

gentumspositionen bildet einen tiefgreifenden Einschnitt in inländische Grundrechte. Das hebt die Bedeutung, in letzter Instanz aber auch die Folgenlosigkeit von finanzverfassungsrechtlichen Präventionsregeln hervor. Auf dem internationalen Feld ist die Rechtsstellung des Einzelnen zwar rechtlich, nicht aber wirtschaftlich besser. Entschädigungslose Konfiskationen sind völkerrechtlich unzulässig und es besteht die Möglichkeit gerichtlichen Rechtsschutzes aufgrund von vertraglichen Gerichtsstandsvereinbarungen. Jedoch schützt die Staatenimmunität den Schuldnerstaat umfassend gegen Vollstreckungshandlungen. Im Zuge von Umschuldungsverhandlungen gehen die Möglichkeiten einzelner Gläubiger zur Mitwirkung faktisch gegen Null. Ein Gläubiger kann nur hoffen, dass die vertragliche Umschuldung nicht zu einer völligen Entwertung seiner Ansprüche führt. Die Perspektive eines völkerrechtlich geordneten Insolvenz-

verfahrens bringt aus Sicht des Gläubigers wirtschaftlich keine Remedur. Ob sie dem insolventen Staat hilft, schneller auf die Beine zu kommen, mag angesichts vergangener, erfolgreicher Umschuldungsverhandlungen bezweifelt werden. Jedenfalls sollten keine großen rechtspolitischen Hoffnungen in solche Verfahren investiert werden, solange die betroffenen Staaten auf die Wahrung ihrer Souveränität bedacht sind. Die praktikable Lösung liegt in kleineren einfachgesetzlichen Korrekturen wie einer Reform des Schuldverschreibungsgesetzes. Angesichts der Tatsache, dass es weltweit nur wenige bedeutende internationale Finanzplätze gibt, könnte eine solche Reform über Deutschland hinaus politische Signalwirkung entfalten. Der Staatsbankrott bleibt damit aber ein staatsrechtlicher und völkerrechtlicher Ausnahmezustand. Auch wenn er prinzipiell regelbar ist, so mindert das die gravierenden Folgen für die betroffenen Bürger nicht.

Professor Dr. Ulrich Ehrlicke, LL.M. (London), M.A., Universität zu Köln

Die Kontrolle von einseitigen Preisfestsetzungen in Gaslieferungsverträgen

Untersucht wird zunächst die Anwendbarkeit des § 315 BGB analog auf eine Gaspreiserhöhung gegenüber Heizgaskunden (Tarifkunden), anschließend die Billigkeitskontrolle gem. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB analog. Daraus werden Schlussfolgerungen für die Preisfestsetzung bei Gasversorgungsverträgen gezogen.

I. Einleitung und Problemstellung

Nachdem einige Gasversorgungsunternehmen die Preise in ihren Gaslieferungsverträgen an Heizgaskunden (Tarifkunden) erhöht haben, sind die Tarifkunden von Verbraucherschutzverbänden aufgerufen worden, sich zu weigern, die erhöhten Preise zu zahlen¹. Gestützt wird dies im Wesentlichen auf das Argument, dass die einseitige Preiserhöhung nicht einer Bestimmung nach billigem Ermessen gem. § 315 Abs. 1 BGB entspreche und daher insoweit keine Leistungspflicht bestehe. Dem könnten die Gasversorgungsunternehmen nur dadurch entgegenreten, dass sie ihre internen Berechnungen und Preiskalkulationen offen legen, um nachprüfbar zu machen, dass die Preiserhöhungen der Billigkeit entsprechen. Einige Tarifkunden sind diesem Appell gefolgt und haben teils ihre gesamten Rechnungen, teils nur den Betrag der Gaspreiserhöhung nicht gezahlt. Gegen die ausbleibenden Zahlungen haben wiederum einige Gasversorgungsunternehmen Leistungsklage erhoben. Dieser aktuell, scheinbar spezifisch auf den Gasversorgungssektor bezogene Streit wirft eine schon seit langem als schwierig angesehene Kernfrage des Vertragsrechts auf, nämlich die nach den Grenzen des Bestimmungsrechts einer Partei gem. § 315

BGB, insbesondere nach der Billigkeitskontrolle von Vertragsbedingungen im Bereich der Daseinsvorsorge².

Der allgemeine Ausgangspunkt der Probleme liegt darin, dass die Rechtsprechung unter Zustimmung in der Literatur die Vorschrift des § 315 BGB weit über ihren Wortlaut hinaus auslegt und dadurch den Streit entfacht hat, ob damit nicht von dem fundamentalen Rechtsprinzip der vertragsrechtlichen Eigenverantwortung abgewichen worden sei und die Norm zu einer „richterlichen Vertragshilfe“ entwickelt werde, die in einem privatautonomen System ein Fremdkörper sei³. Noch zugespitzter formuliert stellt sich am Beispiel des § 315 BGB die grundlegende Frage, ob und wenn ja, inwieweit die „Materialisierung“ des Zivilrechts gehen kann, um tatsächliche oder vermeintliche Ungleichgewichtslagen ausgleichen zu wollen⁴. Als typische Fallgruppe derartiger Ungleichgewichtslagen ist stets das Vertragsverhältnis vom

² Vgl. dazu die einschlägigen Kommentierungen von *Gehrlein*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, 2003, Bd. 1, § 315, Rn. 3; *Gottwald*, in: *MünchKommBZ zum BGB*, 4. Aufl., 2001, § 315, Rn. 22; *Ilger*, in: *Erman*, BGB, Bd. I, 11. Aufl., 2004, § 315, Rn. 12; *Rieble*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2004, § 315, Rn. 41 ff.; *Heinrichs*, in: *Palandt*, BGB, 64. Aufl., 2005, § 315, Rn. 4; siehe ferner z. B. *Kornblum* AcP 168 (1968), 450; *Kranke* AcP 183 (1983), 113; *H.-J. Winter*, Die Bestimmung der Leistung durch den Vertragspartner oder Dritte, 1979.

³ S. etwa *RGH NJW* 2003, 1449 (Stromtarife); *RGH NJW-RR* 1992, 183 (Stromtarife); *BGH NJW* 2003, 3131 (Wasserversorgungskosten); *BGH NJW* 1987, 1828 (Baukostenzuschüsse und Hausanschlusskosten in der Gaswirtschaft); *RGH NJW* 1992, 171 (Abwasserentgelte); *BGH RdE* 1987, 165 (Fernwärmetarife); aus der Literatur vgl. nur *Ilger* (Fn. 2), § 315, Rn. 2; *Heinrichs* (Fn. 2), § 315, Rn. 2; ablehnend aber *Rieble* (Fn. 2), § 315, Rn. 39 ff., 48 ff.

⁴ Vgl. dazu etwa *Zöllner*, in: *FS 100 Jahre GmbHG*, 1992, 113 f.; *ders.*, AcP 196 (1996), 1 ff.; *Precis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 19 f.; *Rieble* (Fn. 2), § 315, Rn. 47 f.

⁵ Vgl. dazu etwa *Canaris* AcP 200 (2000), 273 ff.; *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht, 1994, passim; s. auch *Lieb* AcP 178 (1978), 196, 211 f.; ein flammendes Plädoyer für die Materialisierung des Privatrechts ist jüngst abgegeben worden von *Knieper*, in: *FS Darlehen*, 2005, 109 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

¹ Vgl. z. B. *Die Welt* vom 6. 12. 2004, „Boycott gegen Gaspreiserhöhungen“; sowie *F.A.Z.* vom 16. 1. 2005, „Pfliffiger Protest gegen gierige Gaspreislieferanten“, S. 43.

Kunden mit seinem Energieversorgungsunternehmen angesehen worden, soweit Leistungen im Bereich der Energieversorgung von Monopolisten erbracht worden sind und die Kunden keine Möglichkeit hatten, ihren Vertragspartner zu wechseln⁶. Mittlerweile hat sich indes eine wesentliche Prämisse dieser Annahme geändert, denn der Bereich der Energiewirtschaft unterliegt nunmehr weitgehend der Liberalisierung⁷, die zu Marktöffnung und Wettbewerb führen soll⁸. Damit müssten sich aber auch die überkommenen Bewertungsmaßstäbe ändern. Zudem wird mehr und mehr erkannt, dass die zivilrechtliche Diskussion im Hinblick auf Energieversorgungsverträge nicht hinreichend zwischen verschiedenen Energieträgern differenziert hat. So besteht nämlich die Schwierigkeit, dass zwar die Energieversorgung als solche zur Daseinsvorsorge gehört⁹, dass aber die Versorgung im Haushaltsbereich durch verschiedene Energieträger gewährleistet werden kann und dass es somit – außer bei Strom – durchaus problematisch sein kann, ob gerade die Versorgung mit diesem konkreten Energieträger zur Daseinsvorsorge gehört¹⁰. Vor dem Hintergrund dieser Besonderheiten bedarf die Anwendung des § 315 BGB auf die Kontrolle der Preise in Verträgen von Energieversorgern mit den Kunden einer differenzierten Neubetrachtung¹¹. Während diese Diskussion bereits für Stromlieferungsverträge¹² und für Fernwärmeversorgungsverträge¹³ geführt wird, soll sie im folgenden Beitrag vor dem Hintergrund des aktuellen Anlasses nun auch auf Gasversorgungsverträge erstreckt werden¹⁴.

