

## Die richterliche Billigkeitsprüfung gemäß § 315 BGB bei einseitigen Preiserhöhungen aufgrund von Preispauschungsklauseln in der Energiewirtschaft

von Prof. Dr. Meinrad Dreher, LL.M., Mainz\*

Zahlreiche Verträge über Energielieferungen oder Netznutzungen sehen ein einseitiges Preisbestimmungsrecht des Lieferanten oder Netzbetreibers vor. Dies führt zu der Frage der Anwendung von § 315 BGB. Der Beitrag untersucht die Durchführung der richterlichen Billigkeitskontrolle nach dieser Regelung. Dabei kommt er unter anderem zu den Aussagen, dass die zivilrechtliche Billigkeitskontrolle einerseits unabhängig von einer kartell- oder energiewirtschaftlichen Missbrauchskontrolle ist und sich andererseits auf den Gesamtpreis nach Ausübung des einseitigen Preisbestimmungsrechts bezieht. Weitere Themen sind die Verteilung von Darlegungs- und Beweislast, die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und die Auswirkung der geplanten Energiekartellrechtsreform auf die zivilrechtliche Billigkeitskontrolle.

### I. Einleitung

Die Preise von Gas und Strom liegen nicht dauerhaft fest. Fast alle Abnehmerverträge sehen Änderungsklauseln vor. Meist wird dabei dem Lieferanten ein einseitiges Bestimmungsrecht im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB, den Preis nach billigem Ermessen festzusetzen, eingeräumt. Zahlreiche Verbraucher lehnen derzeit allerdings die Bezahlung von Energiebezug nach Gas- und Strompreiserhöhungen unter ausdrücklichem Verweis auf eine behauptete „Unbilligkeit“ i.S.d. § 315 BGB ab. Aber auch im Verhältnis der Energieversorgungsunternehmen zu industriellen Abnehmern und zu Weiterverteilern gibt es entsprechende Auseinandersetzungen, die an § 315 BGB anknüpfen.

Die jüngste höchstrichterliche Rechtsprechung zur Stromnetz-entgeltbestimmung nach billigem Ermessen<sup>1</sup> scheint diese Verfahrensweise zu unterstützen: Die richterliche Billigkeitsprüfung i.S.d. § 315 Abs. 3 S. 2 BGB wird neben der energiewirtschafts- und kartellrechtlichen Preiskontrolle für anwendbar erklärt und die Darlegungslast für die Billigkeit der Entgeltforderung unter Miteinbeziehung eines etwaigen Rückforderungsprozesses dem einseitig leistungsbestimmenden Netzbetreiber auferlegt. Fraglich ist daher, inwieweit die richterliche Billigkeitsprüfung im Rahmen des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB die Einwände von Netzentgeltschuldern und Energieabnehmern, insbesondere Verbrauchern, gegen Preiserhöhungen ihrer Vertragspartner trägt.

Hintergrund ist das neue, am 13. Juli 2005 in Kraft getretene EnWG, das mit den §§ 23a, 30 bis 33 EnWG ein breit gefächertes, insbesondere auch individualschützendes Preiskontrollinstrumentarium enthält. Teilweise wird die Ansicht vertreten, das Regelwerk verdränge die richterliche Billigkeitskontrolle des § 315 Abs. 3 BGB vollständig.<sup>2</sup> Daher ist zu klären, ob und inwieweit die parallele Anwendung des § 315 BGB neben den preiskontrollrelevanten Normen des Energiewirtschaftsrechts, aber auch der Preismissbrauchskontrolle des allgemeinen Kartellrechts, tatsächlich weiterhin aufrechtzuerhalten ist. Darüber hinaus ist insbesondere die Frage der Darlegungs- und Beweislast auf Netzbetreiber- bzw. Energieversorgerseite problematisch geworden. Sie ist im Lichte der Entscheidung des BVerfG vom 14. März 2006 zu betrachten. Das Gericht hat bei nahezu identischer Interessenlage für den Telekommunikationsbereich festgestellt, dass der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen eines marktbeherrschenden Unternehmens im Rahmen verwaltungsgerichtlicher Verfahren über die Genehmigung von Entgelten, die diesen Unternehmen von Dritten für den Zugang zu seinem Telekommunikationsnetz fordert, nicht grund-

sätzlich hinter der Sicherung effektiven Rechtsschutzes, konkret einer lückenlosen Sachverhaltsaufklärung im Rechtsstreit, zurücktreten dürfe.<sup>3</sup> Dies veranlasst auch im Zivilverfahren die Suche nach Wegen, wie der einseitig leistungsbestimmende Netzbetreiber oder Energieversorger der ihm obliegenden Darlegungs- und Beweislast innerhalb der richterlichen Billigkeitskontrolle des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB nachkommen kann, ohne in verfassungswidriger Weise zur Preisgabe von geheimhaltungsbedürftigen Sachverhalten gezwungen zu sein.

Vor diesem Hintergrund ist im Folgenden in einem ersten Schritt der Kontrollmaßstab des § 315 Abs. 3 BGB zu erörtern (unten II.). In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf das Verhältnis des § 315 BGB zu Regelungen des Energiewirtschaftsrechts und Kartellrechts einzugehen, die ebenfalls Preisrelevanz haben. Eine zentrale Frage bildet die Durchführung der richterlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB, die in einem zweiten Schritt zu untersuchen ist (unten III.). Dabei stellen sich die Teilfragen Umfang der Billigkeitskontrolle (III. 1.), Darlegungs- und Beweislast (III. 2.) sowie Wahrung von Geschäftsgeheimnissen (III. 3.). In tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ist bei dem Teilthema Umfang der Billigkeitskontrolle insbesondere der Sachverhalt von Bedeutung, dass ein Abnehmer sich gegen eine als unbillig empfundene Preiserhöhung des Leistungsbestimmenden dergestalt wehrt, dass er den bisher geschuldeten Preis weiter entrichtet, den erhöhten Teil aber zurückbehält. Hier ist fraglich, ob nur die Erhöhung isoliert betrachtet oder der Gesamtpreis – einschließlich des oft über einen längeren Zeitraum unwidersprochen geleisteten Preissockels – der Billigkeitskontrolle unterliegt. Schließlich ist in einem dritten Schritt noch der Frage de lege ferenda nachzugehen, wie sich eine derzeit erwogene Verschärfung des Energiekartellrechts auf die Billigkeitsprüfung nach § 315 BGB auswirkt (unten IV.).

### II. Der Kontrollmaßstab

#### 1. Der Zweck und der Anwendungsbereich des § 315 BGB

##### a) Die gerichtliche Billigkeitskontrolle als Gegengewicht zu privater Gestaltungsmacht

Nach § 315 Abs. 1 BGB soll die einseitige Leistungsbestimmung durch eine Vertragspartei im Zweifel nach billigem Ermessen erfolgen. „Billiges Ermessen“ ist in zwei Richtungen abzugrenzen: Einerseits bedeutet „Ermessen“, dass es nicht bloß eine einzige richtige Entscheidung gibt; der Bestimmungsberechtigte hat also einen gewissen Ermessensspielraum. Andererseits ist dieser Spielraum aber durch die Billigkeit beschränkt; folglich ist nicht jede denkbare Entscheidung richtig.<sup>4</sup> Der fehlenden Zustimmung des Vertragspartners zum späteren Inhalt der Leistungsbestimmung und

\* Der Autor ist Lehrstuhlinhaber für Europarecht, Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz. Bei diesem Beitrag handelt es sich um die ausführliche und um Fußnoten ergänzte sowie aktualisierte Fassung eines Vortrags bei der Jahrestagung des Instituts für Energierecht Berlin e.V. am 4. Dezember 2006.

1. BGH vom 18.10.2005 – KZR 36/04 WuW/E DE-R 1617 – Stromnetz-entgelt = BGHZ 164, 336 = RdE 2006, 81 ff. mit Anm. Markert = JZ 2006, 683 ff. mit Anm. Bork; BGH vom 07.02.2006 – KZR 8/05 WuW/E DE-R 1730 – Stromnetz-entgelt II = ZNER 2006, 136 ff. mit Anm. Markert. Beide Entscheidungen ergingen noch zum EnWG a.F. Dies gilt auch für das Urteil des BGH vom 28.03.2007 – VIII ZR 144/06, wonach § 315 BGB nach Leitsatz 1 auf den anfänglich vereinbarten Strompreis auch dann keine unmittelbare Anwendung findet, wenn der Vertrag keine betragsmäßige Festlegung des geltenden Tarifs enthält, sondern sich die Preise für die Stromlieferungen aus den jeweiligen Tarifen für die Versorgung mit Elektrizität in Niederspannung ergeben.

2. So insbesondere Kühne, NJW 2006, 655 f.; Ehrlicke, JZ 2005, 599 ff.; Höch/Göge, et 2006, 50 ff.; Kunth/Tüngler, NJW 2005, 1313 ff.

