

Gutachten im Auftrag der AGFW

# Ist die Preiskontrolle von Fernwärmever sorgungsverträgen nach § 315 BGB zulässig?

Die AGFW hat ein Gutachten in Auftrag gegeben, in dem untersucht wurde, ob eine zivilgerichtliche Kontrolle der Fernwärmepreise nach § 315 Abs. 3 BGB möglich ist. Hintergrund sind aktuelle Diskussionen in der Fernwärmebranche. Die Autoren stellen eine Kurzfassung des Gutachtens dar.

Es ist anerkannt, dass die vom Energieversorgungsunternehmen (EVU) festgesetzten Preise in bestimmten Konstellationen einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle unterliegen. Diese Billigkeitskontrolle erfolgt über §§ 315, 316 BGB. Für Fernwärmever sorgungsverträge ist diese Möglichkeit bisher noch nicht abschließend höchstrichterlich geklärt worden. Vor diesem Hintergrund mehrten sich die Fälle, in denen Fernwärme-Weiterverleiher Verträge mit Fernwärmeverlieferanten derart abschließen, dass sie in bestehende Versorgungsverträge eintreten, um dann die vereinbarten Preise an den Vorlieferanten nicht zu zahlen und letztere daher Zahlungsklage erheben müssen.<sup>1</sup> Auch die Endverbraucher von EVU verhalten sich entsprechend. Insbesondere im Zusammenhang mit den zurzeit in der Öffentlichkeit diskutierten Strompreiserhöhungen rufen Verbraucherverbände die Stromkunden dazu auf, ihre Stromrechnungen unter Berufung auf § 315 BGB nur unter Vorbehalt und nicht vollständig zu bezahlen.<sup>2</sup> Entsprechendes gilt für einen »Preisboykott«, zu dem die Verbraucherzentrale Gas-kunden aus Anlass einer deutlichen

Preiserhöhung der Gaswirtschaft im Dezember 2004 aufgefordert hat.<sup>3</sup> Dabei wirkt sich die Boykott-haltung der Kunden unterschiedlich aus. Während einige Kunden nur die Erhöhungsbeträge nicht zahlen, zahlen andere überhaupt nicht mehr. Darüber hinaus zahlen einige Kunden trotz langjähriger Lieferbeziehungen sowohl den Erhöhungsbetrag nicht als auch nur einen geminderten ursprünglichen Betrag. Derartige Praktiken strahlen auf Fernwärmelieferungsverträge aus. Insoweit ist auch für die Fernwärmever sorgungsunternehmen zu erwarten, dass in Zukunft die Zahl derer, die die Preise und Preiserhöhungen nicht zahlen, erheblich ansteigen wird. Die rechtliche Zulässigkeit dieses »Preisboykotts« hat insofern erhebliche praktische Bedeutung.

## A) Bestandsaufnahme der Rechtsprechung zu § 315 BGB

Der Anwendungsbereich von § 315 BGB wird entscheidend durch

- 1 Die Motive für dieses Verhalten sind unterschiedlich. Es scheint sich aber diesbezüglich ein eigenständiges Geschäftsmodell herauszubilden, das darauf basiert, zunächst die Preise der Bestandskunden zu übernehmen, um später deren Angemessenheit zu bestreiten, um aus dieser Praxis den eigenen Kunden günstigere Tarife bieten zu können. Erst kürzlich wurde die Überprüfung von Fernwärmepreisen in diesem Zusammenhang nach § 315 BGB abgelehnt, da dieses Verhalten rechtsmissbräuchlich sei, LG Frankenthal, InfrastrukturR 2005, 14.
- 2 Vgl. Stuttgarter Zeitung »Protest gegen höhere Strompreise wächst« vom 8. November 2004.

die Rechtsprechung geprägt. Insbesondere im Bereich von Energieversorgungsverträgen hat sich hierzu eine Judikatur herausgebildet, die die Norm über ihren Wortlaut hinaus ausdehnt. Diese gibt Veranlassung zu Kritik, die u.a. eine unscharfe Abgrenzung zwischen einer Inhaltskontrolle auf der einen Seite und der Billigkeitskontrolle auf der anderen Seite beanstandet, als auch die analoge Anwendung auf bestimmte Sachverhalte für systemwidrig hält. Weiter stellt sich die Frage einer Abgrenzung des § 315 BGB vom Kartellrecht (§§ 19, 20 GWB).

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

## I. Systematik des Gesetzes

Gemäß § 315 Abs. 1 BGB ist ein wirksamer Vertragsschluss, d.h. die Einigung über die essentialia negotii, zwingende Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Norm.<sup>4</sup> Dabei erfolgt eine Einigung über einen wesentlichen Vertragsbestandteil nur derart, dass einem Vertragsteil künftig die Bestimmung einer Leistung obliegt. In Abgrenzung zu § 154 BGB liegt dann kein offener Dissens vor, da grundsätzlich Einigkeit zwischen den Parteien besteht und eine Hauptleistung des Vertrages lediglich zeitlich später bestimmt wird. § 315 Abs. 1 BGB hilft somit über eine sonst bestehende Vertragslücke hinweg.<sup>5</sup>

Nach § 315 Abs. 1 BGB hat die Leistungsbestimmung nur dann nach billigem Ermessen zu erfolgen, wenn keine Einigung über den Rahmen, in dem sich die Leistungsbestimmung zu halten hat, erzielt wurde. Denn nur »im Zweifel« ist anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. Folglich handelt es sich hierbei

3 Vgl. Die Welt »Boycott gegen Gaspreiserhöhung« vom 6. Dezember 2004.

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

5 *Baur/Henk-Merten*, Entgeltfindung unter Kontrahierungszwang, S. 20; Münchener Kommentar zum BGB – *Gottwald*, BGB, § 315, Rdn. 1.

um eine Auslegungsregel des vertraglich vereinbarten Leistungsbestimmungsrechts mit der Aussage, dass das Leistungsbestimmungsrecht mangels abweichender Regelung so zu treffen ist, dass es billigem Ermessen entspricht.

Gemäß § 315 Abs. 2 BGB hat die Leistungsbestimmung durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil zu erfolgen. Es handelt sich hierbei um ein Gestaltungsrecht, das durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber der anderen Vertragspartei ausgeübt wird.<sup>6</sup>

§ 315 Abs. 3 BGB setzt in Satz 1 zunächst voraus, dass ein Leistungsbestimmungsrecht vereinbart wurde. Daraus ergeben sich sodann im Zusammenhang mit Satz 2 unterschiedliche Rechtsfolgen. In Satz 1 wird bestimmt, dass die gemäß Abs. 2 getroffene Leistungsbestimmung nur dann Verbindlichkeit erlangt, wenn sie der Billigkeit entspricht. Satz 2 ordnet darüber hinaus an, dass, sobald diese Bestimmung nicht der Billigkeit entspricht oder verzögert wird, sie durch Urteil getroffen werden kann. Das an sich vertraglich angelegte Gestaltungsrecht geht somit in diesen Fällen auf das Gericht über.

