

# Das Verhältnis von § 30 AVBFernwärmeV zu § 315 BGB im Blickwinkel der neuen Rechtsprechung

Ursula Berkner und Adolf Topp, Frankfurt am Main; Ralf Kuhn, Ludwigshafen; Sebastian Tomala, Berlin

*Zahlungsverweigerungen durch die Kunden der Versorgungsunternehmen auf Grund angeblich zu hoher Entgelte sind ein zurzeit heftig diskutiertes Thema innerhalb der Energiebranche. Und der Druck auf die Versorgungsunternehmen von Seiten der Verbraucher, Verbände, Politik und Behörden wächst. Was zunächst nur die Strom- und Gasversorger zu betreffen schien, ist inzwischen auch für die Fernwärmeunternehmen zur drängenden Frage geworden: Sind Zahlungsverweigerungen durch die versorgten Kunden zulässig oder nicht?*

Im Rahmen der Diskussion um die Höhe und Angemessenheit von Wärmepreisen wird in letzter Zeit vermehrt von Kunden, gestützt auf entsprechende Publikationen von Verbraucherschutzverbänden [1], die Zahlung der Fernwärmerechnung vollständig oder zumindest teilweise verweigert. Dabei werden unter Hinweis auf § 315 BGB Zweifel an der Billigkeit der Fernwärmepreise erhoben und die

## Überblick:

Der Artikel beschäftigt sich mit der Zulässigkeit von Zahlungsverweigerungen durch Fernwärmekunden unter Berücksichtigung der Regelungen des § 30 der Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) sowie des § 315 BGB. Dabei geht es insbesondere um das Verhältnis beider Regelungen zueinander vor dem Hintergrund der Frage, ob das Bestreiten der Billigkeit der Preise – entgegen § 30 AVBFernwärmeV – Zurückbehaltungsrechte der Kunden begründet. Dazu wird die einschlägige Rechtsprechung des BGH zu § 315 BGB im Bereich Daseinsvorsorge auf ihre Übertragbarkeit auf die Fernwärmeversorgung hin untersucht. Daran schließt sich eine Analyse der Begründungen der Gerichtsentscheidungen zur Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 BGB im Zusammenhang mit Energielieferungen an.

RAin U. Berkner, Mitarbeiterin der Abteilung Recht und Umwelt des VDEW e.V., Frankfurt/Main; RA A. Topp, stellvertretender Geschäftsführer der AGFW e. V., Frankfurt/Main; RA R. Kuhn, stellvertretender Abteilungsleiter Recht der Technische Werke Ludwigshafen AG; RA Dr. S. Tomala, Mitarbeiter der Rechtsabteilung der Bewag Aktiengesellschaft & Co. KG, Berlin



**Zahlungsverweigerung von Energieversorgungskunden – ein derzeit intensiv diskutiertes Thema.**  
Bild: zefa/G. Schuster

Offenlegung der Kalkulation von den Fernwärmeversorgungsunternehmen (FVU) verlangt.

Daraus ist zugleich ein neuer Geschäftstyp entstanden, der ohne eigene Leistung, aber mit Einsparversprechungen gegenüber Fernwärmekunden Geld verdienen möchte. Die „Betreiber“ dieses Geschäftstyps versprechen den Kunden eines FVU zwar keine Energieeinsparung, aber die Verminderung ihrer Energiekosten. Dazu versuchen sie gemäß § 32 Abs. 4 AVBFernwärmeV anstelle des bisherigen Kunden in den bestehenden Fernwärmeversorgungsvertrag einzutreten. Dies können sie aber gemäß § 32 Abs. 6 AVBFernwärmeV nicht ohne Zustimmung des FVU [2]. Sie

verweigern sodann die Bezahlung gelieferter Fernwärme gegenüber dem FVU und verlangen im Vergleichswege Abschläge von bis zu 20 % des Fernwärmepreises. Wird der verlangte „Rabatt“ nicht gewährt, berufen sie sich auf die Unbilligkeit der verlangten Preise und fordern das betroffene FVU auf, die Kalkulation offenzulegen. Die Vertreter entsprechender Unternehmen gehen davon aus, dass bei jeder Form der Energieversorgung und ungeachtet der jeweiligen Konstellation § 315 Abs. 3 BGB Anwendung findet. Die vom BGH (für bestimmte Arten von Fällen) ehemals entwickelte Formel „trifft das Versorgungsunternehmen die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit der Ermessensausübung bei der Festsetzung

des Leistungsentgeltes“ wird dabei als Begründung genutzt, ohne die Voraussetzungen der Norm im Einzelnen darzulegen.

Die nachfolgenden Darstellungen sollen aufzeigen, dass eine solche Zahlungsverweigerung nicht zulässig ist. Insbesondere sind die FVU nicht verpflichtet, die Billigkeit der verlangten Preise im Rahmen einer Zahlungsklage darzulegen und zu beweisen.

## § 30 AVBFernwärmeV

### Die AVBFernwärmeV als Grundlage des Fernwärmeversorgungsvertrages

Die aus dem Abschluss eines Fernwärmeversorgungsvertrages resultierenden Vertragsbeziehungen zwischen dem Kunden und dem FVU beurteilen sich im Wesentlichen nach den Bestimmungen des BGB und der, ursprünglich auf der Grundlage der Ermächtigung des § 27 AGBG (heute Artikel 243 EGBGB), durch den Bundesminister für Wirtschaft mit Zustimmung des Bundesrates erlassenen Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme vom 20. Juni 1980, zuletzt geändert durch Gesetz vom 9. Dezember 2004 (AVBFernwärmeV).

Bei der AVBFernwärmeV handelt es sich um im Wege einer Rechtsverordnung erlassene Allgemeine Geschäftsbedingungen. Diese enthalten detaillierte Regelungen bezüglich der Rechte und Pflichten der Beteiligten. Ziel ist die praktikable Handhabung von Massengeschäften.

### Ausschluss der Zurückbehaltungsrechte

§ 30 AVBFernwärmeV behandelt den Fall der Zahlungsverweigerung durch den Kunden. Danach berechtigen Einwände gegen Rechnungen und Abschlagszahlungen nur dann zum Zahlungsaufschub oder zur Zahlungsverweigerung, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass offensichtliche Fehler vorliegen (Nr. 1). Hinzu kommt der zeitliche Aspekt. Der Zahlungsaufschub oder die Zahlungsverweigerung muss innerhalb von zwei Jahren nach Zugang der fehlerhaften Rechnung oder Abschlagsberechnung geltend gemacht werden (Nr. 2).

### Amtliche Begründung

Die vom Verordnungsgeber mit dieser Regelung verfolgte Intention ergibt

sich aus der amtlichen Begründung zu § 30 AVBFernwärmeV:

„Im Interesse einer möglichst kostengünstigen Fernwärmeversorgung muss sichergestellt werden, dass die grundsätzlich zur Vorleistung verpflichteten Unternehmen nicht unververtretbare Verzögerungen bei der Realisierung ihrer Preisforderungen hinnehmen müssen, in denen Kunden Einwände geltend machen, die sich letztlich als unberechtigt erweisen. Das Recht auf Zahlungsaufschub und Zahlungsverweigerung wird deshalb auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen die Umstände ergeben, dass Forderungen des Unternehmens, wie etwa in den Fällen eindeutiger Rechen- und Ablesefehler, offensichtlich unberechtigt sind (Nr. 1). Das Recht des Kunden, die mangelnde Berechtigung einer Forderung anderweitig geltend zu machen, bleibt unberührt“ [3].

### Rechtsprechungsanalyse

Auch der BGH hat entschieden, dass eine offensichtliche Fehlerhaftigkeit als Voraussetzung einer berechtigten Zahlungsverweigerung nur dann vorliegt, wenn die Rechnung auf den ersten Blick Fehler erkennen lässt, d. h. bei objektiver Betrachtung kein vernünftiger Zweifel über die Fehlerhaftigkeit möglich ist [4].

Folglich ist § 30 AVBFernwärmeV so auszulegen, dass der Kunde das berechnete Entgelt zunächst zu begleichen hat und seine Einwendungen im Rahmen eines Rückforderungsprozesses geltend machen muss, wenn er nicht offensichtliche Fehler der Rechnung aufzeigt [5]. Dieser Verweis des Kunden auf den Rückforderungsprozess wird von der in Artikel 243 EGBGB enthaltenen Ermächtigung gedeckt [6]. Die Tatsache, dass der Kunde zunächst die Rechnung begleichen muss – soweit keine offensichtlichen Fehler vorliegen – stellt weder eine unzumutbare Benachteiligung noch einen Monopolmissbrauch seitens des Versorgungsunternehmens dar [7]. Darüber hinaus ist der Kunde auch nicht seines Rechtsschutzes beraubt, wenn er nicht unmittelbar sonstige Einwände gegen die Rechnung im Wege einer Zahlungsverweigerung geltend machen kann. Hintergrund ist die Absicht der Gewährleistung einer kostengünstigen Versorgung ohne unververtretbare Verzögerungen bei der Eintreibung der Entgelte. Die zügige und reibungslose Erfüllung von Entgeltforderungen steht hier dem allen Kunden gewährten freien Zu-

griff auf die ihnen zur Verfügung gestellte Energie und der Vorleistungspflicht des FVU gegenüber.