3. BVerfG vom 14.03.2006 – 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03, WuW/E DE-R 1715 – Deutsche Telekom.

4. Vgl. statt vieler Medicus, SchuldR AT, 16. Auflage 2005, Rdnr. 199.

dem sich aufdrängenden Risiko des Missbrauchs privatautonomer Gestaltungsmacht trägt § 315 Abs. 3 BGB Rechnung: Eine nicht der Billigkeit entsprechende Leistungsbestimmung ist für den anderen, sich unterwerfenden Teil gemäß Satz 1 unverbindlich. Nach Satz 2 unterliegt die Billigkeit der privaten Ermessensausübung der Kontrolle des Gerichts. Es stellt antragsabhängig die Unbilligkeit der einseitigen Leistungsbestimmung fest oder kann eine billige Leistungsbestimmung durch Gestaltungsurteil treffen.<sup>5</sup>

#### b) Die Anwendbarkeit des § 315 BGB auf Energielieferverträge

Der BGH<sup>6</sup> hält die richterliche Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB bei Netznutzungsentgelten für zulässig. Hier entspreche es regelmäßiger Übung der Vertragsparteien, die Netznutzung durch einseitig bestimmte Entgelte abzugelten, die der Netzbetreiber je nach Art des Tarifs zu bestimmten Zeitpunkten festlegt und die für eine bestimmte Zeitdauer sämtlichen Vertragsbeziehungen mit gleichen Nutzungsprofilen zu Grunde liegen sollen.<sup>7</sup> Beide Netznutzungsverträge, zu denen die Urteile des BGH ergingen, sahen sog. Preisanpassungsklauseln vor. Danach hatte die Entgeltfestsetzung durch den Netzbetreiber jeweils auf der Basis von Preisfindungsprinzipien<sup>8</sup> oder Preisblättern,<sup>9</sup> die dem Vertragspartner zugänglich waren, zu erfolgen. Die direkte Anwendung der richterlichen Billigkeitskontrolle des § 315 Abs. 3 BGB durch den BGH ist insofern nur konsequent, als nach gefestigter Rechtsprechung und Lehre unter § 315 BGB alle Arten von nicht automatisch wirkenden Preisklauseln fallen: zum Beispiel solche, nach denen der Verkäufer den endgültigen Kaufpreis so zu bestimmen hat, dass er mit den Marktpreisen und der jeweiligen Wirtschaftslage übereinstimmt, ferner alle Arten von Anpassungsklauseln in Dauerschuldverhältnissen, insbesondere in Energielieferverträgen.<sup>10</sup> Besonders deutlich wird das regelmäßig gegebene einseitige Leistungsbestimmungsrecht des Netzbetreibers anhand der Vertragsmodalitäten, auf denen die Entscheidung des BGH vom 18. Oktober 2005 in Sachen Stromnetznutzungsentgelt basierte: Der Zusatz, dass das für die zeitpunktbezogene Entgeltberechnung maßgebliche Preisblatt „in seiner jeweils geltenden Fassung“ heranzuziehen sei, offenbart das Recht des Netzbetreibers, durch Änderung des Preisblatts das geschuldete Entgelt künftig einseitig zu erhöhen.<sup>11</sup>

Die Ausstrahlungswirkung der unmittelbar nur die Billigkeitskontrolle von Netznutzungsentgelten betreffenden Ausführungen des BGH zu den Anwendungsvoraussetzungen des § 315 BGB auf andere Energielieferverträge mit vergleichbaren Preisanpassungsmodalitäten liegt auf der Hand. Insbesondere Gasbezugsverträge betreffend die Belieferung von Haushaltskunden enthalten regelmäßig ein vergleichbares einseitiges Preisbestimmungsrecht des Lieferanten, wobei inhaltliche Maßstäbe oftmals fehlen und sich allein aus § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV herleiten lassen.<sup>12</sup> Gleiches gilt im Grundsatz für Stromversorgungsverträge gegenüber Haushaltskunden.<sup>13</sup> Freilich verbieten sich pauschale Erstreckungen der richterlichen Billigkeitskontrolle auf Energielieferverträge jedweder Art, da die Frage nach der Einschlägigkeit des § 315 BGB stets von einer Vertragsauslegung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls auszugehen hat.

#### c) Abdingbarkeit des § 315 Abs. 1 BGB durch Parteivereinbarung?

Die einzelfallbezogene Vertragsauslegung hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 315 BGB führt auch<sup>14</sup> zu der Frage, ob die Vertragspartner die Anwendung des § 315 BGB, die aufgrund des einer Partei eingeräumten Rechts zur einseitigen Leistungsbestimmung grundsätzlich eröffnet ist, nicht von vornherein durch Einräumung eines Rechts zur sofortigen Kündigung als Reaktion auf eine Preiserhöhung abbedungen haben. Die Anwendung des § 315 Abs. 1 BGB ist nämlich als dispositives Recht grundsätzlich abdingbar.<sup>15</sup> Allerdings sind auch bei Einräumung besonderer Kündigungsrechte keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass § 315

Abs. 1 BGB stillschweigend abbedungen sein soll. Dies folgt nicht nur aus den Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre, sondern auch aus dem Regelungssystem der §§ 315 ff. BGB. So verlangen alle von der Grundregel abweichenden Festlegungen eine ausdrückliche Vereinbarung. Mit Blick auf den Sinn und Zweck der Billigkeitskontrolle des § 315 BGB, der jede einseitige Leistungsbestimmung – ohne Wesentlichkeits- oder Erheblichkeitsvorbehalt – zugänglich ist, wird jedoch selbst für eine ausdrückliche Abbedingung des § 315 Abs. 1 BGB bei gleichzeitiger Einräumung eines Kündigungsrechts zugunsten der sich unterwerfenden Partei zu deren Schutz nach §§ 307 ff. BGB zu verlangen sein, dass das Kündigungsrecht ebenfalls nicht auf „wesentliche“ oder „erhebliche“ Preiserhöhungen beschränkt wird.<sup>16</sup> Außerdem wäre fraglich, wie eine stillschweigende Abbedingung die Transparenz- und Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB überstehen sollte. Für eine unangemessen benachteiligende Preisanpassungsklausel in einem Flüssiggasbelieferungsvertrag hat der BGH vor kurzem entschieden, dass deren Auswirkungen nicht hinreichend kompensiert wurden, wenn dem Kunden das ausdrücklich bestehende Kündigungsrecht nicht spätestens gleichzeitig mit der Preiserhöhung, sondern erst nach deren Wirksamkeit zugebilligt wird.<sup>17</sup>

Einer solchen ausdrücklichen Abdingbarkeit sind jedenfalls bei einer Monopolstellung oder bei überragender Marktmacht des zur einseitigen Leistungsbestimmung Berechtigten weitere Grenzen gesetzt, auf die es rechtlich nach dem zuvor Angeführten jedoch kaum mehr ankommen dürfte, obwohl in der bisherigen Debatte ausschließlich sie eine Rolle gespielt haben: Die faktische Erzwingung einer Abbedingung soll nämlich – im Ergebnis zu Recht – regelmäßig einen Missbrauch i.S.d. §§ 138, 826 BGB darstellen, zumindest aber gegen die Missbrauchsverbote des § 19 Abs. 1 GWB oder § 30 Abs. 1 Satz 1 EnWG verstoßen.<sup>18</sup> Anderes muss freilich gelten, wenn ein Markt betroffen ist, auf dem der Abnehmer problemlos den Anbieter wechseln kann: In diesem Falle besteht kein Risiko des Missbrauchs privatautonomer Gestaltungsmacht. Denn

5. Vgl. z.B. Staudinger/Rieble, BGB, 2004, § 315 Rdnr. 292 ff.; Palandt/Grüneberg, § 315 Rdnr. 17; Medicus (Fn. 4).

6. Vgl. oben Fn. 1.

7. BGH WuW/E DE-R 1731 – Stromnetznutzungsentgelt II.

8. BGH WuW/E DE-R 1732 – Stromnetznutzungsentgelt II.

9. BGH WuW/E DE-R 1617 – Stromnetznutzungsentgelt.

10. BGH NJW-RR 1990, 1204; Staudinger/Rieble (Fn. 5), § 315 Rdnr. 41; Säcker, RdE 2006, 69.

11. Markert (Fn. 1), 85. Unklar insoweit BGH WuW/E DE-R 1732 – Stromnetznutzungsentgelt II.

12. Vgl. Hanau, ZIP 2006, 1281, allerdings ergeben sich in den einzelnen Bereichen je nach Wettbewerbssituation Unterschiede.