## II. Anwendungsbereich des § 315 BGB in »Monopolsituationen und im Rahmen der Daseinsvorsorge«

Unabhängig vom gesetzlich geregelten Fall eines vertraglich vereinbarten Leistungsbestimmungsrechts erkennt die ständige Rechtsprechung auch die (zum Teil analoge) Anwendung der Vorschrift im Bereich nur faktischer Bestimmungsrechte an. Im Wesentlichen gilt dies hinsichtlich in allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelter Tarife von »Monopolunternehmen« im Zusammenhang mit der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge.<sup>7</sup>

### 1 Entscheidungen zu Energieversorgungsverträgen (Strom und Gas)

#### a) Billigkeitskontrolle von Sonderkundenverträgen

Die maßgeblichen Entscheidungen vor allem zur Stromversorgung sind

zu Sonderkundenverträgen ergangen, bei denen die Judikatur grundsätzlich die Anwendbarkeit des § 315 BGB bejaht.

In dem grundlegenden Urteil BGH BB 1971, 1175<sup>8</sup> zur Preisgestaltung bei Sonderabnehmerverträgen über Stromlieferungen wandte der BGH §§ 315, 316 BGB analog an.

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

In seiner Begründung führt der BGH zunächst aus, dass sich die Parteien zwar nicht über die Modalitäten des Strombezugs geeinigt hätten, der Kunde jedoch gleichwohl Strom bezogen hätte.

Das Gericht<sup>9</sup> leitet aus den Vertragsverhandlungen her, dass die Parteien ihre Beziehungen als vertraglich betrachten und nicht in einem vertragslosen Zustand handeln wollten. Ungeachtet der mangelnden Einigung über den Preis sei daher entgegen der Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB jedenfalls im Übrigen ein Energielieferungsvertrag zustande gekommen. Die verbleibende Vertragslücke könne durch Anwendung des § 315 BGB geschlossen werden. Tragendes Motiv dieser BGH-Entscheidung ist somit das Ziel, eine Abwicklung des Strombezugs nach Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) zu verhindern.

Zum Maßstab der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB führt der BGH hier noch aus, dass eine Prüfung und Abwägung der wirtschaftlichen Interessen der Parteien zu erfolgen habe. Das Ziel dieser Prüfung sei nicht die Ermittlung eines gerechten Preises von Amts wegen, sondern vielmehr die Feststellung, inwieweit die getroffene Bestimmung sich noch in den Grenzen der Billigkeit halte.<sup>10</sup>

#### b) Billigkeitskontrolle von Tarifkundenverträgen

Zur Anwendbarkeit auf Tarifkundenverträge sind bisher nur wenige Entscheidungen ergangen. Der

BGH nimmt auch in diesen Sachverhalten eine Erweiterung des Anwendungsbereichs über den Wortlaut des § 315 BGB hinaus vor.<sup>11</sup>

#### aa) BGH NJW 1987, 1828 (AVBGasV – Baukostenzuschüsse und Hausanschlusskosten)

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

Der BGH sah in den »Ergänzenden Bestimmungen« Allgemeine Geschäftsbedingungen, die wirksam in den Vertrag mit einbezogen worden seien. Damit sei auch eine Vereinbarung über den Preis getroffen worden. Diese sei aber gerade keine Individualvereinbarung. Das Gericht verneinte hinsichtlich der Kontrolle der Höhe der Kostenpauschalen die Anwendbarkeit der §§ 9 bis 11 AGB-Gesetz (a.F.). Es verwies anstelle dessen aber auf § 315 Abs. 3 BGB. Tarife von Unternehmen, die Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfall angewiesen sei, unterliegen nach Auffassung des BGH grundsätzlich einer Billigkeitskontrolle.

#### bb) BGH NJW 2003, 1449 = RdE 2003, 188 (Stromversorgung von Tarifkunden)

In dem hier vorliegenden Urteil bestätigte der BGH die Anwendbarkeit von § 315 BGB auf Stromversorgungsverträge mit Tarifkunden. Zum Anwendungsbereich des § 315 BGB äußert er sich nicht explizit, sondern stellt lediglich fest, dass die Ausführungen des Berufungsgerichts<sup>12</sup> zutreffend gewesen seien. Das Kammergericht als Berufungs-

6 Münchener Kommentar zum BGB – Gottwald, BGB, § 315, Rdn. 33.

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

8 WuW/E 1195 (Stromlieferung an Sonderkunden ohne Einigung).

9 Unter Bezugnahme auf BGHZ 41, 271.

10 Siehe Fußnote 9.

11 Vgl. auch BGH NJW 2003, 3131.

12 KG RdE 2002, 243.

gericht bezieht sich in seiner Urteilsbegründung hinsichtlich der Anwendbarkeit von § 315 BGB im Wesentlichen wiederum auf die Ausführungen der ersten Instanz.<sup>13</sup>

In diesem Fall ging es um einen Privatkunden, der von dem EVU Strom zu den vom Land Berlin genehmigten Privatkundentarifen bezog und der Auffassung war, dass diese Tarife unbillig seien. Der Tarifkunde forderte nun in einem Rückforderungsprozess die von ihm (nicht unter Vorbehalt) zuviel bezahlten Entgelte zurück. Die erste Instanz (Landgericht Berlin)<sup>14</sup>, auf die das Berufungsgericht wie auch der BGH Bezug nehmen, führte zur Anwendbarkeit des § 315 BGB aus, dass dieser grundsätzlich auch auf Tarifverträge von Unternehmen der Daseinsvorsorge anwendbar sei.

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

### c) Billigkeitskontrolle von Interimsverhältnissen

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

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

Bei dieser Entscheidung lag ein ähnlicher Sachverhalt zugrunde wie in der zuvor besprochenen Entscheidung zu Sonderabnehmerver-

trägen in BB 1971, 1175.<sup>15</sup> Der wesentliche Unterschied im Sachverhalt lag hier darin, dass der durch Gebietsabsprachen abgesicherte Stromlieferant mit dem Verteilerunternehmen bereits einen Sonderabnehmervertrag geschlossen hatte. Jedoch kündigte das zuliefernde EVU diesen Vertrag, gleichwohl belieferte es weiterhin das Verteilerunternehmen mit Strom. Die hierfür angesetzten Preise standen hier im Streit.

Der BGH betonte in diesem Fall hinsichtlich des Vorliegens eines Energielieferungsvertrages, dass sich generell bei Energielieferungsverträgen die Parteien nicht in einem vertragslosen Raum bewegten, wenn sie im beiderseitigen Willen den Leistungsaustausch fortsetzten. Auch wenn keine Einigung über den Strompreis erzielt worden sei, sei es in diesen Fällen regelmäßig so, dass gleichwohl Strom geliefert und abgenommen würde. Daher sei entgegen der Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht anzunehmen, dass die Parteien als Lieferant und Abnehmer in einem vertragslosen Zustand bleiben wollten und nur nach Bereicherungsrecht das Lieferverhältnis abwickeln wollten. Denn die §§ 812 ff. BGB seien für die Abwicklung von beiden Parteien gewollten und faktisch bereits bestehenden Dauerbeziehungen ungeeignet.<sup>16</sup> Es sei daher in derartigen Fällen regelmäßig davon auszugehen, dass ein Sonderabnehmervertrag zustande gekommen sei und das Versorgungsunternehmen in entsprechender Anwendung der §§ 315, 316 BGB berechtigt sei, nach billigem Ermessen die Höhe des Strompreises zu bestimmen.<sup>17</sup>

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

In dem hier zu entscheidenden Fall hat der BGH §§ 315, 316 BGB ebenfalls auf die Preisbestimmung eines Stromlieferanten in einem Interimsverhältnis angewandt. Dem lag zugrunde, dass ein Stromlieferant, der Strom an einen Weiterverteiler auf Grund eines Vertragsverhältnis-

ses geliefert hat, dieses Vertragsverhältnis kündigte, ungeachtet dessen aber den Weiterverteiler weiterhin belieferte, ohne eine Absprache über den Preis getroffen zu haben.