II. Die Anwendung des § 315 BGB auf Gasversorgungsverträge

1. Der allgemeine Ansatz des § 315 BGB

§ 315 Abs. 1 BGB regelt grundsätzlich den Fall, dass die Parteien einig darüber sind, dass die Bestimmung eines wesentlichen Vertragsbestandteils von einer Seite zu einem späteren Zeitpunkt als dem des Vertragsschlusses vorgenommen werden darf. Damit stellt diese Norm der Sache nach eine gesetzliche Bestimmung zur Schließung einer sonst bestehenden Vertragslücke dar¹⁵, um durch die Bestimmbarkeit einer Leistung nach billigem Ermessen dem Bestimmtheits Erfordernis bei Verträgen zu genügen¹⁶. § 315 Abs. 1 BGB ist insoweit das notwendige Gegenstück zu § 154 BGB¹⁷. Dieser gesetzlich vorgesehene Anwendungsbereich ist von der Literatur und Rechtsprechung jedoch als zu eng angesehen worden, so dass § 315 BGB mittlerweile regelmäßig als allgemeine Bindung der Gestaltungsmacht des zur Bestimmung der Leistung Berechtigten an ein billiges Ermessen verstanden wird, welches einer gerichtlichen Kontrolle gem. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB unterworfen ist. Damit soll der andere Vertragspartner, dem gegenüber sich die einseitige Leistungsbestimmung auswirkt und der typischerweise der sozial Schwächere sein soll, geschützt werden¹⁸. Dieser Schutzgedanke ist konkretisiert worden zu einer Grundlage, um allgemein Schranken gegen den Missbrauch privatrechtlicher Gestaltungsmacht begründen zu können, wenn die Vertragsparität durch eine wirtschaftliche Ungleichgewichtslage gestört wird¹⁹. Dabei hat sich die Billigkeitskontrolle von Preisfestsetzungen im Bereich der Daseinsvorsorge, insbesondere der Energieversorgung, zu einem Hauptanwendungsbereich des erweiterten Ansatzes des § 315 BGB entwickelt²⁰. Die Schutzbedürftigkeit des Kunden wird von der Rechtsprechung allerdings an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. So entfällt sie, wenn Individualvereinbarungen über Preise und Bedingungen vorliegen²¹. Einschränkungen gibt es auch, wenn die Tarife unmittelbar abschließend durch eine Behörde festgesetzt worden sind²². Ebenso entfällt die Schutzbedürftigkeit, wenn der Kunde keinem faktischen Kontrahierungszwang unterliegt, also nicht gerade auf diese Dienstleistung angewiesen ist, vor allem dann, wenn der Bestimmende keine Monopolstellung innehat²³. Diese allgemeinen Bestimmungslinien für eine mögliche Billigkeitskon-

6 BGHZ 73, 114, 116; *Baur/Henk-Merten*, Entgeltfindung unter Kontrahierungszwang, 2003, S. 20; *Gottwald* (Fn. 2), § 315, Rn. 22; *Wolf*, in: *Saerger*, BGB, 12. Aufl., 1990, § 315, Rn. 25; *Heinrichs* (Fn. 2), § 315, Rn. 4; s. ferner auch *Köhler* ZHR 137 (1973), 237 ff.

7 Allgemein zum Liberalisierungsprozess im Energiesektor vgl. *Kreis*, Deregulierung und Liberalisierung in der europäischen Elektrizitätswirtschaft, 2004; *Ruge*, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State, 2004; *Spauschus*, Die wettbewerbliche Öffnung von Märkten mit Netzstrukturen am Beispiel von Telekommunikation und Elektrizitätswirtschaft, 2004; *Schmidchen/Bier*, Liberalisierte Strommärkte, 1997; *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 2001. Eine gewisse Ausnahme in der Liberalisierung, wenn man sie als Herstellung kompetitiver Strukturen versteht, gibt es umgekehrt aber bei der staatlichen Privilegierung von bestimmten Energieerzeugungsarten, z. B. in Form der Abnahme- und Vergütungspflichten im EEG oder KWKG.

8 Zu dem liberalisierten Ordnungsrahmen des EnWG v. 24. 4. 1998 vgl. z. B. *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 585 ff.; *Theobald*, in: *Schneider/Theobald*, Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 2003, § 1 Rn. 76 ff.; sowie *ders.*, zu den wettbewerbsbegründenden Regelungen aaO. Rn. 86 ff.

9 Zur Daseinsvorsorge zählen die Leistungen, die an sich von der öffentlichen Verwaltung zu erfüllen wären, vgl. *BGH* NJW 1985, 3013, 3014. Explizit zur Versorgung mit elektrischer Energie vgl. *BVerfGE* 66, 248, 258: Es handele sich bei der Energieversorgung um eine „Leistung, deren der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf“. Vgl. auch *BVerfGE* NJW 1990, 1783; sowie *Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, 1989, S. 117 ff.; *Theobald/Theobald* (Fn. 7), S. 1 f.

10 Kritisch auch *Rieble* (Fn. 2), § 315, Rn. 51; *Schulz-Gardyan* RdE 2003, 9, 13 (beide allerdings in Hinblick auf die Billigkeitskontrolle von Netznutzungsgebühren).

11 Außer Betracht gelassen worden hier Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit sog. Sondervertragskunden und Norm-Sonderkunden, für die der Gaspreis in der Regel individuell ausgehandelt wird – s. dazu *Kunth/Tünzler* NJW 2005, 1313, 1314 f. Zu Preisänderungsklauseln in Sonderverträgen des Privatkundengeschäfts s. auch *Schönel/Rosset* ET 2005, Heft 3, 192 ff. Vgl. insoweit auch die aktuellen Urteile des OLG Karlsruhe v. 27. 10. 2004 (Az. 6 U 22/04) und des OLG Stuttgart v. 17. 2. 2005 (Az. 2 U 83/04).

12 Vgl. *Schulz-Gardyan* RdE 2003, 9 ff.; *Stappert* NJW 2003, 3177 ff.

13 *Büdenbender/Wesche* EuroHeat&Power 2005, Heft 3, 24 ff.; *Held* NZM 2004, 169 ff.

14 *Kunth/Tünzler* NJW 2005, 1313; *Salje* ET 2005, 278.

15 *Gottwald* (Fn. 2), § 315, Rn. 1; *Baur/Henk-Merten*, Entgeltfindung unter Kontrahierungszwang, 2003, S. 20.

16 Vgl. insoweit bereits *RG* JW 1912, 73. Zu dem Bestimmtheits Erfordernis vgl. auch *Rieble* (Fn. 2), § 315, Rn. 4 ff.

17 Vgl. *BGHZ* 41, 271, 275; *BGH* DB 1983, 875; *Gehrlein* (Fn. 2), § 315, Rn. 12; *Baur/Henk-Merten* (Fn. 6), S. 20; *Wolf* (Fn. 2), § 315, Rn. 60; *Rieble* (Fn. 2), § 315, Rn. 5.

18 Zu dem in § 315 BGB enthaltenen Schutzgedanken vgl. *BGHZ* 38, 183, 186. Ablehnend dem Schutzgedanken gegenüber aber *Wolf* (Fn. 2), § 315, Rn. 7; *Rieble* (Fn. 2), § 315, Rn. 33 ff. und 38.

19 *Hager* (Fn. 2), § 315 BGB, Rn. 2; *Heinrichs* (Fn. 2), § 315, Rn. 2.

20 S. etwa *BGH* NJW 1992, 171, 173.

21 *BGH* WM 1990, 1715, 1716; *OLG München* RdE 2004, 52, 54; *OLG Köln* RdE 1995, 78; *LG Magdeburg* RdE 2005, 22, 23; *Hager* (Fn. 2), § 315, Rn. 12; *Gottwald* (Fn. 2), § 315, Rn. 22.

22 Vgl. *BGH* NJW 1998, 3188, 3192 (für die Tarife der Telekom). Allerdings schließt eine bloße behördliche Genehmigung der Tarife die gerichtliche Kontrolle durch die Zivilgerichte gemäß § 315 Abs. 3 S. 2 BGB nicht aus. Vgl. *BGHZ* 73, 114, 116; 115, 311, 317 f.; *Hager* (Fn. 2), § 315, Rn. 12; *Gottwald* (Fn. 2), § 315, Rn. 22. Ob eine solche behördliche Tarifgenehmigung immer ein wichtiges Indiz für die Billigkeit darstellt, hat der *BGH* offen gelassen; vgl. *BGH* NJW 2003, 1449, 1450. Eine solche Indizwirkung bejahend: *KG* RdE 2002, 243 mit zustimmender Anmerkung von *Hempel*. Hierzu *Stappert* NJW 2003, 3177, 3178.