13. Vgl. als Beispiel nur 2.2. AGB der ENTEGA Vertriebs GmbH & Co. KG: „Sollten bestehende oder nach Vertragsschluss erlassene Gesetze, Regierungs- und Verwaltungsmaßnahmen oder andere bei Vertragsschluss nicht bestehende wirtschaftliche Entwicklungen die Wirkung haben, dass die Erzeugung, der Bezug, die Fortleitung, die Verteilung oder die Abgabe von Elektrizität unmittelbar oder mittelbar verteuert wird, so kann ENTEGA im Rahmen und zum Ausgleich dieser Mehrbelastungen von dem Zeitpunkt an, an dem die Verteuerung eintritt, die Strompreise anheben.“ Der Wettbewerbslage bei den einzelnen Energieträgern ist insbesondere im Rahmen der Prüfung der Abdingbarkeit des § 315 BGB Rechnung zu tragen.

14. Daneben stellt sich die nicht minder erhebliche Frage, ob derartige Klauseln mit §§ 307 ff. BGB vereinbar sind.

15. BGH NJW-RR 1986, 164

16. So z.B. 2.3. ENTEGA-AGB (Fn. 13): „Kommt es auf Grund einer Mehrbelastung gem. Ziffer 2.2. oder im Liefervertrag vereinbarten Preisänderungen zu erheblichen Preisanhebungen, ist der Kunde berechtigt, den Liefervertrag nach der Bekanntgabe der Preisänderung mit zweiwöchiger Frist bis zum Ende des folgenden Kalendermonats zu kündigen. Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist erfolgt die Stromlieferung zu der bisherigen Vergütung.“

17. BGH vom 13.12.2006 – VIII ZR 25/06 NJW 2007, 1054, 1056 = WM 2007, 796.

18. Markert (Fn. 1), 86; ähnlich Bork (Fn.1), 683. Vgl. dazu auch Büdenbender, Zulässigkeit der Preiskontrolle von Fernwärmevertragsverträgen nach § 315 BGB, 2005, S. 16 ff., 50 ff.

der Schuldner kann sich, droht ihm eine Preiserhöhung, vom Vertrag lösen, ohne nennenswerte Nachteile in Kauf nehmen zu müssen. Infolgedessen fehlt es an der Schutzbedürftigkeit des Schuldners, die durch eine gerichtliche Preiskontrolle kompensiert werden müsste.<sup>19</sup> Aus diesem Grund kommt eine wirksame Abbedingung des § 315 Abs. 1 BGB durch ausdrückliche Parteivereinbarung auf dem Strommarkt in bestimmten Fällen grundsätzlich, jedoch vorbehaltlich der AGB-Kontrolle in Betracht.

## 2. Das Verhältnis von § 315 BGB zu preisrelevanten Regelungen des EnWG und des GWB

### a) Die parallele Anwendbarkeit des § 315 BGB neben dem EnWG

Die Fälle, die der Kartellsenat des BGH am 18. Oktober 2005 und 7. Februar 2006 entschieden hat, betrafen noch das Konkurrenzverhältnis zwischen § 315 BGB und dem EnWG a.F. In beiden Fällen sollte der Anwendung der richterlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB nicht entgegenstehen, dass die beklagten Netzbetreiber ihr Netz zu Bedingungen zur Verfügung zu stellen hatten, die nicht ungünstiger sind als die Konditionen, die in vergleichbaren Fällen tatsächlich oder kalkulatorisch gegenüber assoziierten oder verbundenen Unternehmen in Rechnung gestellt werden (§ 6 Abs. 1 EnWG i.d.F. vom 26.08.1998).<sup>20</sup> Seit dem 24. Mai 2003 hatten die Entgelte zudem vom Gesetz wegen guter fachlicher Praxis zu entsprechen (§ 6 Abs. 1 EnWG i.d.F. vom 20.05.2003). Maßgebend war für den BGH, dass die energiewirtschaftlichen Anforderungen an die Entgeltgerechtigkeit den allgemeinen Maßstab des „billigen Ermessens“, den § 315 BGB vorsieht, nicht ausschließen, sondern konkretisieren.<sup>21</sup>

Die Fortgeltung der parallelen Anwendbarkeit der Billigkeitskontrolle des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB neben den preisrelevanten Regelungen des Energiewirtschaftsrechts über den 13. Juli 2005 hinaus stößt auf Kritik:<sup>22</sup> Es wird darauf verwiesen, dass § 23a EnWG n.F., der die „Grundsätze guter fachlicher Praxis“ i.S.d. § 6 Abs. 1 EnWG a.F. ablöst, ein Höchstpreisgenehmigungsverfahren für Netznutzungsentgelte durch die Bundesnetzagentur vorsieht. Mit dieser ex ante-Genehmigung habe der Gesetzgeber ein Prüfungsmonopol zugunsten der Bundesnetzagentur im Interesse der Rechtssicherheit schaffen wollen. Dies ergebe sich zum einen aus § 111 Abs. 3 EnWG, nach dem die gleichzeitige Überprüfungscompetenz des Bundeskartellamts nunmehr gestrichen worden sei; zum anderen folge dies aber auch aus § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 HS 2 EnWG, wonach Entgelte, die die Obergrenzen einer dem betroffenen Unternehmen erteilten Genehmigung nach § 23a EnWG nicht überschreiten, als sachlich gerechtfertigt gelten.<sup>23</sup> Eine Billigkeitskontrolle der Netznutzungsentgelte durch Gerichte im Rahmen des § 315 Abs. 3 BGB führe zu einer Aufweichung des Monopols der Bundesnetzagentur, zu einer Überforderung der Zivilgerichte und letztlich zu einer nicht hinnehmbaren Beeinträchtigung der Rechtssicherheit. Zudem sehe das EnWG ein breit gefächertes Arsenal nachträglicher Preiskontrolle (§§ 30, 31, 33 EnWG) vor, das dem Individualschutz namentlich in § 32 EnWG Rechnung trage und somit der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB „teleologisch kein eigenständiges Anwendungsfeld“ überlasse.<sup>24</sup>

Im Ergebnis ist dieser Ansicht jedoch nicht zu folgen. Auch nach Inkrafttreten des EnWG 2005 ist die gerichtliche Billigkeitskontrolle des § 315 Abs. 3 BGB neben der Genehmigungspflicht des § 23a EnWG und neben der energierechtlichen Preiskontrolle anwendbar. Dafür spricht zunächst, dass der Gesetzgeber in § 111 Abs. 1 S. 1 EnWG zwar die §§ 19, 20 GWB explizit von der Anwendung ausnimmt, § 315 BGB aber gerade nicht. Dem Gesetzgeber zu unterstellen, er sei diesbezüglich nicht in „vollem Bewusstsein über die Durchschlagkraft des § 315 BGB gewesen“,<sup>25</sup> greift zu kurz. Die Verdrängungsthese verkennt auch, dass es sich bei § 315 Abs. 3 S. 2 BGB um einen schuldrechtlichen Anspruch handelt, der durch das gleichzeitige Bestehen deliktsrechtlicher Ansprüche (hier: § 32 i. V. m. § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 EnWG) nicht ausgehebelt werden

kann. Schon deshalb stehen beide Ansprüche in Idealkonkurrenz zueinander.<sup>26</sup>

Dem Nebeneinander der Billigkeitskontrolle des § 315 BGB und der energiekartellrechtlichen Preiskontrolle kommt dabei insbesondere aus beweisrechtlicher Sicht entscheidende Bedeutung zu. Denn nach § 32 i. V. m. § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 EnWG ist der Abnehmer, der sich gegen den vermeintlich marktmissbräuchlichen Preis wehrt, hinsichtlich des Vorliegens eines Missbrauchs darlegungs- und beweispflichtig. Im Rahmen des § 315 BGB trifft diese Last aber den einseitig leistungsbestimmenden Netzbetreiber.<sup>27</sup> Daher würde das Ziel des Gesetzgebers, den Individualschutz durch die Ausgestaltung des § 30 Abs. 1 EnWG als Verbotsgesetz zu verbessern,<sup>28</sup> durch eine Verdrängung der beweisrechtlich günstigeren Norm des § 315 BGB konterkariert.<sup>29</sup>

Zu beachten sind im Verhältnis von Energiewirtschaftsrecht und § 315 BGB schließlich auch die insgesamt vier Netzanschlussverordnungen und die Grundversorgungsverordnungen, die am 8. November 2006 in Kraft getreten sind.<sup>30</sup> Sie sind für alle Kunden der Energieversorgungsunternehmen verbindlich, die im Rahmen der Grundversorgungspflicht des EnWG beliefert werden. Die Verordnungen treten an die Stelle der AVBEltV und der AVBGasV. Nach § 23 Abs. 1 Satz 3 Niederspannungsanschluss VO (NAV), § 17 Abs. 1 Satz 3 StromgrundversorgungsVO (StromGVV), § 23 Abs. 1 Satz 3 Niederdruckanschluss VO (NDAV) und § 17 Abs. 1 Satz 3 GasgrundversorgungsVO (GasGVV) bleibt § 315 BGB ausdrücklich unberührt, wenn der Kunde eine Rechnung moniert und die Regelungen der Verordnungen zum Zahlungsverzug bzw. zur berechtigten Zahlungsverweigerung eingreifen.<sup>31</sup>