Der BGH stellte in seinen Entscheidungsgründen fest, dass es sich um ein Interimsverhältnis handele, da der frühere Stromliefervertrag ausgelaufen sei. Demnach habe der Stromlieferant entsprechend §§ 315, 316 BGB das Recht, die Höhe des Strompreises nach billigem Ermessen zu bestimmen. Hierbei verweist er auf die insofern herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur.<sup>18</sup> Darüber hinaus nahm er zum Verhältnis von § 315 BGB zu §§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB und 22 Abs. 4 Nr. 2, Nr. 3 bzw. 26 Abs. 2 GWB Stellung und betonte die Anwendbarkeit von § 315 Abs. 3 BGB neben dem Kartellrecht.

#### d) Keine Billigkeitskontrolle von Individualverträgen

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

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

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

Der BGH verweist in den Entscheidungsgründen auf seine gefestigte Rechtsprechung, wonach von einem Monopolunternehmen der Energieversorgung festgesetzte Preise im Einzelfall durch die Zivilgerichte gemäß § 315 BGB auf ihre Billigkeit überprüft werden könnten.<sup>19</sup> Zu den Voraussetzungen für

13 LG Berlin RdE 2002, 190.

14 Siehe Fußnote 13.

15 Vgl. oben unter A. II. 1. a.

16 Unter Verweis auf BGHZ 41, 271, 275.

17 Unter Verweis auf BGH BB 1971, 1175.

18 Unter Verweis auf BGH BB 1971, 1175, NJW 1983, 1777.

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

eine Billigkeitskontrolle führt der BGH aus, dass überhaupt Preise einseitig festgesetzt worden sein müssten.<sup>20</sup> Denn das Ziel der Rechtsprechung des BGH sei es gerade nicht, von Amts wegen einen gerechten Preis zu ermitteln. Es gehe bei der Billigkeitskontrolle um die Prüfung, ob eine einseitige Bestimmung sich in den Grenzen hielt, die durch § 315 Abs. 3 BGB gezogen seien. Bei einer Individualvereinbarung sei dies eben nicht der Fall. Die Möglichkeit der Billigkeitskontrolle solle Bürger vor Preisdiktaten von Monopolunternehmen schützen, aber nicht einer späteren Vertragsuntreue zum Erfolg verhelten.

## 2 Rechtsprechung zu Fernwärmeversorgungsverträgen

### a) BGH NJW 1987, 1622 = RdE 1987, 165 (Kündigungsgründe für langfristige Fernwärmeverträge)

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

Im Rahmen der Urteilsgründe ging der BGH auf die pauschale Behauptung des Kunden ein, die Preise seien überhöht gewesen. Er wies dabei auf die Möglichkeiten der Preiserhöhung von Fernwärmeunternehmen hin, die aber zum einen nur gemäß § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV (vom 20. Juni 1980) in Betracht kämen. Zum anderen habe sich die Preisgestaltung der Klägerin in dem durch billiges Ermessen gezogenen Rahmen zu halten, dessen Einhaltung nach § 315 Abs. 3 BGB gerichtlich überprüfbar sei.<sup>21</sup> Dabei erwähnte der BGH, dass der Kunde nicht auf Heizwärme verzichten könne und auf die Leistungen des Versorgungsunternehmens wegen der langen Vertragsbindung angewiesen sei.

20 BGH NJW-RR 1990, 1204; so auch BGH WM 1978, 1097(1099).

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

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

### b) BGH MDR 1990, 538 = WM 1990, 608 (Wirksamkeit von Nachträgen zu Fernwärmeverträgen)

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

In seiner Urteilsbegründung verweist der BGH auch auf eine Preisgleitklausel, nach der das Fernwärmeversorgungsunternehmen die Preisbestimmung gemäß § 315 BGB nach billigem Ermessen zu bestimmen habe. Hinsichtlich der Höhe des Preises könne sich der Kunde auf den Einwand der Unbilligkeit berufen und ihn zur Entscheidung des Gerichts stellen.<sup>22</sup>

## 3 Konkurrenzfragen

Abschließend sei noch erwähnt, dass der BGH eine Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB auch dann nicht ausschließt, wenn Vorschriften der Missbrauchskontrolle im Sinne des Kartellrechts (§§ 6 EnWG, 19, 20 GWB) eine ausreichende rechtliche Grundlage für die Überprüfung z.B. von Netznutzungsentgelten bieten. Denn diese Vorschriften bzw. die Grenzen dieser Vorschriften stimmten gerade nicht mit den Grenzen der Billigkeitsentscheidung überein.<sup>23</sup> Eine analoge Anwendung des § 315 BGB verbietet sich infolge der §§ 19, 20 GWB nach Auffassung des BGH daher nicht. Dem treten die Instanzgerichte für die Strompreiskontrolle in jüngeren Entscheidungen entgegen, indem sie ausdrücklich §§ 6 EnWG und 19 Abs. 4 Nr. 4 BGB als spezialgesetzliche Regelungen ansehen.<sup>24</sup>

### B) Kontrolle von Fernwärmepreisen nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB?

Nach der Analyse, welchen Stellenwert § 315 Abs. 3 S. 2 BGB generell sowie speziell für die leitungsge-

bundene Energiewirtschaft hinsichtlich einer Preiskontrolle hat, ist der Frage nachzugehen, welche Konsequenzen daraus im Hinblick auf die richterliche Überprüfung von Fernwärmepreisen zu ziehen sind. Dabei gilt es einerseits, die bestehende Rechtsprechung in ihrer Bedeutung für Fernwärmepreise zu überprüfen, nachdem die Fernwärmewirtschaft bisher in der Rechtspraxis mit Entscheidungen zu § 315 Abs. 3 S. 2 BGB (weitgehend) unberührt geblieben ist.<sup>25</sup> Andererseits hat eine solche »Hochrechnung« der bisherigen Judikatur auf die Fernwärmewirtschaft die Rechtsprechung und die sie tragenden Argumente darüber hinaus einer kritischen Beurteilung zu unterziehen. Denn Rechtsgrundsätze, die als uneingeschränkt belastbar erscheinen, sind – selbstverständlich – hinsichtlich der Übertragbarkeit auf Wirtschaftszweige, für die bisher eine vergleichbare Judikatur nicht vorliegt, eindeutiger, klarer und damit sicherer vorhersehbarer als Prinzipien, die in sich angreifbar sind. Hinzu kommt, dass die Fernwärmewirtschaft einerseits als leitungsgebundene Energieversorgung mit der Strom- und Gasversorgung grundsätzlich vergleichbar ist, andererseits aus technisch-wirtschaftlichen Gründen deutliche Unterschiede aufweist, die bei der Überprüfung einer Übertragbarkeit der Judikatur zu § 315 Abs. 3 S. 2 BGB auf sie berücksichtigt werden müssen.<sup>26</sup>

## I. Rechtsmethodische Anforderungen an eine Analogie zu § 315 BGB

### 1 Grundsätze

Der Überblick über die gerichtliche Rechtspraxis zu § 315 Abs. 3 S. 2 BGB hat gezeigt, dass die Gerichte die Norm vielfach weit über den durch den Wortlaut und die Gesetzesystematik angelegten Zusammenhang hinaus anwenden. Es ist bemerkenswert, dass dabei in vielen Fällen, insbesondere durch den BGH, darauf verzichtet wird, diese extensive Interpretation durch Aspekte der juristischen Me-

