

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Billigkeitskontrolle von Tarifen der Versorgungsunternehmen

Erweiterte und bis zum 28. Juni 2007 aktualisierte Fassung eines auf dem Deutschen Mietgerichtstag am 1. April 2006 gehaltenen Referats

von Barbara Ambrosius, Karlsruhe*

I. Einleitung

Im Rahmen der vom Mietgerichtstag weit gefassten Fragestellung „Versorgungsmonopole kontra Wirtschaftlichkeitsgebot“ behandelt der vorliegende Beitrag nur einen kleinen Ausschnitt, nämlich die Frage: Welche Verteidigungsmöglichkeiten bietet die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dem Kunden eines Versorgungsunternehmens gegen überhöhte Tarife? Der Beitrag befasst sich nicht mit dem sich im Mietrecht aufdrängenden Problem, ob und wie auch ein Mieter sich wehren kann, der nicht selbst Kunde des Versorgungsunternehmens ist, weil beispielsweise Gas und Wasser für das ganze Mehrfamilienhaus von seinem Vermieter bezogen werden, der die Rechnung des Versorgungsunternehmens einfach auf seine Mieter umlegt. Es gibt noch keine Rechtsprechung des BGH dazu, ob etwa der Mieter aufgrund des den Vermieter verpflichtenden Wirtschaftlichkeitsgebots verlangen kann, dass der Vermieter die Tarife des Versorgungsunternehmens angreift.

Der direkte Kunde eines Versorgungsunternehmens kann sich mit Hilfe des § 315 BGB verteidigen, wenn das Versorgungsunternehmen, wie meist, aufgrund einer Verordnung, eines Gesetzes² und/oder seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein einseitiges Tarifbestimmungsrecht für sich in Anspruch nimmt.³ Der Gesetzestext lautet:

„(1) Soll die Leistung durch einen Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.

(2) Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil.

(3) Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen....“

Schon das Reichsgericht bejahte 1925 – in vorsichtiger Form – die Anwendbarkeit des § 315 BGB zugunsten des Abnehmers eines städtischen Elektrizitätswerks und lieferte dabei auch gleich eine knappe Definition der Billigkeit: Die Feststellung, dass die Betreiberin einerseits zwar das Werk vor Verlusten habe schützen, andererseits aber die Abnehmer nicht habe überteuern wollen, reiche schon aus, um die Preisfestsetzung nicht als unbillig erscheinen zu lassen.⁴ Auch der BGH hat seit 1971 § 315 BGB auf die Tarife von Versorgungsunternehmen angewandt. Dabei ging es zunächst, wie auch in dem vom RG entschiedenen Fall, um den Sonderfall des sogenannten Interimsverhältnisses, bei dem ein Sonderkunde und das Versorgungsunternehmen sich zwar darüber einig waren, dass der Kunde entgeltlich mit Strom versorgt werden wollte und sollte, nicht aber über den Preis. In diesen Fällen füllte die Rechtsprechung die Vertragslücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung durch ein einseitiges Preisbestimmungsrecht des Versorgungsun-

ternehmens aus.⁵ Später bezog der BGH auch Tarifkunden in den Schutz des § 315 BGB ein.⁶ Zur Preisbestimmung gegenüber Tarifkunden hat der BGH in den letzten vier Jahren durch drei verschiedene Senate und jeweils aus einem etwas anderen Blickwinkel Stellung genommen.

Diese jüngste Rechtsprechung soll im Folgenden kurz referiert werden (II). Danach soll eine Reihe von Einzelfragen behandelt werden, die der BGH beantwortet oder aber noch offengelassen hat (III), und schließlich soll rechtspolitisch die Eignung des § 315 BGB zur Tarifkontrolle hinterfragt werden (IV).

II. Übersicht über die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seit 2003

1. Sechs Urteile stammen vom VIII. Zivilsenat⁷, der für das Kaufrecht zuständig ist. Wasser, Strom, Gas und Fernwärme werden bekanntlich gekauft.

a) Mit den beiden Urteilen vom 30. April 2003 wurden zwei Parallelfälle zur Wasserversorgung entschieden. Das klagende Versorgungsunternehmen verlangte vom beklagten Hauseigentümer jeweils rückständiges Entgelt; der Beklagte wandte unter anderem Unbilligkeit der Tarife ein. Der VIII. Zivilsenat befasste sich zunächst mit der Vorfrage, ob diese Einrede gegen eine Zahlungsklage des Versorgungsunternehmens überhaupt zulässig sei oder aber durch § 30 AVB WasserV ausgeschlossen werde, wo es heißt, dass Einwände gegen Rechnungen und Abschlagszahlungen zum Zahlungsaufschub oder zur Zahlungsverweigerung nur berechtigen, „soweit sich aus den Umständen ergibt, dass offensichtliche Fehler vorliegen“. Der VIII. Zivilsenat legte § 30 AVB dahin aus, dass diese Vorschrift sich nicht auf die Einrede der überhöhten Tarife beziehe, sondern insbesondere Rechen- oder Ablesefehler meine. Damit stand der Weg zur Berücksichtigung der Einrede der unbilligen Tariffestsetzung offen.

Dazu führte der VIII. Zivilsenat aus: Im Falle der Unangemessenheit des verlangten Preises schulde der Kunde von Anfang an nur den vom Gericht bestimmten Preis. Der Kunde, der die Preisbestimmung für unbillig halte, dürfe sich gegenüber dem Leistungsverlan-

*Die Autorin ist Richterin am Bundesgerichtshof, X. Zivilsenat.

1. Die Antwort kann nur vorläufigen Charakter tragen, weil am 13.06.2007 eine grundlegende Entscheidung des BGH ergangen ist (VIII ZR 36/06), von der vorerst nur die Presseerklärung bekannt ist.

2. Z.B. § 4 Abs. 2 AVBEltV, AVBFernwärmeV, AVBGasV, AVBWasserV (Geltung bis 07.01.2007); § 36 EnWG 2005.

3. Das einseitige Tarifbestimmungs- bzw. Tarifierhöhungsrecht ist zu unterscheiden von einer Preisanpassungsklausel, bei der die Höhe des Entgelts nach objektiven Maßstäben zu ermitteln ist und dem Versorgungsunternehmen kein Ermessenspielraum zusteht. Letztere unterliegt nicht der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB, dafür aber der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB (vgl. BGH, Ur. v. 21.09.2005 – VIII ZR 38/05, RdE 2006, 52; v. 11.10.2006 – VIII ZR 270/05, NJW 2007, 210; v. 13.12.2006 – VIII ZR 25/06, RdE 2007, 119).

4. RG, Ur. v. 29.09.1925 – VI 182/25, RGZ 111, 310 ff.

5. BGH, Ur. v. 02.04.1964 – KZR 10/62, BGHZ 41, 271 ff.; v. 01.07.1971 – KZR 16/70, LM § 315 BGB Nr. 12.

6. BGH, Ur. v. 03.11.1983 – III ZR 227/82, MDR 1984, 558; v. 04.12.1986 – VII ZR 77/86, NJW 1987, 1828; v. 24.03.1988 – III ZR 11/87, MDR 1988, 759; v. 10.10.1991 – III ZR 100/90, BGHZ 115, 311 ff.; v. 23.01.1997 – III ZR 27/96, WM 1997, 1116.

7. Ur. v. 05.02.2003 – VIII ZR 111/02, BGHZ 154, 5; v. 30.04.2003 – VIII ZR 278/02, WuM 2003, 458; v. 30.04.2003 – VIII ZR 279/02, ZMR 2003, 566; v. 21.09.2005 – VIII ZR 7/05, NJW-RR 2006, 133, und VIII ZR 8/05 (Parallelfall); v. 28.03.2007 – VIII ZR 144/06; v. 13.06.2007 – VIII ZR 36/06 (s. Fn. 1)

gen des Versorgungsunternehmens auf die Unangemessenheit und damit Unverbindlichkeit der Preisbestimmung berufen und diesen Einwand im Rahmen der Leistungsklage zur Entscheidung des Gerichts stellen.

Da das Berufungsgericht den Einwand für unzulässig gehalten und daher gar nicht geprüft hatte, verwies der VIII. Zivilsenat die Sache an das Berufungsgericht zurück, damit dieses die Billigkeitsprüfung der Tarife nachholen könne.

b) In dem früheren Urteil vom 5. Februar 2003, das einen Stromtarifkunden betraf, hatte der VIII. Zivilsenat zur Darlegungs- und Beweislast bei dieser Billigkeitsprüfung ausgeführt: Nach ständiger Rechtsprechung des BGH treffe die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit der Ermessensausübung bei der Festsetzung des Strompreises das Versorgungsunternehmen. Diese Beweislastverteilung folge aus der Sachnähe: Derjenige, der die Leistung bestimmt, kenne am Besten die dafür maßgebenden Umstände, so dass er sie ohne Weiteres darlegen und gegebenenfalls beweisen könne. Diese Beweislastverteilung gelte jedoch nur für solche Fälle, in denen der Bestimmungsberechtigte Ansprüche gegen die andere Vertragspartei erhebe, also bei einer Zahlungsklage des Versorgungsunternehmens.