Die Rechtsprechung des BGH erweist sich beim genaueren Hinsehen jedoch als widersprüchlich. Einerseits bestätigt der BGH die Unzulässigkeit einer Zahlungsverweigerung bei fehlender Offensichtlichkeit des Fehlers (siehe oben), andererseits lässt er eine Zahlungsverweigerung auch bei gänzlich fehlenden Fehlern zu:

So vermag beispielsweise die Entscheidung des VIII. Senats des BGH vom 30. April 2003 [8] nicht zu überzeugen. Der BGH entschied, dass im Zahlungsprozess gegen den Kunden das Versorgungsunternehmen die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit der Ermessensausübung bei Festsetzung des Leistungsentgeltes trifft, wenn der Kunde die Zahlungsverweigerung mit der Unbilligkeit der Entgelte begründet. Das Bestreiten der Billigkeit der Preisbestimmung des Versorgungsunternehmens durch den Kunden werde durch die Regelung des § 30 Nr. 1 AVBWasserV [9] nicht ausgeschlossen. Damit hat der BGH die Entscheidung der Vorinstanz bestätigende Urteil des Kammergerichts Berlin aufgehoben. Der BGH führt aus, die Einwendungsbeschränkung des § 30 Nr. 1 AVBWasserV erfasse nicht das Bestreiten der Billigkeit der Preisbestimmung des Versorgungsunternehmens nach § 315 BGB. Der vom Kunden eines Versorgungsunternehmens erhobene Einwand der Unbilligkeit der Preisbestimmung nach § 315 BGB betreffe nicht Rechen- und Ablesefehler oder andere Abrechnungsgrundlagen, sondern die Leistungspflicht des Kunden, der im Falle der Unangemessenheit des verlangten Preises von Anfang an nur den vom Gericht bestimmten Preis schulde (§ 315 Abs. 3 BGB).

Mit diesen Ausführungen hält der BGH an bereits früher getroffenen Entscheidungen fest [10]. Er unterzieht die Tarif- und Entgeltordnungen der Versorgungsunternehmen, soweit diese Leistungen der Daseinsvorsorge erbringen, der Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs. 3 BGB. Der BGH verfolgt hiermit den Schutz der Kunden, die, ohne Einfluss auf die Preisgestaltung nehmen zu können, Leistungen der Versorgungsunternehmens in Anspruch nehmen müssen. Diese globale Betrachtungsweise berücksichtigt jedoch nicht, dass § 30 Nr. 1 AVBEltV/

AVBFernwärmeV/ AVBWasserV eine ausdrückliche Beschränkung der Einwände auf offensichtliche Fehler beinhaltet.

Der BGH setzt sich damit über die Intention des Ordnungsgebers im Zusammenhang mit der Abwicklung von Massengeschäften hinweg, ohne dass dafür normative Gründe ersichtlich sind. Der Sinn und Zweck der AVB-Regelung wird dabei zugleich seiner Bedeutung nahezu vollständig beraubt. Denn der „kluge“ (zahlungsunwillige) Kunde beruft sich künftig auf die Unbilligkeit der Entgelte, mag dieser Einwand noch so abwegig und ein Fehler bei der Abrechnung weit und breit nicht zu erkennen sein.

Diesen Aspekt verfolgen sehr detailliert die neueren Entscheidungen des Kammergerichts und des Landgerichts Berlin [11] sowie des OLG Düsseldorf [12]. Sowohl das Kammergericht als auch das Landgericht Berlin haben gestützt auf die Entscheidung des BGH vom 3.11.1983 [13] richtig entschieden, dass die Prüfung der Billigkeit der Tarife allein Gegenstand eines Rückforderungsprozesses sein kann.

In den streitgegenständlichen Verträgen, mit denen sich die Berliner Gerichte auseinandersetzen hatten, war eine § 30 AVBFernwärmeV entsprechende Allgemeine Geschäftsbedingung enthalten, die die Möglichkeiten des Zahlungsaufschubs und der Zahlungsverweigerung ausdrücklich auf offensichtliche Fehler der Rechnung beschränkte. Nach Auffassung beider Gerichte zählen hierzu nur „auf den ersten Blick“ erkennbare Rechen- und vergleichbare Fehler. Die Frage, ob ein Preis überhöht oder gar unbillig ist, sei jedoch nicht in vergleichbarer Weise offensichtlich. Vielmehr bedürfe es hier einer eingehenden Untersuchung der Gesamtkalkulation. Nach Ansicht der Gerichte ist eine einschränkende Interpretation der Vertragsbestimmungen dahingehend, dass der Billigkeitseinwand nicht von dem vertraglichen Einwendungsausschluss umfasst sei, nicht von dem Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gedeckt. Diese Auffassung findet in der bereits dargelegten amtlichen Begründung zur AVBFernwärmeV ihre Bestätigung.

In diesem Zusammenhang weisen die Berliner Gerichte auch darauf hin, dass der BGH in seiner Entscheidung

vom 30. April 2003 nur einseitig das Schutzbedürfnis des Tarifkunden vor einer möglicherweise unbilligen Entgeltfestsetzung sieht. Dem steht jedoch das Bedürfnis der Versorgungsunternehmen – und dies wird vom BGH nicht erörtert – im überwiegenden öffentlichen Interesse die geschuldeten Entgelte auch ohne lange, eine umfangreiche Beweisaufnahme erfordernden Rechtsstreitigkeiten zu erhalten. Bei Gegenüberstellung dieser widerstreitenden Interessen sei im Hinblick auf die Sicherstellung einer sicheren und preiswürdigen Versorgung das Liquiditätsinteresse der Versorgungsunternehmen höher zu bewerten und die Kunden mit ihren Einwendungen auf den Rückforderungsprozess zu verweisen. Die Notwendigkeit der Gegenüberstellung dieser beiderseitigen Interessen wird bereits im Rahmen der amtlichen Begründung zu § 30 AVBFernwärmeV eingefordert.

Darüber hinaus sehen die Berliner Gerichte die nicht zu unterschätzende Gefahr, dass es bei Durchsetzung der vom BGH entschiedenen Vorgehensweise zu einer Vielzahl von individuellen Preisen und im Hinblick hierauf zu einer allgemeinen Steigerung der Verwaltungskosten der Versorgungsunternehmen kommt. Auch dürften die ordentlichen Gerichte vielfach überfordert sein, bei den streitgegenständlichen Massendienstleistungen in jedem Einzelfall individuell ein billiges Entgelt für die Leistungen des Versorgungsunternehmens festzusetzen. In der Praxis würde diese Vorgehensweise jedenfalls zu einer Vielzahl unterschiedlicher Preise für ein und dieselbe Leistung führen. Ein Ergebnis, das im Hinblick auf die Erbringung von Massendienstleistungen für die Kunden nicht nachvollziehbar sein dürfte. Weiterhin sei zu bedenken, dass ein Rechtsmittelgericht auf die Überprüfung von Rechtsfehlern einer Entscheidung beschränkt ist.

Letztlich ziehen die Gerichte einen Vergleich mit der Rechtslage bei öffentlich-rechtlicher Abrechnung. Ein Widerspruch gegen einen Gebührenbescheid gemäß § 80 Absatz 2 Nr. 1 VwGO hat ebenfalls keine aufschiebende Wirkung, d. h. die Gebühren müssen zunächst entrichtet werden. Erst im Anschlussprozess findet dann eine eingehende Untersuchung statt. Insoweit scheint es im Hinblick auf die Parallelität auch im Zivilprozess gerechtfertigt, die Frage der Billigkeit von Preisen einer Prüfung im Rückforderungsprozess vorzubehalten.

Schließlich wirft die Entscheidung des BGH vom 30. April 2003 auch die Frage auf, warum dann nicht auch andere Einwände gegen die Rechnung, wie etwas Zweifel am ordnungsgemäßen Vertragsabschluss bereits im ersten Prozess geprüft werden müssten. Letztlich würde dies jedoch, wie bereits dargelegt, zu einer Aushöhlung des § 30 AVBFernwärmeV führen, was im Hinblick auf die Intention, die der Ordnungsgeber bei dieser Vorschrift hatte, nicht gerechtfertigt ist.