### b) Die parallele Anwendbarkeit des § 315 BGB neben kartellrechtlichen Normen

Der BGH hat in seinem Urteil vom 18. Oktober 2005 entschieden, auch die kartellrechtliche Prüfung sei von der energiewirtschaftsrechtlichen unabhängig.<sup>32</sup> Diese Aussage scheint nach Inkrafttreten des neuen EnWG allenfalls zum Teil aufrechtzuerhalten zu sein. Denn die Preisprüfung bleibt gemäß § 111 Abs. 1, 3 EnWG in den Fällen der Bundesnetzagentur vorbehalten, in denen das EnWG „ausdrücklich abschließende Regelungen“ trifft. Dies ist nach § 111 Abs. 2 Nr. 1 EnWG bei der Preisregulierung des Netzzugangs der Fall. Davon umfasst ist also auch die Genehmigung der Entgelte für den Netzzugang nach § 23 EnWG. Die Preisregulierung für Netze erfolgt insoweit ausschließlich durch die Bundesnetzagentur. Damit

19. Diesen Umstand betont auch BGH vom 28.03.2007 (Fn. 1), Rdnr. 17 mit dem Ergebnis, dass § 315 BGB entsprechend ausscheidet, wenn der Stromkunde die Möglichkeit hat, Strom von einem anderen Anbieter seiner Wahl zu beziehen.

20. BGH WuW/E DE-R 1619 – Stromnetznutzungsentgelt; BGH WuW/E DE-R 1731 – Stromnetznutzungsentgelt II.

21. BGH WuW/E DE-R 1619 – Stromnetznutzungsentgelt; BGH WuW/E DE-R 1732 – Stromnetznutzungsentgelt II.

22. Vgl. insbesondere Kühne, NJW 2006, 645 ff.; Ehrlicke, JZ 2005, 599 ff.; Höch/Göge, et 2006, 50 ff.; Schebstadt, MMR 2006, 157 ff.

23. Vgl. Bork (Fn. 1), 684; Höch/Göge (Fn. 22), 51.

24. Vgl. Kühne (Fn. 2), 656.

25. So Schebstadt (Fn. 22), 158.

26. Ebenso Säcker (Fn. 10), 70; Markert (Fn. 1), 85.

27. Vgl. Markert (Fn. 1), 85 zu den nahezu wortgleichen §§ 19 Abs. 1 und 4 Nr. 2 i. V. m. § 33 GWB. Zur Beweislast vgl. näher unten III. 2.

28. Dieses Ziel erkennt auch Kühne (Fn. 24), 656 ausdrücklich an.

29. Vgl. Markert (Fn. 1), 85.

30. Vgl. dazu z.B. Groß, NJW 2007, 1030 ff.

31. Vgl. auch die Begründung z.B. zu § 17 StromGVV, der dem bisherigen § 30 Nr. 1 AVBEltV entspricht.

32. BGH WuW/E DE-R 1621 – Stromnetznutzungsentgelt und danach z.B. LG Heilbronn WuW/E DE-R 1699, 1701 ff.; vgl. zu der Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchsregelungen auf genehmigte TKG-Tarife schon BGH WuW/E DE-R 1254, 1256 – Verbindung von Telefonnetzen sowie i.Ü. auch § 130 Abs. 3 GWB.

verdrängt § 111 Abs. 1 EnWG die §§ 19, 29 GWB nur in diesem Bereich. Für die Preiskontrolle auf den vor- und nachgelagerten Energiemärkten bleibt dagegen die Zuständigkeit des BKartA unberührt. Gleiches gilt außerdem im Hinblick auf Altfälle, die die Höhe von Netznutzungsentgelten betreffen, und für die Preismissbrauchskontrolle bei Fernwärme.

Bei all diesen Fällen, vor allem aber auch bei den von §§ 23a, 111 Abs. 1 EnWG erfassten Fällen der Preisregulierung von Netznutzungsentgelten ist zudem Art. 82 EG einschlägig. Denn diese Regelung kann durch eine Regelung des EnWG ohnehin nicht verdrängt werden. Die Anwendbarkeit des Art. 82 EG auf netzbezogene Gasmärkte hat das OLG Düsseldorf im Fall E.ON Ruhrgas<sup>33</sup> erst vor kurzem bejaht. Dies gilt sogar schon für Sachverhalte vor dem Jahr 1998. Damit aber ist § 111 EnWG der Sache nach weitgehend totes Recht. Und diesen Tod teilt zwingend zugleich die Verdrängungsthese im Verhältnis von § 315 BGB zu kartellrechtlichen Normen.<sup>34</sup>

Nur ergänzend ist doch noch darauf hinzuweisen, dass die Sachgründe, die gegen eine Verdrängung von § 315 BGB durch die Normen des EnWG sprechen,<sup>35</sup> ohne weiteres auch für die teilweise wort- und strukturgleichen Vorschriften des allgemeinen Kartellrechts gelten. Außerdem kommt noch der Erheblichkeitszuschlag im Rahmen der kartellrechtlichen Preismissbrauchskontrolle,<sup>36</sup> der der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB fremd ist, als trennendes Element hinzu. Daher ist im Ergebnis von einer parallelen Anwendbarkeit des § 315 BGB und des Art. 82 EG generell sowie der §§ 19, 20 GWB partiell auszugehen.<sup>37</sup>

Jenseits der Regelungen im 3. Teil des EnWG, der den Netzzugang und seine Regulierung betrifft, sieht § 111 Abs. 2 Nr. 2 EnWG eine Verdrängungswirkung auch bei Rechtsverordnungen vor, „so weit diese sich für abschließend gegenüber den Bestimmungen des GWB erklären.“ Zwar gelten die zuvor sub specie des § 111 Abs. 2 Nr. 1 EnWG gegenüber der Verdrängungsthese erhobenen Einwände auch hier in gleicher Weise. Hinzu kommen jedoch schon im Ausgangspunkt Unklarheiten hinsichtlich des abschließenden Charakters der Entgeltverordnungen.<sup>38</sup> Denn von den insgesamt vier Verordnungen enthält nur die StromNZV<sup>39</sup> in § 1 Satz 2 eine solche Regelung.

### c) Die „Rechtsfolgenlösung“

Noch zu begegnen ist allerdings einem Einwand, der die Rechtsfolgen der parallelen Anwendung der jeweiligen Regelungen betrifft.<sup>40</sup> Dieser Einwand geht im Ansatz zutreffend davon aus, dass § 19 GWB bzw. § 30 Abs. 1 EnWG Verbotsgesetze im Sinne von § 134 BGB sind. Daraus ergibt sich als Rechtsfolge die Nichtigkeit i. S. d. § 134 BGB. Mit dieser ist die Unverbindlichkeit i. S. d. § 315 BGB nicht deckungsgleich.<sup>41</sup> Dies führt zu dem Einwand, dass in dem Fall, in dem eine Leistungsbestimmung missbräuchlich und damit verboten sowie nichtig ist, kein Raum mehr für eine bloße „Unverbindlichkeitserklärung“ i. S. d. § 315 Abs. 3 BGB sei.<sup>42</sup> Die damit verbundene Folgerung, die Inkongruenz der Rechtsfolgen führe zu einer Unanwendbarkeit des § 315 BGB neben § 30 EnWG bzw. § 19 GWB, trägt allerdings im Ergebnis nicht. Dies gilt insbesondere für die These, dass die einseitige Leistungsbestimmung in den betreffenden Fällen zugleich das marktmissbräuchliche Fördern eines überhöhten Entgelts und damit eine deliktische Handlung darstelle, die ihrerseits den Regeln für Rechtsgeschäfte einschließlich § 134 BGB unterliege und im Umfang der Missbräuchlichkeit der Entgeltforderung deshalb schon nach § 134 BGB nichtig sei. Dadurch sei den vertragsrechtlichen Normenkomplexen einschließlich § 315 Abs. 3 BGB der Boden entzogen, so dass es zu einem Nebeneinander der vertrags- und deliktsrechtlichen Preiskorrekturbefehle nicht kommen könne.

Demgegenüber ist nämlich folgendes zu bedenken: Zwar ist der Vertrag, soweit die Netzentgeltforderung marktmissbräuchlich ist – aber nicht notwendig im Ganzen<sup>43</sup> –, nach § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 EnWG i. V. m. § 134 BGB nichtig. Dennoch kann auch in diesen Fällen die Billigkeitskontrolle des § 315 Abs. 3 BGB, die der Pri-

vatautonomie, d.h. der besonderen vertraglichen Konstellation der von den Parteien gewollte Preisanpassung durch einseitige Leistungsbestimmung, Rechnung trägt, durch deliktische Vorschriften nicht verdrängt werden. Ob diese ihrerseits rechtsgeschäftlichen Regelungen unterliegt, ist nicht entscheidend. Vielmehr muss sich die Unwirksamkeit der Leistungsbestimmung wegen ihrer Unbilligkeit *zusätzlich* aus § 315 Abs. 3 BGB ergeben.