In dem zu entscheidenden Fall handelte es sich hingegen um den Rückforderungsprozess eines Kunden, der neun Jahre lang ohne Vorbehalt gezahlt hatte und nun 35 % seiner Zahlungen zurückverlangte. Der VIII. Zivilsenat erlegte die Darlegungs- und Beweislast aber gleichwohl weitgehend dem Versorgungsunternehmen auf. Er erklärte dies wie folgt: Es handele sich zwar um einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Deshalb müsse grundsätzlich der Kunde darlegen und beweisen, dass er ohne Rechtsgrund gezahlt habe. Jedoch greife der Grundsatz der sekundären Behauptungslast ein. Nach diesem Grundsatz trifft den Prozessgegner eine erweiterte Behauptungslast, wenn die darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Tatsachen besitzt, während der Gegner über ein derartiges Wissen verfügt und ihm nähere Angaben zumutbar sind. Im Rahmen des Zumutbaren kann vom Gegner insbesondere das substantiierte Bestreiten einer negativen Tatsache – hier des fehlenden Rechtsgrundes, d.h. der Unverbindlichkeit der Tarife – unter Darlegung der für die positive Tatsache sprechenden Umstände verlangt werden. Der Kläger braucht dann nur noch zu beweisen, dass die vom Beklagten dargelegten Tatsachen falsch sind. Für den Rückforderungsprozess des Tarifkunden bedeutet dies, dass er zunächst nur die Unbilligkeit des Tarifs zu behaupten braucht. Das Versorgungsunternehmen muss dann substantiiert darlegen, weshalb der Tarif doch angemessen war. In dem zu entscheidenden Fall hatte das Versorgungsunternehmen nach Ansicht des VIII. Zivilsenats seiner Pflicht zum substantiierten Bestreiten genügt, weil es auf die Genehmigung seiner Tarife nach der BTOElt durch den Berliner Senator für Wirtschaft hingewiesen, alle Genehmigungsunterlagen vorgelegt und seine Preiskalkulation erläutert hatte.

Deshalb wäre es Sache des Kunden gewesen, seinerseits die von dem Versorgungsunternehmen dargelegten Kalkulationsansätze substantiiert und unter Beweisantritt zu bestreiten. Der VIII. Zivilsenat meinte, das habe der Kunde nicht getan. Es reiche nicht, dass er auf günstigere Preise anderer Stromanbieter verwiesen habe. Diese seien schon wegen der besonderen Situation Berlins nach der Wiedervereinigung, als die Berliner Stromversorgung an das europäische Verbundnetz angebunden und das Ostberliner Netz integriert werden musste, kein ausreichendes Indiz für überhöhte Tarife. Der Senat wies deshalb die Rückforderungsklage des Stromkunden ab.

c) Mit den beiden Urteilen vom 21. September 2005, in denen es jeweils um die Klage eines Wasserverbandes auf tariflich festgelegte Baukostenzuschüsse für den Anschluss eines Einfamilienhauses an die Trinkwasserversorgung ging, erklärte der VIII. Zivilsenat, es sei in der Rechtsprechung des BGH anerkannt, dass Tarife und sonstige Entgeltregelungen von Unternehmen, die mittels eines

priatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses Leistungen der Daseinsvorsorge anböten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfall angewiesen sei, nach billigem Ermessen festgesetzt werden müssten und auf ihre Billigkeit hin entsprechend § 315 Abs. 3 BGB zu überprüfen seien. Dies sei zum Teil aus der Monopolstellung des Versorgungsunternehmens hergeleitet worden, gelte aber auch im Fall des Anschluss- und Benutzungszwangs. Unter Hinweis auf das tatricherliche Ermessen bei der Billigkeitsprüfung sah der Senat keinen Rechtsfehler darin, dass das Berufungsgericht die tarifliche Leistungsbestimmung wegen Verstoßes gegen das von der öffentlichen Hand zu beachtende Kostendeckungsprinzip als unbillig bewertet und um mehr als die Hälfte herabgesetzt hatte.

d) Das Urteil des VIII. Zivilsenats vom 28.03.2007 soll im Zusammenhang mit den Urteilen des Kartellsenats dargestellt werden, da es ausdrücklich als Abgrenzung zu dessen Entscheidung vom 18.10.2005 gekennzeichnet ist.

e) Mit Urteil vom 13. Juni 2007, dessen Volltext noch nicht veröffentlicht ist, hatte der VIII. Zivilsenat über die Wirksamkeit einer von dem beklagten Gasversorgungsunternehmen vorgenommenen Erhöhung der Gaspreise zu entscheiden, welche mit einer Kostensteigerung beim Bezug von Erdgas begründet worden war. Der BGH bestätigte die vom Berufungsgericht ausgesprochene Klageabweisung. In seiner Presseerklärung erklärte er: Das den Gasversorgungsunternehmen in den AVBGasV eingeräumte Recht, die allgemeinen Tarife durch öffentliche Bekanntmachung einseitig zu ändern, stelle ein gesetzliches Leistungsänderungsrecht dar, auf das § 315 BGB Anwendung finde. Preiserhöhungen wegen gesteigerter Bezugskosten seien indessen berechtigt. Es habe deshalb im vorliegenden Fall offenbleiben können, ob eine Billigkeitskontrolle auch auf der Basis eines Vergleichs mit den Gaspreisen anderer Gasversorgungsunternehmen vorgenommen werden könne. Eine Überprüfung der Billigkeit der von der Beklagten mit ihrer Lieferantin vereinbarten Bezugspreise, die der Kläger wegen der Ölpreisbindung der Erdgaspreise beanstandet habe, sei im Rahmen der Billigkeitsüberprüfung der Tarifierhöhung nicht vorzunehmen gewesen. Es sei auch nicht darüber zu entscheiden gewesen, ob die vor der Preiserhöhung geforderten Tarife unbillig überhöht gewesen seien. Dabei habe dahingestellt bleiben können, ob die vor der streitgegenständlichen Preiserhöhung geltenden Tarife bereits bei Vertragsschluss zwischen den Parteien gegolten hätten oder ihrerseits wiederum durch in der Vergangenheit erfolgte Preiserhöhungen zustande gekommen seien. Auf den Anfangspreis eines Gaslieferungsvertrags finde § 315 Abs. 3 BGB weder unmittelbare noch mittelbare Anwendung. Die unmittelbare Anwendung komme nicht in Betracht, weil der bei Vertragsschluss bestehende Tarif ein vereinbarter Preis sei. Für eine entsprechende Anwendung auf den vereinbarten Anfangspreis fehle es an einer Monopolstellung der Beklagten, die zwar in ihrem Versorgungsgebiet die einzige Gasanbieterin sei, auf dem Wärmemarkt aber – wie alle Gasversorger – in einem (Substitutions-)Wettbewerb mit Anbietern konkurrierender Heizenergieträger wie Heizöl, Strom, Kohle und Fernwärme stehe. Handele es sich dagegen um bei den vor der streitgegenständlichen Preiserhöhung geltenden Tarifen um solche, die in der Vergangenheit durch Preiserhöhungen zustande gekommen seien, so stehe der Berücksichtigung der etwaigen Unbilligkeit vergangener Preiserhöhungen entgegen, dass der Kläger die auf diesen Tarifen basierenden Jahresabrechnungen unbeanstandet hingenommen habe.

2. Der für Werkverträge zuständige X. Zivilsenat entschied 2005 über eine Klage der Berliner Stadtreinigungsbetriebe auf rückständiges Entgelt für Abfallbeseitigung.⁸ Der beklagte Hauseigentümer hatte die Einrede der unbilligen Tariffestsetzung erhoben. Auch hier hatte das Berufungsgericht diese Einrede wiederum wegen einer in den Allgemeinen Leistungsbedingungen des Versorgungsunternehmens enthaltenen Verweisung der Kunden auf einen Rückforderungsprozess ungeprüft zurückgewiesen.