Auch das OLG Düsseldorf vertritt in seiner Entscheidung vom 14.01.2005 die Auffassung, dass ein Fehler im Sinne des § 30 AVBFernwärmeV dann nicht mehr offensichtlich ist, „wenn er vertiefte rechtliche Überlegungen oder weitere tatsächliche Aufklärung erfordert“ [14]. Das Gericht zieht daraus den Schluss, dass § 30 AVBFernwärmeV das Recht des Kunden auf Zahlungsaufschub und Verweigerung abschließend regelt. An dieser rechtlichen Beurteilung hat das OLG Düsseldorf auch in seiner Entscheidung vom 23.02.2005 festgehalten [15]. Dem ist zuzustimmen, weil Fernwärmekunden in ihren Verträgen einen bestimmten Preis nebst einer bestimmten Preisänderungsklausel unterzeichnen und deshalb vor „willkürlichen“ Preisfestsetzungen geschützt sind. Tarife sieht die Rechtsordnung bei der Fernwärme nicht vor.

In diese Richtung geht aber auch die jüngste Rechtsprechung des X. BGH-Senates [16]. Zu einer an § 30 AVBFernwärmeV angelehnten AGB-Klausel eines öffentlichen Entsorgungsunternehmens führt der BGH aus:

„Der Wortlaut der Klausel – Einwendungen gegen die Rechnung [17] – deckt nach allgemeinem Sprachverständnis sämtliche tatsächlichen oder rechtlichen Gründe ab, die der Kunde der Entgeltforderung der Klägerin entgegensetzen kann. Er lässt keine Beschränkung auf bestimmte, besondere Einwendungen erkennen. Insbesondere bietet die allgemein gehaltene Formulierung keinen Anhaltspunkt dafür, dass nur die Rüge von Ablese- oder Berechnungsfehlern in engerem Sinne gemeint ist, Einwände gegen den Tarif als solchen nach § 315 Abs. 3 BGB hingegen nicht erfasst werden. Auch Sinn und Zweck der Klausel sprechen dagegen, dass § 315 Abs. 3 BGB ausgenommen ist.“

Unabhängig davon, ob § 30 AVBFernwärmeV Anwendung findet mit der

Folge, dass der Kunde die Unbilligkeit der Entgelte nur im Rahmen eines Rückforderungsprozesses geltend machen kann, stellt sich jedoch die Frage nach der generellen Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 BGB auf Fernwärmeversorgungsverträge.

### **Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 BGB**

Die Vorschriften der §§ 315 ff. BGB sollen gemäß dem ursprünglichen Zweck zunächst sicherstellen, dass eine vertragliche Einigung trotz mangelnder Bestimmtheit vertraglicher Leistungen Bestand haben kann. Die Leistungsbestimmung der §§ 315 ff. BGB erlaubt es den Parteien, die Entscheidung von Regelungsfragen, die sie selbst nicht bewältigen können oder wollen, durch die Vereinbarung des Leistungsbestimmungsrechtes zu delegieren [18]. Die Bestimmtheit von Leistungsinhalten ist dabei naturgemäß von besonderer Bedeutung, weil die vertragschließenden Parteien vor Beginn des Leistungsaustausches erkennen können müssen, auf welche Pflichten sie sich einlassen. § 315 Abs. 1 BGB weicht diesen Grundsatz zum Teil auf; mit der Kontrollmöglichkeit nach § 315 Abs. 3 BGB allerdings für den Schuldner nicht schutzlos.

Für die unmittelbare Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 BGB auf Fernwärmelieferverträge müsste daher beim Abschluss des Vertrages ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des FVU ausdrücklich vereinbart werden (§ 315 Abs. 1 BGB) oder aber ein Einigungsmangel hinsichtlich der Bestimmtheit der Gegenleistung vorliegen (§§ 316, 315 Abs. 1 BGB). Vor diesem Hintergrund scheidet eine Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB auf Fernwärmelieferverträge regelmäßig aus:

Bei der Fernwärmeversorgung einigen sich die Parteien im Rahmen des Vertragsschlusses auf einen Preis. Dabei wird entweder der Preis individuell ausgehandelt oder es wird auf gemäß § 1 Abs. 4 AVBFernwärmeV veröffentlichte Preisregelungen und Preislisten Bezug genommen. Ein einseitiges Preisbestimmungsrecht zugunsten des FVU wird üblicherweise gerade nicht vereinbart; ebenso wenig lassen die Parteien den Preis offen. Die Leistungsbestimmung findet vielmehr innerhalb des Vertrags statt [19].

Allein die Tatsache, dass Vertragsbedingungen von einem – häufig wirtschaftlich stärkeren – Vertragspartner

„vorgegeben“ werden, kann den Schluss auf dessen einseitiges Leistungsbestimmungsrecht nicht rechtfertigen. Wie in sonstigen Kaufverträgen auch unterbreitet das FVU dem Kunden ein Angebot. Der Kunde akzeptiert den darin enthaltenen Preis mit Abschluss des Fernwärmeversorgungsvertrages und macht ihn so zum Vertragsgegenstand oder lehnt ihn ab. Gelingt es den Parteien nicht, sich auf einen Preis zu einigen, muss der Kunde auf einen anderen Wärmeträger ausweichen.

Für eine unmittelbare Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 BGB gibt es regelmäßig aber auch dann keinen Raum, wenn das FVU im Rahmen eines bestehenden Fernwärmeliefervertrages den Preis nachträglich anpasst, solange die Preisanpassung auf der Grundlage einer mit Kunden vereinbarten Preisanpassungsklausel erfolgt. Eine Preisanpassungsregelung im Fernwärmeversorgungsvertrag, die sich an die Vorgaben des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV hält, lässt einseitige Preisanpassungen des FVU nicht zu. Das FVU übernimmt es in diesem Fall nur, einen neuen Preis zu ermitteln, wenn sich die in der Preisänderungsklausel vereinbarten Berechnungsfaktoren geändert haben. Hiermit erklärt sich der Kunde mit der Vereinbarung der Preisänderungsklausel auch ausdrücklich einverstanden. Die Preisanpassung stellt dann lediglich sicher, dass das Gleichgewicht von Leis-

tung und Gegenleistung während der Laufzeit des Fernwärmeliefervertrages erhalten bleibt.

### **Analoge Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 BGB**

Ist § 315 Abs. 3 S. 2 BGB mangels einer vertraglichen Vereinbarung über ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht nicht direkt anwendbar [20], so ist fraglich, ob die Vorschrift auf Fernwärmeversorgungsverträge dennoch Anwendung finden kann [21].

### **Übertragbarkeit der BGH-Rechtsprechung zu Leistungen der Daseinsvorsorge auf den Bereich der Fernwärmeversorgung**

Ausgangspunkt dieser Überlegung ist die Rechtsprechung [22] des BGH zu den Tarifen von Unternehmen der Daseinsvorsorge: Anknüpfend an eine Entscheidung des Reichsgerichts [23] entschied der BGH wiederholt und bereichsübergreifend, dass eine (analoge) Anwendung des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB auch dort angezeigt sei, wo der Abnehmer auf Leistungen der Daseinsvorsorge angewiesen ist [24]. Im Ergebnis erkennt der BGH damit an, dass eine Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs. 3 S. 2 BGB auch dann erfolgen kann, wenn ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 Abs. 1 BGB nicht vereinbart wurde, ein Vertragspartner aber – auf

Grund der besonderen Umstände – zu einer faktischen Leistungsbestimmung in der Lage ist.

Hinter dieser Judikatur verbirgt sich offenbar eine vom BGH intendierte Korrektur des wirtschaftlichen Ungleichgewichts zwischen dem jeweiligen Versorgungsunternehmen und seinem Kunden [25]. Eine dogmatische Begründung für die analoge Anwendbarkeit des § 315 BGB bleibt der BGH jedoch (insbesondere) im Bereich der Fernwärmeversorgung bislang schuldig und beschränkt sich regelmäßig darauf, auf seine „ständige Rechtsprechung“ aus anderen Bereichen zu verweisen (a).

Unabhängig von der Frage, ob § 315 Abs. 3 S. 2 BGB ein adäquates Mittel darstellt, um das angenommene Ungleichgewicht zu korrigieren, müssen also – auch nach der Rechtsprechung des BGH – zumindest folgende Kriterien für eine (analoge [26]) Anwendung der Vorschrift erfüllt sein: es muss sich um eine Leistung der Daseinsvorsorge handeln (b) und der Abnehmer muss auf diese Leistung (im Bedarfsfall) angewiesen sein (c) [27].

Obwohl der BGH bisweilen wiederholt darauf hinwies, dass die Grenzen des allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchs- und Diskriminierungsverbotes mit den Grenzen der Billigkeitsentscheidung nach § 315 BGB nicht zusammenfallen [28], hatte er noch keine Gelegenheit dazu, sich mit dem Verhältnis seiner Billigkeits-Rechtsprechung zu den Vorschriften der §§ 19 ff. GWB in der Fassung der 6. GWB-Novelle zu befassen (d).