23 *LG Magdeburg* RdE 2005, 22, 23.

trolle von Verträgen über Dienstleistungen der Daseinsvorsorge sind vornehmlich hinsichtlich Stromtarifen, Abwasserentgelten und Fernwärmearifen entwickelt worden²⁴. Die Rechtsprechung hat dagegen konkret zur Anwendung des § 315 BGB auf die Erhöhung von Gaspreisen bislang nur ganz vereinzelt Stellung bezogen^{24a}. Die zentrale Entscheidung des *BGH* im Gasbereich bezieht sich auf Baukostenzuschüsse und Hausanschlusskosten in laufenden Gasversorgungsverträgen²⁵. Allerdings dürfte im Grundsatz kein Zweifel daran bestehen, dass die Billigkeitskontrolle auch im Hinblick auf die Preisfestsetzung in Gasversorgungsverträgen zu erwägen ist.

2. Die Anwendung auf Gasversorgungsverträge

a) Keine unmittelbare Anwendbarkeit

Der (rechtspolitisch gewollte) Schutz der Kunden vor einseitigen Preisfestsetzungen der Energieversorgungsunternehmen durch eine Billigkeitskontrolle ist allerdings nur dann rechtlich möglich, wenn er rechtsdogmatisch verankert werden kann. Hier hat es von Anfang an erhebliche Schwierigkeiten gegeben²⁶. Voraussetzung für eine Billigkeitskontrolle der Gerichte nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB ist nämlich zunächst, dass § 315 Abs. 1 BGB anwendbar ist²⁷. Dies ist aber bei den typischen Energieversorgungsverträgen fraglich. Denn § 315 Abs. 1 BGB setzt eine einseitige Leistungsbestimmung voraus, die jedoch nicht vorliegt, wenn – wie dies hier typischerweise der Fall ist – die einseitige Festsetzung des Preises durch das Unternehmen schon vor Vertragsschluss als Teil des Angebots feststeht und mit Vertragsschluss vom Abnehmer angenommen wird²⁸. Diesem Dilemma hat sich der *BGH* – und ihm nachfolgend die Rechtsprechung und überwiegende Literatur²⁹ – durch eine analoge Anwendung der Vorschrift entzogen, wobei keinesfalls immer trennscharf zwischen einer Analogie zu § 315 Abs. 1 BGB und einer Analogie zu § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB unterschieden wurde³⁰. Der *BGH* hat die analoge Anwendung des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB vor allem für die sogenannten „Interimsfälle“ entwickelt, in denen ein Versorgungsvertrag beendet wurde und die Belieferung von Strom gleichwohl weiter erfolgte³¹. Darüber hinaus führte der *BGH* in einer Entscheidung zur Berechnung von Baukostenzuschüssen und Hausanschlusskosten einmal aus, dass nicht nur die Preisgestaltung durch städtische Versorgungsunternehmen, sondern auch Tarife von Unternehmen, die Leistungen der Daseins-

vorsorge anbieten, auf die die andere Seite angewiesen sei, grundsätzlich einer Billigkeitskontrolle unterworfen seien³². In einer anderen Entscheidung zur Stromversorgung von Tarifkunden verzichtete der *BGH* sogar darauf, eine eigene dogmatische Position zu entwickeln, sondern stellte nur fest, dass die Ausführungen des Berufungsgerichts zutreffend gewesen seien, in denen – wiederum basierend auf Argumenten des erstinstanzlichen Gerichts – eine Anwendung (unmittelbar/analog?) des § 315 BGB auf Stromversorgungsverträge bejaht wurde³³. Die analoge Anwendung des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB auf Energielieferverträge basiert damit der Sache nach allenfalls auf allgemeinen Entscheidungen des *BGH* zur Anwendbarkeit der Billigkeitskontrolle in Verträgen der Daseinsvorsorge mit Monopolisten zum Schutz der Kunden in Einzelfällen³⁴ – von einer systematischen Begründung der analogen Anwendung des § 315 BGB auf Preisbestimmungen in Energieversorgungsverträgen kann man nicht sprechen³⁵.

b) Analogievoraussetzungen

Eine Billigkeitskontrolle der Preisfestsetzung in Gasversorgungsverträgen mit Tarifkunden kommt mithin nur dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 315 Abs. 1 bzw. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB gegeben sind. Nach den allgemeinen Sätzen der Methodenlehre müsste der Regelungsgehalt der analog anzuwendenden Vorschrift die Fälle interessengerecht regeln, die (planwidrig) keine Regelung erfahren haben³⁶.

aa) Vergleichbarer Regelungsgehalt

Zur Analogievoraussetzung der Parallelität des Regelungsgehalts wird man der Rechtsprechung des *BGH* entnehmen dürfen, dass der Regelungsgehalt des § 315 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Satz 2 BGB sich außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereiches jedenfalls auch dort wiederfindet, wo der Energieverbraucher aufgrund der Monopolstellung seines Energielieferanten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gezwungen ist, Energie abzunehmen, selbst wenn er den Preisen ausdrücklich widersprochen hat (vgl. dazu die Rechtsprechung zu § 2 Abs. 2 AVB³⁷), und zwar unabhängig davon, ob er vor Vertragsschluss dem einseitigen Festsetzungsrecht zugestimmt und damit dem Energieversorger die Kompetenz zur Anpassung von Preisen eingeräumt hat³⁸. Denn eine derartige Zahlungspflicht ohne Kontrollmöglichkeit verletzt das Mindestmaß an Vertragsparität, das durch

²⁴ Vgl. *BGH* NJW 2003, 1449 (Stromtarife); *BGH* NJW-RR 1992, 183 (Stromtarife); *BGH* NJW 2003, 3131 (Wasserversorgungskosten); *BGH* NJW 1992, 171 (Abwasserentgelte); *BGH* RdE 1987, 165 (Fernwärmearife).

^{24a} S. neuestens *AG Heilbronn* v. 15. 4. 2005 – Az. 15 C 4394/04; vgl. auch *LG Frankfurt* ZMR 2004, 270.

²⁵ *BGH* NJW 1987, 1828.

²⁶ *BGH* WM 1971, 1456 unter I.1.a); vgl. zur Repr.-Entwicklung auch *Rieble* (Fn. 2), § 315, Rn. 39 ff.

²⁷ Vgl. nur *Hager* (Fn. 2), § 315, Rn. 7; *Gehrlein* (Fn. 2), § 315, Rn. 2 f.; *Büdenbender/Wesche EuroHeat&Power*, 2005, Heft 3, 24, 30; s. auch *Theobald/Zenke*, in: *Schneider/Theobald* (Fn. 8), § 17 Rn. 110 a.E.: Die Voraussetzung für eine direkte Anwendung fehle „regelmäßig“.

²⁸ Vgl. *BGH* NJW 1983, 1777 = RdE 1983, 75; *LG Bremen* RdE 2004, 304 (für den Parallelfall der Preis Anpassung); *LG Rostock* RdE 2004, 175, 176.

²⁹ Vgl. z. B. *LG Berlin* NJW-RR 2002, 992; *Gehrlein* (Fn. 2), § 315, Rn. 3; *Brandner*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGRB, 9. Aufl., 2001, § 8 Rn. 15; *Theobald/Zenke* (Fn. 27), § 17 Rn. 111 ff.; weitere Nachw. bei *Hempel* RdE 2002, 244 mit Fn. 2.

³⁰ Vgl. z. B. *BGHZ* 41, 271, 276; „entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 315 BGB“ einerseits und wenig später andererseits: „bei entsprechender Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB“.

³¹ Vgl. *BGH* WM 1971, 1456; *BGH* NJW 1983, 1777; *BGH* NJW-RR 1992, 183 = RdE 1992, 74.

³² *BGH* NJW 1987, 1828 mit Verweis auf *BGHZ* 73, 114 = NJW 1979, 597 (Krankenhauspflegesätze); *BGH* NJW-RR 1992, 183 = RdE 1992, 74; dem *BGH* folgend z. B. *LG Berlin* NJW-RR 2002, 992.

³³ *BGHZ* 194, 5 = NJW 2003, 1449; Vorinstanzen: *LG Berlin* RdE 2002, 190 mit Verweis auf *BGHZ* 73, 114, 116 = NJW 1979, 597 (Krankenhauspflegesätze) und *KG* RdE 2002, 243-m. ausf. Anm. *Hempel*.