8. Urt. v. 05.07.2005 - X ZR 60/04, NJW 2005, 2919.

Der X. Zivilsenat bestätigte, dass nach langjähriger Rechtsprechung des BGH den Kunden eines Versorgungsunternehmens grundsätzlich die Einrede der unbilligen Tariffestsetzung nach § 315 Abs. 3 BGB zustehe. Soweit dies aus der Monopolstellung des Versorgungsunternehmens hergeleitet worden sei, müsse dieses Argument für den vorliegenden Fall, wo für die städtische Müllabfuhr Anschluss- und Benutzungszwang herrschte, genauso gelten. Der X. Zivilsenat wiederholte dann, dass die vom Versorgungsunternehmen festgesetzten Tarife nur verbindlich seien, wenn sie der Billigkeit entsprächen, und dass anderenfalls, also bei Unbilligkeit, erst die vom Gericht festgesetzten neuen Tarife verbindlich seien, so dass erst mit der Rechtskraft des Urteils die Forderung des Versorgungsunternehmens fällig werde. Das gelte auch, wenn die Tarife von einer Aufsichtsbehörde genehmigt worden seien. Denn die rein öffentlichrechtliche Wirkung der Genehmigung beschränke sich auf das Verhältnis der Behörde zum Genehmigungsempfänger und sei für die privatrechtliche Überprüfung anhand des § 315 Abs. 3 BGB nicht präjudiziell. Die behördliche Genehmigung liefere allerdings ein gewisses Indiz für die Billigkeit der Tarife.

Der X. Zivilsenat hatte dann wieder zu prüfen, ob der Kunde mit der Einrede der unbilligen Tarifbestimmung ausgeschlossen sei. Die Ausschlussklausel war wiederum nach dem Vorbild des § 30 AVB für Elektrizität, Fernwärme, Gas und Wasser gestaltet. Anders als der VIII. Zivilsenat meinte der X. Zivilsenat, dass diese Klausel die Einrede überhöhter Tarife durchaus erfasse. Er hielt indessen die Ausschlussklausel wegen unangemessener Benachteiligung des Kunden für unwirksam nach § 307 BGB. In einem Exkurs erklärte der X. Zivilsenat zunächst, dass die Klausel keine verbotene Beweislastumkehr enthalte. Zwar müsse der Kunde, der auf einen Rückforderungsanspruch verwiesen werde, einen Bereicherungsanspruch erheben. Der Grundsatz, dass der Bereicherungsgläubiger das Fehlen des Rechtsgrunds für die von ihm erbrachte Leistung beweisen müsse, gelte aber nicht uneingeschränkt. Wenn eine Zahlung lediglich als Abschlag oder Vorauszahlung in Erwartung einer noch festzustellenden Schuld erfolgt sei, habe bei einer Rückforderung der Empfänger, also der Bereicherungsschuldner, das Bestehen der Forderung zu beweisen. So liege es auch, wenn der Kunde eines Versorgungsunternehmens durch eine AGB-Klausel auf einen Rückforderungsprozess verwiesen werde; seine Zahlung erfolge dann konkludent unter Vorbehalt. Deshalb bleibe es dann im Rückforderungsprozess bei der Darlegungs- und Beweislast des Versorgungsunternehmens für die Verbindlichkeit bzw. Billigkeit seiner Tarife.

Der Grund für die Unwirksamkeit der Ausschlussklausel sei, dass sie gegen zwei Grundgedanken der gesetzlichen Regelung verstoße, nämlich zum einen gegen den Grundsatz des privaten Schuldrechts, dass ein Gläubiger keine Leistung beanspruchen könne, wenn sein Schuldner berechnete Einwände darlege und beweise, und zum anderen gegen den speziellen Grundgedanken des § 315 Abs. 3 BGB, dass bei einer unbilligen Leistungsbestimmung von vornherein nur der angemessene, im Ergebnis vom Gericht bestimmte Betrag geschuldet sei. Ein Versorgungsunternehmen dürfe zwar von diesen beiden Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweichen, wenn seine schutzwürdigen Belange ein größeres Gewicht hätten. Das aber habe das klagende Versorgungsunternehmen gerade nicht dargelegt, selbst wenn man unterstelle, dass die Rüge überhöhter Tarife oft nicht berechtigt sei. Das Versorgungsunternehmen habe zwar auf ein drohendes Liquiditätsrisiko hingewiesen, aber nichts dazu vorgetragen, in welcher Höhe es durch unbegründete Nichtzahlung seiner Rechnungen Verluste erleide. Die diesbezüglichen Zweifel gingen zu Lasten des Versorgungsunternehmens.

Der X. Zivilsenat verwies die Sache an das Berufungsgericht zurück, um dem Versorgungsunternehmen Gelegenheit zu geben, die Angemessenheit seiner Tarife nachzuweisen.

3. Der Kartellsenat erließ am 18. Oktober 2005 ein Urteil, das zwar nicht die Endverbraucher tarife betraf, sondern die Nutzungsentgelte, die ein Stromanbieter unter Vorbehalt an den Netzbetreiber gezahlt hatte und hinsichtlich derer er nun die Feststellung beantragte,

sie seien überhöht gewesen.⁹ Das Urteil enthält aber grundsätzliche Erwägungen zu § 315 BGB.

a) Der klagende Stromanbieter hatte mit dem beklagten Netzbetreiber einen Vertrag geschlossen, nach dem dieser für die Durchleitung ein Entgelt „gemäß der jeweils geltenden Anlage“ zahlen sollte; diese Anlage war ein Preisblatt. Der Kartellsenat sah darin ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht der Beklagten i.S. von § 315 BGB,¹⁰ und zwar nicht nur für künftige Preisänderungen, sondern auch für den Anfangspreis. Auch wenn der Anfangspreis bei Vertragsschluss bereits feststellbar sei, werde doch nicht dieser Betrag als Preis vereinbart. Der Betrag gebe lediglich das für einen bestimmten Zeitpunkt ermittelte Ergebnis des gleichen Preisbestimmungsverfahrens wieder, das dem Netzbetreiber auch für die Zukunft zustehen solle. Der Anfangspreis sei daher nicht weniger einseitig bestimmt als die künftige Höhe des Entgelts. Es wäre eine künstliche Aufspaltung der einheitlichen Preisvereinbarung und würde zu Zufallsergebnissen führen, wollte man einen vereinbarten Anfangspreis von einseitig bestimmten Folgepreisen unterscheiden.

b) Von diesen Ausführungen des Kartellsenats hat sich der VIII. Zivilsenat in seinem Urteil vom 28. März 2007¹¹ abgegrenzt. Diese Entscheidung betrifft unter anderem die Entgeltforderung für gelieferten Strom gemäß dem bei Vertragsschluss vereinbarten Tarif, der möglicherweise der damals geltende Allgemeine Tarif war. Der VIII. Zivilsenat hat ausgeführt, dass für eine Billigkeitsbestimmung in unmittelbarer Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB mangels einseitiger Leistungsbestimmung kein Raum sei. Komme zwischen dem Stromlieferungsunternehmen und dem Kunden ein Vertrag zu dem jeweils geltenden allgemeinen Tarif zustande, so sei der von dem Kunden zu zahlende Preis durch den zuvor von dem Unternehmen veröffentlichten Tarif eindeutig bestimmt und als solcher mit dem Abschluss des Vertrags zwischen den Parteien vereinbart. Dem stehe die Entscheidung des Kartellsenats nicht entgegen, weil dort der Vertrag zu einem Preis zustandekommen sollte, von dem die Netzbetreiberin behauptete, sie habe ihn nach den Preisfindungsprinzipien der sog. Verbändevereinbarung Strom II plus ermittelt; aus dieser Verbändevereinbarung seien indes wegen des bestehenden Tarifgestaltungsspielraums keine konkreten Preisvorgaben zu entnehmen. Hingegen möge der unmittelbare Anwendungsbereich des § 315 BGB bei Preiserhöhungen eröffnet sein, die ein Versorgungsunternehmen im Rahmen eines bereits abgeschlossenen Vertrages gemäß § 4 Abs. 1, 2 AVBEltV vornehme, weil diese einseitig in Ausübung eines gesetzlichen Leistungsänderungsrechts erfolgten. Auf den anfänglich vereinbarten Strompreis sei § 315 BGB auch nicht entsprechend anwendbar. Der BGH gehe zwar in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Tarife für Leistungen der Daseinsvorsorge, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfall angewiesen sei, nach billigem Ermessen festgesetzt werden müssten und einer Billigkeitskontrollen entsprechend § 315 Abs. 3 BGB unterworfen seien, was zum Teil aus der Monopolstellung des Versorgungsunternehmens hergeleitet worden sei. Diese Rechtsprechung sei hier indessen nicht einschlägig, weil der beklagte Kunde nicht auf die Klägerin angewiesen gewesen sei, sondern Strom auch von einem anderen Anbieter seiner Wahl hätte beziehen können.

Der VIII. Zivilsenat hat also eine scharfe Trennung zwischen Anfangspreis und Preiserhöhung vorgenommen, während der Kartellsenat diese Unterscheidung abgelehnt hat. Es fragt sich, ob die beiden Fälle vom Sachverhalt her tatsächlich Unterschiede aufweisen, die eine Abgrenzung rechtfertigen, oder ob der VIII. Zivilsenat

9. Urte. v. 18.10.2005 - KZR 36/04 - Stromnutzungsentgelt I, WRP 2006, 253.

10. In einem Fall, in dem die Parteien sich überhaupt nicht über das Stromnutzungsentgelt geeinigt hatten, nahm der Kartellsenat eine Vertragslücke an, die durch Anwendung des § 315 BGB zu schließen sei (Urte. v. 07.02.2006 - KZR 8/05 - Stromnutzungsentgelt II, WRP 2006, 768).