### *a) Die bisherige BGH-Rechtsprechung im Fernwärmeversorgungsbereich*

Im Bereich der Fernwärmeversorgung gibt es – soweit ersichtlich – lediglich zwei Entscheidungen, in denen sich der BGH mit der Anwendbarkeit des § 315 BGB auseinandergesetzt hatte:

(1) Im ersten Fall hatte der BGH über die Wirksamkeit einer vorzeitigen Kündigung eines auf 20 Jahre abgeschlossenen Fernwärmeversorgungsvertrages zu entscheiden [29]. Weil der beklagte Kunde seine Kündigung (aus wichtigem Grund) u. a. auf die Behauptung gestützt hatte, die Preise des beklagten Versorgungsunternehmens seien zu teuer, sah sich der BGH veranlasst, zu entscheiden, dass dies eine außerordentliche Kündigung auch

dann nicht rechtfertigen würde, wenn die Behauptung des Kunden zuträfe. Mit Hinweis auf § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV räumte der BGH allerdings ein, die Preisgestaltung des Versorgungsunternehmens, auf dessen Leistung der Kunde wegen der langen Vertragsdauer angewiesen sei, müsse sich „in dem durch billiges Ermessen gezogenen Rahmen halten, dessen Einhaltung nach § 315 Abs. 3 BGB gerichtlich überprüfbar ist“. Daneben, so der BGH, unterläge die Preisbildung der kartellbehördlichen Missbrauchskontrolle. Der betroffene Kunde könne sich danach „gegen von ihm für überhöht gehaltene Preise [...] zur Wehr setzen, indem er entweder Spitzenbeträge einbehält und es auf eine gerichtliche Entscheidung ankommen lässt, oder die zuständige Kartellbehörde einschaltet“ [30].

Der BGH verneint damit zugleich die Frage, ob der zwischen dem Kunden und dem FVU ursprünglich vereinbarte Preis einer Kontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB zugeführt werden kann. Für überprüfungsfähig hält er lediglich die Preiserhöhung im Rahmen des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV.

(2) In der anderen Entscheidung nimmt der BGH zu der Frage der Anwendbarkeit des § 315 BGB lediglich in einem obiter dictum Stellung, so dass das Urteil kaum verallgemeinerungsfähige Hinweise für die generelle Anwendbarkeit des § 315 BGB bietet [31]. Im Rahmen einer Zahlungsklage forderte das FVU die Zahlung rückständiger Beträge aus den Abrechnungen vergangener Jahre. Da die Beklagten Einwände gegen die Richtigkeit der Rechnungen erhoben, wies der BGH darauf hin, dass sich aus dem Vorbringen der Beklagten ergäbe, der verlangte Preis entspreche der Höhe nach nicht billigem Ermessen i. S. von § 315 BGB. Auf diesen Einwand der Unbilligkeit der Preisbestimmung könnten sich die Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit berufen und ihn zur Entscheidung des Gerichts stellen. Der BGH hob das klageabweisende Urteil auf und verwies die Sache zurück an das Berufungsgericht [32].

Eine klare Positionierung des BGH zu der Frage, ob § 315 BGB auf Fernwärmeversorgungsverträge generell anwendbar ist, geht letztlich aus den beiden Urteilen nicht hervor. Im Lichte der übrigen BGH-Rechtsprechung zu Leistungen der Daseinsvorsorge ist diese Frage jedoch im Ergebnis zu verneinen:

### *b) Leistungen der Daseinsvorsorge*

Ob es sich bei der Wärmeversorgung (noch) um eine Leistung der Daseinsvorsorge [33] handelt, ist bereits fraglich. Geht man davon aus, dass nicht nur der Begriff der Daseinsvorsorge [34], sondern vor allem die mit dem Begriff umschriebenen Aufgaben (des Staates) einem Wandel unterworfen sind, muss man wohl konstatieren, dass der Staat diese Aufgabe längst in die Hände der „Bürger und ihrer Unternehmen“ [35] gelegt hat. Die Versorgung der Bürger mit Wärme hält der Gesetzgeber offenbar auch für hinreichend gewährleistet. Der Verzicht auf über die AVBFernwärmeV hinausgehende sektorspezifische Vorschriften oder gar eine behördliche Regulierung beweist zugleich, dass der Gesetzgeber im Grundsatz von einem funktionierenden Markt mit einem ausgewogenen Spiel der Kräfte ausgeht. In den bestehenden allgemeinen Gesetzen sieht er ein adäquates Mittel für das Bedürfnis an einer im Einzelfall notwendigen Korrektur von etwaigen Ungleichgewichten [36].

Bei der Untersuchung der Frage, ob die Versorgung mit Wärme zu den Aufgaben der Daseinsvorsorge zählt, erscheint im Übrigen eine Differenzierung danach geboten, wer und zu welchem Zweck versorgt wird. So dürfte jedenfalls die Versorgung von Weiterverteilern (z. B. Contracting-Unternehmen oder Vermietern) schon begrifflich keine Aufgabe der Daseinsvorsorge darstellen, die ein Versorgungsunternehmen (für den Staat) wahrnimmt [37]. Da aber auch die Vermietung von Wohnraum nicht zu den Aufgaben der Daseinsvorsorge gezählt wird, erscheint es auch nicht sachgerecht, die dieser Leistung nachgelagerte Aufgabe der Versorgung von Wohnungen mit Wärme als eine Aufgabe der Daseinsvorsorge zu begreifen.

Die Diskussion um die Zuordnung der Fernwärmeversorgung zu den Leistungen der Daseinsvorsorge erscheint nur deshalb müßig, weil der BGH wie selbstverständlich davon ausgeht, dass die Versorgung der Bürger mit Fernwärme zum Bereich der Daseinsvorsorge zählt [38]. Die bisher ergangenen Urteile zur Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB auf Fernwärmeversorgungsverträge lassen eine Auseinandersetzung des BGH mit dieser Frage allerdings gänzlich vermissen (s. o.). Vor dem Hintergrund eines offensichtlichen Paradigmenwechsels im Bezug auf Leistungen der Daseinsvorsorge muss es aber zumin-

dest gestattet sein, das Vorliegen der vom BGH selbst entwickelten Voraussetzungen für die (analoge) Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB in Frage zu stellen. Für die Bejahung dieser Frage bedarf es aber einer eingehenden Neubewertung der rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen des betroffenen Sektors.

Abzulehnen ist dabei die zum Teil vertretene Auffassung, dem BGH komme es auf das Vorliegen der selbst vorgegebenen Voraussetzung eigentlich gar nicht an, weil Sinn und Zweck der Rechtsprechung offenbaren, dass allein die Angewiesenheit der anderen Partei auf eine bestimmte Leistung des Monopolunternehmens maßgeblich sei [39]. Käme es auf das Kriterium der Daseinsvorsorge aber tatsächlich nicht an, liefe die Norm – insbesondere bei gleichzeitig extensiver Auslegung der zweiten Voraussetzung (c) – auf ein allgemeines Vertragskontrollinstrument [40] hinaus, das das BGB so nicht kennt und vom Gesetzgeber offenbar auch nicht gewollt war. Die vom BGH vorgegebene Voraussetzung bildet deshalb einen „tragenden Grund“ für die Anwendung von § 315 Abs. 3 S. 2 BGB über den originären Anwendungsbereich der Vorschrift hinaus, und zwar zur Korrektur vermuteter Ungleichgewichte ausschließlich in besonders schützenswerten Bereichen.

### *c) Angewiesensein des Abnehmers auf die Leistung*

Von der Frage, ob die angebotene Leistung zur Daseinsvorsorge zählt, ist die Frage zu unterscheiden, ob der Abnehmer auf diese Leistung tatsächlich angewiesen ist.

Angewiesen ist ein Abnehmer auf solche Leistungen (der Daseinsvorsorge) nur dort, wo ihm eine Ausweichmöglichkeit nicht zur Verfügung steht. Diese Voraussetzung ist bei dem Leistungsangebot von Monopolunternehmen in aller Regel gegeben. Fraglich ist mithin, ob es sich bei den Anbietern von Fernwärme jeweils um Monopolisten, also marktbeherrschende Unternehmen handelt.

