

Das Wettbewerbs- und Kartellrecht als Maßstab einer Gaspreis-Billigkeitskontrolle durch die Zivilgerichte

Peter Salje, Hannover

In der zweiten Hälfte des Jahres 2004 haben zahlreiche Kunden von regionalen und städtischen Gasversorgern – vom Haushaltskunden bis zum großen Sonderabnehmer – die Zahlung ihrer Erdgasrechnungen mit dem Hinweis verweigert, die Preise seien unbillig überhöht. Die Versorger werden von diesen Kunden aufgefordert, ihre Kalkulation offen zu legen und die Höhe der Erdgaspreise – Preissockel sowie halbjährliche Anpassungen im Hinblick auf gestiegene Rohölpreise – zu belegen. Die häufig großflächig betroffenen Versorger haben es bisher vermieden, die Gasversorgung einzustellen oder anteilig zu kürzen; Zahlungsklagen sind bisher nur in eher seltenen Fällen angestrengt und von den unterinstanzlichen Gerichten stark divergierend entschieden worden. Wie im Folgenden gezeigt wird, ist jedoch bei mehr als 800 erstinstanzlichen Gerichten eine Gaspreis-Billigkeitskontrolle weder effizient noch rechtsstaatlich geboten. Es bieten sich hierzu im Wettbewerb vielmehr Konzepte des Wettbewerbs- und Kartellrechts an.

Obwohl wegen einer zwischen Versorgungsunternehmen ergangenen Entscheidung des BGH zur Belieferung eines Weiterverteilers mit Strom [1] die Rechtslage eigentlich geklärt schien, scheint sich die Verunsicherung von Versorgern und Kunden jetzt auch auf die Gerichte übertragen zu haben [2]. Insbesondere wenn man die BGH-Entscheidung von 1991 als Verpflichtung der Gerichte auffasst, im Einzelfall und in Bezug auf jeden angebotenen Tarif die Kostenrechtfertigung nachzuprüfen, würden sich aus jenem Präjudiz erhebliche Belastungen für Unternehmen und

Gerichte ergeben; die Aufbereitung der Kalkulation, bezogen auf die verschiedenen Tarifstrukturen, müsste die Versorger notwendig außerordentlich belasten; Amtsgerichte und Landgerichte dürften zudem fachlich nicht darauf vorbereitet sein, die ihnen vorgelegten Kostenrechenwerke auf ihre Berechtigung (z. B. Ansatz von Abschreibungen, Rückstellungen usw.) in detail nachzuprüfen. Denn selbst wenn sich die Gerichte insofern sachverständigen Rates versicherten, müssten schwierige Rechtsfragen geklärt werden, die im Grunde mit denen identisch sind, die die Diskussion um die Tarifgenehmigungen bei der Stromversorgung seit langem beherrschen (§ 12 BTO/Elt) [3], wobei die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur Klärung von Detailfragen bisher kaum vorgestoßen ist [4].

Im Stromsektor herrscht seit einer Entscheidung des BGH vom 5. Februar 2003 Einigkeit, dass angesichts der behördlichen Tarifgenehmigung den Zivilgerichten nur ein eher begrenzter Spielraum in Bezug auf die Beurteilung von Tarifkundenentgelten eingeräumt ist [5]. Weil die frühere Kontrolle der Tarifkundenentgelte bei der Versorgung mit Erdgas [6] bereits Anfang der 80er Jahre abgeschafft worden ist, bestehen jedenfalls auf den ersten Blick für die Zivilgerichte umfassende Möglichkeiten, unter Rückgriff auf § 315 BGB alle den Sonder- und Tarifkunden abverlangten Entgelte

vollständig zu überprüfen. Dies kann rechtspolitisch bedenklich sein (siehe unten). Würde man dabei auf einen Maßstab der Kostenrechtfertigung zurückgreifen, erhielten die Untergerichte ein Wächteramt eingeräumt, das dem der Tarifgenehmigungsbehörde im Strombereich praktisch entspräche: Die Judikative übernehme unmittelbar Aufgaben der Exekutive, obwohl der Gesetzgeber die Gaspreisbindung bereits im Jahre 1959 abgeschafft hat (siehe unten).

Insbesondere wird es die Suche nach dem zutreffenden Entscheidungsmaßstab sein, der die Diskussion in Bezug auf die zivilgerichtliche Überprüfung in der nächsten Zeit beherrschen wird (siehe unten).

Überblick:

In den letzten Monaten haben viele Kunden ihre Erdgasrechnung mit dem Hinweis unbillig überhöhter Preise nicht bezahlt. Der Artikel untersucht zunächst die rechtspolitische Problematik damit verbundener, Zivilgerichten zugeordneter Gaspreis-Billigkeitskontrollen, klärt sodann die Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 BGB auf Gaspreise ab und geht schließlich auf die Suche nach dem die Fachdiskussion demnächst dominierenden Entscheidungsmaßstab der zivilgerichtlichen Überprüfung.

Prof. Dr. jur. Dr. rer. pol. P. Salje, Universität Hannover, Juristische Fakultät, Lehrgebiet Zivilrecht und Recht der Wirtschaft

Die Zivilgerichte als Preiswächter?

Die Überwachung von Preisen ist ein typisches Kennzeichen von Zentralverwaltungs- und Mangelwirtschaften. Die Pflicht zur Beachtung gebundener Mietpreise, die Einhaltung sonstiger staatlicher Preisfestsetzungen sowie die Nachprüfung von Preismissbrauchsentscheidungen der Kartellbehörden haben zu zahlreichen Kontrollpflichten auch der Zivilgerichte insbesondere in der Nachkriegszeit geführt [7]. Staatliche Autorität kann sich jedoch umso eher aus einer solchen Preisüberwachung zurückziehen, je stärker der Wettbewerb alle

Bereiche der Marktwirtschaft ergreift und die Anbieter und Nachfrager in die Lage versetzt, mit Hilfe des Marktmechanismus unerwünschte Preisausschläge zu dämpfen. Aus der Sicht des Kartellrechts [8] sind es insbesondere die ehemaligen Monopolbereiche Gas und Strom gewesen, die an der Seite anderer marktmächtiger Anbieter zum Einschreiten insbesondere der Kartellbehörden wegen missbräuchlich überhöhter oder behindernder Preisgestaltung geführt haben [9]. Die Rolle der Zivilgerichte – als Kartellgerichte – bestand dann darin, die Entscheidungen der Kartellbehörden zu überprüfen, ohne selbst Ermittlungen im Hinblick auf die Rechtfertigung der Preise anstellen zu müssen. Der Weg von der Zentralverwaltungs- und Mangelwirtschaft zur Marktwirtschaft hat daher auch zu einer Rollenveränderung auf Seiten der Zivilgerichte geführt, was man mit dem Schlagwort „vom Preiskommissar zur Überprüfungsinstanz“ kennzeichnen könnte.

Die unmittelbare oder analoge Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB, die den Gerichten die Kontrolle über eine vermutet unbillige Bestimmung von Gegenleistungen einer Vertragspartei zuweist, passt deshalb in der schärfstmöglichen Form – Kostenkontrolle durch Zivilgerichte – nicht in ein marktwirtschaftliches Umfeld [10]. Ausgehend vom europäischen Recht – Zweite Binnenmarktlinie Strom bzw. Gas [11] – ist die Preisüberwachung in regulierten Bereichen einer Verwaltungsinstanz, der Regulierungsbehörde, zugewiesen, zumal es sich um eine typische Exekutivität handelt, die noch dazu auf die Monopolbereiche (Verteilungs- und Transportnetze) begrenzt ist. In diesem Lichte erschiene es als zumindest äußerst ungewöhnlich, wenn ein Staat im Hinblick auf verbliebene Monopolbereiche die Kontrolle der dort verlangten Entgelte einer (unteren) Instanz der Judikative zuweise. Dem Wortlaut und seiner vom BGH im Jahre 1991 inhaltlich ausgefüllten Konzeption des § 315 Abs. 3 BGB nach erscheint eine unmittelbare gerichtliche Preiskontrolle auch im Gasbereich als nicht a priori ausgeschlossen.