11. S.o. Fn. 7.

nicht doch von der Entscheidung des Kartellsenats abgewichen ist. Denn dort heißt es zu dem „Preisblatt“, das dem dem Vertrag beigelegt war, die Parteien seien sich darüber einig, „dass der ausgewiesene Preis derjenige gewesen sei, von dem die Beklagte behauptet, dass sie ihn nach den Preisfindungsprinzipien der Verbändevereinbarung ermittelt habe“. Dies spricht eher dafür, dass auch in dem vom Kartellsenat entschiedenen Fall der Preis bei Vertragsschluss bereits betragsmäßig feststand. Die rechtlichen Ausführungen des Kartellsenats, dass auch das bei Vertragsschluss von dem Netzbetreiber geforderte Entgelt regelmäßig einseitig bestimmtes sei und dass der bei Vertragsschluss vereinbarte Betrag lediglich das für einen bestimmten Zeitpunkt ermittelte Ergebnis des gleichen Preisbestimmungsverfahrens wiedergebe, das dem Netzbetreiber auch in Zukunft zustehen solle, lassen ebenfalls darauf schließen, dass der Kartellsenat auch feste Anfangspreise der Billigkeitskontrolle unterwerfen wollte.

c) Weiter führte der Kartellsenat aus, § 315 Abs. 3 BGB werde durch das Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (EnWG) mit dem darin niedergelegten Ziel der preisgünstigen Versorgung der Allgemeinheit nicht verdrängt, sondern lediglich konkretisiert. Das Preisfestsetzungsermessen des Versorgungsunternehmens werde insoweit gebunden; das EnWG liefere einen Prüfungsmaßstab für § 315 Abs. 3 BGB. Der Kartellsenat wies die Sache zur Prüfung der Billigkeit des Entgelts, bei der es sich um eine betriebswirtschaftliche Sachkunde erfordernde rechtliche Wertung handele, an das Berufungsgericht zurück. Zur Darlegungs- und Beweislast wiederholte der Kartellsenat: Nicht die andere Partei habe die Unbilligkeit der Leistungsbestimmung darzulegen; vielmehr habe der Bestimmungsberechtigte die Billigkeit seiner Bestimmung darzutun. Dabei bleibe es auch im Rückforderungsprozess, wenn die Partei nur unter Vorbehalt gezahlt habe.¹² Die Preisgenehmigung der zuständigen Landesbehörde ändere daran nichts. Denn die öffentlich-rechtliche Wirkung der Genehmigung beschränke sich auf das Verhältnis der Behörde zum Genehmigungsempfänger und sei für die privatrechtliche Überprüfung eines einseitig festgesetzten Entgelts nach § 315 BGB nicht präjudiziell. Sie möge allerdings ein gewisses Indiz für die Billigkeit der Tarife liefern.

III. Einzelfragen, die der Bundesgerichtshof beantwortet oder offengelassen hat

Nach der Wiedergabe der jüngsten Rechtsprechung des BGH soll nun herausgearbeitet werden, welche Punkte der BGH geklärt und welche er noch nicht beantwortet hat. Viele der noch offenen Fragen hat der VIII. Zivilsenat in seiner Presseerklärung zu dem am 13. Juni 2007 verkündeten Urteil bereits kursorisch beantwortet.¹³ Der Volltext der Urteilsgründe wird hoffentlich in einigen Zweifelsfragen weitere Klarheit bringen.

1. Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 BGB auf die Tarifierhöhungen von Versorgungsunternehmen nach Vertragsschluss

Der BGH hat klar gesagt, dass § 315 BGB auf die einseitigen Tariffestsetzungen der Versorgungsunternehmen für Tarifkunden anwendbar ist. Einseitig festgesetzt sind auf jeden Fall Tarifierhöhungen nach Vertragsschluss.

Hierzu hat der VIII. Zivilsenat in seinem Urteil vom 28. März 2007¹⁴, in dem er Preiserhöhungen im Rahmen eines bereits abgeschlossenen Vertrages gemäß § 4 Abs. 1, 2 AVBEitV mit der Begründung, dass diese einseitig in Ausübung eines gesetzlichen Leistungsänderungsrechts erfolgten, der unmittelbaren Anwendung des § 315 BGB unterworfen hat, konkludent klargestellt, dass § 315 BGB auch auf rein gesetzlich geregelte Bestimmungsrechte unmittelbar anwendbar ist.¹⁵ Da in dem betreffenden Fall der Anbieter keine Monopolstellung hatte, hat der VIII. Zivilsenat stillschweigend zugleich erklärt, dass die unmittelbare Anwendung des § 315 BGB keine „Angewiesenheitslage“ voraussetzt. Beides hat er jetzt in seiner Presseerklärung zum Urteil vom 13. Juni 2007 bestätigt.

Dies steht mit dem Zweck des § 315 BGB in Einklang, der im Schutz des anderen Vertragsteils vor einem Missbrauch des ihm eingeräumten einseitigen Leistungsbestimmungsrechts besteht.¹⁶ Allein aus der einseitigen Gestaltungsmacht des einen ergibt sich die Schutzbedürftigkeit des anderen Teils; ob der Bestimmungsberechtigte im Wettbewerb steht oder ein Monopol besitzt, ist für § 315 BGB ohne Bedeutung.¹⁷ Auch die Versorgungsunternehmen besitzen – jedenfalls für Preiserhöhungen – einseitige Gestaltungsmacht. Der Anwendung des § 315 BGB steht insoweit nicht entgegen, dass die Versorgungsunternehmen Daseinsvorsorge leisten, also die Infrastruktur des Gemeinwesens bereitstellen, und dass dies nach wie vor als eine Aufgabe des Staates angesehen wird, aus der er sich nicht ganz zurückziehen darf. Denn wenn der Staat sich dafür entscheidet, Leistungen der Daseinsfürsorge in den Formen des Privatrechts zu erbringen oder sogar auf private Dritte zu übertragen, dann muss sich das Versorgungsunternehmen auch wie ein privatrechtlicher Vertragspartner behandeln lassen. Dazu gehört aber, dass das Versorgungsunternehmen nach § 315 BGB einer Machtmissbrauchskontrolle unterworfen ist.

2. Billigkeitskontrolle des Anfangspreises nur bei Monopolstellung des Versorgers?

Unklar ist jedoch noch, ob dies gleichermaßen für die bei Vertragsschluss bestehenden Anfangspreise gilt.

Für diese hat der VIII. Zivilsenat an der Monopolstellung als Anwendungsvoraussetzung festgehalten. Im Unterschied zu Preiserhöhungen sei der Anfangspreis, weil bei Vertragsschluss betragsmäßig feststehend, nicht einseitig bestimmt, sondern vertraglich vereinbart. Deshalb sei insoweit die unmittelbare Anwendung des § 315 BGB ausgeschlossen und nur eine analoge Anwendung möglich, die aber eine Monopolstellung des Anbieters voraussetze.¹⁸ Diese Aussage des VIII. Zivilsenats ist klar genug, und die wohl dahinterstehende Erwägung, dass ein Kunde, der einen bereits feststehenden Preis ohne Not – weil nämlich nicht auf diesen Anbieter angewiesen – akzeptiert, keinen Schutz verdient, leuchtet ein. Jedoch hat der Kartellsenat die Frage des Anfangspreises – nach dem Verständnis der Verfasserin dieses Beitrags¹⁹ – anders gelöst. Er hat die Unterscheidung zwischen Anfangspreis und späterer Preiserhöhung für unnötig erklärt, weil auch der Anfangspreis schon einseitig festgesetzt worden sei. Diese Sicht, dass nämlich die einseitige Rechtsmacht des Anbieters gleich vom Beginn des Vertragsverhältnisses an kontrolliert werden müsse, hat ebenfalls gute Gründe für sich, zumal der Anfangspreis des Neukunden die Preiserhöhung des Altkunden und damit der Billigkeitskontrolle als solcher nicht entzogen ist. Eine baldige Angleichung der bisher unterschiedlichen Standpunkte des VIII. Zivilsenats und des Kartellsenats wäre wünschenswert.