Abgesehen von den Fällen, in denen der Kunde auf Grund eines öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Anschluss- und Benutzungszwanges seinen Wärmebedarf ausschließlich beim örtlichen Fernwärmeversorger decken muss, ist dies – um das Ergebnis vorwegzunehmen – zu verneinen. Unzweifelhaft müssen Fernwärmeversorger ins-

### **A**

besondere mit den Anbietern von Gas, leichtem Heizöl und Strom auf einem einheitlichen Wärmemarkt [41] konkurrieren. Der Substitutionswettbewerb [42] verhindert hier in aller Regel das Entstehen marktbeherrschender Stellungen, was der Wettbewerb um Wärmekunden auch tagtäglich aufs Neue unter Beweis stellt. Einen Produktmarkt „Fernwärme“ gibt es nicht [43]. Dies gilt jedenfalls im Rahmen der Primärentscheidung des Kunden für eine bestimmte Art der Wärmeversorgung [44]. Die hier vorhandene Wahlfreiheit des Kunden schließt zugleich ein Angewiesensein des Kunden auf die Fernwärmeversorgung a priori aus. Damit unterscheidet sich dieser Bereich grundlegend von der Versorgung mit Wasser [45] bzw. mit elektrischer Energie [46] vor der Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes. Unerheblich ist dabei auch der Umstand, dass in aller Regel tatsächliche Verhandlungen über den Wärmepreis nicht stattfinden, der Fernwärmeversorger vielmehr zu den Konditionen der jeweils aktuellen Preisliste beliefert. Entscheidend ist nämlich die Möglichkeit des Abnehmers, von dem Leistungsangebot des FVU gänzlich Abstand zu nehmen und seinen Wärmebedarf anderweitig zu decken.

Dem wird teilweise entgegengehalten, eine funktionelle Austauschbarkeit der Energieträger im Sinne des Bedarfsmarktkonzeptes bestehe für Energieverbraucher nicht, wenn sie oder ihre Verbrauchsdiskontinentalen (z. B. Vermieter) eine Investitionsentscheidung für eine Heizungsanlage getroffen haben und die entsprechende Energie als Betriebsmit-

tel beziehen. Ein Wechsel der Energieart könne nämlich nur durch Auswechseln der Heizungsanlage erfolgen. Dies sei aber mit hohen Kosten verbunden und häufig aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ganz ausgeschlossen [47].

Daraus folgt letztlich, dass auch bei der Fernwärme nach der – im Wettbewerb – getroffenen Entscheidung für diese Wärmeart der sachlich relevante Markt neu abgegrenzt werden müsste, sobald sich der Kunde einmal entschieden hat. Die wirtschaftliche Investition hindere den Abnehmer nämlich daran, die Wärmeart zu wechseln.

Eine solche Spaltung des Marktes zwischen Alt- und Neukunden erscheint jedoch nicht sachgerecht [48]. Da Alt- und Neukunden regelmäßig zu den Konditionen der jeweils aktuellen Preisliste beliefert werden (vgl. § 2 Abs. 2 S. 2 AVBFernwärmeV) und die Neukunden ihre Entscheidung für eine bestimmte Wärmeart in einem (Substitutions-) Wettbewerbsmarkt zu treffen haben, sind auch die Wärmepreise von Altkunden mittelbar einer wettbewerblich geprägten Marktpolitik des Fernwärmeversorgers ausgesetzt. Die Bedeutung des Neukundengeschäfts stellt damit eine wichtige Determinante für die Funktionsfähigkeit des Substitutionswettbewerbs dar [49]. Einen zweiten Markt für Altkunden gibt es nicht. Am fehlenden Angewiesensein auf die Leistung des FVU ändert sich deshalb auch nichts nach einmal getroffener Wahl zugunsten von Fernwärme. Zwar hindert § 3 S. 2 AVBFernwärmeV den Abnehmer regelmäßig daran, eine andere Art der Wärmeversorgung zu wählen. Diese vertragliche

# Das neue etv-Verlagsprogramm: Informationen von Profis für Profis



Im Juli 2005 ist nach etwa zweijähriger, sehr kontrovers verlaufener Diskussion das neue Energiewirtschaftsrecht in Kraft getreten. Es bringt gegenüber der vorherigen Rechtslage grundlegende Änderungen mit sich. Schwerpunkte bilden insoweit die Vorgaben für eine Trennung des Netzbetriebs von den übrigen energiewirtschaftlichen Aktivitäten (Unbundling) und der gesamte Themenkreis der Regulierung. Die Praxis steht nunmehr vor der schwierigen Aufgabe, das neue Recht umzusetzen. In Anbetracht des großen Volumens des neuen Rechtsstoffes, mancher Ungereimtheiten in der Gesetzesmaterie und etlicher im Gesetzgebungsverfahren gefundener politischer Kompromisse ergeben sich dabei zahlreiche Rechtsfragen. Um für deren Bewältigung einen konstruktiven Beitrag zu leisten, präsentieren Bündenbender/Rosin ein dreibändiges Grundlagenwerk für das neue Energierecht. Das dreibändige Grundlagenwerk zum Energierecht steht sachlich in einem Zusammenhang mit der bereits aufgelegten Reihe „Düsseldorfer Schriften zum Energie- und Kartellrecht“. Hier werden in sich geschlossene Einzelthemen monografisch aufgearbeitet.

Bestelleranschrift:

Bitte liefern Sie \_\_\_\_\_ Exemplare

## Düsseldorfer Schriften

**Band 1 – Zulässigkeit der Preiskontrolle von Fernwärmeversorgungsverträgen nach § 315 BGB**  
je 24,- € (+ Porto), ISBN 3-925 349-41-3, an obige Anschrift.

**Band 2 – Zulässigkeit von Maßnahmen des Regulierungsmanagements vor dem Hintergrund der Entflechtungsvorgaben des neuen Energiewirtschaftsgesetzes**  
je 24,- € (+ Porto), ISBN 3-925 349-44-8, an obige Anschrift.

## Energierrechtsreform 2005

**Band 1 – Einführung, Normentexte, Materialien**  
voraussichtlich 94,- € (+ Porto), an obige Anschrift.

**Band 2 – Unbundling**  
voraussichtlich 59,- € (+ Porto), an obige Anschrift.

**Band 3 – Regulierung**  
voraussichtlich 59,- € (+ Porto), an obige Anschrift.

Faxen oder per Post an:

etv Energiewirtschaft und Technik Verlagsgesellschaft mbH, Postfach 18 53 54, D-45203 Essen, Fax o 20 54/95 32-60

Band 1 enthält die maßgeblichen Texte, die einschlägigen Materialien sowie eine breit angelegte Einführung in das neue Energierecht. Der Abdruck in einem Band ermöglicht es dem Leser, sich nicht nur über die maßgeblichen Rechtsnormen zu informieren, sondern zugleich die für das Verständnis unverzichtbaren Gesetzgebungsdokumente mit einzubeziehen. Zugleich erhält er einen Gesamtüberblick über die neue Rechtsmaterie sowie Antworten auf zahlreiche sich aufdrängende Rechtsfragen.

Band 2 befasst sich mit dem gesamten Themenkomplex des differenziert vorgegebenen Unbundling. Die Trennung des Netzbetriebs von den übrigen energiewirtschaftlichen Aktivitäten stellt die Unternehmen vor schwierige Aufgaben, die grundlegend in die Unternehmensorganisation und die Unternehmensführung eingreifen. Hierzu erfolgt eine sorgfältige Erläuterung aller einschlägigen Rechtsfragen, verbunden mit Lösungsvorschlägen für die praxisrelevanten Probleme.

Band 3 behandelt den gesamten Komplex der Regulierung, die ein Herzstück des neuen Energierechts bildet. Fragen des Netzzugangs sowie der Bildung der Netznutzungsentgelte einschließlich des rechtlichen Instrumentariums für die regulierungsbehördliche Steuerung der Netznutzungsentgelte werden detailliert erörtert. Dabei werden nicht nur die Grundlagen im Energiewirtschaftsgesetz, sondern auch in den maßgeblichen Rechtsverordnungen erläutert.

Regelung verändert aber nicht den Beherrschungsgrad des FVU am Wärme- markt [50]. Der Kunde ist mit anderen Worten auf die Leistung nicht angewiesen, sondern an diese (freiwillig) gebunden. Insoweit unterscheidet sich die Fernwärme aber nicht von sonstigen Gütern und Leistungen, die im Rahmen längerfristiger Geschäftsverbindungen ausgetauscht werden. Im Übrigen ist die Regelung des § 3 AVBFernwärmeV neben der Laufzeitregelung des § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV eine vom Ordnungsgeber beabsichtigte Regelung, um dem hohen Investitionsaufwand der Fernwärmeversorgung bei gleichzeitig guter Umweltbilanz angemessen Rechnung zu tragen.

Der BGH hat bislang bei der Frage, ob der Abnehmer auf die Leistung (der Daseinsvorsorge) angewiesen ist, auf eine eingehende – an § 19 Abs. 2, 3 GWB (bzw. § 22, 103 GWB a.F.) orientierte – Prüfung der marktbeherrschenden Stellung regelmäßig verzichtet, bejaht solche aber, wenn evidenterweise Monopole betroffen sind [51]. Zum Teil wählt er aber auch einen anderen Ansatz: Kann ein Abnehmer auf die Leistung nicht verzichten, soll er wegen einer langen Vertragsdauer auf diese Leistung auch „angewiesen“ sein [52]. Damit setzt der BGH die (langfristige) vertragliche Bindung des Abnehmers automatisch mit dem Angewiesensein auf die gebundene Leistung gleich.