25 Vgl. oben A. II. 2.

26 Zu den strukturellen Parallelen der Fernwärme und anderer Rechtsgebiete zur Energiewirtschaft *Büdenbender*, Die Kartellaufsicht über die Energiewirtschaft, V<sup>Energy</sup>Rd. 76, 1995, S. 49 ff.

thodenlehre abzusichern.<sup>27</sup> Dies ist jedoch notwendig, wenn die gewonnenen Ergebnisse belastbar sein sollen. Die juristische Methodenlehre mit den hier entwickelten Kriterien für eine rechtstaatlich belastbare und damit das Willkürverbot beachtende Norminterpretation und Normanwendung dient gerade dazu, Regeln für die Praktizierung von Rechtsnormen hinsichtlich solcher Fälle zu formulieren, die vom Wortlaut nicht gedeckt sind.<sup>28</sup> Solche methodischen Vorgaben sind für eine Zivilrechtsordnung, die um eine gleichmäßige Normanwendung und die Vermeidung der Rechtsfindung nach subjektiven Gerechtigkeitsvorstellungen bemüht ist, beides vor dem Hintergrund eines kodifizierten Rechtssystems, von grundlegender Bedeutung.<sup>29</sup>

## 2 Keine direkte Anwendung des § 315 BGB

Zieht man die Kriterien der juristischen Methodenlehre für die Normanwendung konsequent heran, so ergibt sich Folgendes: § 315 Abs. 1 BGB erfasst nur Leistungsbestimmungsrechte, die vertraglich vereinbart worden sind. Fehlt eine derartige vertragliche Absprache, ist die Vorschrift unanwendbar. Die Kontrolle von Leistungsbestimmungsrechten nach § 315 Abs. 3 BGB setzt die Anwendbarkeit des § 315 Abs. 1 BGB voraus. Dies ergibt der eindeutige systematische Zusammenhang der Abs. 1 und 3 des § 315 BGB. Der Wortlaut der Vorschrift trägt daher eine gerichtliche Preiskontrolle jenseits der Fälle, in denen ein Leistungsbestimmungsrecht vertraglich vereinbart wurde, nicht.<sup>30</sup>

Insoweit ist auch kein Raum für eine extensive Anwendung. Aspekte einer restriktiven oder einer extensiven Anwendung haben dort ihren Platz, wo der Wortlaut einer Norm ein weites oder ein enges Begriffsverständnis zulässt.<sup>31</sup> Dies ist z.B. hinsichtlich des Begriffes »billiges Ermessen« grundsätzlich denkbar, das sprachlich eine weite Auslegung (unter besonderer Betonung des Ermessens) und auch Ansätze für eine

restriktive Interpretation (im Hinblick auf das Erfordernis des »billigen Ermessens«) gestattet.<sup>32</sup> Demgegenüber ist die Situation für den Rechtsgrund des Leistungsbestimmungsrechts in § 315 Abs. 1 BGB eindeutig. Insoweit verlangt das Gesetz eine vertragliche Vereinbarung. Fehlt diese und gibt es nur faktisch ein Ungleichgewicht für die Preisbildung, lässt sich dieses faktische Ungleichgewicht (falls es überhaupt besteht) nicht als Vereinbarung eines Leistungsbestimmungsrechts im weiteren Sinne verstehen.

## 3 Voraussetzungen einer analogen Anwendung

Damit kommt allein eine analoge Anwendung des § 315 Abs. 1 BGB auf Fälle faktischer Preisbestimmung in Betracht, um darauf basierend – und dem systematischen Zusammenhang Abs. 1 und 3 des § 315 BGB Rechnung tragend – eine richterliche Preiskontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB zu begründen. Eine analoge Anwendung von Vorschriften auf solche Sachverhalte, die vom Wortlaut nicht unmittelbar erfasst werden, ist hinsichtlich der grundsätzlichen Möglichkeit und der Voraussetzungen fester Bestandteil der juristischen Methodenlehre.<sup>33</sup>

Die Voraussetzungen einer analogen Anwendung sind in langjähriger Rechtstradition eindeutig herausgebildet worden.<sup>34</sup> Voraussetzung ist zunächst eine planwidrige Lücke im Gesetz.<sup>35</sup> Dort, wo der Gesetzgeber einer Rechtsnorm einen begrenzten Anwendungsbereich zuordnet, kann dieser nicht durch das Kriterium einer analogen Anwendung erweitert werden. Dies macht die Aussage besonders deutlich, dass eine planwidrige Lücke nur dann besteht, wenn der Gesetzgeber in Kenntnis der Lücke eine erweiterte Formulierung vorgenommen hätte. Neben dieser Lücke ist zusätzlich für eine analoge Anwendung erforderlich, dass der Regelungsgehalt der Rechtsnorm auch für die Fallgruppen, die von dem Wortlaut nicht erfasst werden, nach Sinn und Zweck des Gesetzes »passt«. Es muss folglich sachge-

recht sein, die Vorschrift auch auf diese Sachverhaltsgruppen anzuwenden, weil das Regelungsziel der Norm, auch die Berücksichtigung etwaiger konträrer Interessen der in der Norm angesprochenen Personengruppen, die Anwendung legitimieren.<sup>36</sup>

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

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

Darüber hinaus ist der Frage nachzugehen, inwieweit Unternehmen der Fernwärmewirtschaft in der Praxis über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 Abs. 1-3 GWB verfügen. Das Erfordernis, sich mit diesem Aspekt zu befassen, resultiert aus der Gleichsetzung einer Monopolstellung mit der vertraglichen Vereinbarung eines Leistungsbestimmungsrechts nach § 315 Abs. 1 BGB, die in weiten Teilen der Judikatur, auch des BGH, vorgenommen wird.<sup>37</sup>

## 1 Preisregelung bei Vertragsschluss

Die Fernwärmeversorgung erfolgt in der Praxis, bezogen auf die verschiedenen Kunden oder Kundengruppen, stets in Phasen. Einzelne Kunden haben bereits vor einer länger zurückliegenden Zeit, vielfach im Zusammenhang mit dem Neubau eines Hauses, einen Anschluss an das Fernwärmenetz vorgenommen und beziehen seit dieser Zeit kontinuierlich Fernwärme für ihren

27 S. nur BGHZ 73, 114.

28 Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (6. Aufl.), S. 370.

29 Larenz, aaO., S. 366.

30 Diesen Umstand verkennen Baur/Henk-Merten, S. 20, 24.

31 Larenz, aaO., S. 354.

32 Staudinger-Rieble, BGB, § 315, Rdn. 117.

33 Larenz, aaO., S. 381 ff.

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

35 Larenz, aaO., S. 370 ff.

36 Larenz, aaO., S. 381.

37 Vgl. Übersicht unter A II.

Wärmebedarf (Raumwärme, Warmwasserversorgung). Derartige Verträge erfahren in regelmäßigen Abständen eine Preisanpassung, weil inflationsbedingt die Kosten für die Fernwärmeversorgung ebenso wie die für die Produktion von Gütern oder die Erbringung von Dienstleistungen steigen.

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

## 2 Abschluss des Erstvertrages über die Fernwärmelieferung

Kommt es zum erstmaligen Abschluss eines Fernwärmelieferungsvertrages<sup>38</sup>, sind 2 verschiedene Fallkonstellationen zu unterscheiden.