Allerdings wäre eine solche Zuweisung mit auf der Hand liegenden Nachteilen verbunden. Die Kontrolle müsste notwendig dezentral erfolgen; weil die Gerichte zu zahlreichen Streitfragen der Kostenzurechnung und -verrechnung Stellung zu nehmen hätten, würden sie nicht nur mit einer ungeheuren

Zusatzarbeit belastet, sondern müssten einen hohen Aufwand durch Einholung von Sachverständigengutachten treiben [12]. Weil sehr viele Gerichte mit solchen Entscheidungen betraut sein werden – in der Bundesrepublik gibt es 700 Amtsgerichte und 115 Landgerichte – wird auf diese Weise eine „befriedende Entscheidung“ nicht möglich sein. Weil die Geschäftstätigkeit gerade von Regionalversorgern nicht an den Grenzen von Gerichtsbezirken Halt macht, werden die Versorger bei zu erwartenden divergierenden Entscheidungen unterschiedliche Kalkulations- und Preismaßnahmen ergreifen müssen, um der jeweiligen Leitrechtsprechung des Amtsgerichts- oder Landgerichtsbezirks Rechnung zu tragen. Sieht man vom Mittel der Sprung- oder Zulassungsrevision ab (vgl. §§ 542, 543, 566 ZPO), ist praktisch keine Möglichkeit ersichtlich, beim Bundesgerichtshof eine Leitentscheidung einzuholen.

Die Offenlegung der Kalkulation greift zudem in Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Versorger ein, die den „Mix“ ihrer Zulieferer und die dort vereinbarten Preise offen legen müssten. Weil insofern zahlreiche „in camera-Verfahren“ zu erwarten sind, werden sich die maßgeblichen (rechnerischen) Gründe der Entscheidungen der Zivilgerichte auch nicht transparent machen lassen; weil Kosten und Preise nun einmal Gegenstand von Rechenvorgängen sind, die tragenden Berechnungsgrundlagen aber aus Gründen der Wahrung der Geschäftsgeheimnisse nicht offen gelegt werden dürfen, wird die Öffentlichkeit die Gründe für divergierende Zivilgerichtsentscheidungen letztlich auch nicht nachvollziehen können.

Zivilgerichtsverfahren, in denen der Mechanismus des § 315 Abs. 3 BGB geltend gemacht wird, werden im Regelfall auf Grund der langwierigen Begutachtung äußerst umfangreicher Zahlenwerke meist lange Zeit bis zur Entscheidung benötigen. Da nach der Rechtsprechung ein Entgelt solange nicht fällig ist, bis das fordernde Unternehmen die Billigkeit seiner Preisbestimmung bewiesen hat [13], muss der Gasversorger liefern, ohne volle Kompensation zu erhalten. Dies wird in den allermeisten Fällen in einen Liquiditätsengpass führen, weil der örtliche Versorger über langfristige Zulieferverträge gebunden und die Gaslieferungen Zug um Zug bezahlen muss. Gelingt es dem Versorger nicht, einen derartigen Liquiditätsengpass durch Kredite oder Hilfen der Muttergesell-

schaft zu überwinden, ist die Insolvenz unausweichlich. Die daraus resultierende Unterbrechung der Gasversorgung kann nicht im Interesse der Kunden, insbesondere derjenigen Kunden liegen, die ihre Verträge immer erfüllt haben. Die Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB direkt oder analog kann daher allenfalls gerechtfertigt werden, wenn der Rechtsstreit die synallagmatische Verpflichtung der Parteien unberührt lässt und beide Parteien während des Rechtsstreits ihre Verpflichtungen voll erfüllen (was nach derzeitiger Rechtsauffassung ausgeschlossen ist).

Zur Wahrung vergleichbarer Lebensverhältnisse sowie gleicher Wettbewerbschancen der Gasbeziehenden Unternehmen bedürfen Gaspreisentscheidungen eines bundesweit geltenden Maßstabs. Dies ist nicht sichergestellt, wenn die aktiven Rechtsstreitigkeiten nur auf lokaler Ebene prozessordnungsgemäß entschieden werden können. Es besteht die Gefahr, dass etwa norddeutsche Gerichte einen Wettbewerbspreis (z. B. Vergleichsmarktkonzept), süddeutsche Gerichte aber einen Kostenpreis (oder vice versa) zugrunde legen. Die Billigkeitskontrolle des bürgerlichen Rechts ist deshalb prima facie zur Überwachung der Gaspreise unangemessen. Das Problem wird sich verschärfen, wenn mit der EnWG-Reform 2005 die Kontrolle der Netznutzungsentgelte den Kartellbehörden entzogen werden wird; eine unmittelbare Kollision von Kompetenzen der Zivilgerichte und der Regulierungsbehörde steht dann zu befürchten. Akzeptieren die Zivilgerichte die Präponderanz der Regulierungsbehörde und der sie kontrollierenden Kartellgerichte [14], so wären sie auf die Kontrolle von einzelnen Bestandteilen des Gaspreises angewiesen, obwohl die Rechtsprechung diesen Kontrollmaßstab gerade verworfen hat [15].

Die rechtspolitische Analyse, die rechtlichen Erwägungen keineswegs vorzugreifen vermag, zeigt die Nachteile einer insbesondere an Kostenmaßstäben orientierten Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs. 3 BGB direkt oder analog durch Zivilgerichte deutlich auf. Ein solcher Kontrollmaßstab kann immer nur als ultima ratio herangezogen werden, etwa in Monopolbereichen, in denen die aufsichtsbehördliche Kontrolle funktionsunfähig ist. Immer wenn ein Markt dem Wettbewerb geöffnet wird und potenziell missbräuchlich überhöhte Preise die Wettbewerbschancen über kleinere lokale Märkte hinaus tangieren, sind

die (Kartell- und Regulierungs-) Behörden insoweit zur Kontrolle berufen.

Zur Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 BGB auf Gaspreise

Die Rechtsprechung hat im Hinblick auf die Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB auf Entgelte, die im Rahmen von Energieversorgungs- sowie Abfall- und Abwasserentsorgungsverträgen zu zahlen sind, einige grundlegende Leitlinien herausgearbeitet, die im Folgenden vorab wiedergegeben werden sollen. Zur Anwendbarkeit dieser Grundsätze im Rahmen der Versorgung bestimmter Kundengruppen mit Gas [16] wird auf die Untersuchung von Kuhnt/Tüngler verwiesen [17].

Leitsatz 1

Eine direkte Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB ist nur möglich, wenn durch Gesetz oder Vertrag einer Partei das (Gegen-) Leistungsbestimmungsrecht zugewiesen ist [18]. Im Rahmen von Versorgungs- und Entsorgungsverträgen hat die Rechtsprechung die Vorschrift **analog** angewendet, wenn es sich um Leistungen der Daseinsvorsorge handelt und der Abnehmer deshalb auf die Leistungserbringung gerade durch diesen (zu ihm im Monopolverhältnis stehenden) Anbieter angewiesen ist [19].

Leitsatz 2

§ 315 Abs. 3 BGB ist **unwendbar**, wenn zwar eine Monopolversorgung- bzw. -entsorgung vorliegt, das Entgelt aber individuell ausgehandelt wurde [20]. Klassische Anwendungsfelder der Billigkeitskontrolle sind demgemäß Versorgung und Entsorgung im vertragslosen Zustand (Interimsverhältnis), die Kontrolle von Hausanschlusskosten und Baukostenzuschüssen sowie von Schmutzwasserleitungen.

Leitsatz 3

Die Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs. 3 BGB bezieht sich nur auf **Gesamtentgelte**, wegen der wechselseitigen Kompensations- und Rückkompensationswirkungen aber nicht auf Teile von Entgelten [21]. Insbesondere hat es die neuere Rechtsprechung abgelehnt, Nutzungsentgelte (als Teile des Versorgungsentgelts insgesamt) der Billigkeitskontrolle zu unterwerfen [22].