Wann die vom VIII. Zivilsenat geforderte Monopolstellung des Anbieters vorliegt, ist ebenfalls erst zum Teil geklärt. Mit dem Urteil vom 28. März 2007 hat der Senat entschieden, dass Stromversorger – bei denen die Liberalisierung des Strommarktes tatsächlich zu Wettbewerb geführt hat – kein Monopol besitzen, wenn der Stromkunde die Möglichkeit hat, Strom von einem anderen Anbieter seiner Wahl zu beziehen. Die Frage, ob ein Gasversorger, der in seinem Versorgungsgebiet der einzige Anbieter ist, wegen des

12. Bestätigt durch Ur. v. 07.02.2006, s.o. Fn. 10.

13. S.o. Fn. 1.

14. S.o. Fn. 7.

15. So schon Salje, Das Wettbewerbs- und Kartellrecht als Maßstab einer Gaspreis-Billigkeitskontrolle durch die Zivilgerichte, *Energiewirtschaftliche Tagesfragen* 2005, 278, 280, und Hanau, ZIP 2006, 1281, 1282; noch offengelassen von BGH, Ur. v. 17.05.1994 – X ZR 82/96, BGHZ 126, 109, 120 (der Schutzgedanke des § 315 BGB sei auch bei gesetzlich zugewiesenen Bestimmungsrechten heranzuziehen).

16. BGH, Ur. v. 17.05.1994, s.o. Fn. 15.

17. Fricke, Zivilrechtliche Billigkeitskontrolle von Erdgaspreisen gemäß § 315 BGB, *WuM* 2005, 547, 548.

18. Presseerklärung zum Urteil vom 14.03.2007, s.o. Fn. 1.

19. So auch Markert, *RdE* 2006, 81, 85 ff.

sogenannten Substitutionswettbewerbs mit anderen Energieträgern wie z.B. Heizöl kein Monopolunternehmen ist,²⁰ hat der Senat in seiner Presseerklärung zum Urteil vom 13. Juni 2007 bejaht.

3. Keine präjudizielle Wirkung einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung

Die Frage, ob eine öffentlich-rechtliche Genehmigung der Tarife der Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB entgegensteht, hat der BGH in ständiger Rechtsprechung verneint²¹, obwohl der Maßstab für die Genehmigung der Aufsichtsbehörde in der Regel eine möglichst preisgünstige Versorgung der Allgemeinheit ist (vgl. z.B. §§ 39 Abs. 1, 1 EnWG) und die Kunden mit Hilfe des § 315 Abs. 3 BGB ebenfalls das Ziel einer preisgünstigen Versorgung verfolgen. Der BGH verwendet das zunächst formal scheinende Argument, dass die öffentlich-rechtliche Genehmigung nur im Verhältnis des Versorgungsunternehmens zur Genehmigungsbehörde wirke. Dahinter steht aber der Gedanke effektiven Rechtsschutzes, den das Bundesverfassungsgericht in einem Fall herausgearbeitet hat, in dem es um die Prämienhöhung eines privaten Krankenversicherers ging, die vom Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen genehmigt worden war:²² Öffentlich-rechtliche Genehmigungen im Wirtschaftsverwaltungsrecht sollen das Interesse der Allgemeinheit schützen, nicht das Interesse des einzelnen Bürgers. Deshalb kann der Bürger eine Preisgenehmigung, zumindest wenn sie dem Unternehmen Spielraum nach unten belässt, nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch nicht mit den Mitteln des Verwaltungsrechts anfechten.²³ Ein Grundsatz des Zivilrechts ist aber, dass der Bürger gegen die Übermacht eines Vertragspartners effektiven Rechtsschutz genießen muss. Wenn das Verwaltungsrecht ihm diesen Rechtsschutz nicht bietet, dann muss

er eben über § 315 BGB gewährleistet werden.²⁴

Im Rahmen der Billigkeitsprüfung nach § 315 BGB hat der BGH eine gewisse Indizwirkung der aufsichtsbehördlichen Genehmigung bejaht,²⁵ sich zu deren Stärke aber nicht geäußert.

4. Kein Vorrang des Kartellrechts

Der BGH hat auch entschieden, dass das Kartellrecht keine spezialgesetzlichen Regelungen enthält, die § 315 BGB verdrängen. Der Kartellsenat hat in seinen Urteilen vom 18. Oktober 2005 und 7. Februar 2006 jeweils am Ende gesagt, das Berufungsgericht müsse außer § 315 BGB auch einen etwaigen Missbrauch marktbeherrschender Stellung nach § 19 GWB prüfen. Schon 2001 hatte er entschieden, dass der Schuldner einseitig bestimmter Entgelte diese sowohl kartellrechtlich als auch entsprechend § 315 BGB überprüfen lassen könne.²⁶ Demnach schließt weder ein etwaiger Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung des Versorgungsunternehmens noch umgekehrt die wettbewerbsgerechte Preisgestaltung eines marktbeherrschenden Versorgungsunternehmens die Prüfung der Tarife nach § 315 BGB aus. In einem früheren Urteil hat der BGH hierzu ausdrücklich ausgeführt: Die Grenzen des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots fallen nicht mit den Grenzen der Billigkeitsentscheidung nach § 315 BGB zusammen.²⁷ Der kartellrechtliche Missbrauchstatbestand ist auf den Bereich der Monopolaufsicht zugeschnitten; er will allein diejenigen Nachteile ausgleichen, die sich aus dem fehlenden Wettbewerb ergeben. § 315 BGB soll demgegenüber die der einen Vertragspartei übertragene Rechtsmacht eingrenzen, den Inhalt des Vertrags einseitig festzusetzen.²⁸ Die kartellrechtliche und Billigkeitsprüfung nach § 315 BGB werden allerdings oft zum gleichen Ergebnis führen. Insbesondere ist jede kartellrechtswidrige Preisforderung selbstverständlich unbillig i.S. des § 315 BGB.

5. Verweisung der Kunden auf einen Rückforderungsprozess?

Bei der Frage, auf welche Weise der Kunde seine Rechte aus § 315 BGB geltend machen kann, ist klar, dass er die Wahl hat, ob er

entweder die Zahlung verweigert, die Zahlungsklage des Versorgungsunternehmens abwartet und dann die Einrede der unbilligen Tariffestsetzung erhebt oder ob er zunächst einmal unter Vorbehalt zahlt und sodann auf Feststellung klagt, dass der Tarif unbillig ist, oder gleich auf Rückzahlung klagt.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH kann das Versorgungsunternehmen nicht erzwingen, dass der Kunde zunächst einmal zahlt. In § 30 der AVB für Elektrizität, Wasser, Gas und Fernwärme steht zwar, dass nur offensichtliche Fehler der Rechnung zur Zahlungsverweigerung berechtigen. Der VIII. Zivilsenat hat aber entschieden, dass § 30 sich gar nicht auf die unbillige Leistungsbestimmung bezieht.²⁹ Der X. Zivilsenat ist mit anderer Begründung zum selben Ergebnis gelangt. Er hat eine dem § 30 entsprechende Ausschlussklausel wegen unangemessener Benachteiligung des Kunden als unwirksam nach § 307 BGB beurteilt.³⁰

An dieser Stelle hat der X. Zivilsenat den Versorgungsunternehmen jedoch eine Tür offengehalten. Denn er hat die Ausschlussklausel nur deshalb als unangemessene Benachteiligung der Kunden gewertet, weil in dem von ihm zu entscheidenden Fall das Versorgungsunternehmen seine Behauptung, dass ihm durch unberechtigte Zahlungsverweigerungen ein Liquiditätsengpass drohe, nicht belegt hatte; das Versorgungsunternehmen hatte keinerlei Zahlen genannt. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass in Zukunft einmal ein Versorgungsunternehmen den nötigen Vortrag liefert. Sollte dann die Verweisung der Kunden auf einen Rückforderungsprozess der Inhaltskontrolle standhalten würde, so wäre dies für die Kunden auch nicht so schlimm. Denn bei einer Zahlung unter Vorbehalt würde auch im Rückforderungsprozess des Kunden die Darlegungs- und Beweislast das Versorgungsunternehmen treffen und würde der Kunde auch kein höheres Prozesskostenrisiko eingehen, als wenn

er im Zahlungsprozess des Versorgungsunternehmens die Einrede der unbilligen Tariffestsetzung erhebt.

6. Verteilung der Darlegungs- und Beweislast

Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast besagt die Rechtsprechung des BGH: Wenn der Bestimmungsberechtigte die Leistung verlangt, muss er darlegen und beweisen, dass seine Forderung billig war.³¹

Der BGH hat allerdings noch nichts dazu gesagt, ob die Zahlungsklage Versorgungsunternehmen von Anfang an, oder der Kunde sich vorgerichtlich gar nicht auf überhöhte Tarife berufen hat, die Angemessenheit seiner Tarife substantiiert darlegen muss und andernfalls seine Klage unschlüssig ist. Nach der bisherigen

20. Bejahend z.B. Ehrlicke, JZ 2005, 599, 605, verneinend z.B. BVerfGE 128, 1284 f.

21. Zuletzt Ur. v. 18.10.2005 m.w.N., s.o. Fn. 9.

22. Beschl. v. 28.12.1999 - 1 BvR 2203/98, NJW 2000, 2733.

23. BVerwG, Ur. v. 22.02.1994 - 1 C 24/92, BVerwGE 95, 133.

24. Wegen mangelnden Spielraums nach unten hat der BGH die Anwendung des § 315 BGB abgelehnt in einem Fall, in dem Krankenhäuser nicht vom Krankenträger, sondern vom Sozialminister festgesetzt waren. Weil es sich dabei nicht bloß um eine Genehmigung, sondern um die Festsetzung des Entgelts gehandelt habe, hat der BGH einen Verstoß mit privatrechtsgestaltender Drittwirkung angenommen, der auf dem Verwaltungsrechtsweg angefochten werden müsse (Ur. v. 19.12.1999 - 43/77, BGHZ 73, 114, 119). Auch die Tarife der Telekom hat der BGH ein unmittelbar durch Verwaltungsakt festgesetztes Entgelt behauptet, nach erhaltener Genehmigung der Telekom kein Spielraum verblieben (Ur. v. 02.07.1998 - III ZR 287/97, NJW 1998, 3188).