³⁴ Vgl. dazu kritisch *Börner* ZfK, 2005, Heft 3, 1 f.; vgl. zur Anwendbarkeit des § 315 BGB auf Stromlieferungsverträge zwischen EVU und Tarifabnehmern nach ausf. Analyse ablehnend *Luker* BB 1985, 2258, 2261 ff.

³⁵ S. *Büdenbender/Wesche EuroHeat&Power*, 2005, Heft 3, 24, 28 f. und 31 mit Fn. 42.

³⁶ Vgl. *Larrenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 370; *Heinrichs* (Fn. 2), Einl., Rn. 48; speziell zu § 315 BGB *Theobald*, in: *Danner/Theobald*, Energierecht, Bd. 1, 43. Erg.-Lfg. (Juli 2003), I B 1, § 6 EnWG Rn. 17; *Theobald/Zenke* (Fn. 27), § 17 Rn. 115.

³⁷ *BGH* NJW 1957, 627; *BGH* RdE 1983, 75; *OLG Frankfurt* NJW-RR 1989, 249 f.; *LG München* RdE 1987, 26; *AG Kaiserslautern* RdE 1990, 231; vgl. auch *Eckert/Tegethoff*, in: *Tegethoff/Büdenbender/Klinger*, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Bd. 2, 15. Erg.-Lfg. (Juli 1996), § 2 AVBEltV/AVBGasV Rn. 10 m.w.N.

³⁸ Vgl. *Hempel*, in: *Ludwig/Odenthal/Hempel/Franke*, Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, Bd. 1, 60. Erg.-Lfg. (Aug. 2000), § 2 AVBEltV Rn. 44 mit – insoweit 62. Erg.-Lfg. (Dez. 2000) – § 1 AVBEltV Rn. 54 ff., 59.

§ 315 BGB gesichert werden soll³⁹. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Kunde mit Vertragsschluss dieser Unterwerfung zugestimmt hat, da ihm aufgrund der Monopol-situation bereits am Anfang der Weg des Aushandelns von Vertragsbedingungen versperrt gewesen ist. Vielmehr ist eine solche Situation wertungsmäßig kongruent zu der Grundvorstellung des § 315 Abs. 1 BGB⁴⁰, der eine Kompensation für das Fehlen der Möglichkeit zur privatautonomen Gestaltung von Vertragsbeziehungen bildet, wenn der eine Teil aufgrund der faktischen Besonderheiten nicht in der Lage ist, durch marktlichen Druck seine Präferenzen in das Spiel der Kräfte beim Aushandeln eines Vertrages einbringen zu können⁴¹. Für Energieversorgungsverträge, die ein Kunde mit einem Monopolisten abgeschlossen hat, lässt sich damit die Parallelität des Regelungsgehalts als Analogievoraussetzung für § 315 BGB bejahen⁴². § 315 BGB ist zugleich aber nur ultima ratio, denn die Norm stellt einen Eingriff in die Privatautonomie dar, der nur vor dem Hintergrund von Ungleichgewichtslagen gerechtfertigt ist⁴³. Besteht eine derartige Ungleichgewichtslage nicht, weil der andere Vertragsteil die Möglichkeit hat, eine andere Alternative zu suchen und damit wiederum Druck auf den Bestimmenden auszuüben, bedarf es auch des Schutzes des § 315 BGB nicht mehr, denn die Möglichkeit von Alternativentscheidungen im Wettbewerb ist das von der Privatautonomie vorausgesetzte Regulativ, mit Hilfe dessen die Vertragsgegenseite die Marktmacht des Bestimmenden domestizieren kann und welches damit die normative Hilfe entbehrlich macht. Daraus folgt, dass eine Analogie zu § 315 BGB insbesondere dann ausscheiden muss, wenn der Energieversorger keine Monopolstellung innehat⁴⁴. Vor diesem Hintergrund ist es im Übrigen ein erhebliches Missverständnis, wenn in der Literatur vereinzelt vertreten wird, der Rechtscharakter des § 315 BGB werde verkannt, wenn man argumentiere, dass mit der Liberalisierung von Märkten die Voraussetzungen der *BGH*-Rechtsprechung weggefallen seien, weil der freie Wettbewerb für eine Preisregulierung ausreiche⁴⁵. Denn selbst wenn man § 315 BGB als ein Mittel zum Schutz der Vertragsparität ansieht, bedeutet dies keinesfalls, dass dieser Schutz uneingeschränkt gewährt würde. In den Anwendungsbereich der Analogie fallen vielmehr nur solche Sachlagen, die mit der planmäßig geregelten Lage im Wesentlichen übereinstimmen. Dies ist aber eben nur dann der Fall, wenn ein Kunde mit einem Kontrahenten einen Vertrag schließt, von dem er abhängig ist und hinsichtlich dessen er keinerlei Verhand-

lungsmacht hat, weil ihm jede Handlungsalternative fehlt. Für die schützende Funktion des § 315 Abs. 3 BGB besteht – vor dem Hintergrund, dass damit stets ein Eingriff in die Privatautonomie vorgenommen wird⁴⁶ – dort keine Rechtfertigung mehr, wo die Gegenseite durch die Möglichkeiten des Marktes genug Alternativen hat, um auf den Bestimmenden mittelbar so viel Druck auszuüben, dass er nur die Preise festlegt, die der Wettbewerb hergibt und damit dem entspricht, was „billig“ ist.

bb) Planwidrige Regelungslücke

Neben der Vergleichbarkeit der zu regelnden Interessenlagen bedarf es für eine analoge Anwendung des § 315 Abs. 1 und 3 BGB auch einer planwidrigen Regelungslücke⁴⁷. Der *BGH* hat diese Voraussetzung in seiner Rechtsprechung zur Behandlung von Energieversorgungsverträgen – jedenfalls inzident – bejaht⁴⁸. In der jüngeren untergerichtlichen Judikatur ist dies dagegen mit unterschiedlichen Argumenten in Frage gestellt worden⁴⁹. Dabei ist im Wesentlichen darauf abgestellt worden, dass die Preiskontrolle nach § 315 BGB analog bei Versorgungsverträgen in Monopolfällen eingreifen sollte, für diese Fälle aber gerade die speziellen kartellrechtlichen Regeln vorgesehen seien, insbesondere § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB⁵⁰. Bei genauerer Betrachtung sprechen in der Tat gute Gründe für einen Ausschluss von § 315 Abs. 3 BGB durch § 19 Abs. 4 bzw. durch § 20 GWB⁵¹. Die Rechtsprechung des *BGH* bezieht sich nämlich bislang nur auf Fälle, die vor dem Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle entschieden wurden. Da das GWB in seiner Fassung vor dem 1. 1. 1999 nur eine Preismissbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörden vorgesehen hatte und keinen direkten zivilrechtlichen Rechtsbehelf kannte, war es folgerichtig, neben der kartellrechtlichen Beurteilung der Preisfestsetzung eine analoge Anwendung des § 315 BGB anzunehmen, um den Betroffenen einen direkten Weg zur Preiskontrolle zu eröffnen. Mit der 6. Novelle des GWB hat sich diese Situation allerdings grundlegend geändert. Der Preismissbrauch kann seitdem nach den §§ 19 Abs. 4 Nr. 2 und 3, 20 Abs. 1 und 3 vom Bundeskartellamt oder gem. § 33 GWB vom Betroffenen angegriffen werden⁵², so dass die früher angenommene Regelungslücke nunmehr entfallen ist und damit die Notwendigkeit der analogen Anwendung des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht mehr besteht. Es bleibt abzuwarten, ob der *BGH* diesen Schritt in seiner weiteren Rechtsprechung nachvollziehen wird; jedenfalls steht die bisherige Rechtsprechung des *BGH* der Annahme nicht entgegen, dass die §§ 19 Abs. 4, 20 GWB gegenüber § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB analog als lex specialis zu gelten haben⁵³.

³⁹ Zur Schutzfunktion des § 315 BGB in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich vgl. *BGHZ* 38, 183, 186; *Gehrlein* (Fn. 2), § 315, Rn. 1; vgl. auch *Heinrichs* (Fn. 2), § 315, Rn. 2.

⁴⁰ Das ist im Übrigen auch der Grund dafür, dass der *BGH* in ständiger Rechtsprechung die Billigkeitskontrolle durch Gesetz oder Verwaltungsakt festgesetzter Tarife ablehnt; vgl. *BGII* 73, 114; *BGH NJW* 1998, 3188, 3192 m.w.N. unter II.2.b); s. auch *Hager* (Fn. 2), § 315, Rn. 12.

⁴¹ Vgl. *Heinrichs* (Fn. 2), § 315, Rn. 2; *Gehrlein* (Fn. 2), § 315, Rn. 1; *Grotwald* (Fn. 2), § 315, Rn. 5 und kritisch Rn. 8 ff.; *Hager* (Fn. 2), § 315, Rn. 2. Zur grundrechtlichen Dimension des § 315 vgl. *BVerfGE* 81, 242, 256 – JZ 1990, 691, 693 m. Anm. *Wiedemann*; insgesamt ablehnend *Riebl* (Fn. 2), § 315, Rn. 39 ff.