Leitsatz 4

Die Darlegungs- und Beweislast bei Eingreifen der Billigkeitskontrolle obliegt – nach substantiierten Einwendungen gegen die Billigkeit der Leistungsbestimmung – grds. dem Festsetzungsberechtigten [23]. Im Rahmen eines Rückzahlungsanspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung ist allerdings der von der Festsetzung der Gegenleistung Betroffene verpflichtet, das Fehlen der Billigkeit substantiiert darzulegen und zu beweisen [24].

Bei einer Übernahme der früheren Rechtsprechung zur Preisfestsetzung im Rahmen der Strom- und Gasversorgung ist die uneingeschränkte Übernahme der damaligen Rechtsprechungsergebnisse deshalb sorgfältig zu prüfen, weil mit der Liberalisierung der Energiemärkte im Jahre 1998 eine deutliche Zäsur im Marktgeschehen aufgetreten ist. Während bei Strom seitdem gleichermaßen die rechtliche und auch faktische Möglichkeit zum Ausweichen des Kunden auf andere Anbieter in allen Marktsegmenten einschließlich der Tarifkunden eingeräumt ist, fehlt es trotz rechtlicher Öffnung der Gasmärkte seit dem Jahre 2003 [25] für Tarifkunden und kleinere Sondervertragskunden noch an der faktischen Gasmarktöffnung. Diese Kunden müssen deshalb auch dann, wenn sie mittelfristig auf eine andere Versorgungsart (z. B. Heizöl) übergehen könnten, einstweilen weiter wie monopolgebundene Kunden behandelt werden. Gleiches gilt für außerhalb der laufenden Entgeltzahlungen stehende Preisfestsetzungen für Baukosten, Hausanschlüsse usw. Während bei der Stromlieferung daher angesichts aktuellen Wettbewerbs um alle Kundensegmente § 315 Abs. 3 BGB nur noch auf die Sonderentgelte (Baukostenzuschüsse und Hausanschlussentgelte) analog angewendet werden kann, scheidet die BGB-Billigkeitskontrolle bei Gaslieferungen offensichtlich nur für diejenigen Kunden a priori aus, die als große und mittlere Nachfrager zwischen zumindest zwei Belieferungsalternativen zu wählen in der Lage sind.

Im Hinblick auf Leitsatz 2 bereitet die Bestimmung des Begriffs „Aushandeln von Preisen“ einige Schwierigkeiten [26]. Wer als Sondervertragskunde über die Preisvorstellungen des Versorgers zu verhandeln in der Lage ist, kann sich auch dann nicht auf die Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB berufen, wenn er tatsächlich nicht verhandelt hat (potenzielle Verhandlungsmacht). Das Fordern eines ge-

nehmigten Preises soll Indiz sein, dass Verhandlungsspielraum nicht bestand [27]; allerdings kommt umgekehrt die Genehmigung als Indiz für das Vorliegen von Billigkeit in Betracht [28]. Ein tatsächliches Aushandeln des Preises fordern allerdings OLG Brandenburg [29] sowie OLG Köln [30]. Weil der Kunde mit dem Neuanschluss oder bei Einzug in eine mit Gas beheizte Wohnung den Versorgungsvertrag unterschreibt und dabei auf die geltenden Preise hingewiesen wird, erkennt er die zu diesem Zeitpunkt geforderten Preise vorbehaltlos an, und er verhielte sich i. S. von § 242 BGB widersprüchlich, wenn er im Anschluss an sein vertragliches Einverständnis die Zahlung teilweise oder ganz verweigerte und die Überprüfung nach § 315 BGB forderte.

Wenn das zu Beginn der Vertragsbeziehungen zu Grunde gelegte Entgelt vom Kunden in freier Entscheidung und typischerweise auch in Kenntnis der Wettbewerbspreise (z. B. für Heizöl EL) bewusst akzeptiert worden ist, wird man diesen „Preissockel“ deshalb nicht mehr nach § 315 Abs. 3 BGB überprüfen können [31]; ein im Massenkundengeschäft allseits geforderter Preis wird nicht bereits dadurch zum „Monopolentgelt“, dass sich der Kunde für eine Wohnung mit Gasheizung entschieden hat. Weil Preisanpassungsklauseln (z. B. Anbindung an die Heizöl EL-Preise im Rahmen des sog. Anlegbarkeitsprinzips) aber typischerweise nicht ausgehandelt werden, dürfte bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen (fehlende Ausweichmöglichkeit, Daseinsvorsorge) die Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 BGB auf spätere Preiserhöhungen – insbesondere auf die letzte Preiserhöhung – zu Gunsten von Tarifkunden und Norm-Sonderkunden grundsätzlich eröffnet sein [32], soweit die Vorschrift nicht durch das Wettbewerbs- und Regulierungsrecht verdrängt wird [33].

Die Bestimmung des Maßstabs der Billigkeitskontrolle

Während einige unterinstanzliche Gerichte die Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB auf solche Vertragsbeziehungen abgelehnt haben, die sich auf dem Wettbewerb unterliegende Märkte beziehen (Verdrängung durch §§ 19, 20 GWB) [34], geht die alte höchstrichterliche Rechtsprechung von dem Nebeneinander von BGB-Billigkeitskontrolle und Preismissbrauchsaufsicht aus [35]. Die daraus resultierende abstrakte Divergenz bei der Bestimmung des

Überprüfungsmaßstabs und – daraus resultierend – der konkreten Divergenz im Hinblick auf die Höhe des geforderten Preises erscheint aus Gründen der rechtlichen Praktikabilität als höchst unbefriedigend. Dass ein missbräuchlich überhöhter Preis (§ 19 GWB) oder eine festgestellte Preisdiskriminierung (§ 20 Abs. 1 GWB) typischerweise auch unbillig im Sinne von § 315 Abs. 3 BGB sein wird, liegt auf der Hand; die vom Kartellrecht postulierte Rechtswidrigkeit hat insofern für das BGB nicht nur indizielle Bedeutung, sondern führt wegen des Verbotscharakters dieser Missbrauchs- und Diskriminierungsnormen zur Nichtigkeit der Preisvereinbarung (§ 134 BGB). Obwohl der BGH [36] die Indizwirkung einer Tarifgenehmigung bisher nicht bejaht, sondern offen gelassen hat, spricht unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung eigentlich alles für eine solche indizielle Bedeutung. Bekennt man sich zu diesen Grundsätzen, lassen sich im Rahmen einer praktischen Konkordanz unbefriedigende konkurrierende Maßstabsdefinitionen betr. § 315 Abs. 3 BGB in den meisten Fällen ausräumen. Entsprechend kann für regulierte Netznutzungsentgelte [37] bzw. hinsichtlich der Vermutungswirkung des EnWG 2003 (Anbindung an VV Elt II plus bzw. VV Gas II) [38] verfahren werden. Es bleiben dann nur noch diejenigen Fälle, in denen weder die Kartellbehörden noch die Regulierungsbehörde (bisher) gegen die geforderten Preise eingeschritten sind; während laufender Missbrauchs- und Regulierungsverfahren wird der Zivilrichter möglicherweise im Wege der Aussetzung [39] ein offensichtliches Abweichen vermeiden oder – vergleichsweise – eine vorläufige Regelung anstreben können.

Schreitet die zuständige Behörde gegen den Preis nicht ein, ist dieser auch nicht genehmigt und liegen die übrigen Voraussetzungen der (meist analogen) Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB vor, so muss der Zivilrichter entscheiden, ob es einen spezifischen Billigkeitsmaßstab des § 315 Abs. 3 BGB gibt oder ob seine Entscheidung spezialgesetzliche Vorgaben (z. B. §§ 6, 6a EnWG 2003) in Rechnung zu stellen hat. Die Entscheidung des Zivilrichters für einen solchen Maßstab kann dabei – abhängig vom Wettbewerbsgrad, der auf dem konkreten Versorgungs- und Entversorgungsmarkt herrscht – durchaus unterschiedlich ausfallen. Langfristig dürfte allerdings eine Konvergenz der Prüfungsmaßstäbe anzustreben sein.