Zwar passt die in § 315 Abs. 3 BGB vorgesehene Rechtsfolge der Unwirksamkeit in ihrer konkreten Gestalt der Unverbindlichkeitserklärung des unbilligen Preises durch das Gericht in diesen Fällen nicht. Jedoch ist § 315 Abs. 3 BGB in seinen Rechtsfolgen dahingehend zu modifizieren, dass das im Rahmen einer Feststellungsklage über die Unbilligkeit der Leistungsbestimmung entscheidende Gericht<sup>44</sup> für den Fall, dass es die Entgeltforderung sowohl als Verstoß gegen § 19 GWB als auch als unbillig i. S. d. § 315 BGB erachtet, die Leistungsbestimmung *nicht für unverbindlich*, sondern hinsichtlich der unbilligen Höhe für *nichtig* zu erklären hat. Ein solcher Ergebnisgleichlauf ist bei einer parallelen Prüfung sogar der Regelfall<sup>45</sup>, da ein marktmissbräuchlicher Preis grundsätzlich – jedoch auch nur grundsätzlich – unbillig, ein marktkonformer Preis grundsätzlich billig ist.<sup>46</sup> Hinzu kommt, dass das angerufene Gericht gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden ist. Diese Bindung erfasst aber gleichermaßen die konkrete Nichtigkeitsfolge z.B. des als Verbotsnorm ausgestalteten § 19 GWB i. V. m. § 134 BGB wie den Grundsatz des Vorrangs von Parteivereinbarungen, hier in Gestalt von wirksamen Preisanpassungsklauseln, vor den Wertungen des Deliktsrechts.

Die Inkongruenz der Rechtsfolgen dürfte nach Inkrafttreten des EnWG 2005 in erster Linie das Konkurrenzverhältnis von § 315 BGB zu § 19 GWB betreffen. Denn in praxi dürfte für den Bereich der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle von Netznutzungsentgelten im Rahmen des § 315 Abs. 3 BGB davon auszugehen sein, dass

33. OLG Düsseldorf v. 20. 6. 2006 WuW/E DE-R 1757.

34. Lediglich im Bereich des § 20 GWB sind in Bezug auf Unternehmen ohne marktbeherrschende Stellungen, für die daher auch Art. 82 EG nicht gilt, Ausnahmen denkbar; vgl. für den Strommarkt AG Friedberg ZNER 2006, 281, mit der Folge, dass für § 315 BGB bei Tarifkunden mangels Monopolstellung des Lieferanten kein Raum mehr sei.

35. Siehe oben II. 2. a).

36. Vgl. dazu *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2007, § 18 Rdnr. 254 ff.

37. Ebenso für §§ 19, 20 GWB *Markert* (Fn. 1), 84 ff.; *Säcker* (Fn. 10), 70 f.; *Bork* (Fn. 1), 685; LG Verden ZNER 2006, 272, 273; LG Bonn ZNER 2006, 274, 277.

38. Vgl. näher *Kling/Thomas* (Fn. 36), § 16 Rdnr. 11

39. VO über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen v. 25. 7. 2005, BGBl. I, S. 2243.

40. Vgl. *Kühne*, NJW 2006, 2521 zum Verhältnis des § 315 BGB zu § 19 GWB.

41. Vgl. nur *Palandt/Grüneberg*, § 315 Rdnr. 16: „Unverbindlichkeit ist nicht gleichbedeutend mit Nichtigkeit, sondern eine bestimmte Art der Unwirksamkeit. Bis zur Ersetzung durch Urteil ist die Leistungsbestimmung (vorläufig) verbindlich.“

42. So *Kühne*, NJW 2006, 2521, der sich zwar auf § 19 GWB bezieht, allerdings dürfte der Ansatz auch auf § 30 EnWG übertragbar sein.

43. Hier dürfte sich aus Sinn und Zweck der kartell- und energiewirtschaftsrechtlichen Verbotsgesetze ergeben, dass das gesetzwidrige Rechtsgeschäft nicht zur Gänze, sondern nur bezüglich des missbräuchlich überhöhten Teils des Entgelts nichtig ist, vgl. dazu *MüKO-Mayer-Maly/Armbrüster*, § 34 Rdnr. 105 ff. Ausführlich dazu *Essig*, Vertragliche und gesetzliche Anpassungsregelungen für Stromliefer- und Netznutzungsverträge, 2005, S. 244 ff., 283.

44. Zur Zulässigkeit einer solchen Feststellungsklage im Hinblick auf die grundsätzlich vorrangige Erhebung der Leistungsklage überzeugend LG Heilbronn WuW/E DE-R 1700; vgl. auch LG Verden ZNER 2006, 272 und LG Bonn ZNER 2006, 275.

45. So z.B. auch AG Leer RdE 2007, 27, 29; vgl. aber LG Heilbronn WuW/E DE-R 1699, 1704.

46. Vgl. *Säcker* (Fn. 10), 70: „Auf einen billigeren als den wettbewerbsanalogen Preis hat im Privatrecht niemand Anspruch“; ebenso *Kühne*, RdE 2005, 246 ff.; *Bork* (Fn. 1), 685; vgl. aber BGH VIII ZR 240/90 NJW-RR 1992, 183 ff. = RdE 1992, 183; BGHZ 154, 5 = NJW 2003, 1443 = RdE 2003, 188 f. sowie die Einschränkung im vorliegenden Text bei Fn. 53.

sich die angerufenen Gerichte bei der Beurteilung der Billigkeit der Entgelte an der Einschätzung der genehmigenden Bundesnetzagentur (§ 23a EnWG) im Wege einer „judicial self restraint“ orientieren werden. Allenfalls in seltenen Ausnahmefällen dürften Zivilgerichte trotz Genehmigung der Entgelte durch die Bundesnetzagentur zu der Annahme der Unbilligkeit<sup>47</sup> gelangen. Dann ergibt sich eine Inkongruenz der Rechtsfolgen aus § 315 BGB und § 30 EnWG.

### III. Die Durchführung der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB

#### 1. Der Kontrollumfang

##### a) Die Unterscheidung zwischen Erst- und Folgepreis im Wege der Vertragsauslegung

Der Kartellsenat des BGH hat in seinem Urteil vom 18. Oktober 2005 ausgeführt, nicht nur die vom Netzbetreiber auf Basis der vereinbarten Preisanpassungsklausel für die Zukunft in Aussicht gestellten, vom Abnehmer als unbillig empfundenen Entgelterhöhungen seien der richterlichen Billigkeitskontrolle zugänglich, sondern ebenso das im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vom Netzbetreiber geforderte Erstentgelt.<sup>48</sup> Diese Wertung wurde vereinzelt als „überraschend“ bezeichnet.<sup>49</sup>

Ohne weiteres trifft die Wertung des Kartellsenats des BGH in Fällen zu, in denen die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses lediglich ein einseitiges Entgeltbestimmungsrecht auf Basis einer konkreten Preisanpassungsklausel vereinbaren, auf deren Grundlage dann die erste Preisliste nach Vertragsschluss übersandt wird.<sup>50</sup>

Wenn aber der Partei, die sich dem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht künftig unterwirft, bei Vertragsschluss bereits ein auf der Kalkulationsgrundlage der Preisanpassungsklausel zunächst feststehendes Entgelt angeboten wird und sich dieselbe darauf einlässt – so der dem Urteil vom 18. Oktober 2005 zugrundeliegende Sachverhalt –, ist dieser erste Preis nicht einseitig bestimmt, sondern beidseitig vereinbart, so dass diesbezüglich keine Billigkeitskontrolle des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB möglich ist.<sup>51</sup>

Entgegen der Ansicht des Kartellsenats des BGH kann der Kontrollumfang des § 315 Abs. 3 BGB jedoch nicht durch die Zweckmäßigkeitserwägung bestimmt werden, dass eine Unterscheidung zwischen vereinbartem Erstpreis und einseitig bestimmten Folgepreisen zu einer „künstlichen Aufspaltung“ der äußerlich und inhaltlich einheitlichen Preisvereinbarung sowie zu „Zufallsergebnissen“ führe.<sup>52</sup> Zum einen sind „Zufallsergebnisse“ hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 315 BGB in Bezug auf den Erstpreis die sprachlich herabgewürdigte zwingende Konsequenz der in der Rechtsordnung nicht zufälligen primären Vertragsgestaltungsmacht der Parteien; für eine sekundäre Bestimmung der Leistung durch Dritte (§ 317 BGB) oder ein Gericht (§ 315 Abs. 3 S. 2 BGB) ist nur dort Raum, wo sich die Parteien selbst nicht auf einen konkreten Preis geeinigt haben. Als nicht überzeugend erscheint zum anderen die Wertung des BGH, die gerichtliche Billigkeitskontrolle des § 315 BGB sei auch deshalb auf einen Erstpreis zu erstrecken, weil der Erstpreis gegenüber dem sich unterwerfenden Vertragspartner zwar das Ergebnis eines vereinbarten Preisfindungsverfahrens darstelle, dessen Kalkulation ihm aber weder bekannt noch von ihm beeinflussbar sei. Mangelnde Kenntnis der einzelnen Preisbestandteile sowie fehlende Einflussnahmemöglichkeiten auf die Preisgestaltung der anderen Partei sind jedoch typisch für nahezu alle Preise und deshalb für sich genommen nicht geeignet, die Anwendbarkeit des § 315 BGB auszulösen.<sup>53</sup>