⁴² So auch *Theobald/Zenke* (Fn. 27), § 17 Rn. 114, die jedoch dafür plädieren, dass „die Preise eines Monopolunternehmens (...) stets einer gerichtlichen Prüfung anhand der §§ 315, 316 [analog, *Anm. d. Verf.*] unterliegen“ (aaO. Rn. 113). Eine Besonderheit kann allerdings für sogenannte Massengeschäfte gelten, weil sich aufgrund der damit verbundenen Abwicklungsschwierigkeiten die für Individualvereinbarungen konzipierte Norm des § 315 BGB als ungeeignet herausstellen könnte, vgl. *LG Hannover NJW-RR* 1992, 1198.

⁴³ Im Ergebnis ähnlich *Kronke AcP* 183 (1983), 313, 332.

⁴⁴ Vgl. *LG Magdeburg RdE* 2005, 22, 23; *LG Rostock RdE* 2004, 175, 177; *Theobald/Zenke* (Fn. 27), § 17 Rn. 114.

⁴⁵ *Held NZM* 2004, 169, 171.

⁴⁶ Dazu eingehend *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Allg. Teil, 14. Aufl., 1987, § 6 I. (S. 76 ff., insb. 79); besonders kritisch *Riebl* (Fn. 2), § 315, Rn. 24, 43, 47, 48 und passim.

⁴⁷ Vgl. die Nachw. in Fn. 36.

⁴⁸ Vgl. *BGH NJW* 2003, 1449 unter I.; *BGH NJW-RR* 1990, 1204 unter I.; sowie die Nachw. in *BGH NJW* 1992, 171, 173 unter II.5.a).

⁴⁹ *LG Rostock RdE* 2004, 175; *LG Bremen RdE* 2004, 304; *LG Köln RdE* 2004, 306; vgl. ferner auch *LG Magdeburg RdE* 2005, 22.

⁵⁰ *LG Bremen RdE* 2004, 304, 305; *LG Köln RdE* 2004, 306; *LG Rostock RdE* 2004, 175, 176, wo zudem auf § 6 EnWG verwiesen wird.

⁵¹ Ebenso *Zenke/Thomale WuW* 2005, 28, 36; *Büdenbender ZfP* 2000, 2225, 2229; *drvs./Wesche EuroHeat&Power*, 2005, Heft 3, 24, 33 f.; *Salje ET* 2005, 278, 281 f.; *Theobald* (Fn. 36), Rn. 17 ff. und *Theobald/Zenke* (Fn. 27), § 17 Rn. 116, 118 f. (für den Netzzugang und dessen Bedingungen), die zudem auf § 6 EnWG verweisen; s. A. *Schulz-Gardyan RdE* 2003, 9, 10, der allerdings auf die hier thematisierten Veränderungen durch die 6. GWB-Novelle nicht eingeht.

⁵² Vgl. *LG Bremen RdE* 2004, 304, 305; *LG Rostock RdE* 2004, 175, 177; *Theobald* (Fn. 36), Rn. 18 ff.

⁵³ Vgl. die in den vorstehenden Fn. Genannten.

Das Vorliegen einer Regelungslücke ist auch mit der Begründung bezweifelt worden, dass durch die Streichung der Sonderregelung der §§ 13, 103a GWB a.F. und der Einführung der §§ 6 und 6a EnWG die Monopolstellungen der Versorgungsunternehmen formal beendet worden seien und damit die Grundlage einer analogen Anwendung des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB für die Preiskontrolle in diesem Bereich entfallen sei⁵⁴. Schließlich werden vereinzelt auch grundsätzliche Zweifel an dem Bestehen einer Regelungslücke geäußert, weil eine Billigkeitskontrolle außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs des § 315 BGB nur dann stattfinden könne, wenn es dafür keine anderen rechtlichen Mittel gäbe, die vorrangig eingriffen. Derartige Instrumente seien aber durch die allgemeinen Regelungen des § 138 BGB und des § 826 BGB gegeben⁵⁵. Wollte man diese Regelungen durch eine Preiskontrolle mittels § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB analog überlagern, so käme man zu Wertungsproblemen, die sich in einem System der Privatautonomie mit dem fundamentalen Rechtsprinzip der vertragsrechtlichen Eigenverantwortung nicht auflösen ließen⁵⁶. Dies zeige sich vor allem in den Rechtsfolgen. Eine Vertragskontrolle nach § 315 BGB münde in eine richterliche Vertragshilfe, eine Sittenwidrigkeits- bzw. Angemessenheitskontrolle nach § 138 BGB bzw. gem. § 826 BGB hingegen könne zunächst nur kassieren bzw. ggf. geltungserhaltend reduzieren⁵⁷. Eine richterliche Vertragshilfe analog zu § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB würde allerdings bedeuten, dass nach Maßgabe der Einzelfallgerechtigkeit jedem Vertragspartner eines Monopolisten ein „maßgeschneidertes“, auf seine individuellen Belange Rücksicht nehmendes Preis- und Konditionenwerk zuzusprechen sei⁵⁸. Dies widerspreche aber dem eigentlichen Sinn und Zweck des § 315 BGB, der nur zur Kontrolle eines einmal wirksam privatautonom vereinbarten Leistungsbestimmungsrechts diene, um einen ansonsten noleidenden Vertrag zu erhalten. Daher käme eine derartige Analogie nicht in Betracht.

cc) Zwischenergebnis

Eine analoge Anwendung des § 315 Abs. 1 und 3 Satz 2 BGB für die Preiskontrolle bei Gaslieferungsverträgen kommt nur dort in Betracht, wo der Kunde bei Vertragsschluss und danach keine Wahlmöglichkeiten hat, so dass die von der Privatautonomie vorausgesetzten Bedingungen für eine vertragsrechtliche Eigenverantwortung nicht gegeben sind. Dies ist der Fall in Monopolsituationen, in denen der Abnehmer von Dienstleistungen, die der Daseinsvorsorge zuzurechnen sind, keine Alternative hat und dem Anbieter deshalb schutzlos ausgesetzt ist, weil er keinen marktlichen Gegendruck aufbauen kann. Insoweit besteht ein vergleichbarer Regelung Gehalt zu dem Schutz, den § 315 BGB in seiner gesetzlichen Fassung vorsieht. Die Vergleichbarkeit endet aber dort, wo der Kunde die Möglichkeit hat, Alternativen zu wählen, denn dann besteht ein – freilich indirektes – Druckmittel, mit dem der Bestimmende angehalten ist, sich so zu verhalten, wie es der Markt fordert, so dass der Marktgegenseite im Rahmen der von ihr gewählten vertraglichen Konstellation, die dem Bestimmenden gerade ein Bestimmungsrecht einge-

räumt hat, ein ausreichender Schutz geboten wird. Demzufolge ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob der Tariffkunde bei Abschluss des Vertrages Alternativmöglichkeiten gehabt hat oder ob er sich in einer Monopolsituation befunden hat, die ihm keine Wahlmöglichkeiten ließ. Nur wenn Letzteres festgestellt werden kann, besteht die methodisch-dogmatische Rechtfertigung der Anwendung des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB analog. Ob darüber hinaus möglicherweise eine analoge Anwendung des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB auch wegen des Fehlens einer planwidrigen Regelungslücke ausscheiden könnte, ist offen. Es bleibt insoweit abzuwarten, ob der BGH seine frühere Rechtsprechung zur parallelen Anwendung von § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB analog und den kartellrechtlichen Preismissbrauchsregeln aufrechterhalten wird.

III. Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB analog

Geht man entgegen der obigen Ausführungen davon aus, dass eine Billigkeitskontrolle von Preisfestsetzungen in Gasversorgungsverträgen mit Tariffkunden nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB analog nicht schlechthin ausgeschlossen ist, so stellt sich die Frage, wie sie ausgestaltet werden muss.