Kostenmaßstab

Im Rahmen der grundlegenden Entscheidung des BGH vom 2. Oktober 1991 ist der Maßstab des § 315 Abs. 3 BGB betr. Stromentgelte wie folgt bestimmt worden: Eine einseitige Preisbestimmung ist billig, wenn das verlangte Entgelt im Rahmen des Marktüblichen liegt und dem entspricht, was regelmäßig für eine vergleichbare Leistung verlangt wird [40]. Dabei soll eine umfassende Würdigung des Vertragszwecks sowie der Interessenlage der Parteien erfolgen [41].

Um dem Ziel der Preisgünstigkeit der Versorgung mit leitungsgebundener Energie gerecht zu werden (vgl. § 1 EnWG 1935 = § 1 EnWG 1998/2003), hat dann der BGH auf untergesetzliches Recht und hier insbesondere auf § 12 BTOElt zurückgegriffen. Da ein Versorger von Endkunden an den Kostenmaßstab der BTOElt gebunden sei (Erfordernis einer Preisgenehmigung bei Belieferung von Tarifkunden), müsse auch die vorgelagerte Stufe (Blieferung des Weiterverteilers) auf diese Interessenlage Rücksicht nehmen. Insofern hat der BGH dann entschieden, dass im Strombereich das liefernde Unternehmen die mit der Versorgung verbundenen allgemeinen Kosten darzulegen habe [42]. Die erzielbaren Erlöse könnten dabei einen angemessenen Gewinn, die Bildung von Rücklagen, die Finanzierung von Investitionen und die Verzinsung des aufgenommenen Eigen- bzw. Fremdkapitals umfassen [43].

Ob der Rückgriff auf einen solchen Kostenmaßstab nach Liberalisierung der Strommärkte beginnend mit dem Jahre 1998 weiterhin geeignet ist, den Begriff der Billigkeit im Sinne von § 315 Abs. 3 BGB zu bestimmen, ist angesichts der auch europarechtlich angestrebten Wettbewerbsorientierung der Strompreise fraglich. Gerade auf der Weiterverteilungsebene und im Verhältnis zu Kunden, die Zugang zu Wettbewerbsangeboten haben oder sogar zur Eigenversorgung übergehen können, vermag eine strikte Kostenorientierung von vornherein keinen „billigen“ Preisbemessungsmaßstab abzugeben. Je nach bedientem Markt ist deshalb zur Ausfüllung der Billigkeit ein stark differenzierender Maßstab erforderlich. Da den Vorlieferanten häufig nicht unmittelbar die Versorgungspflicht gegenüber Tarifkunden im Sinne von § 10 EnWG trifft, kann ihm im Wettbewerb nicht verübelt werden, wenn er seine Preise an

alternativen Nachfragemengen orientiert und zum Beispiel Börsenpreise zu Grunde legt, obwohl seine Kostensituation einen niedrigeren oder auch einen höheren Preis rechtfertigen würde. Da zudem die Aufhebung der BTOElt unmittelbar bevorsteht, sprechen alle Argumente dafür, dass der BGH die Rechtsprechung von 1991 auch im Strombereich nicht fortsetzen wird.

Dies gilt erst recht auf den Gasmärkten, wo schon seit mehr als 20 Jahren die Preisgenehmigung und damit die Kostenorientierung entfallen ist. Entgelte für Gaslieferungen müssen deshalb im Wettbewerb erfahren werden, und die Kosten der Gasbeschaffung, Fernleitung und Verteilung bilden damit weder die Preisuntergrenze noch – unter Berücksichtigung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals – die Obergrenze des zulässigerweise geforderten Preises im Sinne der Billigkeit gemäß § 315 Abs. 3 BGB. Mangels „BTOGas“ vermag die Rechtsprechung den Maßstab des § 315 Abs. 3 BGB auch gegenüber Tarifkunden nicht an der Kostensituation des Vorlieferanten auszurichten, um dem Preiswürdigkeitsziel des § 1 EnWG zu genügen. Insbesondere im Gasbereich spricht alles dafür, mit Hilfe der zu den §§ 19, 20 GWB entwickelten kartellbehördlichen- und Rechtsprechungsgrundsätze auch den Billigkeitsmaßstab auszufüllen. Ein geforderter Gaspreis ist deshalb grundsätzlich nicht unbillig, wenn er weder diskriminierend im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB noch missbräuchlich im Sinne von § 19 GWB ausgestaltet ist.

Hinsichtlich der (wortgleichen) Vorläufervorschrift des § 20 Abs. 1 GWB hat der BGH bereits im Jahre 1964 die grundsätzliche **Konvergenz** der Maßstäbe des § 315 Abs. 3 BGB und des Diskriminierungsverbots festgestellt und ausgeführt [44]:

„Da indes im Rahmen des § 315 Abs. 3 BGB die wirtschaftlichen Interessen des die Leistung bestimmenden Teils im ganzen, also auch hinsichtlich seiner Beziehung zu anderen Geschäftspartnern zu berücksichtigen und im Rahmen des § 26 Abs. 2 GWB auch die Verhältnisse des unterschiedlich behandelten Gegners zumindest mit zu berücksichtigen sind (Zitat GK/Benisch), wird die Prüfung unter beiden Vorschriften im einzelnen Fall oft zu dem gleichen Ergebnis führen können.“

Bestimmung der Gaspreise im Wettbewerb

Die konkrete Ausfüllung des Billigkeitsbegriffs im Sinne von § 315 Abs. 3 BGB ist abhängig von der Marktstufe, auf der Gaspreise gefordert werden. Hat das belieferte Unternehmen Zugang zum europäischen Gasmarkt, kann der Anbieter von vornherein nur wettbewerbsorientierte Preise verlangen. Selbst wenn die Lieferanten zusammen im Rahmen einer Oligopol-situation im Sinne von Art. 82 EG Marktmacht ausüben in der Lage sind, dürfte ein substantieller Handlungsspielraum bei der Festsetzung der Gaspreise eher die Ausnahme bilden. Weil die Unternehmen auf dieser Marktstufe den Gaspreis im Einzelnen aushandeln, fehlt es bereits an einer einseitigen Preisbestimmung, so dass § 315 Abs. 3 BGB nur in seltenen Fällen anwendbar sein wird. Allenfalls bei einer länger andauernden Lieferbeziehung mit Preisanpassungsklauseln wäre es denkbar, die Ausübung eines im Ermessen des Lieferanten stehenden Preisbestimmungsrechts nach § 315 Abs. 3 BGB zu kontrollieren.

Fehlt es auf der belieferten Marktstufe an Ausweichmöglichkeiten (z. B. Nachfrage von Haushalten und Kleingewerbekunden), ist Marktbeherrschung des Gaslieferanten einstweilen zu bejahen. Es ist dann wie gewohnt auf die Maßstäbe der §§ 19, 20 GWB abzuheben. Insbesondere auf der Basis des Vergleichsmarktkonzepts ist dann zu kontrollieren, ob der geforderte Gaspreis dem Marktüblichen entspricht. Diesen Maßstab hat bereits der BGH in der Entscheidung von 1991 herangezogen [45]. Die überprüfenden Amts- und Landgerichte werden sich zur Kontrolle derjenigen Untersuchungen bedienen, die Landeskartellbehörde sowie Bundeskartellamt im Rahmen von aktuellen Preisvergleichen angelegt haben.

Preisvergleich

Hält sich die aktuelle Preisforderung im mittleren oder unteren Bereich der geforderten Bandbreiten an Gaspreisen, kommt ein Missbrauch im Sinne von § 19 GWB von vornherein nicht in Betracht. Allenfalls kann dann noch im Hinblick auf die Preisstruktur untersucht werden, ob die konkrete Kundengruppe im Verhältnis zu anderen Kundengruppen übermäßig und damit diskriminierend belastet wird. Liegt der Gaspreis hingegen im Bereich des obersten Drittels oder Viertels der üblichen Preisforderungen, wird der Ver-

sorger Gründe konkret vortragen müssen, die seine höhere Preisstellung zu rechtfertigen vermögen. Dabei kann er auch vergleichsweise höhere Kosten darlegen und nachweisen.