### a) Individualverträge

Denkbar ist, wenn auch in der Praxis eher selten, dass hinsichtlich der Preisgestaltung eine individuelle Absprache zwischen dem Fernwärmeversorgungsunternehmen und dem Kunden erfolgt, z.B. wegen einer besonderen, nicht typischen Situation hinsichtlich des Wärmebedarfs des Kunden oder der Ausgestaltung bzw. der Kundenanlage. Wird der Fernwärmepreis individuell ausgehandelt, ist von vorn-

herein kein Raum für die Anwendung des § 315 Abs. 1 BGB und damit auch nicht des Abs. 3 S. 1, 2 BGB. In derartigen Fällen fehlt es an jeder Einseitigkeit des Vorgehens des Fernwärmeversorgungsunternehmens, die eine direkte oder auch analoge Anwendung des § 315 BGB rechtfertigte. Dies entspricht auch der eindeutigen höchstrichterlichen Rechtsprechung und bedarf daher wegen der Evidenz des rechtlichen Ergebnisses hier keiner weiteren Vertiefung.<sup>39</sup>

### b) Standardverträge

Fehlt es an einer ausdrücklichen Vereinbarung eines Leistungsbestimmungsrechts nach § 315 Abs. 1 BGB, wie dies in der Praxis der Energiewirtschaft regelmäßig der Fall ist, so betont die Judikatur für die gleichwohl von ihr als zulässig erachtete Anwendbarkeit des § 315 BGB den Aspekt, dass der Lieferant Leistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge erbringt, auf die der Kunde angewiesen ist.<sup>40</sup> Damit erscheint die Qualifizierung der Leistung als Bestandteil der Daseinsvorsorge gleichsam als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in § 315 Abs. 1 BGB für solche Fälle, in denen die Anwendung der Norm und damit auch des darauf basierenden Preiskontrollrechts nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB auf faktische Leistungsbestimmungsmöglichkeiten erweitert wird.<sup>41</sup> Allerdings ist festzuhalten, dass der BGH dieses Tatbestandsmerkmal in vielen Fällen dennoch nicht prüft.<sup>42</sup>

Damit tritt eine Rechtskategorie ins Blickfeld, die trotz vielfacher Akzeptanz in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nach wie vor umstritten und unpräzise ist, sowie hinsichtlich der rechtlichen Konsequenzen kontrovers beurteilt wird.<sup>43</sup> Das Wesen der Daseinsvorsorge betrifft insbesondere das Kommunalrecht. Kommunale

Unternehmen erfüllen Bedürfnisse der Bürger, auf die diese unverzichtbar angewiesen sind und die typischerweise durch die öffentliche Hand erbracht werden, ohne sich dabei ausschließlich an erwerbswirtschaftlichen Prinzipien zu orientieren.

Typische Rechtsfragen, die sich an den Begriff der Daseinsvorsorge knüpfen, betreffen zunächst Art. 28 Abs. 2 GG. Insoweit geht es um die Frage, ob und inwieweit kommunale Unternehmen in ihrer Betätigung im Rahmen der Daseinsvorsorge vor staatlichen Eingriffen, insbesondere des Gesetzgebers auf Bundes- oder Landesebene, zu schützen sind. Eine weitere, davon zu unterscheidende Kategorie betrifft das Verhältnis der kommunalen Unternehmen zu anderen Unternehmen. Hier wird kontrovers behandelt, inwieweit Art. 28 Abs. 2 GG überhaupt Anwendung findet.<sup>44</sup> Schließlich betrifft der gesamte Themenkomplex der Daseinsvorsorge den Rechtsbereich des Verwaltungsprivatrechts, also eine Materie, bei der die (partielle) Geltung von Grundrechten trotz zivilrechtlicher Handlungsform eine Rolle spielt.

Weiter ist zu sehen, dass das Rechtsinstitut der Daseinsvorsorge auf europarechtlicher Ebene eine vergleichbare Kategorie in Art. 86 Abs. 2 EGV findet. Die strikt einzuhaltenden Wettbewerbsregeln des EGV treten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, zurück.<sup>45</sup> Sie gelten nur dann, wenn die Anwendung des EGV insoweit die Erfüllung der übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich nicht verhindert. Insoweit entspricht terminologisch dem deutschen Ausdruck »Daseinsvorsorge« die gemeinschaftsrechtliche Kategorie des insbesondere dem französischen Recht entlehnten »service public«.<sup>46</sup>

Speziell für das Energierecht findet sich dieser Aspekt in den Beschleunigungsrichtlinien für Elektrizität 2003/54/EG<sup>47</sup> und Gas

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

39 Vgl. BGH NJW-RR 1990, 1204.

40 BGH NJW 1992, 171, 173; zuletzt BGH NJW 2003, 1449.

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

42 Vgl. BGH NJW 1992, 171, 173, in dem der BGH die Anwendung des § 315 BGB methodisch nicht begründet; dagegen u.a. in BGHZ 38, 138 und BGHZ 41, 271 eine analoge Anwendung ohne nähere Begründung annimmt.

43 Vgl. *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht I, § 1, Rdn. 11.

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

45 *Jarass*, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 42 ff.

46 Weiterführend *Calliess/Ruffert-Jung*, EG-Vertrag, Art. 86, Rdn. 36.

47 Abl. 2003 EG L 176/37.

2003/55/EG<sup>48</sup> vom 26. Juni 2003 wieder. So spricht jeweils Art. 3 der Strom- und der Gasrichtlinien die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen der Energieversorgungsunternehmen und den Kundenschutz trotz des im Übrigen wettbewerblich ausgerichteten europäischen Energierechts besonders an. Zwar erfassen die Richtlinien die Fernwärmeversorgung nicht unmittelbar. Gleichwohl wird dieser Wirtschaftszweig indirekt angesprochen oder gestreift, da Aspekte der Energieeffizienz und damit auch der Kraft-Wärme-Kopplung einen hohen Stellenwert im europäischen Energierecht haben, soweit die Fernwärmeversorgung im Anschluss an den Einsatz der Kraft-Wärme-Kopplung mittels Kuppelproduktion von Elektrizität und Fernwärme erfolgt.<sup>49</sup>

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

Letztlich kann dies in dem hier erörterten Zusammenhang einer Kontrolle der Fernwärmepreise nach § 315 BGB dahingestellt bleiben. Denn eine genaue Analyse der Judikatur zeigt, dass die angesprochenen Aspekte der Daseinsvorsorge in der Sache für die von der Judikatur befürwortete extensive Anwendung des § 315 BGB nicht ausschlaggebend sind.<sup>50</sup> Maßgeblich ist nicht die diesbezügliche Qualifizierung der Energielieferung, sondern der Aspekt, dass der Kunde auf Grund der besonderen Marktstellung des Energielieferanten (wenn eine solche besteht) und einer darauf basierenden einseitigen Preisfestsetzung nach Auffassung des BGH gemäß § 315 Abs. 3 BGB zu schützen ist. Folglich kommt es allein auf die rechtliche Bewertung dieser Marktstellung an.<sup>51</sup>

### 3 Preisanpassungen

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

#### a) Preisanpassungsklausel nach § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV

In der Fernwärmeversorgung ist die Ausgestaltung von Preisanpassungsklauseln – im Gegensatz zur Versorgung mit Elektrizität und Gas – ausdrücklich in § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV geregelt. Nach § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV sind in der Preiskalkulation die Erzeugungs- und Bereitstellungskosten der Fernwärmeversorgungsunternehmen ebenso zu berücksichtigen wie die Preisverhältnisse im Wärmemarkt. Dabei gehören nach überwiegender Auffassung alle funktional bei der Wärmeversorgung austauschbaren Energieträger zum Wärmemarkt in diesem Sinne.<sup>52</sup> Die Preisänderungsklausel hat zudem die maßgeblichen Berechnungsfaktoren verständlich und vollständig wiederzugeben. Eine nähere Darstellung der sich hieraus ergebenden konkreten Elemente einer solchen Klausel unterbleibt vor dem Hintergrund, dass hier im Wesentlichen das Verhältnis dieser Regelung zu § 315 BGB von Bedeutung ist.