1. Regelungsansatz

Allgemein formuliert beinhaltet eine Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB die Prüfung, ob das verlangte Entgelt im Rahmen des Marktüblichen liegt und dem entspricht, was regelmäßig als Preis für eine vergleichbare Leistung verlangt wird, sofern nicht die umfassende Würdigung des Vertragszwecks sowie die Interessenlage der Parteien für die Einbeziehung weiterer Gesichtspunkte sprechen⁵⁹. Ziel der Billigkeitskontrolle ist es dagegen nicht, von Amts wegen einen gerechten Preis zu ermitteln⁶⁰. Das bedeutet, dass § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB keine Generalnorm für eine gerichtliche Preiskontrolle darstellt⁶¹. Wenn die Voraussetzungen für eine direkte oder analoge Anwendung des § 315 Abs. 1 BGB vorliegen und das Leistungsbestimmungsrecht ausgeübt worden ist, besteht eine Befugnis der Gerichte, statt einer rechtsunwirksamen – weil unbilligen – Leistungsbestimmung des Bestimmenden selbst eine billige Bestimmung vorzunehmen. Damit besteht die Billigkeitskontrolle in einem Doppelschritt. Im ersten Schritt muss das Gericht feststellen, dass der bestimmte Preis unbillig ist, und im zweiten Schritt darf es statt dessen einen „billigen“ Preis festsetzen und die Bestimmung des eigentlich Bestimmungsberechtigten dadurch ersetzen. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB erlaubt damit eine Überprüfung der subjektiven Überzeugung des Bestimmungsberechtigten hinsichtlich der Billigkeit der Preisfestsetzung an einen verobjektivierten Maßstab. Erhebliche Probleme ergeben sich jedoch bei der Frage, wie dies zu geschehen hat. Grundsätzlich dürfen keine zu hohen Anforderungen an den Nachweis der Billigkeit gestellt werden, denn § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB erlaubt nur die Prüfung, ob die Leistungsbestimmung unter Berücksichtigung eines dem Berechtigten zustehenden unternehmerischen Gestaltungsspielraums vertretbar war⁶². Angelehnt an das kartellrechtli-

54 LG Magdeburg RdE 2005, 22.

55 Rieble (Fn. 2), § 315, Rn. 39 ff., 52; vgl. auch Steppert NJW 2003, 3177, 3179; kritisch zum alleinigen Schutz durch § 138 und § 826 BGB hingegen Held NZM 2004, 169, 171 unter Berufung auf Brand, Strompreise zwischen Privatautonomie und staatlicher Kontrolle, 2003, 169 ff. und 190 f.

56 Vgl. Rieble (Fn. 2), § 315, Rn. 44–46 und allg. die in Fn. 4 Genannten.

57 Rieble (Fn. 2), § 315, Rn. 52.

58 Rieble (Fn. 2), § 315, Rn. 52.

59 BGH RdE 2000, 108, 110; Gottwald (Fn. 2), § 315, Rn. 30.

60 BGH WM 1990, 1715, 1716; OLG München RdE 2004, 52, 54; LG Magdeburg RdE 2005, 22, 23; Rieble (Fn. 2), § 315, Rn. 120 und 134.

61 In diesem Sinne auch LG Magdeburg RdE 2005, 22, 23 f.

62 Kunth/Tüngler NJW 2005, 1313; BGH NJW-RR 1991, 1248, 1249;

che Vergleichskonzept lassen sich vergleichbare Preise von Konkurrenzprodukten als Maßstab heranziehen. Insoweit wird von einem *Wettbewerbspreis* gesprochen, dem der festgesetzte Preis entsprechen muss⁶³. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass hinsichtlich der Ware oder Dienstleistung, die Gegenstand des Vertrages sind, ein Wettbewerb besteht. Fehlt dieser, so wird von einem *Kostenpreis* gesprochen, dessen Billigkeit überprüft wird, indem der Festsetzende Interna seiner Kalkulationsgrundlage und Preisgestaltung offen legen muss. Das Gericht überprüft dann anhand einer Plausibilitätsbetrachtung unter Berücksichtigung verschiedener exogener und indogener Kriterien, ob der festgesetzte Preis wirtschaftlich vernünftig und nachvollziehbar ist und von der anderen Seite damit als „billig“ hingenommen werden muss⁶⁴. Insoweit können freilich allgemeine, im Gesetz angelegte Prinzipien herangezogen werden, wie etwa der in § 1 EnWG festgeschriebene Grundsatz der preisgünstigen Versorgung⁶⁵. Zu dessen Konkretisierung wird wiederum regelmäßig § 12 Abs. 2 BTOElt herangezogen⁶⁶, wonach nur solche Gewinne zulässig sind und in die Preiskalkulation einfließen dürfen, die dem Erfordernis des Kapitalmarktes nach ausreichenden Anreizen für die Finanzierung der energie-wirtschaftlichen Betätigung noch genügen. Das bedeutet, dass § 12 Abs. 2 BTOElt eine Verzinsung des investierten Kapitals auf einem mittleren Niveau als ausreichend ansieht⁶⁷. Daneben dürfen die Versorgungsunternehmen auch Rücklagen bilden, die notwendig sind, um die zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit erforderlichen Investitionen tätigen zu können, so dass auch diese Beträge in die Kalkulation der Preise einfließen dürfen, und schließlich lässt § 12 Abs. 2 BTOElt es zu, dass die im Rahmen einer rationalen Betriebsführung erforderlichen Kosten (Kosten der Erzeugung oder Beschaffung und Verteilung) in die Preiskalkulation einbezogen werden⁶⁸. Diese Kriterien zur Bestimmung der Billigkeit von Preisfestsetzungen beziehen sich indes nur auf die Stromwirtschaft, da § 12 Abs. 2 BTOElt nur für diesen Sektor gilt und eine entsprechende Regelung für die Gaswirtschaft fehlt⁶⁹. Ob eine Offenlegung zur Ermittlung des Kostenpreises auch ohne eine unmittelbare normative Grundlage aufgrund allgemeiner Erwägungen gefordert werden kann, mag vor dem Hintergrund bezweifelt werden, dass der BGH ein allgemeines, zwingendes Sonderrecht für die Energiewirtschaft ablehnt⁷⁰. Es kann allerdings dahinsten-

den, ob die Vorgaben des § 12 BTOElt der Sache nach doch auf den Gasmarkt angewendet werden könnten, oder wie sonst der Nachweis der Billigkeit einer Preisfestsetzung geführt werden könnte, wenn sich für die Versorgung der Tarifkunden mit Gas bejahen ließe, dass die Preise im Wettbewerb gebildet werden. In diesem Fall entfielen die Notwendigkeit einer Offenlegung der Kalkulationsgrundlage, weil ein Wettbewerbspreis vorläge, dessen Billigkeit mit einer Marktübersicht bzw. durch einen Preisvergleich mit Konkurrenzenergien überprüft werden kann.

2. Besonderheiten für die Gasversorgung von Tarifkunden

a) Liberalisierung des Gasmarktes

Formal sind die Voraussetzungen für Wettbewerb in den verschiedenen Sektoren des Gasmarktes geschaffen worden⁷¹. Ob und inwieweit aber hier auf allen Ebenen bereits tatsächlich funktionierender Wettbewerb herrscht, ist zum Teil strittig⁷². Darauf kommt es allerdings dann nicht an, wenn im konkret zu betrachtenden Fall der Versorgung der Tarifkunden mit Gas für die Gasversorger eine Wettbewerbssituation besteht. Eine solche kann sich zum einen daraus ergeben, dass der Kunde die Möglichkeit hat, statt des einen Gasversorgers einen anderen zu wählen und zum anderen er statt der Versorgung mit Gas auf die Versorgung mit einem anderen Energieträger wechseln kann. Im Fusionsverfahren E.ON-Ruhrgas sind sowohl die Monopolkommission als auch das OLG Düsseldorf noch davon ausgegangen, dass nach wie vor kein Wettbewerb im Segment der Versorgung von Gashändlern, Industrieunternehmen, Gewerbetreibenden und sonstigen Sonderabnehmern mit Gas vorliege⁷³. Ob diese Annahme mit zunehmender Liberalisierung des Gasversorgungsmarktes tatsächlich noch zutrifft, kann nur im Einzelfall entschieden werden. Lässt sich in dieser Einzelfallentscheidung zeigen, dass der Gaskunde im konkreten Fall die Möglichkeit hätte, zu einem anderen Versorger zu wechseln, liegt jedenfalls eine Wettbewerbssituation vor, die eine Billigkeitskontrolle durch Preisvergleich erlaubt.

b) Substitutionswettbewerb

Selbst dann, wenn festgestellt würde, dass der jeweilige Gasversorger gegenüber dem Kunden eine faktische Monopolstellung inne hat, besteht bei der Gasversorgung von Tarifkunden die Besonderheit, dass gleichwohl eine Wettbewerbssituation bestehen kann, weil die Kunden die Energieversorgung mit Gas durch die Versorgung mit anderen Energieträgern (vor allem mit [lichtem] Heizöl) substituieren können. Es muss insoweit geprüft werden, ob durch diese Substitutionsmöglichkeiten ein Wettbewerb eröffnet ist, der es zulässt, bei den Gaspreisen von Wettbewerbspreisen zu

vgl. auch BGH NJW 1987, 1828, 1829; BGH WM 1983, 1006; OLG Brandenburg GWF 2001, 47, 48. Zu dem gestaltenden Ermessensspielraum des Bestimmenden vgl. Hager (Fn. 2), § 315, Rn. 18; Gottwald (Fn. 2), § 315, Rn. 28; Wolf (Fn. 6), § 315, Rn. 39; Rieble (Fn. 2), § 315, Rn. 117 ff.; Schulz-Gardyan RdE 2003, 9, 10; kritisch aber Kornblum AcP 168 (1968), 450, 462 ff.