Gegen die Anwendung des Vergleichsmarktprinzips wird meist eingewendet, dass eine Unbilligkeit der Preise insofern schon aus methodischen Gründen nicht korrekt feststellbar sei, weil jedenfalls potenziell die Preise aller marktbeherrschenden Unternehmen gegen die §§ 19, 20 GWB sowie Art. 82 EG zu verstoßen verdächtig seien.

Diesem Argument ist entgegen zu halten, dass auch die deutsche Rechtsprechung [46] bei Preisvergleichen die europäischen Marktverhältnisse berücksichtigt hat. Dabei können zwar methodische Schwierigkeiten auftreten, weil unterschiedliche Marktverhältnisse zu unterschiedlichen Kalkulationsgrundsätzen führen werden, so dass mit Hilfe von Zuschlägen und Abschlägen die Marktbesonderheiten anderer Mitgliedstaaten der EU quasi „herausgerechnet“ werden müssen. Diese Schwierigkeiten haben die höchstrichterliche Rechtsprechung aber nicht dazu veranlasst, das Vergleichsmarktprinzip aufzugeben. Jedenfalls ist dieser methodische Weg vorzugs-würdig, wenn der Billigkeitsmaßstab an Wettbewerbsverhältnissen zu orientieren ist; die Untersuchung der konkreten Kostenlage eines Unternehmens dürfte zudem einen weitaus höheren Aufwand erfordern, weil es gilt, nicht nur den Kostenansatz und die adäquate Schlüsselung der Gemeinkosten zu untersuchen, sondern zugleich zu prüfen, ob bei betriebswirtschaftlich rationaler Betriebsführung ggf. niedrigere Kosten anzusetzen gewesen wären [47].

Before and After-Konzept

Eine Rechtfertigung der Preiserhöhung ist – trotz vergleichsweise hoher Gaspreise im deutschen oder europäischen Gaspreisvergleich – gleichwohl zu bejahen, wenn die Prüfung der letzten Gaspreiserhöhung ergibt, dass lediglich Mehrkosten des Unternehmens an die Kunden weitergegeben worden sind. Dieses Konzept des Zeitvergleichs – Aufwendungen vor und nach der Preiserhöhung – ist seit langem anerkannt und trägt der Lage derjenigen Unternehmen Rechnung, die angesichts ihrer Größe und Verhandlungsmacht notgedrungen zu ungünsti-

geren Konditionen einkaufen und versorgen müssen als die Großunternehmen. Da wegen Einigung mit dem Kunden (Vertragsschluss) der „Grundsockel“ des geforderten Gaspreises regelmäßig nicht der Überprüfung nach § 315 Abs. 3 BGB unterliegt und frühere Preisanpassungen wegen Verwirkung (§ 242 BGB) und vorbehaltloser Zahlung (§ 814 BGB) nach deren Überholung durch eine neue Anpassung dieses Schicksal teilen, beschränkt sich der zeitliche **Preisvergleich** auf die letzte **Preisanhebung**. Das Unternehmen wird dem Gericht die Rechtfertigung der Preiserhöhung in geeigneter Weise (WP-Testat) nachweisen können, und das Gericht kann bei Zweifeln einen Sachverständigen beauftragen, um die Mehrkosten nach Art und Umfang nachzuprüfen.

Seit der Flugpreis-Entscheidung des BGH [48] ist allgemein anerkannt, dass höhere Preise als marktüblich mit höheren Kosten gerechtfertigt werden können. Daraus folgt, dass der Versorger nicht nur dann nicht missbräuchlich und damit auch i. S. von § 315 Abs. 3 BGB billig handelt, wenn er im Unternehmenspreisvergleich gut abschneidet, sondern auch dann, wenn er seine letzte Preiserhöhung auf Grund seiner individuellen Mehrkosten zu rechtfertigen vermag. Dem steht die Stromtarif-Entscheidung des BGH [49] zu § 103 GWB a. F. nicht entgegen, wonach „unternehmensindividuelle Kosten“ beim Preisvergleich unberücksichtigt bleiben. Denn die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt sind wegen der zeitlichen und wärmeäquivalenten Kopplung des Gaspreises an den Heizöl EL-Preis durch systemimmanenten Wettbewerb geprägt: Weil Altkunden und Neukunden zu gleichen Entgelten versorgt werden, sind die Gasanbieter notwendig gezwungen, ihre Wettbewerbsfähigkeit zur Alternative Heizöl EL während der gesamten Vertragsdauer über alle Kunden aufrecht zu erhalten. Die Altkunden profitieren damit vom Wettbewerb um die Neukunden, und damit ist der Gaspreis auch auf den HuK-Märkten notwendig ein Wettbewerbspreis. Demgegenüber ging die Stromtarifentscheidung nach den Verhältnissen Anfang der siebziger Jahre zu Recht von einer Monopolpreisgestaltung aus; wegen der Unvergleichbarkeit der heutigen Gasmärkte mit den damaligen Strommärkten können die Gasversorger sehr wohl ihre betriebsindividuellen Kosten – wie eine Airline – zur Preisrechtfertigung nutzen.

Nachholen von Preisanpassungen

Wenn ein Unternehmen eine Möglichkeit zur Preisanpassung auslöst, ist der Anbieter keinesfalls auf Dauer an das dann vergleichsweise niedrigere Gaspreisniveau gebunden. Wenn die zwischenzeitlich gestiegenen Kosten dies rechtfertigen, können Preiserhöhungen nachgeholt werden. Die Rechtfertigung folgt dann wiederum entweder aus dem Gaspreisvergleich mit anderen Unternehmen oder aber aus der individuellen Kostenlage.

Auch ein Vorziehen erwarteter Kostensteigerungen kann wettbewerbsrechtlich gerechtfertigt und billig sein. Die Preisanpassung muss sich dann aber bereits zum Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens in den Bereich marktüblicher Preisforderungen einordnen. Um zeitmäßigbezogene Zufallswertungen auszuschließen, wird es sich empfehlen, den unternehmensbezogenen Preisvergleich auf der Basis eines Jahresbudgets für die jeweilige Kundengruppe durchzuführen. Auf diese Weise werden nicht nur die saisonalen Nachfrageschwankungen kompensiert, sondern es wird zugleich sichergestellt, dass die Unternehmen hinsichtlich der Zeitpunkte der Preisanpassung freier gestellt werden und nicht verpflichtet sind, nur deshalb bundesweit zeitgleich die Preise zu ändern, weil das Vergleichsmarktpinzip mit punktbezogenen Erhebungen arbeitet.

Die Überlegungen zeigen zudem, dass weiterhin alles getan werden muss, um nach der rechtlichen Öffnung der Gasmärkte auch faktisch auf jeder Abnahmestufe den Wettbewerb zu aktivieren. Mit Umsetzung der Zweiten Binnenmarktrichtlinie Erdgas und der damit verbundenen Überprüfung der Netznutzungsentgelte durch die Regulierungsbehörde kann von einer effektiven Öffnung des Zugangs zu allen Netzen ausgegangen werden, so dass sich dann die Gaspreise auf allen Marktstufen im Wettbewerb bilden.

Zeitliche Reichweite der Billigkeitsprüfung

Kann wegen zumindest faktisch einseitigem Bestimmungsrecht des Gaslieferanten eine analoge Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB gerechtfertigt werden, so wird das Gericht prüfen müssen, welche zeitlichen Anforderungen an den Preisvergleich zu stellen sind. Selbstverständlich kann nur der

aktuell geforderte Gaspreis – im Vergleich mit zeitgleich geforderten Preisen – in die Billigkeitsprüfung einbezogen werden. Wenn das zur Darlegung verpflichtete Lieferunternehmen einen Preis im Rahmen eines (höchstens mittleren) Preissegments nachzuweisen vermag, ist auf diese Weise im Regelfall eine billige Preisforderung im Sinne von § 315 Abs. 3 BGB zu bejahen. Schwierigkeiten auch in zeitlicher Hinsicht können sich ergeben, wenn die Preise des zu überprüfenden Unternehmens im oberen Preissegment liegen oder sogar zu den höchsten – im deutschen oder europäischen Vergleich – gehören.