25. S.o. Fn. 8 und 9.

26. Ur. v. 06.03.2001 - KZR 37/99, NJW 2001, 2541.

27. Hierzu zustimmend und mit näherer Begründung Markert, ZNER 2006, 81, 85; dagegen z.B. Kühne, NJW 2006, 654, 655.

28. Ur. v. 02.10.1991 - VIII ZR 240/90, NJW-RR 1992, 183, bes. 184; Ur. v. 05.02.2003, s.o. Fn. 7.

29. Ur. v. 30.04.2003, s.o. Fn. 7.

30. S.o. Fn. 8.

31. Ur. v. 05.02.2003, s.o. Fn. 8, und Urteile v. 18.10.2005, s.o. Fn. 20, 07.02.2006, s.o. Fn. 10.

Meinung der Verfasserin wäre dies zu viel verlangt. Es wäre für das Versorgungsunternehmen nicht zumutbar, den mit der Darlegung der Grundlagen seiner Preisbildung verbundenen Aufwand auf bloßen Verdacht hin zu betreiben. Das Versorgungsunternehmen darf vielmehr abwarten, ob der Kunde überhaupt die Höhe des Preises rügt oder ob er nicht vielmehr, wie häufig, allein aus Geldmangel nicht zahlt. Auch die herrschende Meinung in der Literatur meint, dass der Schuldner die Unbilligkeit der Leistungsbestimmung als Einrede geltend machen muss. Hat der Schuldner diese Einrede aber erst einmal erhoben, so braucht er sie nicht zu substantiieren. Dann muss vielmehr, weil nur angemessene Tarife verbindlich sind, das Versorgungsunternehmen die Billigkeit seiner Leistungsbestimmung nachvollziehbar erklären und erforderlichenfalls beweisen.

Das bleibt nach der Rechtsprechung des BGH auch so im Rückforderungsprozess, wenn der Schuldner unter Vorbehalt gezahlt hat.³² An der Darlegungslast ändert sich auch bei einer Zahlung ohne Vorbehalt nichts. Denn dann greifen die Grundsätze der sekundären Behauptungslast des Bereicherungsschuldners ein: Das Versorgungsunternehmen muss die Billigkeit seiner Tarife substantiiert darlegen. Es ändert sich lediglich die Beweislast. Nicht das Versorgungsunternehmen muss für die Richtigkeit seiner Darlegungen Beweis anbieten, sondern der Kunde muss die Unrichtigkeit beweisen.³³ Das dürfte ihm aber, sofern er im Recht ist, nicht allzu schwerfallen, da er von seinem Versorgungsunternehmen die Vorlage von Belegen oder zumindest Einsicht in die Belege verlangen kann.³⁴

7. Inhaltliche Anforderungen an die Darlegung der Billigkeit der Tarifsetzung bzw. Tarifierhöhung

Welchen Inhalt muss nun die Darlegung der Billigkeit haben?

a) Mit dieser Frage hat sich der BGH in einer früheren Entscheidung befasst.³⁵ Es ging dort zwar um Preise, die ein Stromlieferant von einem Versorgungsunternehmen forderte, aber der BGH erklärte ausdrücklich, dass hierfür derselbe Maßstab gelte wie für die Endverbraucherpreise, nämlich der das gesamte Energiewirtschaftsrecht beherrschende – damals aus § 12 BtOElt entnommene – Grundsatz, dass die Energieversorgung so sicher und preisgünstig wie möglich zu gestalten ist. Deshalb verlangte der BGH die Offenlegung der Preiskalkulation. Hierzu führte er aus: Der Grundsatz der Gewinnmaximierung habe nur eingeschränkte Bedeutung. Der Strompreis habe sich vielmehr an den Kosten auszurichten. Über die Deckung der Kosten für die Erzeugung und Leitung der Energie und die Vorkhaltung der notwendigen Anlagen hinaus stehe dem Unternehmen allerdings auch ein Gewinn zu, aus dem es erforderliche Rücklagen bilden und Investitionen tätigen könne. Weiter sei ihm eine angemessene Verzinsung zuzubilligen, ohne die es Fremdkapital nicht aufnehmen und Anlagekapital nicht gewinnen könne. Es komme darauf an, inwieweit der geforderte Strompreis zur Deckung der Kosten der Stromlieferung und zur Erzielung eines in vertretbarem Rahmen bleibenden Gewinns diene.

Es ist eine spannende Frage, ob dieses Urteil noch aktuell ist.³⁶ Der Grundsatz der möglichst preisgünstigen Versorgung findet sich auch im neuen EnWG wieder (§ 1) und dürfte ungeschrieben auch für alle anderen Leistungen der Daseinsvorsorge gelten, wie z.B. Wasser und Müllabfuhr, weil für den Bereich der Daseinsvorsorge eine – auch von der EU anerkannte – Allgemeinwohlbindung besteht, die eine bedarfswirtschaftliche und nicht privatwirtschaftliche Preisgestaltung gebietet.³⁷ Der Maßstab für die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB ist allerdings sehr umstritten. Wenn der Versorger im Wettbewerb steht – möglicherweise einschließlich des Substitutionswettbewerbs zu anderen Energieträgern –, wird im Gegensatz zum Kostendeckungs- oder Preisgünstigkeitsgrundsatz von vielen Stimmen in Literatur und Rechtsprechung das Vergleichsmarktpinzipp angewandt und dementsprechend der Tarif für angemessen befunden, wenn er nicht ungünstiger ist als der Durchschnittspreis aller Versorger. Auch eine Kombination der beiden Ansätze wäre denkbar. Der VIII. Zivilsenat hat in seinem Hinweisbeschluss vom

14. März 2007 zu dem am 13. Juni 2007 verkündeten Urteil³⁸ den Prüfungsmaßstab als erörterungsbedürftig bezeichnet und die Frage aufgeworfen, ob die Preisbestimmung billig sei, wenn sie nicht von den Preisen anderer Gasversorgungsunternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb abweiche. Gegebenenfalls müsse das Versorgungsunternehmen geeignetes Vergleichsmaterial vorlegen. Im Urteil hat er laut Presseerklärung diese Frage offengelassen.

b) Zum Geheimhaltungsinteresse des Versorgungsunternehmens hat der BGH noch nicht Stellung genommen. Der VIII. Zivilsenat hat in seinem Hinweisbeschluss vom 14. März 2007³⁹ lediglich auf die Konfliktlage für das Versorgungsunternehmen und auf die einschlägige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁰ hingewiesen, wonach die Gerichte im Einzelfall das Bedürfnis des Unternehmens nach Schutz seiner Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gegen das Offenlegungsinteresse des Kunden abwägen müssen.

c) Noch nicht geäußert hat sich der BGH zu der Frage, ob bei Anwendung des Kostendeckungsprinzips das Versorgungsunternehmen nicht nur seine tatsächlichen Kosten darzulegen hat, sondern auch, dass diese einer betriebswirtschaftlich rationellen Betriebsführung entsprachen, oder ob der Kunde eine unwirtschaftliche Betriebsstruktur und vermeidbare Ausgaben hinnehmen muss. Da der Grundsatz der möglichst preisgünstigen Daseinsvorsorge, der einen Maßstab für die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB liefert, das Versorgungsunternehmen zur guten Betriebsführung verpflichtet, dürften Preise, die auf eine schlechte Betriebsführung zurückgehen, unbillig sein. Auch nach § 12 BtOElt, nach § 21 Abs. 2 EnWG und im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle werden unwirtschaftliche Kosten nicht anerkannt. In diesem Zusammenhang wird möglicherweise auch die schwierige Frage zu beantworten sein, ob ein Gasversorger sich im Verhältnis zu seinen Lieferanten auf die Preiskoppelung von Erdgas an leichtes Heizöl einlassen darf.⁴¹ Der BGH hat in seiner Presseerklärung zum Urteil vom 13. Juni 2007 nur erklärt, die Bezugspreise seien im Rahmen der Billigkeitsprüfung nicht zu überprüfen.