63 Vgl. Börner ZFK 3/2005, 11.

64 Diejenigen Gerichte, die eine analoge Anwendung des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB bejahen und einen Kostenpreis angenommen haben, sind – soweit ersichtlich – in der Regel davon ausgegangen, dass bei einer betriebsmäßig seriösen Kalkulation der Entgelte auch ihre Billigkeit gegeben ist; vgl. dazu im weiteren LG Mannheim RdE 2004, 122; LG Potsdam RdE 2004, 307 f.

65 Dazu allg. Bührenbender, EnWG-Komm., 2003, § 1 Rn. 19 ff.; Danneberg/Theobald, in: dies. (Fn. 36), 46. Erg. Lfg. (Jan. 2004), I B 1, § 1 EnWG Rn. 14 ff.

66 Dazu allg. Bührenbender (Fn. 65), § 1 Rn. 20;

67 Vgl. allg. zu den kalkulatorischen Zinsen als Kosten Klünger, in: Tegethoff/Bührenbender/Klünger (Fn. 37), Bd. 2, 14. Erg. Lfg. (Okt. 1995), BTOElt, § 4 Anm. 198 ff.

68 Held NZM 2004, 169, 173. Vgl. allg. zu den im Rahmen einer rationalen Betriebsführung erforderlichen Kosten Weigt, in: Danneberg/Theobald (Fn. 36), 37. Erg. Lfg. (März 2000), III B 1, § 12 BTO Ekt, Rn. 8 ff. und III C 1.2 Arbeitsanleitung, unter C.

69 Aufgehoben durch Art. 5 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. 4. 1998, BGBl. I S. 730.

70 S. Kunth/Tüngler NJW 2005, 1313 f. unter Berufung auf Eckert, in: Tegethoff/Bührenbender/Klünger (Fn. 37), Bd. 2, 12. Erg. Lfg. (Okt. 1987), BTOGas § 4, Anm. 2 f.; s. auch Bührenbender, Energie recht, 1982, Rn. 417; J. F. Baur, Vertragliche Anpassungsregeln, 1983, S. 83.

71 Vgl. u. a. die Beschleunigungsrichtlinie 2003/55/EG, die derzeit im Rahmen der Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes umgesetzt werden soll.

72 Siehe u. a. Jung/Theobald, in: Schneider/Theobald (Fn. 8), § 5 Rn. 199. Auch weiterhin müsse davon ausgegangen werden, dass ein voll entwickelter Gasmarkt aufgrund des derzeit eher isolierten Betriebs der Gasnetze in Europa noch in weiter Ferne liegt.

73 Sondergutachten 34 der Monopolkommission zum Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH, S. 56 ff.; OLG Düsseldorf, Entscheidung v. 23. 7. 2002, WuW/E DE-R 926 und Urteil v. 16. 12. 2002, WuW/E DE-R 1013; OLG Düsseldorf RdE 2002, 44 (47); ET 2002, 717 (718).

sprechen und die „Billigkeit“ durch einen Vergleich mit den Konkurrenzprodukten festzustellen.

Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass nur diejenigen Produkte in einem (Substitutions-)Wettbewerb miteinander stehen, die aus Sicht der Marktgegenseite austauschbar sind. Auf der Angebotsseite gehören dazu solche Güter, die nach dem Urteil des durchschnittlichen, vernünftigen Verbrauchers denselben Verwendungszweck zu befriedigen geeignet sind, wenn er von dieser Wahlmöglichkeit Gebrauch macht⁷⁴. Austauschbar – und damit im Wettbewerb – stehen allerdings nur diejenigen Güter, die „marktgleichwertig“ sind, weil die Nachfrager zwischen ihnen ohne große Überlegungen und ohne besondere Anpassungslasten wählen können. Wo immer hingegen die Nachfrager technische oder sachliche Hemmschwellen überwinden müssen, wenn sie von dem einen Angebot zum anderen wechseln wollen, kann nicht mehr von einem Substitutionswettbewerb gesprochen werden⁷⁵. Derartige Kosten werden insbesondere bei der Umstellung von einem Energieträger auf andere Energieträger angenommen. Das Bundeskartellamt geht insbesondere davon aus, dass es keinen einheitlichen Wärmemarkt gibt, weil ein Wechsel zwischen den verschiedenen Energieträgern, die miteinander konkurrieren, mit erheblichen Umstellungsschwierigkeiten für den Verbraucher verbunden sei⁷⁶. Danach bestünde zwischen der Gasversorgung und der Versorgung durch andere Energieträger kein Substitutionswettbewerb⁷⁷. Allerdings greift diese Sichtweise zu kurz, weil sie ihren Fokus nur auf die Kunden legt, die sich bereits für eine Versorgung mit Gas entschieden haben. Unstreitig ist, dass bei der Erstwahl einer Energiequelle oder bei der Erneuerung der Energieversorgung Gas mit den anderen Energieträgern im Wettbewerb steht. Aber auch für die bereits angeschlossenen Gaskunden gibt es einen indirekten Wettbewerbsdruck, indem die Preise einer „Disziplinierungswirkung“ unterworfen werden, die von denjenigen Marktteilnehmern ausgeht, die sich neu oder wieder für die Gasversorgung entscheiden. Wenn der Gaspreis für angeschlossene Kunden der gleiche ist wie für den Neukunden oder den Erneuerer seiner Heizanlage, wirkt der beim Neukunden oder Erneuerer stattfindende Wettbewerb zwischen Erdgas und den anderen Energieträgern uneingeschränkt auch zu Gunsten des angeschlossenen Gaskunden. Denn die Gaspreise müssen sich damit letztlich an den Kosten orientieren, die jeder Tarifikunde hätte, wenn er statt Erdgas eine andere Energiequelle einsetzt, auch wenn der bereits angeschlossene Gaskunde wegen der mit einem Wechsel verbundenen Kosten andere Energieträger aktuell nicht als Substitute ansehen würde. Vor diesem Hintergrund lässt sich von einem mittelbar wirkenden Substitutionswettbewerb („als-ob-Wettbewerbssituation“) sprechen, der bei einem Gleichlauf der Preisgestaltung für bereits angeschlossene Kunden und Neukunden zu einem Wettbewerbsverhältnis der Gasversorgung zur Versorgung mit anderen Energiequellen führt und einen Vergleich der jeweils festgesetzten Preise erlaubt⁷⁸. Zugleich liegt damit keine klassische Monopolsituation vor. Denn der Tarifikunde mag zwar nicht zu einem anderen Gasanbieter wechseln können, es besteht zu seinen Gunsten aber eine

„als-ob-Wettbewerbssituation“, in der sich sein Preis jederzeit an dem Preis der Substitutionsenergie orientiert. Bei einer Billigkeitsprüfung ist daher auch der Preisvergleich mit anderen Gasversorgern heranzuziehen, die bei ihrer Preisgestaltung gleichermaßen dem Wettbewerb mit der betreffenden Substitutionsenergie unterliegen.

3. Zwischenergebnis

Die Billigkeitskontrolle gem. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB analog bei der Preisfestsetzung in Gasversorgungsverträgen mit Tarifikunden erfolgt durch einen Vergleich mit den Preisen der konkurrierenden Energieträger. Es handelt sich nämlich um einen Wettbewerbspreis, wenn und soweit im Wesentlichen ein Gleichlauf des Preises für Kunden, die bereits einen Anschluss haben, mit den Preisen für Neukunden oder Erneuerer besteht. In diesen Fällen wirkt sich der Substitutionswettbewerb der Neukunden und der Erneuerer auf die Preisgestaltung bei den bisherigen Kunden aus, weil sich das Erdgas sonst langfristig nicht gegen die Konkurrenzprodukte behaupten könnte. Damit bedarf es hier einer Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen nicht.

IV. Ergebnis

Die Kontrolle und Neubestimmung von einseitigen Preisfestsetzungen in Gasversorgungsverträgen mit Tarifikunden kann gem. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB analog durch ein Gericht nur dann erfolgen, wenn zuvor für den betreffenden Einzelfall festgestellt worden ist, dass der Vertrag des Tarifikunden in einer Monopolsituation abgeschlossen worden ist, in der der Kunde keinerlei Alternativmöglichkeiten gehabt hat. Ob insoweit die Preiskontrolle nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB analog möglicherweise von den kartellrechtlichen Preiskontrollregelungen verdrängt werden könnte, muss bis zu einer Klärung durch den BGH vorerst offen bleiben; gewichtige Gründe sprechen indes dafür. In allen anderen Fällen kann eine Preiskontrolle nur anhand der allgemeinen Maßstäbe der §§ 138 und 826 BGB erfolgen. Die Billigkeitskontrolle gem. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB analog erfolgt für Neukunden durch einen Preisvergleich der mit dem Erdgas in einem Substitutionswettbewerb befindlichen anderen Energieträger. Für bereits angeschlossene Kunden gilt: Wenn im Einzelfall nach Abschluss des Vertrages mit einem Monopolisten für den Tarifikunden die Möglichkeit entsteht, einen anderen Gasversorger zu wählen, wird die Billigkeit durch den Vergleich mit den Preisen dieses Konkurrenten ermittelt. Ein Substitutionswettbewerb besteht hinsichtlich der bereits angeschlossenen Tarifikunden aufgrund der Wechselkosten zwar nicht, doch wirkt sich der Substitutionswettbewerb bei den Neukunden und den Erneuerern mittelbar auf die Preise bei den bereits angeschlossenen Kunden aus. Denn im Hinblick auf eine mittel- bis langfristige Wettbewerbsfähigkeit der Versorgung mit Erdgas muss das Preisverhalten bei Neukunden bzw. Erneuerern und bei angeschlossenen Kunden gleichlaufen, so dass der Wettbewerbsdruck bei den Neukunden und Erneuerern auch auf die Preise für bereits angeschlossene Kunden durchschlägt.