Keinesfalls kann aus einer solchen Preisforderung eine Art „per se-Unbilligkeit“ gefolgert werden. Vielmehr ist es jetzt Sache des Lieferanten nachzuweisen, welche Gründe für die Abweichung vom mittleren Preis eingreifen. Insofern kann es aber unzumutbar sein, sämtliche Kosten einschließlich derer darzulegen, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des konkreten Gaslieferungsvertrages maßgeblich gewesen sind. Vielmehr besteht eine unter Berücksichtigung der Interessenlage der Parteien praktikable Handhabung der Billigkeitsprüfung darin, die **Gründe für die letzte Preisanhebung** genauer zu untersuchen. Insbesondere ist es nicht Aufgabe der Billigkeitsprüfung, den bei Abschluss des Gaslieferungsvertrages maßgeblichen Preis in der Art eines „Sockels“ retrospektiv zu untersuchen, weil zum damaligen Zeitpunkt (Vertragssituation) regelmäßig ein einseitiges Bestimmungsrecht des Lieferanten nicht gegeben war, so dass § 315 Abs. 3 BGB damals nicht hätte angewendet werden können. Wenn die Vorschrift seiner Zeit aber nicht einschlägig war, kann zu einem möglicherweise vier Jahre später liegenden Zeitpunkt eine (rückwirkende) Anwendung schon aus methodischen Gründen nicht eröffnet werden. Dies bedeutet, dass der ursprüngliche Sockel auch auf die Gefahr hin unüberprüft bleibt, dass bereits damals eine überhöhte Preisforderung vorgelegen hat. Weil der Kunde nicht gezwungen wurde, einen Gasliefervertrag abzuschließen und in Form zumindest von Heizöl alternative Primärenergieträger zur Verfügung gestanden haben, ist die rückwirkende Anwendung des Vergleichsmarktpinzips deshalb bereits methodisch ausgeschlossen. Dies gilt auch dann, wenn sich der Kunde quasi irrational zur Zahlung eines Mehrpreises im Vergleich zur Sicherstellung des Wärmebedarfs mit Hilfe

von Heizöl entschlossen hat; in dieser Entscheidung kommt dann offenbar seine Präferenz für diese besonders umweltfreundliche Energiequelle zum Ausdruck.

Der Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs. 3 BGB ist deshalb in zeitlicher Hinsicht nur derjenige Zeitraum vergleichend zugrunde zu legen, der seit der vorletzten Preisänderung vergangen ist. Der Lieferant hat zu rechtfertigen, dass die zuletzt vorgenommene Preiserhöhung dem Billigkeitsmaßstab genügt. Hat er die Preise im marktüblichen Rahmen erhöht, ist seine Forderung grundsätzlich als billig anzusehen; es ist dann Sache des belieferten Kunden, Gründe darzulegen und nachzuweisen, die eine niedrigere Preisanhebung als allein wettbewerbskonform zu rechtfertigen geeignet sind.

Hat der Lieferant seine Preise in einem stärkeren Maße als marktüblich erhöht, hat er die Billigkeit dieser Forderung darzulegen und nachzuweisen. Dazu können (vergleichsweise) stärker gestiegene Netznutzungsentgelte, höhere Beschaffungskosten, Sanierungsmaßnahmen im Hinblick auf das Netz, besondere Werbeanstrengungen, Ausbau des Netzes usw. herangezogen werden. Ist die stärkere Erhöhung durch vergleichsweise stärker gestiegene Kosten gerechtfertigt, ohne dass Kompensationsbeträge im Rahmen des gesamten Entgelts vom Kunden dargelegt werden, folgt daraus wiederum die Billigkeit der Preisforderung im Sinne von § 315 Abs. 3 BGB.

Anlegbarkeitsprinzip

Die Preisverhältnisse auf dem Gasmärkten sind – in mittelfristiger Betrachtung – durch die offensichtlichen Substitutionsbeziehungen zu anderen Primärenergieträgern gekennzeichnet. Weil auch die Preise der Vorlieferanten (einschließlich der Gasproduzenten) im Wettbewerb gebildet werden, also auch die Gasproduzenten nicht nur ihre Kosten abrechnen, hat sich auf den internationalen Märkten eine Anbindung an die (wärmeäquivalente) Belieferung mit Heizöl unter Berücksichtigung der schwankenden Heizöl EL-Preise herausgebildet [50]. Dieses sog. Anlegbarkeitsprinzip ist in der Vergangenheit von den Kartellbehörden immer akzeptiert worden [51]. Erst in jüngster Zeit prüft das Bundeskartellamt, ob unter Berücksichtigung der Lieferketten im Rahmen des Anlegbarkeitsprinzips missbräuch-

liche Preiserhöhungsspielräume eröffnet werden bzw. ob die Langfristigkeit der Bindung an bestimmte Gaslieferanten eine Marktverschließungstendenz aufweist [52]. Das Ergebnis dieser Prüfungen bleibt abzuwarten.

Aus methodischer Sicht wird ein Gaskunde optimal geschützt, wenn er für wärmeäquivalentes Gas keinen substanzial höheren Preis zu zahlen verpflichtet ist, wenn man diesen Preis mit der zeitgleichen Belieferung mit Heizöl vergleicht. Mit seiner Abnahmetechnologie (Heizungsanlage) hat sich der Gaskunde mittelfristig gebunden und kann nur unter Einsatz substanzialer Umrüstkosten auf den alternativen Primärenergieträger ausweichen. Bivalente Anlagen dürften die Ausnahme darstellen. Das Anlegbarkeitsprinzip genügt grundsätzlich auch kostenrechnerischen Maßstäben, weil offenbar auf allen Belieferungs- und Wertschöpfungsstufen das Anlegbarkeitsprinzip eingreift. Zusätzliche Belastungen der Großhändler und Weiterverteiler resultieren allerdings aus langfristigen „Take or Pay-Verträgen“, wonach kontrahierte Liefermengen auch dann bezahlt werden müssen, wenn sie gar nicht abgerufen werden bzw. erst später absetzbar sind. Weil Aufwendungen für Installation und Wartung von Tankanlagen erspart werden, dürften Gaskunden regelmäßig bereit sein, ein etwas höheres Entgelt verglichen mit dem aus der Belieferung mit Heizöl zu zahlen.

Offenbar wirkt sich das Anlegbarkeitsprinzip im Hinblick auf die Belieferung von Tarifkunden mit Gas zeitlich stark punktuell aus. So ist es nicht außergewöhnlich, dass trotz zeitgleichen Fallens der Heizölpreise die Gaspreise erhöht werden, weil der Bezugszeitpunkt für die Anwendung des Anlegbarkeitsprinzips bis zu einem halben Jahr zurückliegt. Entsprechend kann sich ein Fallen des Gaspreises ergeben, obwohl die Heizölpreise kontinuierlich steigen.

Zusammenfassung

1. Bei mehr als 800 erstinstanzlichen Gerichten ist eine den Zivilrichtern zugeordnete Gaspreis-Billigkeitskontrolle weder effizient noch rechtsstaatlich geboten. Im Zuge der Umsetzung der Zweiten Gasbinnenmarkttrichtlinie wird der Wettbewerb zunehmend Druck auf die Preise ausüben. Jedenfalls bildet die Kontrolle von Preisen in

Massenkundenmärkten eine typische Aufgabe der Exekutive, was dann durch die Gerichte nur noch überprüft wird.