Die Regelung gibt nicht vor, wie der Wirkungsmechanismus dieser Klauseln auszugestalten ist, weshalb vor allem zwei Mechanismen in Betracht kommen. Einerseits kann die Klausel die Grundlage für die – vertraglich umzusetzende – Preisbildung des Unternehmens in

der Zukunft sein, andererseits kann die Klausel auch so ausgestaltet sein, dass sie zu einer automatischen Preisanpassung (Preisgleitklausel) führt.<sup>53</sup>

#### b) Preisgleitklauseln

Für automatische Preisänderungsklauseln einer bestehenden Lieferbeziehung gilt, dass es keiner weiteren Preisabrede zwischen den Parteien bedarf, wenn sich die vorgegebenen Parameter ändern. Denn der Kunde hat sich bereits bei dem erstmaligen Vertragsschluss mit der Preisänderung einverstanden erklärt, indem er der Preisänderungsklausel zugestimmt hat. Ein Fall von § 315 Abs. 1 BGB liegt somit nicht vor. Will das Fernwärmeversorgungsunternehmen allerdings die Preise abweichend von dieser Klausel ändern, so kann es dies nur mit Einverständnis des Kunden tun. Folglich scheidet eine Anwendung der §§ 315, 316 BGB insoweit aus.<sup>54</sup> Weder kann aus §§ 315, 316 BGB ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Versorgungsunternehmens abweichend von der Preisänderungsklausel hergeleitet werden, noch bleibt Raum für eine analoge oder extensive Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB zur Überprüfung der Billigkeit der geänderten Preise.

Im Unterschied zu den von der Rechtsprechung zur Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB entschiedenen Fällen besteht auch keine Gefahr, dass das Versorgungsunternehmen seine Markt- oder Vertragsstellung zu Lasten des Kunden ausnutzt. Denn § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV enthält eine spezialgesetzliche Regelung zur Kalkulation von Fernwärmepreiserhöhungen. Diese bezweckt vor allem auch den Kundenschutz, indem sie das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung während der Dauer des Lieferverhältnisses sicherstellen soll.<sup>55</sup> Das Fernwärmeversorgungsunternehmen soll daran gehindert werden, den bei Vertragsschluss angemessenen Fernwärmepreis nachträglich in einen unangemessenen Preis zu ändern.

Vor diesem Hintergrund ist für die Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB

48 Abl. 2003EG L 176/57.

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

50 So bereits oben in Fußnote 42.

51 Vgl. dazu unten Ziffer B II 5.

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

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

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

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

auf Preiserhöhungen in laufenden Verträgen kein Raum mehr. Der Schutzgedanke kommt aufgrund der spezialgesetzlichen Regelung nicht mehr zum Tragen. Es liegt weder eine planwidrige Regelungslücke vor, noch besteht ein praktisches Bedürfnis für die Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB. Dies gilt auf Grund der Sonderregel des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV auch dann, wenn man das extensive Verständnis des § 315 Abs. 3 BGB seitens der Judikatur in anderen Fällen (jenseits der Fernwärmeversorgung) für zutreffend erachtet. An die Stelle der Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB tritt die gerichtliche Überprüfung, ob das Fernwärmeversorgungsunternehmen § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV beachtet hat.

#### c) Preisanpassungsklauseln mit einseitigen Entscheidungsbefugnissen des Fernwärmelieferanten

Anders stellt sich die Situation dar, wenn der Fernwärmelieferungsvertrag keine abschließende Formel für die zukünftige Entwicklung der Lieferpreise enthält, sondern insoweit zu Gunsten des Fernwärmelieferanten eine wirkliche Gestaltungsbeugnis eröffnet.<sup>56</sup> Sie würde z.B. in einer Klausel enthalten sein, wonach der Fernwärmelieferant befugt ist, die zukünftige Entwicklung der Fernwärmepreise unter Berücksichtigung der Kostenentwicklung der für die Fernwärmeversorgung relevanten Faktoren sowie auch der Preisentwicklung für Konkurrenzenergien einseitig festzulegen. § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV lässt ein solches Preiserhöhungskonzept zu. Allerdings sind solche Klauseln in der Praxis selten.

Bei einem derartigen Vorgehen wird ein Leistungsbestimmungsrecht zu Gunsten des Fernwärmelieferanten nach § 315 Abs. 1 BGB begründet, wenn auch nicht für den klassischen Anwendungsfall der Erstfestlegung der nicht von einer vertraglichen Vereinbarung getragenen Leistung, sondern für deren zukünftige Entwicklung. Dies steht jedoch der Anwendung des § 315 BGB nicht entgegen, da die Norm sowohl nach ihrem Wortlaut als auch nach ihrer Funktion nicht nur den einmaligen Leistungsaus-

tausch, sondern insbesondere auch Dauerschuldverhältnisse erfasst. Dies zeigt gerade der Umstand, dass die in der höchstrichterlichen Judikatur entschiedenen Fälle einer Anwendung des § 315 BGB auf die Elektrizitäts- und Gaswirtschaft ebenfalls Dauerschuldverhältnisse betrafen.<sup>57</sup> Der Umstand, dass § 315 Abs. 1 BGB als Auslegungsregel die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen vorgibt, steht insoweit einer Anwendung des § 315 BGB nicht entgegen. Denn auch dann, wenn das billige Ermessen seitens der Vertragsparteien bereits eine gewisse Konkretisierung durch Fixierung von Voraussetzungen und Rahmenbedingungen für die Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts erfahren hat (hier durch Umsetzung der Maßstäbe des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV), verbleibt regelmäßig noch eine durch das einseitige Ermessen einer Vertragspartei getragene Bandbreite für mögliche Entscheidungen.

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

#### d) Vertragliche Anpassungsansprüche

Eine dritte Kategorie von Anpassungsklauseln, insbesondere auch im Hinblick auf die Preise, ist dadurch gekennzeichnet, dass der Lieferant bei Vorliegen der in der Klausel genannten Voraussetzungen nicht einseitig vorgehen kann, sondern einen Anspruch auf Vertragsanpassung gegen seinen Kunden

hat. Die Umsetzung erfordert somit eine vertragliche Ergänzungsabrede, klassisch zu Stande kommend durch Angebot und Annahme. Ein einseitiges Vorgehen ist gerade nicht möglich; § 315 BGB ist unanwendbar.

#### 4 Anwendung des § 315 BGB auf Monopolunternehmen

Die bisherigen Überlegungen haben zunächst den Aspekt bewusst außen vorgelassen, inwieweit Fernwärmeversorgungsunternehmen unter Zugrundelegung der BGH-Rechtsprechung auf Grund einer Monopolstellung von § 315 BGB erfasst werden.<sup>58</sup> Dieser Gesichtspunkt ist nunmehr zu beleuchten. Dabei stellen sich in der Sache zwei konsequent voneinander zu trennende Fragenkomplexe. Einmal ist zu überlegen, ob § 315 BGB überhaupt auf Monopolunternehmen hinsichtlich ihrer Preispolitik Anwendung findet. Weiter ist zu überprüfen, ob – die Anwendbarkeit des § 315 BGB auf Monopolunternehmen unterstellt – die Fernwärmeversorgungsunternehmen überhaupt Monopolunternehmen sind.

