 endg., sowie Rott, A New Social Contract Law for Public Services?, demnächst in European Review of Contract Law 2005.

seln in Verbraucherverträgen auf Verträge über die Versorgung mit Erdgas Anwendung finden soll. Die Richtlinie 93/13/EWG nimmt auch Lieferverträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern nicht aus, wenn an dem Unternehmen die öffentliche Hand beteiligt ist. Da aber in Deutschland die AVBGasV in Form einer Verordnung regelt, was üblicherweise in AGB enthalten ist, und da deswegen die Regeln der *AGB-Kontrolle* für sie nicht gelten, ist hier ein wirtschaftlicher Sektor gemeinschaftsrechtswidrig aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeklammert. Soweit die AVBGasV funktional Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen, müssen sie daher aufgehoben werden, mit der Folge, dass Preisänderungsklauseln auch im Tarifikundenbereich der *AGB-Kontrolle* un-

terfallen werden. Auch dies ist die notwendige Konsequenz der Liberalisierung des Versorgungssektors. Dies wird nicht nur die direkte Anwendung des § 315 BGB zur Folge haben. Vielmehr wird wie für viele andere Wirtschaftssektoren zu erörtern sein, ob es das Transparenzprinzip erfordert, dass schon in der Klausel die Parameter einer Berechnung angegeben werden müssen<sup>68</sup>.

---

68) Siehe dazu insbesondere die Diskussion über die notwendige Angabe eines Referenzzinssatzes bei der Zinsanpassung laufender Kredite, wozu auch praktikable Vorschläge von Seiten der Bankwirtschaft vorliegen, siehe Bruchner/Metz, Variable Zinsklauseln (2001), insbesondere RdNr. 90 ff.