2. § 315 Abs. 3 BGB wird auf Gaspreise typischerweise nicht anwendbar sein. Wegen des Wettbewerbs zum Heizöl, manifestiert im Anlegbarkeitsprinzip, profitieren Altkunden und Neukunden gleichermaßen vom Bemühen der Gaswirtschaft, ihren Absatz zu Lasten des Heizöls zu erweitern. Eine Monopolsituation, auf die § 315 Abs. 3 BGB analog anzuwenden wäre, liegt deshalb in Wirklichkeit nicht vor.
3. Weil der Gaskunde den Versorgungsvertrag zu den damals geltenden Preisen unterschrieben hat, ist jener „Preissockel“ nach § 315 Abs. 3 BGB auch in analoger Anwendung selbst dann nicht überprüfbar, wenn sich der Versorger im Massenkundengeschäft auf individuelle Preisverhandlungen nicht eingelassen hat. Dies gilt wegen Verwirkung und vorbehaltloser Zahlungen auch für inzwischen erledigte Preisanpassungen.
4. Wenn die Rechtsprechung die Vorschrift gleichwohl anwenden sollte, dann kommt als Maßstab eine Gesamtkostenrechtfertigung i. S. der Strombezugs-genossenschafts-Entscheidung des BGH (NJW-RR 1992, 183) nicht in Betracht, weil das Gas auf dem Wärmemarkt im Wettbewerb zum Heizöl EL steht und der Gaspreis dies auch widerspiegelt (Anlegbarkeitsprinzip). Erforderlich ist vielmehr ein der Wettbewerbssituation Rechnung tragender Maßstab, und auch im Sinne der vom BGH früher betonten Maßstabskonvergenz (BGHZ 41, 271, 279 – Milchgeldkürzungen) bieten sich das Vergleichsmarktsowie des Zeitvergleichskonzept des Wettbewerbs- und Kartellrechts an, um die Billigkeit der Gaspreise zu überprüfen.

Anmerkungen und Literatur

[1] BGH NJW-RR 1992, 183 – Strombezugs-genossenschaft.

[2] Darüber gibt es kaum Klagen auf Zahlung, wohl aber zahlreiche Klagen auf Rückforderung wegen vermeintlich überhöhter Preise oder Netznutzungsentgelte, vgl. die Nachweise Fn. 19-24.

[3] Überblick bei Franke, Präventive Strompreisaufsicht nach dem EnWG, in: Schneider/Theobald, Hb EnWR, München 2003, § 16 Rz. 23ff.

[4] Aus der Rechtsprechung: BayVGH RdE 1989, 40 = DVBl. 1989, 524 – Nachprüfung der Tarifgenehmigungsentscheidung; Vorinstanz: VG München RdE 1982, 122; BVerwG RdE 1992, 114 – Nachprüfung der Tarifgenehmigungsentscheidung; VG Köln RdE 2003, 112 – Elektrizitätsgenossenschaft und NRW-Erhebungsbogen; VG Stuttgart RdE 1996, 145 – Strukturschwacher Weiterverteiler; zur Verfassungswidrigkeit des § 11 Abs. 2 BTO/Elt vgl. VG Hannover RdE 1993, 153, 154ff. – Abgabe-Preiskontrolle; VG Gelsenkirchen RdE 1994, 69 – Elektrizitätsabgabepreis-Genehmigung.

[5] BGH NJW 2003, 1449, 1450 = RdE 2003, 188 – Rückforderung trotz Tarifgenehmigung; zu eher berichtenden als zustimmenden Äußerungen der Literatur vgl. Scholtka/Baumbach, Die Entwicklung des Energierechts in den Jahren 2002 und 2003, NJW 2004, S. 723, 725.

[6] Vgl. die Preisfreigabeverordnung Nr. 3/53 über Preise für elektrischen Strom und Gas vom 30.1.1953, Bundesanzeiger Nr. 21 vom 31.1.1953 (Freigabe der gegenüber gewerblichen Abnehmern berechneten Gaspreise ab 1.2.1953) sowie Preisfreigabeverordnung PR Nr. 1/59 über die Aufhebung von Preisvorschriften für Gas vom 21.1.1959, Bundesanzeiger Nr. 15 (betreffend die Freigabe auch der Gastarifabnehmerpreise ab 1.2.1959). Anders als die Tarifordnung für Gas vom 15.5.1939 (RGBl. I S. 927) hat die Bundestarifordnung Gas vom 10.2.1959 (Bundesgesetzblatt, I S. 46) eine Bindung oder Genehmigung von Tarifkundenpreisen nicht vorgesehen.

[7] Vgl. allein zum Nebeneinander unterschiedlicher Regulierungsformen bei den Netzentgelten Theobald/Zenke, Kartellrechtliche Netzentgeltaufsicht, in: Schneider/Theobald, Hb EnWR, aaO § 17 Rz., 45ff.

[8] Vgl. §§ 19, 20 Abs. 1 GWB sowie §§ 103, 103a GWB a. F.

[9] Nachweise zur Rechtsprechung bei Salje, Preissmissbrauch durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz (Hrsg.), Stromwirtschaft, Köln/Berlin/Bonn/München 2002, Kap. 72, S. 699ff. Rz. 77f.

[10] Grundlegend: Lukes, § 315 BGB bei dem Energieliefervertrag (Elektrizität) zwischen EVU und Tarifabnehmer, BB 1985, S. 2258ff.; Recknagel, Die zivilrechtliche Bestimmung von Netznutzungsentgelten nach § 6 Energiewirtschaftsgesetz, in: Büdenbender/Kühne (Hrsg.), Energierecht in der Bewährung. FS Baur, Baden-Baden 2002, S. 225, 235ff. (mit Nachweisen zur Rechtsprechung); Schulz-Gardyan, Gerichtliche Billigkeitskontrolle von Netznutzungsentgelten nach § 315 Abs. 3 BGB?, RdE 2003, S. 9ff.; aus der Rechtsprechung: BGH NJW-RR 1992, 183 – Strombezugs-genossenschaft; BGH NJW 1998, 3188, 3191f. – Telekom-Tarifreform 1996; Thüringer OLG RdE 1998, 121, 122f. = ZNER 1998 (Heft 1), 65 – Zwanzigjähriger Versorgungsvertrag; OLG Oldenburg RdE 1998, 154, 157ff. – Strombezugs-genossenschaft II; LG Hannover NJW-RR 1992, 1198, 1199f. – Tarifierhöhung von 14,47%; LG Osnabrück RdE 1997, 76, 77ff. – Strombezugs-genossenschaft II; AG Bad Neuenahr ZNER 1998 (Heft 2), 46 – Mängel des Genehmigungsverfahrens.

[11] Vom 26. 6. 2003, ABl. Nr. L 176/37 (Elektrizität) bzw. 56 (Gas) vom 15. 7. 2003.

[12] Vgl. hierzu OLG Oldenburg RdE 1998, 154, 157ff. sowie LG Osnabrück RdE 1997, 76, 77ff. – Strombezugs-genossenschaft II (Folge-

prozess zu BGH NJW-RR 1992, 183 als Grundlagenscheidung).

[13] Vgl. BGHZ 41, 271, 279f. – Milchgeldkürzungen; Z 97, 212, 223 – Zinsänderungsklausel.

[14] Als Beispiel für das Zurücktreten des Zivilrechts kann die Zurückhaltung der Zivilgerichte herangezogen werden, wenn es um Entscheidungen gegenüber genehmigten Immissionen geht, vgl. die Untersuchung von Versen, Zivilrechtliche Haftung für Umweltschäden. Der Einfluss öffentlich-rechtlicher Gestattungen und Sicherheitspflichten, Heidelberg 1994, S. 52ff., 97 ff. und 216ff.

[15] Vgl. die Nachweise Fn. 21 und 22.

[16] Weiterverteiler oder Letztverbraucher: Sondervertragskunden, Norm-Sonderkunden, Tarifvertragskunden.

[17] Kuhnt/Tüngler, § 315 Abs. 3 BGB und die gerichtliche Kontrolle von Gaspreisen, NJW 2005 (im Erscheinen).

[18] Vgl. dazu die Nachweise bei Erman/J. Hager, BGB, Bd. 1, 11. Aufl. Münster/Berlin 2004, § 315 Rz. 7ff.; BGH DB 1976, 669, 670 – Mietanpassung.