Die Überprüfung der guten Betriebsführung bringt zwar ein Insolvenzrisiko mit sich, da sie dazu führen kann, dass das Versorgungsunternehmen einen Teil der ihm tatsächlich entstandenen Kosten nicht an seine Abnehmer weitergeben darf. Das Insolvenzrisiko ist aber generell eine Begleiterscheinung der Privatisierung der Daseinsvorsorge; es gehört also zu den mit der Ökonomisierung der Verwaltung unausweichlich verbundenen Problemen.

32. Zur Darlegungslast bei Zahlung unter Vorbehalt s. Ur. v. 05.07.2005, s.o. Fn. 8, und Urteile v. 18.10.2005 und 07.02.2006, s.o. Fn. 10.

33. Ur. v. 05.02.2003, s.o. Fn. 7.

34. Für die Betriebskostenabrechnung des Vermieters hat der BGH dem Mieter nur ein Recht auf Einsicht in die Originalunterlagen zugestanden (Ur. v. 08.03.2006 – VIII ZR 78/05).

35. Ur. v. 02.10.1991, s.o. Fn. 29.

36. Das AG Heilbronn hat dieses Urteil auf eine Gastarifierhöhung angewandt (Ur. v. 15.04.2005, WuM 2005, 449). Das LG Heilbronn als Berufungsgericht (Ur. v. 19.01.2006 – 6 S 16/05 Ab) hat offengelassen, ob der Gastarif als Kostenpreis oder – wegen des Substitutionswettbewerbs – als Marktpreis anzusehen sei (s.o. Fn. 22). Der BGH hat in seiner Presseerklärung zum Urteil vom 13. Juni 2007 diese Frage bejaht.

37. Die Preisgünstigkeit der Versorgung konkurriert allerdings mit den weiteren in § 1 EnWG niedergelegten Zielen der sicheren, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen Versorgung. Das Versorgungsunternehmen muss und darf diese verschiedenen Ziele austarieren. Es darf in seine Preiskalkulation also auch Kosten für beispielsweise Sicherheitsvorkehrungen und Umweltschutz einstellen.

38. S.o. Fn. 1.

39. S.o. Fn. 1.

40. Vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.03.2006 – 1 BvR 2111/03, WM 2006, 880.

41. Das LG Heilbronn hat die Prüfung dieser Frage im Rahmen der Billigkeitsprüfung nach § 315 BGB abgelehnt, weil es um einen Verstoß gegen das Kartellrecht gehe. Vgl. Hierzu Hanau, ZIP 2006, 1281, 1285.

d) Die Entscheidung von 1991 betraf ein Interimsverhältnis, also die erstmalige Preisfestsetzung. Davon zu unterscheiden ist, was das Versorgungsunternehmen zur Rechtfertigung einer Erhöhung seiner Tarife darlegen muss. Hier fragt es sich, ob die Darlegung genügt, dass die Erhöhung nicht größer ausgefallen ist als die seit der letzten Preisfestsetzung eingetretene Kostensteigerung, und ob andererseits die Tariferhöhung nicht größer sein darf als die Kostensteigerung.

In seinem Hinweisbeschluss vom 14. März 2007⁴² hat der VIII. Zivilsenat die Frage zur Erörterung gestellt, ob die streitige Preiserhöhung deshalb unbillig sein könne, weil bereits die davor geforderten Tarife unbillig waren, ob also das Versorgungsunternehmen bei seiner Entscheidung über die Weitergabe gestiegener Bezugskosten eine etwaige Unbilligkeit der bisherigen Tarife hätte berücksichtigen müssen. In seiner Presseerklärung zum Urteil vom 13. Juni 2007 hat er dies mit der Begründung verneint, dass der bisherige Tarif entweder der vertraglich vereinbarte und daher nicht § 315 Abs. 3 BGB unterliegende Anfangspreis war oder dass er zwar auf einer früheren Preiserhöhung beruhte, diese aber nicht zu überprüfen war, weil der Kläger die früheren Jahresabrechnungen unbeanstandet hingenommen hatte. Er hat weiter erklärt, eine Preiserhöhung, die in der Weitergabe von Kostensteigerungen bestehe, sei berechtigt.

Unter Umständen wird das Versorgungsunternehmen die Kostensteigerung überschreiten dürfen.⁴³ Dies ist die Konsequenz des nach ständiger Rechtsprechung des BGH⁴⁴ dem Bestimmungsberechtigten zustehenden Ermessensspielraums. Sofern das Versorgungsunternehmen bei seiner früheren Preisfestsetzung die Billigkeitsgrenze seines Ermessens nach oben hin nicht voll ausgeschöpft hatte, kann es ihm nicht verwehrt sein, bei Gelegenheit einer Tariferhöhung über die bloße Umlage der Kostensteigerung hinauszugehen und beispielsweise seinen Gewinnanteil oder seine Rücklagen zu erhöhen, unter der Voraussetzung, dass sich der neue Preis insgesamt im Rahmen billigen unternehmerischen Ermessens hält. Die Frage, ob auch der Kunde das Recht hat, sich gegen eine Tariferhöhung mit dem Argument zu wehren, sie sei, obwohl lediglich in der Weitergabe der Preissteigerung bestehend, unbillig, weil schon der alte Tarif überhöht gewesen sei,⁴⁵ hat der VIII. Zivilsenat in seiner Presseerklärung zum Urteil vom 13. Juni 2007 für den Fall verneint, dass der Kunde die auf früheren Tarifen beruhenden Abrechnungen nicht beanstandet hatte. Ob der Kunde sich auf die Unbilligkeit früherer Tarife berufen darf, wenn er diese nur unter Vorbehalt bezahlt hat, ist damit noch offen. Gegebenfalls müsste das Versorgungsunternehmen auch die Billigkeit des Preissockels darlegen

8. Beweisführung

Auch zur Art der Beweisführung hat der BGH noch nichts gesagt.

9. Ausschluss des Rückforderungsrechts wegen vorbehaltloser Bezahlung?

Der VIII. Zivilsenat hat in seinem Hinweisbeschluss vom 14. März 2007⁴⁶ die Frage aufgeworfen, aber noch nicht beantwortet, ob der Umstand, dass der Kunde unbillige Tarife unbeanstandet hingenommen und bezahlt hat, der Berücksichtigung ihrer Unbilligkeit im Rahmen der Billigkeitsprüfung entgegenstehe (§ 242 BGB). In seiner Presseerklärung zum Urteil vom 13. Juni 2007 hat er dies bejaht. Die noch nicht veröffentlichten Urteilsgründe werden zeigen ob und unter welchen Voraussetzungen eine etwaige Verwirkung nur er Rückforderung vorbehaltloser Zahlungen oder auch der Rückforderung von Zahlungen entgegenstehen könnte, die unter einem auf die Unbilligkeit des Preissockels gestützten Vorbehalts geleistet wurden.

10. Rechtsfolgen einer unbilligen Tariffestsetzung

Bei der auf die Beweisaufnahme folgenden Urteilsfindung hat das Gericht zu beachten, dass bei der Leistungsbestimmung nach § 315 BGB der Bestimmungsberechtigte einen Ermessensspielraum besitzt. Es kommt also darauf an, ob die Tariffestsetzung sich im Rahmen der Billigkeit hält. Bejaht das Gericht dies, so sind die Rechtsfolgen klar: Der Tarif war von Anfang an wirksam, der Kunde verliert deshalb den Prozess, er muss die zurückbehaltenen Rechnungsbeträge nachzahlen und außerdem Verzugszinsen entrichten.