V. Ausblick

Vor dem Hintergrund des Streites um die Billigkeit der Preisfestsetzung stellt sich schließlich die praktische Frage,

⁷⁴ Vgl. dazu allg. Möschel, in: *Imperga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., 2001, § 19 Rn. 24 ff. und § 36 Rn. 214 ff.; *Säcker/Füller*, in: *Berliner Kommentar zum Energierecht*, 2004, § 19 GWB Rn. 2 ff. und 18.

⁷⁵ *Säcker/Füller* (Fn. 74), § 19 GWB Rn. 18.

⁷⁶ *Säcker/Füller* (Fn. 74), § 19 GWB Rn. 18 m.w.N.

⁷⁷ Vgl. zur Problematik der sog. HuK-Gasmärkte *Lutz* RdE 2000, 62 ff.; allg. *Däuper*, Gaspreisbildung und europäisches Kartellrecht, 2003, S. 149 ff.

⁷⁸ Im Ergebnis ebenso *Kunth/Tüngler* NJW 2005, 1313, 1315.

ob ein Einbehalt der (überhöhten) Rechnungsbeträge durch die Haushaltskunden, zu dem die Verbraucherschutzverbände aufgerufen haben, sich auf § 315 BGB analog stützen lässt. Im Grundsatz gilt, dass eine „billige“ Leistungsänderung mit dem Zeitpunkt wirksam wird, in dem das Änderungsverlangen der Gegenseite zugeht⁷⁹; eine gerichtliche Bestimmung wird wirksam mit Rechtskraft des entsprechenden Urteils⁸⁰. In „Monopolfällen“ wird dem Kunden allerdings ein besonderer Schutz zugebilligt. Er muss einem unbilligen Leistungsverlangen des Monopolisten nicht (voll) nachkommen, um seine Einwendungen dann in einem gesonderten Prozess geltend zu machen. Vielmehr darf er sich gegenüber dem unbilligen Leistungsverlangen auf dessen Unverbindlichkeit gem. § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB berufen, ohne insoweit in Verzug zu kommen⁸¹. Diese Privilegierung darf indessen nicht dahingehend missverstanden werden, dass der Kunde dem Versorger gegenüber nur schlicht die „Unbilligkeit“ der Preisfestsetzung behaupten müsste, um dann den erhöhten Preis ohne Verzugsfolgen nicht bezahlen zu müssen. Denn dies würde dazu führen, dass das Bestimmungsrecht des § 315 BGB vollständig ausgehöhlt würde. Der Kunde könnte jede Bestimmung durch einen einfachen Widerspruch gegenüber dem Bestimmenden mit der Behauptung, die Bestimmung sei unbillig, im Ergebnis außer Kraft setzen. Dies widerspräche unmittelbar dem Regelungsgehalt des § 315 BGB, der ausdrücklich davon ausgeht, dass der billige Preis nur durch das Gericht festgestellt werden kann. Der Kunde kann die Unbilligkeit daher nicht durch bloße Erklärung gegenüber dem Bestimmenden, sondern nur durch die Erhebung einer Feststellungsklage, dass die Preisfestsetzung unbillig sei, oder durch eine Einrede gegenüber der Leistungsklage, mit der der höhere Preis verlangt wird, geltend machen. Erst mit diesem Schritt greift auch die Privilegierung des Fälligkeitsschubs ein. Bis zur Erhebung der Klage oder der Erhebung der Einrede gegenüber der Leistungsklage ist die Bestimmung dagegen (vorläufig) verbindlich⁸². Daraus folgt, dass die Fälligkeit des als unbillig gerügten Preisbestandteils nur dann nicht eintritt – und daher ein Einbehalt des betreffenden Betrages rechtlich erlaubt ist –, wenn entweder die Klage auf Feststellung der Unbilligkeit erhoben ist oder der Kunde auf Zahlung der Differenz verklagt worden ist und die Einrede der Unbilligkeit erhoben hat. Das bloße Nichtzahlen führt nicht zu einem Fälligkeitsschub und einem „Zurückbehaltungsrecht“. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB bietet der Markgegenseite einen einfachen Weg

zur Bestimmung der Leistung, aber gibt ihr nicht die Möglichkeit, ihrerseits zu bestimmen, ob die Leistungsfestsetzung des Berechtigten unbillig gewesen ist.

Eine Besonderheit könnte sich in diesem Zusammenhang noch aus der Regelung des § 30 AVBGasV ergeben, wonach der Gaskunde Einwände gegen Rechnungen und Abschlagsberechnungen nur dann als Grund für einen Zahlungsaufschub oder eine Zahlungsverweigerung anführen darf, wenn es sich um offensichtliche Fehler handelt und wenn der Zahlungsaufschub oder die Zahlungsverweigerung innerhalb von zwei Jahren nach Zugang der fehlerhaften Rechnung bzw. der Abschlagsberechnung geltend gemacht wird⁸³. Das Verhältnis von § 30 AVBGasV zu § 315 BGB ist im Wesentlichen bislang noch nicht problematisiert worden. Allerdings kann auf die Praxis zu der gleichlautenden Bestimmung des § 30 AVBEltV zurückgegriffen werden. Insgesamt handelt es sich freilich um ein vielschichtiges und für die Praxis sehr relevantes Thema, das noch einer genaueren Diskussion bedarf. Hinzuzuweisen ist aber darauf, dass bereits einige untergerichtliche Entscheidungen die Anwendbarkeit des § 30 AVBEltV in Rückforderungsprozessen bejaht haben⁸⁴, mit der Folge, dass für die Gasversorgungsverträge die Kontrolle nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB analog nicht eingreifen würde. Der BGH scheint dagegen bislang dahin zu tendieren, diese Vorschrift nicht anzuwenden⁸⁵. Dahinter steht offenbar die Vorstellung, dass der Kunde bei Anwendung des § 30 AVBGasV doch einem Rückforderungsprozess ausgesetzt werden könnte, vor dem er durch die analoge Anwendung des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB gerade geschützt werden soll – und dann nach den dort geltenden Beweislastverteilungsregeln verpflichtet wäre, die Unbilligkeit der Erhöhung zu beweisen⁸⁶. Da ihm dies in der Regel nicht möglich ist, soll der Festsetzungsberechtigte aufgrund der größeren Sachnähe diese Beweislast tragen müssen. Daher ist für die Praxis derzeit davon auszugehen, dass die Privilegierung des Gasversorgers durch § 30 AVBGasV bei der Überprüfung der Billigkeit von Preisfestsetzungen durch das Gericht hinter dem Kundenschutz zurückstehen muss. Es bleibt allerdings auch insoweit abzuwarten, ob der BGH diese Position aufrecht erhalten wird. Anlässlich der Revision gegen ein Urteil des KG hat er die Möglichkeit, im Rahmen der Beurteilung des ebenfalls parallel ausgestalteten § 30 AVBWasserV zu diesem Thema Stellung zu beziehen⁸⁷.

⁸³ Dazu allg. *Morell*, AVB GasV, 6. Erg. Lfg. (Nov. 2003), § 30 AVBEltV.

⁸⁴ *OLG Brandenburg* GWF 2001, 47; *I. G. Berlin* GE 1998, 127 (129).

⁸⁵ *BGH* NJW 1983, 1777 (1778); NJW 2003, 1449 (1450); NJW 2003, 3131 f.

⁸⁶ *BGH* NJW 1983, 1777 (1778).

⁸⁷ *BGH*, Az: X ZR 60/04 – Vorinstanz: KG v. 24. 3. 2004 Az: 26 U 142/03.

⁷⁹ Statt aller *Gottwald* (Fn. 2), § 315 Rn. 35.

⁸⁰ *BGH* NJW 1979, 811.

⁸¹ Vgl. *BGH* NJW 1983, 1778.

⁸² *Heinrichs* (Fn. 2), § 315 Rn. 16.