Weiter erscheint die vom BGH befürchtete „künstliche Aufspaltung“ des Folgepreises in einen – da als bestimmt vereinbart – nicht der Billigkeitskontrolle zugänglichen Preissockel und einen der Kontrolle zugänglichen – da einseitig zu bestimmenden – Preisüberbau als unbegründet. Sie ließe sich schon rein faktisch nicht durchführen. Denn eine Preiserhöhung kann nur dann als billig oder unbillig beurteilt werden, wenn das Gericht die Zusammensetzung des Gesamtpreises in ihren wesentlichen Zügen kennt. Die Billigkeit einer Preiserhöhung, die vom Netzbetreiber etwa mit

einer Bezugskostensteigerung begründet wird, kann vom Gericht nicht isoliert beurteilt werden, ohne zu wissen, welchen Anteil die Bezugskosten am Gesamtpreis ausmachen. Hinzu kommt, dass die Feststellung der Billigkeit auch durch Veränderungen anderer Preisbestandteile, die unter Umständen nur oder eher den Preissockel betreffen, bestimmt wird. Preissockel und Preisüberbau stehen daher hinsichtlich des Billigkeitskriteriums im Verhältnis kommunizierender Röhren.

Selbst wenn der Erstpreis von beiden Parteien konkret vereinbart worden war, führt dies also nicht dazu, dass der einseitig bestimmte, erhöhte Folgepreis in Höhe des von der sich unterwerfenden Partei „abgesegneten“ Erstpreises nicht mehr gerichtlich überprüfbar ist. Vielmehr ist der Folgepreis als einheitlicher, einseitig bestimmter Gesamtpreis zu verstehen. Er kann nur im Ganzen der gerichtlichen Billigkeitskontrolle des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB unterzogen werden. Missverständlich ist daher die häufig verwendete Aussage, die gerichtliche Billigkeitsprüfung erfasse lediglich die Unangemessenheit der Preiserhöhung, weil nur diese gerügt werde, und der Streitgegenstand umfasse deshalb nicht den Preissockel.<sup>54</sup> Unzutreffend ist es deshalb auch, die Billigkeitskontrolle unter Berufung auf die Antragsbindung nach § 308 ZPO allein auf eine Preiserhöhung zu erstrecken.<sup>55</sup> Ein so eingeschränkter Antrag ist vielmehr der Rechtslage zum Kontrollumfang nach § 315 BGB entsprechend auszulegen. Die vom BGH im Ergebnis zutreffend angestrebte Gesamtpreiskontrolle im Rahmen des § 315 Abs. 3 BGB ist deshalb auch dann zu erreichen, wenn der von den Parteien vereinbarte Erstpreis zunächst der gerichtlichen Überprüfung entzogen ist.

Kommt es zur Überprüfung des Gesamtpreises, ist jedoch zu beachten, dass die Anwendung von § 315 BGB nicht dazu benutzt werden darf, um in das bisher bestehende Preisgefüge einzugreifen. Die Billigkeitskontrolle darf nicht dazu benutzt werden, einen ursprünglich für den Lieferanten besonders vorteilhaften Vertrag in einen Vertrag mit einem anderen Interessenausgleich zu verwandeln.<sup>56</sup>

In seinem Urteil vom 8. März 2007<sup>57</sup> beruft sich der VIII. Senat des BGH in ausdrücklicher Abgrenzung zu dem Urteil des Kartellsenats in Sachen Stromnetznutzungsentgelt darauf, dessen Entscheidung habe einen Sachverhalt zum Gegenstand gehabt, bei dem der Erstpreis nicht konkret vereinbart worden sei. Statt die Äußerungen des Kartellsenats zum damals zu beurteilenden Sachverhalt zieht der VIII. Senat jedoch lediglich eine Passage im Stadtwerke Mainz-Beschluss des Kartellsenats des BGH heran,<sup>58</sup> wonach auch bei der Festlegung von Netznutzungsentgelten gemäß der Verbändevereinbarung II Plus „ein Tarifgestaltungsspielraum“ bestand. Im späteren Urteil Stromnetznutzungsentgelt hat der Kartellsenat jedoch ausdrücklich auf einen „ausgewiesenen Preis“ und auf den Sachverhalt abgestellt, dass „das Entgelt betragsmäßig bereits feststellbar ist“.<sup>59</sup> Ein grundsätzlich bestehender „Tarifgestaltungsspielraum“ war in

47. Und damit auch zur Marktmissbräuchlichkeit i.S.d. § 30 Abs. 1 EnWG.

48. BGH WuW/E DE-R 1617, 1619 – Stromnetznutzungsentgelt.

49. So *Markert* (Fn. 1), 86, der dem BGH allerdings im Ergebnis beipflichtet.

50. So auch *Bork* (Fn. 1), 683.

51. So schon *Bork* (Fn. 1), 683.

52. BGH WuW/E DE-R 1619 – Stromnetznutzungsentgelt; zustimmend *Markert* (Fn. 1), 86.

53. So zu Recht schon *Bork* (Fn. 1), 683.

54. So z.B. *Hanau*, ZIP 2006, 1284, der widersprüchlich jedoch – a.a.O., 1286 – gleichwohl die Offenlegung der wesentlichen Kalkulationsfaktoren für den Gesamtpreis fordert.

55. So aber LG Verden ZNER 2006, 271; LG Bonn ZNER 2006, 274, 277, 278.

56. Vgl. *Staudinger/Rieble* (Fn. 5), § 315 Rdnr. 122 ff. mit Nachw. aus der Rechtsprechung.

57. BGH (Fn. 1), Rdnr. 14.

58. BGH vom 28.06.2005 – KVR 17/04 WuW/E DE-R 1513 = BGHZ 163, 282, 289 – Stadtwerke Mainz; dazu *Haus/Jansen*, ZWeR 2006, 77 ff.

59. BGH WuW/E DE-R 1617, 1618 f. – Stromnetznutzungsentgelt.

diesem Verfahren also nicht von Bedeutung. Vor diesem Hintergrund kam der Kartellsenat zu seiner Ansicht, dass auch bei einem von Anfang an „betragsmäßig bereits feststellbarem Entgelt“ eine Aufspaltung in einen nicht kontrollfähigen Anfangspreis und einen späteren Folgepreis eine „künstliche Aufspaltung“ wäre, so dass eine Gesamtpreiskontrolle erfolgen müsse. Der VIII. Senat kommt dagegen – im Ergebnis bezogen auf die isolierte Kontrollunfähigkeit des konkret festgelegten Anfangspreises als solchem –<sup>60</sup> zu Recht zu dem auch vorliegend vertretenen Ergebnis, ein vorn vornherein feststehender Anfangspreis sei dem Anwendungsbereich des § 315 BGB entzogen. Der VIII. Senat weicht jedoch einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit dem Beschluss des Kartellsenats durch eine unbegründete Sachverhaltsunterscheidung aus.<sup>61</sup>

#### b) Widersprüchliches Verhalten durch Duldung des Preissockels?

An dieser Stelle stellt sich die Frage nach dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens i. S. d. § 242 BGB (*venire contra factum proprium*) bei der Angemessenheitskontrolle des Preissockels. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen der Abnehmer in Reaktion auf eine einseitig bestimmte, als unbillig empfundene Preiserhöhung weiterhin den zuvor oft über Monate oder gar Jahre „geduldeten“ Erstpreis fortzahlt, dem Energieversorger oder Netzbetreiber die Preiserhöhung aber vorenthält. Die Lösung solcher Fälle ist zunächst unabhängig davon, ob der Erstpreis vertraglich konkret vereinbart oder erst nach Vertragsschluss auf Basis der jeweiligen Preisanpassungsklausel einseitig festgesetzt wurde. Sodann ist das Zurückbehaltungsrecht oder der Rückforderungsanspruch des Abnehmers nicht generell nach § 242 BGB auf die Höhe des Erstpreises zu beschränken, falls das Gericht den „billigen“ Preis niedriger als den vom Abnehmer hingenommenen Erstpreis ansetzt. Zwar kann der Abnehmer im Einzelfall einen Vertrauenstatbestand schaffen und der andere Teil infolgedessen bestimmte Dispositionen treffen. Jedoch erscheint der Energielieferant insoweit unter dem Aspekt der Verwirkung nicht generell schutzwürdig.<sup>62</sup>

Soweit bisher das Gegenteil vertreten wird, soll dies aus dem Grundsatz der Verwirkung folgen. Dabei ist zunächst die Reichweite der behaupteten Verwirkung unklar. Offen bleibt nämlich, ob eine Verwirkung jenseits des § 315 BGB trotz der institutionellen Schutzfunktion der kartellrechtlichen Preismissbrauchskontrolle auch für deren individualschützende Folgen greifen soll.<sup>63</sup> Weiter und ebenso bedeutend ist die fehlende Konkretisierung des Verwirkungstatbestands. Der Verweis auf eine vorbehaltlose Zahlung „über längere Zeit“<sup>64</sup> ist rechtlich kein ausreichend operables Kriterium. Er verkennet auch, dass der Verwirkungstatbestand zweifaktig ist: Neben dem Zeitmoment, d.h. das Verstreichen längerer Zeit seit der Möglichkeit der Geltendmachung, muss das Umstandsmoment, d.h. der bei objektiver Betrachtung aus dem Verhalten des Berechtigten zu entnehmende Schluss, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen werde, erfüllt sein.<sup>65</sup> In den vorliegenden Fällen dürfte letzteres regelmäßig nicht der Fall sein.