[19] RGZ 111, 310, 313 – Großabnehmer-Strompreise; BGHZ 73, 114, 116 = NJW 1979, 576 – Krankenhauspflegesätze; BGH NJW 1987, 1828, 1829 – BKZ und Hausanschlusskosten. Vgl. auch BGH NJW 1992, 171, 173 – Abwasserentgelt; BGH WM 1990, 608; BGH RdE 1987, 165, 169 – Fernwärmetarif; OLG Celle NJW-RR 1993, 630 – Bereitstellungspreis für landwirtschaftliche Unternehmen.

[20] BGH NJW-RR 1990, 1204f. – Auftrag zum Stromnetzanschluss; OLG München RdE 2004, 52, 54 – Sondertarif N 01; OLG Brandenburg GWF 2001, 47, 48; OLG Karlsruhe RdE 2005, 51, 52 – NNE-Vereinbarung unter Protest; OLG Köln RdE 1995, 77, 78 – Reihenhausanschlusskosten; LG Kiel RdE 2005, 53, 54 – Preisvereinbarung LN 33; OLG Thüringen RdE 1998, 121, 122f. – Zwanzigjähriger Versorgungsvertrag.

[21] LG Hannover RdE 2004, 54, 55 – Billigkeit des NNE; vgl. auch OLG Düsseldorf RdE 2004, 118, 119 – Überprüfung der Kalkulationsmethode (betreffend eine Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes).

[22] OLG Düsseldorf RdE 2004, 118, 119 – Überprüfung der Kalkulationsmethode (allerdings eine Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes betreffend); LG Hannover RdE 2004, 54, 55 – Billigkeit des NNE; LG Kiel RdE 2005, 53, 54f. – Preisvereinbarung LN 33; LG Potsdam RdE 2004, 307f. – standardisierte

Preisvereinbarung; LG Bremen RdE 2004, 304f. – Vorrang des GWB; LG Köln RdE 2004, 306f. – NNE ohne Alternative.

[23] BGH NJW 2003, 1449, 1450 – Rückforderung trotz Tarifgenehmigung; NJW 1987, 1828, 1829 – BKZ und Hausanschlusskosten; NJW-RR 1992, 183, 184 – Strombezugs-genossenschaft; OLG Celle NJW-RR 1993, 630 – Bereitstellungspreis für landwirtschaftliche Unternehmen; OLG Rostock NJW-RR 2000, 1005 – Großstück-siebanlage.

[24] BGH NJW 2003, 1449, 1450 = RdE 2003, 188 – Rückforderung trotz Tarifgenehmigung; LG Hannover RdE 2004, 54, 55 – Billigkeit des NNE.

[25] Durch die sog. Gasnovelle vom 20.5.2003, BGBl. I S. 686.

[26] Aus der Rechtsprechung: OLG München RdE 2004, 52, 54 – Sondertarif N 01; OLG Brandenburg GWF 2001, 47, 48; OLG Köln RdE 1995, 77, 78 – Reihenhausanschlusskosten.

[27] In diese Richtung OLG München RdE 2004, 52, 54 – Sondertarif N 01.

[28] Offengelassen BGH NJW 2003, 1449, 1450 – Rückforderung trotz Tarifgenehmigung; vgl. aber KG Berlin RdE 2002, 243, 244 – Rückforderung trotz Tarifgenehmigung (Bejahung der Indizwirkung) mit zust. Anm. Hempel, S. 244ff. Gegen die Indizwirkung jedenfalls bei Mängeln des Genehmigungsverfahrens: AG Neuenahr ZNER 1998 (Heft 2), 46f. – Mängel des Genehmigungsverfahrens.

[29] GWF 2001, 47, 48.

[30] RdE 1995, 77, 78 – Reihenhausanschlusskosten.

[31] Vgl. dazu die Nachweise zur Rspr. in Fn. 20.

[32] Vgl. LG Potsdam RdE 2004, 307f. – standardisierte Preisvereinbarung.

[33] Dazu sogleich unter „Die Bestimmung des Maßstabs der Billigkeitskontrolle“

[34] LG Bremen RdE 2004, 304f. – Vorrang des GWB; LG Rostock RdE 2004, 175, 176f. – Preismodell 19/19.

[35] BGH NJW-RR 1992, 183, 185 – Strombezugs-genossenschaft; BGHZ 41, 271, 278f. = NJW 1964, 1617 – Milchgeldkürzungen.

[36] NJW 2003, 1449, 1450 – Rückforderung trotz Tarifgenehmigung.

[37] Demnächst §§ 65, 21 EnWG in der derzeitigen Entwurfsfassung, BT-DrS 15/3917 = BR-DrS 613/04.

[38] § 6 Abs. 1 Satz 4 und 5 EnWG 2003; § 6a Abs. 2 Satz 4 und 5 EnWG 2003.

[39] § 148 ZPO.

[40] BGH NJW-RR 1992, 183, 184 – Strombezugs-genossenschaft.

[41] Ebd.

[42] Ebd., S. 184ff.

[43] BGH ebd.

[44] BGHZ 41, 271, 279 – Milchgeldkürzungen; zu pauschal und ohne Auseinandersetzung mit der früheren Rechtsprechung: BGH NJW 2003, 1449, 450 = RdE 2003, 188 – Rückforderung trotz Tarifgenehmigung („... die Grenzen des allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchs- und Diskriminierungsverbots fallen nicht mit den Grenzen der Billigkeitsentscheidung nach § 315 BGB zusammen“) unter Hinweis auf die Entscheidung „Strombezugs-genossenschaft“, BGH NJW-RR 1992, 183, 185.

[45] BGH NJW-RR 1992, 183, 184 – Strombezugs-genossenschaft.

[46] BGHZ 68, 23, 30ff. – Valium/Librium; Z 76, 142, 151f. – Valium/Librium II.

[47] Zu nur fünf von Dutzenden möglichen Problemfällen vgl. Salje, Rechtliche Grundlagen und Reichweite der Bindung an die der VV II plus zu Grunde liegenden Preisfindungsprinzipien, Frankfurt/Main/Heidelberg 2003, S. 67ff.

[48] BGH WuW/E DE-R 375, 378ff. – Flugpreis Berlin – Frankfurt/Main.

[49] BGHZ 59, 42 = WuW/E BGH 1221.

[50] Zu Einzelheiten des Anlegbarkeitsprinzips vgl. H. K. Schneider/Schulz, Die Gaspreisbildung nach dem Anlegbarkeitsprinzip. Ein Beitrag zu ihrer wirtschaftspolitischen Beurteilung, München 1977; Lütphar, Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über Gaspreise, RdE 1996, S. 57, 60ff.; Riechmann, Die Gleichpreisigkeit als preis- und kartellrechtliches Problem, RdE 1995, S. 97, 98; Wolf, Missbrauchsaufsicht über die Gaspreise, BB 1989, S. 993ff.; Lutz, Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über HuK-Gaspreise – Markt-abgrenzung und Marktbeherrschung, RdE 2000, S. 62ff.; Specht, Gasbeschaffung im liberalisierten Energiemarkt. Vertragsgestaltung und Preisfindung für Sondervertragskunden, Köln 2001, insb. S. 89ff.; Held, Überhöhte Preise auf dem Wärmemarkt? – Billigkeitskontrolle von Erdgas- und Fernwärmetarifen nach § 315 BGB, NZM 2004, S. 169, 176.

[51] TB BKartA 1973, S. 112 sowie 1975, S. 91

[52] Vgl. dazu Süddeutsche Zeitung vom 18.1.2005, S. 21: „Kartellamt prüft Gasverträge.“ Süddeutsche Zeitung vom 29./30.1.2005, S. 22: „Kartellamt greift am Gasmarkt ein“.



et berichtet und analysiert kompetent, aktuell und ganzheitlich **über** deutsche, europäische und globale Energie- und Umweltpolitik **zeugt**



ENERGIEWIRTSCHAFTLICHE

et **TAGESFRAGEN**

Überzeugen Sie sich: www.et-energie-online.de