Für den Fall, dass der beanstandete Tarif ganz oder teilweise aus dem Rahmen des Billigen herausfällt, lässt die Rechtsprechung des BGH hingegen noch viele Fragen offen. Klar ist, dass das Gericht – übrigens auch auf Klage des Schuldners hin⁴⁷ – ein Gestaltungsurteil erlassen muss, mit dem es ersatzweise selbst einen billigen Tarif festsetzt, und dass es der Zahlungsklage des Gläubigers stattzugeben hat, soweit sie nach dem von ihm ersatzweise festgesetzten Tarif berechtigt ist. Denn die Klage kann unmittelbar auf Zahlung des nach Meinung des bestimmungsberechtigten Gläubigers geschuldeten Betrags gerichtet werden.⁴⁸ Schwierigkeiten bereitet aber der Gesetzestext, wonach die einseitige Leistungsbestimmung nur verbindlich ist, wenn sie der Billigkeit entspricht. Ist danach der Gesamtpreis unverbindlich oder nur die überhöhte Preisspitze? Davon hängt ab, ob der Kunde den angemessenen Teil des Tarifs von Anfang an schuldet und mit diesem Teilbetrag durch Mahnung oder kalendermäßige Bestimmung der Leistungszeit in Verzug gerät. Hierzu gibt es noch keine einhellige Aussage des BGH. Zwei Urteile des VIII. Zivilsenats enthalten eine Andeutung dahin, dass der angemessene Teil der Preisbestimmung von Anfang an verbindlich ist. Im Urteil vom 2. Oktober 1991 heißt es, es komme darauf an, „ob und gegebenenfalls inwieweit die Preisfestsetzung unbillig ist“.⁴⁹ In der Entscheidung vom 30. April 2003 findet sich der Satz:

X. Zivilsenats hat in seinem Urteil vom 5. Juli 2005,⁵² dem sich der Kartellsenat insoweit angeschlossen hat,⁵³ soweit in seinen beiden Urteilen vom 4. April 2006⁵⁴ erklärt, dass erst die vom Gericht neu festgesetzten niedrigeren Tarife für den Kunden verbindlich seien und erst mit der Rechtskraft dieses Gestaltungsurteils die Forderung des Versorgungsunternehmens fällig werde und der Kunde in Verzug geraten könne.⁵⁵

IV. Rechtspolitischer Ausblick: Eignung des § 315 BGB zur Tarifkontrolle?

Obwohl § 315 Abs. 3 BGB nach der Rechtsprechung des BGH auf die Tariffestsetzungen – jedenfalls von Tarifierhöhungen – von Versorgungsunternehmen anzuwenden ist, sei rechtspolitisch die Frage erlaubt, ob er dafür ein geeignetes Instrument ist. Die Anwendung des § 315 BGB bezeichnet ein Dilemma. Die Ausstattung der Bevölkerung mit der notwendigen Infrastruktur, also die Daseinsvorsorge, bleibt eine Aufgabe des Staates, aus der er sich nicht ganz zurückziehen kann, auch wenn er sie im Zuge der derzeitigen Ökonomisierung der öffentlichen Aufgaben weitgehend privatisiert hat. Wenn der Staat Daseinsvorsorgeleistungen nicht mehr selbst erbringt, sondern zur Fremdleistung übergeht, muss er wenigstens die Gewährleistungsfunktion weiter erfüllen und dafür sorgen, dass die Allgemeinwohlbindung der Daseinsfürsorge erhalten bleibt. Selbst dann, wenn diese nicht so weit gehen sollte, dass eine bedarfswirtschaftliche statt einer erwerbswirtschaftlichen Preisgestaltung geboten ist, kommt der Staat jedenfalls bei unzureichender wettbewerblicher Kontrolle um eine gewisse Preisregulierung nicht herum. Diese Preiskontrolle ist aber ein schwieriges Unterfangen, bei dem viele Fragestellungen aufeinandertreffen: öffentlich-rechtliche Fragen der Daseinsvorsorge und ihrer neoliberalen Privatisierung, kartellrechtliche Fragen, Probleme des – stark durch die EU geprägten – Energiewirtschaftsrechts und letztlich die volkswirtschaftstheoretische Frage, wie der Energiemarkt am besten funktioniert, ob allein durch das freie Spiel der Marktkräfte oder mit Hilfe staatlicher Lenkung. Schon wegen dieser Komplexität kann man fragen, ob die Zivilgerichte mit Hilfe des § 315 BGB prädestiniert sind, die Aufgaben einer staatlichen Regulierungsbehörde zu übernehmen. Jedoch führt um die Zuständigkeit der Zivilgerichte wohl kein Weg herum. Sie erscheint als unausweichliche Folge des politischen Entschlusses, Daseinsvorsorge in den Formen des Privatrechts zu leisten oder auf private Leistungserbringer zu verlagern. Eine ersatzlose Abschaffung des zivilrechtlichen Schutzes der Kunden von privatrechtlich agierenden Versorgungsunternehmen kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁵⁶ nicht in Frage; eine Spezialität des kartellrechtlichen Schutzes wird vom BGH abgelehnt.⁵⁷

Will der Gesetzgeber hieran nichts ändern, so sollte er die zivilgerichtliche Kontrolle aber vielleicht effektiver ausgestalten. Denn nach dem derzeitigen Zivilprozessrecht entscheiden die Gerichte jeweils nur über ein einzelnes konkretes Vertragsverhältnis des Versorgungsunternehmens mit einem einzigen Kunden. Das die unbillige Preisgestaltung ersetzende Gestaltungsurteil des Gerichts erzeugt Rechtskraft nur zwischen den Parteien des jeweiligen einzelnen Rechtsstreits. Das Versorgungsunternehmen kann also von allen anderen Kunden weiter den höheren Tarif verlangen. Es bestehen auch Bedenken gegen die Ansicht, dass das Versorgungsunternehmen damit gleichheitswidrig handeln würde.⁵⁸ Denn das Versorgungsunternehmen darf dieses eine Urteil für falsch halten und auf andere Urteile – eines anderen Gerichts oder auch nur eines anderen Spruchkörpers – hoffen, welche seine Tarife für angemessen erklären. Auch können differierende Urteile nicht unbedingt vom BGH harmonisiert werden. Zum einen hat der Ermessensspielraum des Bestimmungsberechtigten zur Folge, dass verschiedene hohe Tarife gleichermaßen angemessen sind. Zum anderen handelt es sich bei der Billigkeitsprüfung um eine dem Tatrichter zustehende Tatsachenfeststellung. Das Revisionsgericht kann nur überprüfen, ob der Tatrichter den Rechtsbegriff der Billigkeit nicht verkennt,

ob er alle erheblichen Umstände berücksichtigt und ob er von dem ihm zugewiesenen Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat.⁵⁹ Gegen differierende Urteile hilft auch nicht das Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherschutz- und anderen Verstößen (UKlaG). Denn Verbraucherschutzverbände können nur bei Verstoß gegen Wettbewerbs- und Verbraucherschutzrecht auf Unterlassung von nach §§ 307-309 BGB unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen klagen. Die Tarife von Versorgungsunternehmen unterliegen aber als Preisvereinbarungen weder der Inhaltskontrolle, noch ist § 315 BGB ein Verbraucherschutzgesetz. Ebenso wenig greift das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) ein. Weil § 315 BGB somit zu einer dezentralen Kontrolle von Versorgungsunternehmen führt, deren Geschäftsbereich sich nicht selten über die Bezirke mehrerer Amts- oder Landgerichte erstreckt, ist er kein besonders geeignetes Instrument zur Tarifkontrolle. Insoweit ist der Gesetzgeber zu einer Verbesserung der Rechtslage aufgerufen. Er könnte beispielsweise ein Klagerecht von Verbraucherschutzverbänden mit allgemeinverbindlicher Wirkung nach dem Vorbild des UKlaG oder wenigstens ein Musterverfahren nach dem Vorbild des KapMuG einführen, am besten verbunden mit einer Ermächtigung der Länder, die Spezialzuständigkeit eines einzigen erstinstanzlichen Gerichts für das ganze Land zu bestimmen. Damit ist dieser Beitrag wieder bei seinem Anfang angelangt. Denn ein Klagerecht von Verbraucherschutzverbänden wäre zugleich die Lösung für das eingangs angesprochene Problem, wie Mieter, die nicht selbst Vertragspartner des Versorgungsunternehmens sind, sich gegen überhöhte Tarife wehren können.

52. S.o. Fn. 8.

53. Urt. v. 07.02.2006, s.o. Fn. 10.

54. X ZR 80/05, NJW-RR 2007, 65, und X ZR 122/05, NJW 2006, 2472.

55. Nach der persönlichen Ansicht der Verfasserin genügt eine Auslegung des § 315 Abs. 3 BGB dahin, dass die Leistungsbestimmung verbindlich ist, *soweit* sie billig ist, dem Schutzzweck der Norm (so auch Derleder/Rott, WuM 2005, 423, 428). Die Leistungsbestimmung braucht nur auf das angemessene Maß zurückgestutzt, nicht aber gänzlich ausgetilgt zu werden. Der Vertragspartner hat kein schutzwürdiges Interesse daran, im Falle einer nur in der Spitze überhöhten Preisfestsetzung für die ganze Prozessdauer gar nichts zahlen zu müssen. Wäre er dazu berechtigt, so würden den Schaden, der durch seine der Sache nach teilweise unberechtigte Zahlungsverweigerung entsteht, letzten Endes diejenigen Kunden mittragen müssen, die das im Ergebnis geschuldete Entgelt von vornherein gezahlt haben. Selbst wenn man diesen Schaden als „Strafe“ für die Zuvielforderung des Versorgungsunternehmens ansehen wollte, würde die Strafe letztlich also die Falschen treffen.

56. S.o. Fn. 22.

57. S.o. Fn. 9 und 10.

58. So aber Fricke, s.o. Fn. 17, S. 552.

59. BGH, Urt. v. 24.11.1995, s.o. Fn. 48; v. 30.05.2003 - V ZR 216/02, NJW-RR 2003, 1355.