#### a) Grundsätzliche Geltung des § 315 BGB für Monopolunternehmen?

Zu Gunsten einer Anwendbarkeit des § 315 BGB auf die Preispolitik von Monopolunternehmen lässt sich Folgendes anführen: Auf die Leistung eines Monopolunternehmens ist der Kunde angewiesen. Dies ist das Wesen der marktbeherrschenden Stellung. Ist er darauf nicht angewiesen oder jedenfalls nicht zumindest in seiner Auswahl bezüglich einer alternativen Versorgung deutlich eingeschränkt, besteht gerade kein Monopol.

Da § 315 Abs. 1 BGB ein Monopol nicht erwähnt, kommt nur eine analoge Anwendung der Norm in Betracht. Sie erfordert das Bestehen einer planwidrigen Lücke in der Rechtsordnung, darüber hinaus eine Sachgerechtigkeit der Übertragung der Kontrollmechanismen des § 315 BGB auch auf solche Fälle.<sup>59</sup> Insoweit ist jedoch zu sehen, dass der Schutz vor missbräuchlicher Ausnutzung von Marktmacht bereits im Gesetz geregelt ist. Einschlägig ist insoweit das Kartellrecht. §§ 19, 20 GWB regeln, in welchen Fällen der Missbrauch, die unbillige Behinderung oder auch die diskriminierende Ungleichbehand-

56 Witzel/Topp-Witzel, AVBFernwärme, § 24, S. 178.

57 S.o. unter A. II.

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

59 S. bereits oben unter B. I. 3.

lung seitens des Marktbeherrschers zu Lasten seiner Kunden besteht. §§ 32 ff. GWB bestimmen die Rechtsfolgen umfassend.

Dabei wird im Einzelnen nicht nur die Frage der marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Monopols und Oligopols, ergänzt um Vermutungen, präzisiert (§ 19 Abs. 1-3 GWB), sondern dies wird im Weiteren ergänzt in § 20 Abs. 1 GWB um den Aspekt einer spezifischen Marktstärke unter der Schwelle der Marktbeherrschung.<sup>60</sup> Darüber hinaus finden sich Konkretisierungen des Missbrauchsbegriffs in den nicht abschließend geregelten Missbrauchsbeispielen in § 19 Abs. 4 Nr. 1-4 GWB, in § 20 Abs. 1 GWB ergänzt um die Kriterien der unbilligen Behinderung und der sachlichen Diskriminierung.<sup>61</sup> Zu all diesen Facetten hat sich eine umfangreiche Amtspraxis der Kartellbehörden und gerichtliche Rechtsprechung, darüber hinaus aber auch rechtswissenschaftliche Literatur ergeben, die zur Präzisierung der unbestimmten Gesetzesbegriffe herangezogen werden kann.<sup>62</sup>

Unter dem Aspekt der Rechtsfolge hat sich die Rechtslage für die durch ein missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens betroffenen Kunden seit dem 1. Januar 1999 entscheidend verbessert. Bis dahin hatte der Missbrauchstatbestand selbst keine unmittelbare Wirkung; er wurde von der Rechtsprechung insbesondere nicht als Schutzgesetz nach § 35 a.F. GWB anerkannt, sodass ein Kunde wegen eines Verstoßes gegen den Missbrauchstatbestand keine Rechtsfolgen ableiten konnte. Erforderlich war vielmehr stets eine konkretisierende Verfügung der Kartellbehörde; erst der Verstoß dagegen eröffnete zivilrechtliche Sanktionen zu Gunsten der Kunden. Diese Rechtslage war getragen von der Überzeugung, dass der Missbrauchs begriff zu unbestimmt sei, um Sanktionen an einen Verstoß zu knüpfen.

Im Rahmen der 6. GWB-Novelle, in Kraft seit dem 1. Januar 1999, wurde diese Regelung grundlegend geändert. Seither ist der Missbrauchstatbestand als Verbotsnorm ausgestaltet, wie der Wortlaut des § 19 Abs. 1 GWB zeigt. Nichts anderes gilt für § 20 Abs. 1 GWB. Verstöße gegen die genannten Normen können ein entsprechendes rechtsgeschäftliches Verhalten unter Umständen sogar unwirksam nach § 134 BGB machen.<sup>63</sup> Darüber hinaus ist in derartigen Fällen ein Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch der Kunden des marktbeherrschenden Unternehmens nach § 33 GWB gegeben, ohne dass es zuvor einer konkretisierenden Missbrauchsverfügung der Kartellbehörde nach § 32 GWB bedarf. Damit ist ein eigenständiges Handeln der Kunden zum Schutze der missbräuchlichen Ausnutzung von Marktmacht eröffnet, die eine Heranziehung des § 315 BGB im Wege der Analogie mangels Regelungslücke sachwidrig macht. Sollte eine solche Regelungslücke bis zum 31. Dezember 1998 bestanden haben, wurde sie durch die 6. GWB-Novelle geschlossen. Damit ist jedenfalls seitdem kein Raum mehr für eine zivilrechtliche Kontrolle von Marktmacht im Wege der Analogie zu § 315 BGB, systematisch neben §§ 19, 20, 33 GBW stehend.<sup>64</sup>

Darüber hinaus ist zu sehen, dass sich die gesetzlichen Missbrauchsbeispiele in § 19 Abs. 4 Nr. 1-4 GWB, ferner der Behinderungs- und Diskriminierungsbegriff des § 20 Abs. 1 GWB, all dieses in der Konkretisierung durch die Judikatur und die Amtspraxis der Kartellbehörden, als eigenständiger Kontrollmaßstab unabhängig von demjenigen der Billigkeit nach § 315 BGB darstellen. Will man § 315 BGB auch auf Monopolunternehmen anwenden, muss man zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen die Inhaltsmaßstäbe der §§ 19, 20 GWB zur Konkretisierung des Missbrauchsbegriffs auch für die Bestimmung der Unbilligkeit nach § 315 Abs. 3 BGB über-

nehmen. Dann aber stellt sich die Frage, welchen Sinn eine analoge Anwendung des § 315 BGB entgegen dem klaren Wortlaut des § 315 Abs. 1 BGB noch haben soll, wenn dies zu inhaltsgleichen Wirkungen führt, wie sie sich bei Anwendung der §§ 19, 20, 33 GWB ergeben.

Erachtet man hingegen den Begriff der Billigkeit auch in solchen Fällen eigenständig und unabhängig von den kartellrechtlichen Vorgaben in §§ 19, 20 GWB für konkretisierbar, so stellt sich die Frage nach der Harmonisierung beider Rechtsbereiche. Insoweit fehlt eine überzeugende Antwort auf die Frage, inwieweit und mit welchem Sachgrund Unterschiede bestehen.

Im Ergebnis zeigen die vorstehenden Überlegungen, dass es an der für eine analoge Anwendung des § 315 BGB auf Fälle der Ausnutzung einer Monopolstellung erforderlichen Regelungslücke im Gesetz fehlt.