Dieser Ansatz ist jedoch abzulehnen. Er unterscheidet sich nicht nur grundlegend von den Monopolfällen, auf die der BGH an dieser Stelle selbst verweist [53]. Der Ansatz dehnt den Anwendungsbereich des § 315 Abs. 3 BGB so weit aus, dass bei praktisch jeder längerfristigen Geschäftsbeziehung – insbesondere bei extensiver Auslegung der ersten Voraussetzung – eine Billigkeitskontrolle möglich wäre. Denn in jeder ausschließlichen Geschäftsbeziehung sieht sich der gebundene Vertragspartner (während der Vertragslaufzeit) einem „Quasi-Monopolisten“ ausgesetzt und zwar unabhängig davon, wie intensiv der Wettbewerb um diese Ausschließlichkeitsposition auch war. Er ist an diese Leistung gebunden, entweder weil er aus rechtlichen (z. B. bei Gesamtbedarfsdeckungspflichten) oder aber wirtschaftlichen [54] Gründen die Leistung nicht noch einmal nachfragen kann.

Bei einem solchen Verständnis des § 315 BGB läuft die Vorschrift letztlich auf eine Universalnorm richterlicher Vertragshilfe zur Herstellung materieller Gerechtigkeit [55] hinaus, die der Gesetzge-

ber weder an dieser noch an anderer Stelle vorgesehen hat.

#### *d) Verhältnis des § 315 BGB zur kartellrechtlichen Preismissbrauchsaufsicht*

Der BGH wies im Rahmen seiner bisherigen Rechtsprechung darauf hin, dass die Grenzen des allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchs- und Diskriminierungsverbotes (nach §§ 22, 26 GWB a.F. einerseits und § 103 GWB a.F. andererseits) mit den Grenzen der Billigkeitsentscheidung nach § 315 BGB nicht zusammenfallen [56].

Welche Folgen sich allerdings aus der 6. GWB-Novelle für die Anwendbarkeit des § 315 BGB ergeben, ist bislang höchstrichterlich nicht entschieden. Insbesondere die Ausgestaltung des Missbrauchstatbestandes (§ 19 Abs. 1 GWB [57]) als Verbotsnorm zwingt jedoch zu einer grundlegenden Neubewertung der bisherigen Rechtsprechung. Die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB sowie Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche des Kunden gemäß § 33 GWB lassen eine (zusätzliche) analoge Anwendung des § 315 BGB sachwidrig erscheinen [58]. Die vom BGH intendierte Korrektur etwaiger Ungleichgewichte (s. o.) wird durch das allgemeine Kartellrecht – spätestens seit Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle – hinreichend gewährleistet. Eine darüber hinausgehende zivilrechtliche Absicherung von Kunden marktbeherrschender Unternehmen ist damit weder rechtlich geboten noch zulässig. Denn die für eine analoge Anwendung des § 315 BGB erforderliche Regelungslücke ist mit der 6. GWB-Novelle beseitigt worden [59].

Dabei ist hervorzuheben, dass die Regelungslücke nicht etwa wieder „auflebt“, wenn die §§ 19, 20, 33 GWB [60] nicht greifen, weil eine marktbeherrschende Position im Einzelfall nicht gegeben ist. Der Gesetzgeber hat die Missbrauchskontrolle lediglich für Fälle vorgesehen, in denen wettbewerbliche Defizite durch ein gesetzliches Korrektiv ausgeglichen werden sollen. Betroffen sind ausschließlich marktbeherrschende Unternehmen im Sinne des § 19 Abs. 2, 3 GWB. Für alle nicht marktbeherrschenden Unternehmen ist der Anwendungsbereich der Missbrauchskontrolle nicht eröffnet. Sofern hier bei der Preiskontrolle eine Regelungslücke besteht, ist diese jedenfalls nicht planwidrig [61], weil sie dem Gesetzgeber bewusst war.

Gegen ein Nebeneinander einer Preiskontrolle nach § 315 BGB und §§ 19, 20 GWB spricht aber auch folgende Überlegung: Ein nach § 19 Abs. 1 GWB missbräuchlicher Preis ist nicht nur gemäß § 134 BGB nichtig, er ist – erst Recht – auch gemäß § 315 BGB unbillig [62]. Würde man die Vorschriften isoliert betrachten, bestünde im Einzelfall die Gefahr, dass bei Anlegung eines unterschiedlichen Bewertungsmaßstabs der Preis als „billig“ aber „missbräuchlich“ bzw. umgekehrt [63] eingestuft werden könnte. Bei einem einheitlichen Bewertungsmaßstab leuchtet die Sinnhaftigkeit eines solchen Nebeneinanders der Vorschriften unterdessen nicht ein [64].

Stellt das zuständige Gericht jedoch fest, dass der vereinbarte Preis missbräuchlich und damit nichtig ist (§ 19 GWB, § 134 BGB), bleibt Raum für die (analoge) Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB. Denn die dann entstehende Vertragslücke muss geschlossen werden, wozu § 315 BGB ein geeignetes Mittel bietet.

#### **Zwischenergebnis**

Die Rechtsprechung des BGH zur Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB ist auf Fernwärmeversorgungsverträge außerhalb eines Anschluss- und Benutzungszwanges nicht übertragbar. Die vom BGH entwickelten Voraussetzungen für eine solche Anwendbarkeit liegen hier regelmäßig nicht vor. Weder handelt es sich bei der Fernwärmeversorgung um eine Leistung der Daseinsvorsorge noch ist der Abnehmer auf diese Leistung angewiesen. Eine analoge Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB scheidet aber auch bereits daran, dass es an der dafür zwingend erforderlichen Regelungslücke fehlt. Die kartellrechtliche Preismissbrauchsaufsicht nach § 19 GWB bietet hier ein adäquates und ausreichendes Mittel, etwaige Ungleichgewichte in der individuellen Vertragsbeziehung zu korrigieren. Nur dann, wenn das verlangte Entgelt missbräuchlich und damit nichtig ist, kann die Lücke mit Billigkeitserwägungen des § 315 BGB geschlossen werden [65].

#### **Begründungen der Rechtsprechung zur Anwendbarkeit des § 315 BGB**

Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung lohnt sich neben der dogmatischen Untersuchung auch ein intensiver Blick auf die Begründungen der Gerichte in ihren Entscheidungen, in denen die An-

wendbarkeit des § 315 Abs. 3 BGB im Zusammenhang mit Energielieferungen bejaht wurde, obwohl die Voraussetzungen des § 315 Abs. 1 BGB nicht vorlagen:

Wer dort nach einer juristischen Begründung für die Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 BGB sucht, wird zunächst erwarten, dass nach den Regeln über die Analogie eine Gesetzeslücke aufgezeigt, ihre Planwidrigkeit festgestellt und sie sodann unter Beachtung der Wertung des Gesetzgebers geschlossen wird. Wer dies tut, findet stattdessen zunächst den Verweis auf eine Zitatenkette, die nicht unähnlich einem Textbaustein – zuletzt in BGH-Urteil vom 30. April 2003 [66] – in verschiedenen Urteilen jeweils wiederholt wird. Kritische Literaturstellen werden dabei nicht erwähnt.

Die Formel „Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs trifft das Versorgungsunternehmen die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit der Ermessensausübung bei der Festsetzung des Leistungsentgelts“ wird gestützt auf:

- BGH NJW 1969, 1809;
- BGH NJW 1987, 1828;
- BGH NJW-RR 1992, 183;
- BGH NJW 2003, 1449;
- OLG Celle, NJW-RR 1993, 630 m. w. N.

Im Urteil des BGH vom 5. Februar 2003 [67] wird ebenfalls die Zitatenkette wieder aufgenommen. Wiederum wird ohne Begründung verwiesen auf:

- BGH NJW 1969, 1809;
- BGH NJW 1987, 1828;
- BGH NJW-RR 1992, 183;
- OLG Celle, NJW-RR 1993, 630;
- diesmal wird noch hinweisen auf AG Bad Neuenahr-Ahrweiler, NJW 1998, 2540;
- sowie aus der Literatur auf Ludwig/Odenthal/Hempel/Franke § 30 AVBEltV Rd. 59 und Soergel/Wolf BGB, 12. Aufl., § 315 BGB Rn. 59.

Die Entscheidung des OLG Celle NJW-RR 1993, 630 enthält an weiteren Nachweisen das Zitat

- BGHZ 73, 113 = NJW 1979, 557 = LM § 315 BGB Nr. 21.

Das OLG Celle ist dabei der Auffassung, dass private Tarife der Kontrolle des § 315 BGB unterliegen, weil es sich um eine „Leistungsbestimmung mit privatrechtlichem Charakter“ handele, was

durch die BTOelt und die AVBGasV entgegen Lukes (BB 1985, 2258 und LG Hannover, RdE 1992, 194) nicht ausgeschlossen sei.