Da die Verwirkung ihrer Rechtsnatur nach eine flexible Rechtsausübungsschranke im Einzelfall bildet, erscheint eine generalisierende Lösung der Grundfrage zudem ohnehin nicht möglich. Hinzu kommt, dass die Verwirkung als außerordentlicher Rechtsbehelf hohe Anforderungen stellt. Im vorliegenden Fall geht es nicht – wie meist – um die unterlassene Wahrnehmung von Rechten gegenüber einem Vertragspartner im Grundverhältnis. Die Rechtswahrnehmung wird vielmehr erst durch das Erhöhungsverlangen „herausgefordert“. Dass sie sich dann im Regelfall zunächst auch nur auf dieses erstreckt, ist daher kein Zufall. Der BGH hat zu Recht für die Beurteilung einer Zinsanpassungsklausel der Banken entschieden, dass § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB „für die Erhebung der dort vorgesehenen Klage keine besondere Frist bestimmt.“<sup>66</sup> Schließlich ließe sich mit dem Einwand der Verwirkung auf Dauer ohnehin kaum etwas gewinnen. Denn der Einwand setzt Untätigkeit im Hinblick auf die eigene Rechtswahrung voraus. Sollten ihn Gerichte akzep-

tieren, würden die Betroffenen zusätzlich zu der Vorenthaltung des Preisüberbaus regelmäßig – und durch Musterschreiben angeleitet – einen entsprechenden Vorbehalt hinsichtlich des Preissockels erklären. Denn jede zur Rechtswahrung geeignete Tätigkeit schließt die Verwirkung aus.<sup>67</sup>

#### 2. Die Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf die Billigkeit der Leistungsbestimmung

Nach Rechtsprechung und allgemeiner Meinung obliegt es demjenigen, der das Recht der Leistungsbestimmung für sich in Anspruch nimmt, darzulegen und zu beweisen, dass die getroffene Bestimmung der Billigkeit entspricht.<sup>68</sup> Danach obläge es z.B. dem Netzbetreiber, der Leistungsklage auf Zahlung der von ihm geforderten Netznutzungsentgelte erhebt und dem der Einwand der Unbilligkeit i. S. d. § 315 BGB entgegengehalten wird, im Aktivprozess die Billigkeit seiner Leistungsbestimmung darzulegen und zu beweisen.<sup>69</sup> Hingegen träfe nach allgemeinen Grundsätzen im Passivprozess, namentlich in Rückforderungsprozessen bezüglich bereits geleisteter unbilliger Entgelte, den klagenden Abnehmer die Darlegungs- und Beweislast für die Unbilligkeit der Leistungsbestimmung.<sup>70</sup> Mithin wäre der Abnehmer für den Fall der Leistungskondition nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB verpflichtet zu beweisen, dass der Rechtsgrund für die Leistung nicht besteht. Er müsste also darlegen, inwieweit die vom Vertragspartner getroffene Leistungsbestimmung unbillig, d.h. unwirksam, war und er rechtsgrundlos geleistet hat.

Unter ausdrücklichem Verweis auf seine jüngste Rechtsprechung, namentlich das Urteil vom 7. Mai 2005,<sup>71</sup> weicht der Kartellsenat des BGH in seinen Urteilen vom 18. Oktober 2005 und 7. Februar

60. Dieser ist allerdings nach einer Preisanpassung, wie zuvor ausgeführt, ebenfalls Teil des kontrollfähigen Gegenstands, da sich die Kontrolle nach immer auf den Gesamtpreis, d.h. auch unter Einschluss des Anfangspreises beziehen muss. Ob der VIII. Senat mit seinen Ausführungen in Rdnr. 16 des Urteils, „anders mag es dagegen bei Preiserhöhungen liegen, die (...) einseitig in Ausübung eines gesetzlichen Leistungsänderungsrechts erfolgen“, eine solche Gesamtpreiskontrolle im Auge hat, ist nicht deutlich, aber auch nicht ausgeschlossen.

61. Zum Ausscheiden der Billigkeitskontrolle bei einer automatischen Preisgleitklausel, die einen Ermessensspielraum bei der Berechnung des geänderten Preises ausschließt, BGH vom 11.10.2006 – VIII ZR 270/05 NJW 2007, 210.

62. A.A. Säcker (Fn. 10), 74; Höch/Göge, et 2006, 52. Vgl. allgemein zum *venire contra factum proprium* Palandt-Heinrichs, § 242 Rdnr. 56 ff.

63. Unklar insoweit Säcker (Fn. 10), 74.

64. So Säcker (Fn. 10), 74.

65. BGHZ 97, 212, 220 f. unter Hinweis darauf, der Bestimmungsberechtigte müsse sich im Vertrauen auf das Verhalten des Klageberechtigten „in seinen Maßnahmen so eingerichtet haben, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstehen würde.“

66. BGHZ 97, 212, 220; gleichwohl und insoweit ebenso zu Unrecht folgert das LG Düsseldorf ZNER 2006, 271 aus § 315 BGB „das Gebot, eine baldige Klärung der billigen Leistungsfestsetzung herbeizuführen“ und „zeitnah im Anschluss an die Zahlung konkrete Schritte zur Überprüfung der Angemessenheit des Nutzungsentgelts einzuleiten“, obwohl im konkreten Fall vier Jahre Zeit verstrichen war.

67. Vgl. nur Mansel, in: Jauernig (Hrsg.), BGB, 11. Aufl. 2004, § 242 Rdnr. 60.

68. Vgl. Baumgärtel/Strieder, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2. Aufl. 1999, § 315 Rdnr. 3; Palandt/Grüneberg, § 315 Rdnr. 19; vgl. auch die Nachweise aus der Rechtsprechung bei Hanau, ZIP 2006, 1283 Fn. 26.

69. Bork (Fn. 1), 683 weist insoweit zu Recht auf die Ungeeignetheit der Begriffe Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf den Rechtsbegriff der Billigkeit hin. Hanau, ZIP 2006, 1283 spricht daher unter Verweis auf den grundlegenden Aufsatz von Krebs, AcP 195 (1995), 171 von Argumentationslast. Im folgenden wird aber gleichwohl an den in Rechtsprechung und Literatur inzwischen üblichen Begriffen der Darlegungs- und Beweislast festgehalten.

70. Vgl. Palandt/Sprau, § 812 Rdnr. 106. Zur sekundären Behauptungslast des Anspruchgegners beim Beweis negativer Tatsachen vgl. Zöller/Greger, Vor § 284 Rdnr. 24, 34.