#### b) Marktmacht von Fernwärmerversorgungsunternehmen?

Fernwärmerversorgungsunternehmen liefern Wärme. Den Kunden kommt es nicht auf die stoffliche Art an, in der sie die Wärme beziehen, sondern auf den Bedarfzweck des Energiebezuges. Maßgeblich ist damit kein Produktmarkt Fernwärme, ebenso wenig wie es Produktmärkte für Strom und Gas gibt. Ausschlaggebend aus der Sicht des Kunden ist vielmehr ein Nutzenergiemarkt, hier ein Wärmemarkt, vorrangig für Raumwärme, daneben aber auch für die Warmwasserversorgung.<sup>65</sup>

Diese Situation ist im Ausgangspunkt, trotz zahlreicher Kontroversen, unstrittig, soweit die Alternativen den Kunden vor einer etwaigen Investitionsentscheidung zugunsten eines bestimmten Energieträgers betrachtet werden.<sup>66</sup> Wer einen Hausbau plant, ist, sofern entsprechende Leitungsanbindungen möglich sind, in der Lage, sich zwischen Fernwärme- und Gasbezug zu entscheiden. Daneben kommt der Einbau einer Ölheizung oder aber auch (heute eher selten) eine elektrische Speicherheizung für

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

61 Vgl. Berliner Kommentar zum Energierrecht – *Engelsing*, § 19 GWB, Rdn. 117ff.; *Immenga/Mestmäcker-Markert*, GWB, § 20, Rdn. 128 ff.

62 Vgl. Literaturverweise zuvor (Fn. 60, 61).

63 Siehe *Immenga/Mestmäcker-Markert*, GWB, § 20, Rdn. 226.

64 Ebenso LG Köln, RdE 2004, 306; LG Bremen, RdE 2004, 304. Diesen Umstand verkennen *Baur/Henk-Merten*, S. 24, 28, die herausstellen, dass es bei § 315 BGB um eine »Art Einzelfallgerechtigkeit« ginge, während §§ 19, 20 GWB auf einen eher generellen Maßstab gerichtet seien. In ihrer Argumentation verweisen *Baur/Henk-Merten* dabei auf BGH-Urteile (BGHZ 41, 271, 279; RdE 1992, 74, 76), die vor der GWB-Novelle ergangen sind.

65 Zu dieser Thematik rechtsgrundsätzlich *Büdenbender*, VEnergR Bd. 76, 1995, S. 101 ff. mit zahlreichen Nachweisen; vgl. auch Weise, Der sachlich relevante Markt für Energieversorgungsunternehmen; *FIW – Schriftenreihe* Bd. 123, 1987.

66 Vgl. *Witzel/Topp-Witzel*, AVBFernwärme, Einf. S. 39.

Neubauten in Betracht. Entsprechendes gilt für nachträgliche Umrüstungen. Insoweit besteht zwischen den verschiedenen Energien ein umfangreicher Substitutionswettbewerb, der bei der Abgrenzung des relevanten Marktes aus Kundensicht zu berücksichtigen ist. Hier scheidet eine marktbeherrschende Stellung des Fernwärmeversorgungsunternehmens aus.<sup>67</sup> Etwas anderes gilt nur dann, wenn zulasten des Kunden ein – zivilrechtlich oder öffentlichrechtlich begründeter – Anschlusszwang an das Fernwärmenetz besteht.<sup>68</sup>

Dieser Marktabgrenzung wird vielfach entgegengehalten, dass sie eben nur zur Zeit vor der Investitionsentscheidung richtig sei. Habe der Kunde sich hingegen für eine bestimmte Energie entschieden und entsprechende Investitionen getätigt, könne er wirtschaftlich nicht zu einer anderen Energieart überwechseln. Wer sein Haus auf eine Fernwärmeheizung eingerichtet habe, könne nicht zum Gasbezug übergehen oder sich für eine Ölheizung entscheiden, ohne erneut erhebliche Investitionen tätigen zu müssen. Für die Fernwärmewirtschaft hätte dies zur Konsequenz,

67 Unentschieden insoweit BGH RdE 1987, 52.

68 Diesbzgl. ablehnend BGH NJW 2002, 3779, 3781.

69 Dazu umfassend *Kramm*, Kontrolle der Preisgestaltung marktbeherrschender Fernwärmeversorgungsunternehmen, BB 1990, 436, 437ff.; so im Ergebnis auch *Held*, Überhöhte Preise auf dem Wärmemarkt, NZM 2004, 169, 171 allerdings mit fehlgehender Begründung.

70 Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 7 »Missbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des GWB«, 1977.

dass der Fernwärmelieferant für seine bestehenden Kunden stets Marktbeherrscher ist, da es ein Wettbewerb mehrerer Fernwärmeversorgungsunternehmen um die selben Kunden nicht gibt.<sup>69</sup>

Eine solche Spaltung des Marktes zwischen Alt- und Neukunden ist sachwidrig. Dies hat bereits die Monopolkommission in einem Sondergutachten zur Missbrauchsaufsicht über die Gaswirtschaft festgestellt.<sup>70</sup> Dies ist bemerkenswert, weil die Monopolkommission sich seit Jahrzehnten besonders mit der Wettbewerbssituation im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung auseinandersetzt und dabei für eine deutliche Einschränkung der Verhaltensspielräume der Energielieferanten plädiert. Gleichwohl weist die Kommission zu Recht darauf hin, dass eine Trennung des Marktes in Alt- und Neukunden verfehlt ist. Dies folgt schon daraus, dass der Energieversorger – auch das Fernwärmeversorgungsunternehmen – seine Preispolitik so ausgestalten muss, dass es möglichst viele neue Kunden gewinnt.<sup>71</sup>

Die Fernwärmeversorgung ist wegen ihrer erheblichen Festkosten ebenso wie alle andere leitungsgebundenen Energieversorger auf eine hohe Auslastung der Investitionen angewiesen. Würde sie eine Preispolitik zu Lasten von Altkunden machen, würde sich dies herumsprechen und die Gewinn-

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

72 Rund 12% des Fernwärmeabsatzes sind hiervon betroffen.

nung von Neukunden erschweren, wenn nicht sogar unmöglich machen. Folglich kommen die Altkunden, ob es das Fernwärmeversorgungsunternehmen will oder nicht, schon aus ökonomischen Gründen stets in den Genuss der »neukundenorientierten« Preispolitik. Damit aber gibt es im Ergebnis keinen gespaltenen Markt für Alt- und Neukunden. Vielmehr ist der relevante Markt sachlich als Wärmemarkt abzugrenzen. Dies hat zur Konsequenz, dass die Fernwärmeversorgung in umfassender Konkurrenz zur Gasversorgung und zur Mineralölwirtschaft steht. Eine marktbeherrschende Stellung ist damit regelmäßig ausgeschlossen.

Etwas anderes gilt – wie erwähnt – nur dann, wenn die Fernwärmeversorgung aus Sicht der Kunden auf Grund rechtlicher Vorgaben bindend ist. Dies ist der Fall bei einem kommunalrechtlich verfügten Abnahmezwang oder bei einer Belastung der Hausgrundstücke mit entsprechenden Dienstbarkeiten. In quantitativer Hinsicht betrifft dies jedoch den Fernwärmeabsatz nur in unbedeutendem Umfang.<sup>72</sup>

### C) Ergebnis

Insgesamt ist festzustellen, dass eine zivilgerichtliche Kontrolle der Fernwärmepreise nach § 315 Abs. 3 BGB – von besonders gelagerten Ausnahmefällen abgesehen – nicht möglich ist. ■

Florian-Alexander.Wesche@CliffordChance.com

www.CliffordChance.com