Wer in der Entscheidung BGH NJW-RR 1992, 183 eine rechtliche Begründung für die Ausgangsthese sucht, wird ebenfalls enttäuscht: Es handelt sich um eine Entscheidung zum Interimsverhältnis bei Versorgung mit elektrischer Energie, also um einen Fall, bei dem gerade kein Preis vereinbart wurde [68]. Im Übrigen wird folgende Verweisungskette angegeben:

- BGH WM 1971, 1456;
- RGZ 111, 310, 313;
- Kein Widerspruch wird gesehen zu BGH NJW 1987, 1828.;
- BGH WM 1978, 1097.

Bei der Entscheidung des BGH in NJW 1987, 1828 handelt es sich um eine Entscheidung zu Baukostenzuschüssen in der Gasversorgung. Auch diese Entscheidung gibt keine rechtliche Begründung, sondern verweist auf

- RGZ, 310, 313;
- BGH NJW 1979, 597 = BGHZ 73, 114, 126;
- Zum Beleg der Formel von der Preiskontrolle bei Monopolunternehmen in der Daseinsvorsorge wird allgemein auf Brandner, in: Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Gesetz, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 10; Wolf, in: Wolf-Horn-Lindacher, AGB-Gesetz, § 8 Rdnr. 13; Söllner, in MünchKomm., 2. Aufl., § 315 Rdnr. 7; und Ballhaus, in RGRK, 12. Aufl., § 315, Rdnr. 22 verwiesen.

Die Lektüre des BGH-Urteils in NJW 1979, 597 führt zu einem überraschenden Ergebnis. Dort findet sich keine Begründung für die vorgetragene These. Es handelt sich nicht einmal um eine Entscheidung aus dem Bereich der Energieversorgung, es geht vielmehr um die Bezahlung von Krankenhausleistungen. Im amtlichen Leitsatz heißt es sehr treffend: „Die behördliche Festsetzung der Krankenhauspfllegesätze unterliegt, weil es sich um einen Verwaltungsakt handelt, grundsätzlich nicht der Nachprüfung durch die ordentlichen Gerichte.“ Nur als obiter dictum wird – ohne jeden Bezug zu dem entscheidungsrelevanten Sachverhalt und ohne Begründung – die These aufgestellt, dass Tarife von Unternehmen, die Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfall angewiesen ist, grundsätzlich einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB un-

terworfen sind. Statt der rechtlichen Begründung der These wird lediglich auf Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 3. Auflage, § 8, Rdn. 10 verwiesen.

Schließlich enthält auch die oft bemühte Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 111, 310, 313 keine Begründung für die Anwendbarkeit des § 315 BGB. Im dort entschiedenen Fall waren die Strompreise waren nach Anhörung einer Kommission administrativ festgesetzt und in Amtsblättern bekannt gemacht worden. Ein Kunde widersprach den Tarifanforderungen des Versorgers.

Das Reichsgericht ließ die Anwendbarkeit von § 315 BGB dahinstehen und führt lediglich aus, dass die Preise nicht unbillig seien. Dafür genügt es, dass die Preise nicht übermäßig hoch waren und die Abnehmerin nicht überteuert werden sollte. Spätestens seit der Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes durch das Energiewirtschaftsgesetz vom 24. April 1998 [69] dürfte aber auch diese Entscheidung ohnehin keinen Bestand mehr haben. Auch die übrigen Entscheidungen enthalten keine Begründung für die analoge Anwendbarkeit des § 315 BGB [70].

## Fazit

Wegen § 30 AVBFernwärmeV kann ein Fernwärmekunde etwaige Gegenansprüche ausschließlich in einem Rückforderungsprozess geltend machen. § 30 AVBFernwärmeV erfasst dabei auch die Einwendung, die geforderten Entgelte seien unbillig, was der X. Senat des BGH auch jüngst bestätigt hat.

Der Fernwärmekunde kann aber auch in einem Rückforderungsprozess nicht die gerichtliche Überprüfung der vereinbarten Fernwärmepreise nach § 315 Abs. 3 BGB verlangen. Denn die Norm ist in aller Regel weder direkt noch analog anwendbar. Bei einer genauen Analyse der Rechtsprechung wird offenbar, dass der VIII. Senat des BGH bislang keine tragfähige Begründung für die Anwendbarkeit der Norm im Bereich der Fernwärmeversorgung geliefert hat.

## Anmerkungen

[1] Z. B. [www.energieverbraucher.de](http://www.energieverbraucher.de); [www.vzhh.de](http://www.vzhh.de). siehe auch Held, NZM 2004, 169 ff.

[2] Zur Auslegung des § 32 Abs. 4 AVBFernwärmeV: OLG Düsseldorf, RdE 2005, 144.

[3] Bundesratsdrucksache 90/80, S. 32 ff., zu § 30 Abgedruckt bei Witzel/Topp: Allgemeine Versorgungsbedingungen bei Fernwärme, S. 258.

[4] BGH, NJW-RR 1990, 689.

[5] Hempel in *Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung*, Bd. 2, § 30 AVBFernwärmeV, Rn. 3. Abgedruckt bei Witzel/Topp: *Allgemeine Versorgungsbedingungen bei Fernwärme*, S. 258.

[6] OLG Hamburg, NJW-RR 1988, 1518, 1519.

[7] LG Frankfurt, MDR 1970, 843 (gekürzte Wiedergabe), vollständiger Abdruck in Hempel: *Verträge und Inkasso der Versorgungswirtschaft*, 3. Buch: *Entscheidungssammlung*, § 2 AVBV, Nr. 7 a.

[8] BGH, NJW 2003, 3131, 3132.

[9] Der Wortlaut entspricht § 30 AVBFernwärmeV.

[10] Vgl. BGH, NJW 1983, 1777 ff.

[11] KG, RdE 2005, 103 ff.; LG Berlin, RdE 2005, 112 ff.; LG Berlin, R+S 2004, 41 ff., KG Ur. v. 15.02.2005, Az.: 7 U 140/04 (Berufung zu 9 O 253/03 LG Berlin).

[12] OLG Düsseldorf, RdE 2005, 144 ff.; OLG Düsseldorf, RdE 2005, 169, 170.

[13] BGH, MDR 1984, 558.

[14] OLG Düsseldorf, RdE 2005, 144 m.w.N.

[15] OLG Düsseldorf, RdE 2005, 169.

[16] BGH, RdE 2005, 268. In dem Urteil des X. Senats dürfte auch das Landgericht Berlin seine Auffassung bestätigt sehen (vgl. LG Berlin, RdE 2005, 278, 279 f.).

[17] Zum Vergleich in § 30 AVBFernwärmeV: „Einwände gegen Rechnungen“.

[18] Staudinger/Rieble, § 315 BGB, Rn. 84.

[19] Vgl. Kühne, RdE 2005, 241, 242.

[20] Zur Unanwendbarkeit des § 315 BGB bei standardisierten Verträgen vgl. insbesondere OLG Stuttgart, ZNER 2005, 71 m.w.N.; OLG Karlsruhe, RdE 2005, 51; LG Rostock, RdE 2004, 175, 176 f.; LG Bremen, RdE 2004, 304; LG Köln, RdE 2004, 306; – jeweils zu Netzverträgen sowie OLG München, RdE 2004, 52; RdE 2005, 53 – jeweils zu Stromlieferverträgen.

[21] Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung ist allein der ursprünglich im Fernwärmeversorgungsvertrag vereinbarte Preis, nicht der nachträglich – auf der Grundlage einer vereinbarten Preisanpassungsklausel nach § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV – geänderte Preis. Ob § 315 BGB auf angepasste Preise anwendbar ist, hängt von der konkreten Ausgestaltung der Preisanpassungsklausel ab (vgl. Übersicht bei Ulrich Büdenbender, Zulässigkeit der Preiskontrolle von Fernwärmeversorgungsverträgen nach § 315 BGB, Rn. 84).

[22] Teilweise ist hier von einer „Monopolpreisrechtsprechung“ die Rede, vgl. von Hammerstein, ZNER 2005, 9, 11; wegen der Verwechselbarkeit des Begriffs mit der Rechtsprechung zum Monopolpreisvergleich (BGH WuW/E 2309) wird hier auf diese Terminologie verzichtet.

[23] RGZ 111, 310 – Das Reichsgericht ließ hier die Frage der Anwendbarkeit des § 315 BGB offen. Es beschränkte sich vielmehr darauf, die Unbilligkeit der verlangten Preise zu verneinen.

[24] BGH, NJW 1969, 1809 f.; BGH, NJW 1979, 576; BGH, RdE 1987, 165, 169; BGH, NJW 1987, 1828, 1829; BGH, WM 1990, 608; BGH, NJW 1992, 171, 173; BGH, NJW-RR 1992, 183, 185; BGH, NJW 2003, 3131; BGH, RdE 2003, 188.

[25] Ähnlich Kunth/Tüngler, NJW 2005, 1313.

[26] Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Norm erscheint grundsätzlich nur im Wege ei-

ner Analogie möglich, wennliche der BGH dies i. d. R. nicht ausdrücklich betont. Vgl. Hierzu auch Kühne, RdE 2005, 241, 242.

[27] BGH, NJW 1992, 171, 173.

[28] siehe zuletzt BGH, RdE 2003, 188, 189.

[29] BGH, NJW 1987, 1622.

[30] BGH, NJW 1987, 1622, 1625.

[31] BGH, NJW-RR 1990, 689.

[32] BGH, NJW-RR 1990, 689, 691 mit Verweis auf BGH, NJW 1983, 1777.

[33] Zum Begriff vgl. Forstthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 75 ff.; Hölzer, Der Energiesektor zwischen Marktwirtschaft und öffentlicher Aufgabe, S. 72 ff.

[34] So Schwintowski, *Energierecht der Zukunft/Visionen für ein zukünftiges Europäisches Energierecht*, S. 31.

[35] Vgl. Schwintowski, *Energierecht der Zukunft/Visionen für ein zukünftiges Europäisches Energierecht*, S. 32.

[36] Ähnlich Schöne/Rossel, ET 2005, 192, 193.

[37] so offenbar auch LG Ulm, Urteil vom 8.04.2005 ZNER 2005, 239, 240, it Anm. Topp, S. 15 mit Verweis auf OLG Stuttgart, ZNER 2005, 71 sowie OLG Karlsruhe, RdE 2005, 51.

[38] BGH NJW-RR 1987, 1622, 1625 mit Verweis auf BGHZ 73, 114, 116 (Krankenhauspflegesätze), wo der BGH die Leistungen der Krankenhäuser zu den Leistungen der Daseinsvorsorge zählt.

[39] von Hammerstein, ZNER 2005, 9, 12.

[40] Vgl. Rieble, Staudinger, § 315 BGB Rn. 50.

[41] Büdenbender, VEnergR, Bd. 76, S. 101.

[42] Zum Substitutionswettbewerb vgl. BGH WuW/E 2425, 2430.

[43] Der BGH hat diese Frage bisher nicht entschieden. Die Entscheidungen „Favorit“ und „Glockeheide“ im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht nach § 22 GWB a. F. betrafen jeweils Fälle eines Anschluss- und Benutzungszwanges. In der Glockeheide-Entscheidung hat der BGH – anders als das OLG Hamburg in der Vorinstanz (WuW/E OLG 3650) – die Frage, ob tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung des Versorgers vorlag, ausdrücklich offen gelassen; in der Favorit-Entscheidung geht der BGH auf die vom KG (WuW/ OLG 3091) in der Vorinstanz bejahete marktbeherrschende Stellung des Fernwärmeversorgers nicht mehr ein.

[44] KG WuW/E OLG 3091, 3092.

[45] Vgl. BGH NJW, 2003, 3131.

[46] Vgl. BGH, RdE 2003, 188.

[47] Weise, *Der sachlich relevante Markt für Energieversorgungsunternehmen: Eine Untersuchung zur Abgrenzung verwendungs- und abnehmergruppenspezifischer Teilmärkte*, S. 30; Lutz, RdE 2000, 62, 65 m.w.N. in Fn. 36; a. A. Büdenbender, Zulässigkeit der Preiskontrolle von Fernwärmeversorgungsverträgen nach § 315 BGB, S. 86 f.; Büdenbender/Wesche, EHP 2005, Mai, S. 24, 32f.

[48] Büdenbender, Zulässigkeit der Preiskontrolle von Fernwärmeversorgungsverträgen nach § 315 BGB, S. 86 Büdenbender/Wesche, EHP 2005, Mai, S. 24, 32f.; zum ähnlich gelagerten Gasmarkt: Monopolkommission, Sondergutachten 21 „Die Missbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen“; Monopolkommission“.

[49] So hat auch das Landgericht Ulm in seiner Entscheidung vom 08.04.2005 (s. Fn. 37) festgestellt, dass die Fernwärmeversorgung sich in umfassender Konkurrenz sowohl zur Gasversorgung als auch zur Mineralölwirtschaft befindet. Diese Wettbewerbssituation stelle sich nicht nur zu dem Zeitpunkt dar, zu dem der Verbraucher die Wahl für die Energieform Fernwärme trifft, sondern sie bleibe auch während des weiteren Vertragsverhältnisses bestehen. Begründet wird dies vom Landgericht Ulm zutreffend damit, dass ein FVU wegen der erheblichen Fixkosten der Fernwärmeversor-

gung auf eine möglichst hohe Auslastung seiner Investitionen und damit auf die ständige Gewinnung von Neukunden angewiesen sei. Da sich Neukunden durch eine Preispolitik zu Lasten der Altkunden kaum gewinnen ließen, bestehe die Wettbewerbskonkurrenz zu anderen Energieträgern auch nach Vertragsabschluss fort. Siehe hierzu auch Büdenbender, VEnergR, Bd. 76, S. 102; Rudolph, VEnergR, Bd. 78, S. 101, 111; vgl. aber auch BT-Drs. 12/8323; a. A. Kartellreferenten der Landeskartellbehörden und des Bundeskartellamtes, RdE 1992, 93.

[50] So auch OLG Düsseldorf, ZNER 2005, 171: „Allein die langjährige Bezugsbindung verschafft noch keine marktbeherrschende Stellung.“

[51] BGH, WM 1971, 1456, 1457; BGHZ 115, 311, 316.

[52] BGH, NJW 1987, 1622, 1625.

[53] BGH, NJW 1987, 1622, 1625.

[54] Z. B. bei einem langfristigen Mietverhältnis, wo der Vertragspartner zwar grundsätzlich auch eine andere Sache mieten kann, die doppelte Belastung mit einem zweiten Mietzins aber eine solche Entscheidung faktisch ausschließt.

[55] Vgl. Rieble, Staudinger, § 315 BGB Rn. 45, 47.

[56] BGH, NJW-RR 1992, 183, 185, BGH, RdE 2003, 188, 189. – die Änderungen der 6. GWB-Novelle waren nicht Gegenstand der Entscheidungen: das übersieht offenbar Fricke, WM 2005, 547, 548.

[57] Gleiches gilt für § 20 Abs. 1 GWB.

[58] Büdenbender, Zulässigkeit der Preiskontrolle von Fernwärmeversorgungsverträgen nach § 315 BGB, S. 85 f. Kühne, RdE-2005, 241, 242.

[59] LG Rostock, RdE 2004, 175, 176 f.; LG Bremen, RdE 2004, 304; LG Köln, RdE 2004, 306; Büdenbender, Zulässigkeit der Preiskontrolle von Fernwärmeversorgungsverträgen nach § 315 BGB, S. 85 f.; Kühne, RdE 2005, 241, 246; Büdenbender/Wesche, EHP 2005, Mai, S. 24, 32 f.; a.A. Baur/Henk-Merten, VEnergR, Bd. 107, S. 24, 28 sowie Fricke, WM 2005, 547, 548.

[60] Insbesondere § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB.

[61] Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 370 ff.

[62] Salje, ET 2005, 278, 281.

[63] Insbesondere im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB stellt sich die Frage, ob ein „angemessenes Entgelt“ im Sinne der Norm unbillig nach § 315 BGB sein kann? Im Ergebnis dürfte dies zu verneinen sein (a. A. offenbar Rieble, Staudinger, § 315 BGB Rn. 47, der zwischen einer „generalisierenden Angemessenheitskontrolle“ und einer „einzelfallbezogenen Billigkeitskontrolle“ unterscheidet). Der Begriff des „billigen Ermessens“ in § 315 Abs. 1 BGB stellt eine vom Gesetzgeber nicht mehr gebräuchliche Umschreibung der Angemessenheit dar. In neueren Vorschriften wird ausschließlich der Begriff der Angemessenheit bzw. Zumutbarkeit gebraucht (vgl. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB; § 313 Abs. 1 BGB).

[64] Büdenbender, Zulässigkeit der Preiskontrolle von Fernwärmeversorgungsverträgen nach § 315 BGB, S. 86 f.

[65] Zweifelnd allerdings LG Kiel, Urteil vom 6.10.2004, S. 11.

[66] BGH, NJW 2003, 3131.

[67] NJW 2003, 1449.

[68] Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass diese Entscheidung angesichts der Rechtsprechung des BGH vom 26.01.2005 (VIII ZR 66/04) und 27.04.2005 (VIII ZR 140/04) ohnehin als „überholt“ angesehen werden muss.

[69] Geändert durch das Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005.

[70] Vgl. auch Kühne, RdE 2005, 241, 246.