71. BGH NJW 2005, 2919.

2006 von diesen Grundsätzen ab und erstreckt die Beweislast des einseitig Leistungsbestimmenden – wenn auch begrenzt auf den Fall, dass die andere Vertragspartei unter Vorbehalt gezahlt hatte –<sup>72</sup> auch auf den Rückforderungsprozess.<sup>73</sup> Es sei eine grundlegende gesetzliche Regel des privaten Schuldrechts, dass der Gläubiger das Entstehen, die Begründetheit und die Fälligkeit seiner Forderung darlegen und beweisen muss, bevor er Erfüllung verlangen kann, und dass er umgekehrt keine Leistung beanspruchen kann, wenn der Schuldner berechnete Einwände – hier den Einwand der Unbilligkeit i.S.d. § 315 BGB – erhebt.<sup>74</sup> In diesem Fall sei von Anfang an allein das angemessene, im Ergebnis vom Gericht bestimmte Entgelt geschuldet, nur auf dieses habe der einseitig Leistungsbestimmende Anspruch.<sup>75</sup> Die Zuweisung der vollen Darlegungs- und Beweislast zulasten des Leistungsbestimmenden auch für den Rückforderungsprozess trägt der Schutzbedürftigkeit des sich unterwerfenden Bestimmungsoffers Rechnung. Ihm mangeln hinreichende Sachnähe und Einblickmöglichkeiten in die Kalkulationen seines Vertragspartners.<sup>76</sup> Daher dürfte es ihm nur selten gelingen, den Beweis der Unbilligkeit zu führen. Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast durch den BGH ist deshalb grundsätzlich zu begrüßen. Entsprechende AGB-Klauseln seitens des einseitig Leistungsbestimmenden, die von dieser Rechtsprechung abweichende Beweislastregelungen zulasten des Abnehmers vorsehen, werden demzufolge in aller Regel gegen Sinn und Zweck des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB verstoßen. Folge hiervon ist die Unwirksamkeit nach §§ 309 Nr. 12a, 307 BGB.<sup>77</sup>

Gegen diese Rechtsprechung wurde allerdings eingewendet, es seien für den Bestimmungsberechtigten vorteilhafte Beweisregeln des BGH für Klagen aus §§ 19, 20, 33 GWB auch auf § 315 BGB zu übertragen.<sup>8</sup> Voraussetzung dafür ist, dass man an der Anwendbarkeit des § 315 BGB neben den einschlägigen Normen des (Energie-)Kartellrechts festhalten will. Indes verbietet sich dieser Ansatz entsprechend den Ausführungen zum Konkurrenzverhältnis vertraglicher und deliktischer Ansprüche schon aus rechtsdogmatischer Sicht. Denn eine Beweislastregel, die die Rechtsprechung aus einer besonderen, einvernehmlich gewählten Vertragsgestaltung entwickelt und die im Fall des § 315 BGB dem besonderen Schutzbedürfnis der sich dem Leistungsbestimmungsrecht unterwerfenden, sachfernen Partei Rechnung tragen soll, kann nicht durch allgemeine Wertungen des Deliktsrechts ersetzt werden – selbst dann nicht, wenn das Deliktsrechts seinerseits ein Preishöhenkontrollsystem enthält.

### 3. Die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen

#### a) Das Problem.

Im Grundsatz berechtigt ist das Bestreben, dem Anliegen der Leistungsbestimmenden an der Wahrung geheimhaltungsbedürftiger Betriebs- und Geschäftsdaten Rechnung zu tragen. Denn die Zuweisung der Darlegungs- und Beweislast zulasten der Netzbetreiber und Energieversorger deutet darauf hin, dass die einseitig Leistungsbestimmenden jeden einzelnen Parameter ihrer Preiskalkulation im Prozess offen legen müssen, um den Beweis der Billigkeit führen zu können.<sup>79</sup> Dass die eingepreisten Kosten der Belieferung, des Vertriebs sowie der Werbung, die Gewinnmargen und die Verzinsung des Kapitals das Interesse der Wettbewerber und Vertragspartner in höchstem Maße erwecken und deren Offenlegung unter Umständen erhebliche Wettbewerbsnachteile für den Beweispflichtigen befürchten lassen, liegt auf der Hand.<sup>80</sup> Insbesondere die Rechtsprechung des BVerfG<sup>81</sup> gibt daher Anlass, nach Lösungen zu suchen, die es einerseits dem Beweispflichtigen ermöglichen, unter Wahrung geheimhaltungsbedürftiger Tatsachen seiner Beweislast nachkommen zu können, andererseits aber dem Abnehmer effektiven Rechtsschutz gewährleisten.

#### b) Indizwirkung der Entgeltgenehmigung durch die zuständige Behörde?

Im Urteil vom 18. Oktober 2005 zur Billigkeitskontrolle von Netznutzungsentgelten stellt der BGH auch fest, dass sich die öffentlich-rechtliche Wirkung einer Preisgenehmigung auf das Verhältnis der Behörde zum Genehmigungsempfänger beschränkt und für die privatrechtliche Überprüfung eines einseitig festgesetzten Entgelts am Maßstab des § 315 Abs. 3 BGB nicht präjudizial sei.<sup>82</sup> In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass im zu entscheidenden Sachverhalt nicht das streitige Netznutzungsentgelt unmittelbar behördlich genehmigt worden war, sondern lediglich inzident als Preisfaktor des von der zuständigen Landesbehörde nach § 12 BTO-Elt überprüften Endkundenentgelts einer Angemessenheitsprüfung standgehalten hatte.<sup>83</sup> Besondere Beachtung verdient jedoch der Zusatz des BGH, die Genehmigung könne zwar ein gewisses Indiz für die Billigkeit der Tarife liefern.<sup>84</sup> Allerdings entbinde dies den beklagten Netzbetreiber nicht von der Darlegungslast.<sup>85</sup>

Zumindest seit Inkrafttreten des EnWG 2005 spricht alles dafür, der Genehmigung der Netznutzungsentgelte durch die Bundesnetzagentur eine Indizwirkung hinsichtlich der Billigkeit der Tarife des beweispflichtigen Netzbetreibers i.R.d. § 315 BGB beizumessen. Zentral und in diesem Zusammenhang nicht nur von den Kritikern der Indizwirkung bisher nicht berücksichtigt<sup>86</sup> ist die Entscheidung des BVerfG vom 14. März 2006 zu dem in camera-Verfahren.<sup>87</sup> Die Forderung des Gerichts, auf der Grundlage des geltenden Rechts zu einer praktischen Konkordanz der divergierenden Grundrechtspositionen zu kommen, muss auch die Verteilung der

72. Ob diese Einschränkung generell rechtliche Bedeutung haben soll, ist nicht ersichtlich. In der Sache ist sie verfehlt.

73. BGH WuW/E DE-R 1617 – Stromnetznutzungsentgelt; BGH WuW/E DE-R 1732 – Stromnetznutzungsentgelt II; so aber auch schon BGH NJW 1987, 1828, 1829 bei 3. a) für eine der Billigkeitskontrolle unterliegende, einseitige fortgesetzte Pauschale; gleichwohl a.A. für den Rückforderungsprozess *Salje*, et 2005, 278, 280.

74. BGH (Fn. 71), unter 3. c) bb) (3) (a).

75. So der VIII. Senat des BGH zu § 30 AVBGasV, vgl. die Nachweise bei *Hanau*, ZIP 2006, 1288 Fn. 63.

76. Vgl. *Baumgärtel/Strieder*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2. Aufl. 1999, § 315 Rdnr. 3 mit Verweis auf BAG BB 1985, 933 = VersR 1985, 790. Zur das Beweislastrecht prägenden Sphärentheorie im Zusammenhang mit § 30 AVBFernwärmeV vgl. *Büdenbender* (Fn. 18), S. 91f.

77. Eine solche Klausel lag dem Urteil des BGH (Fn. 71) allerdings nicht zugrunde, s. unter 3. c) aa).

78. Vgl. *Kühne*, NJW 2006, 656; *ders.*, NJW 2006, 2522; *ders.*, RdE 2005, 241, 249. Unverständlich erscheinen die Ausführungen von *Höch/Göge*, et 2006, 52, die sich zwar mit dem Urteil v. 18.10.2005 auseinandersetzen, in Fragen der Beweislast allerdings ohne nähere Erläuterungen davon auszugehen, dass den Abnehmer die Beweislast bezüglich der Unbilligkeit trifft, und nicht auf die Rechtsprechung des BGH hierzu eingehen.

79. So auch BGH NJW-RR 1992, 183, 184 f.; BGHZ 115, 311, 322.

80. Zu den wesentlichen Preisfaktoren vgl. *Hanau*, ZIP 2006, 1286 am Beispiel Gaspreis.

81. BVerfG (Fn. 3).

82. BGH WuW/E DE-R 1620 – Stromnetznutzungsentgelt; ähnlich schon BGH NJW 2005, 2919, 2920; BGH DVBl. 1974, 558, 561; BGH NJW-RR 1992, 183, 185; BGH MDR 1973, 999, 1000.

83. So zutreffend *Schebstadt*, MMR 2006, 157.

84. Betreffend Stromlieferungsverträge im Tarifkundenbereich hat der BGH zu § 12 BTOelt grundsätzliche Auswirkungen einer behördlichen Genehmigung auf die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit der Stromtarife anerkannt. Etwaige Mängel des Genehmigungsverfahrens und damit einhergehende Zweifel an der Billigkeit der Stromtarife habe zunächst der Tarifkunde darzutun, vgl. BGH NJW 2003, 1449; dazu *Essig* (Fn. 43), S. 273f.

85. BGH WuW/E DE-R 1620 – Stromnetznutzungsentgelt.

86. Generell gegen die Annahme einer Indizwirkung der Genehmigung wendet sich *Säcker* (Fn. 10), 72, der auf die evidente Überforderung der nach § 12 BTOelt zuständigen Aufsichtsbehörden hinweist. Für eine Indizwirkung ausdrücklich *Bork* (Fn. 1), 684; ebenso *Markert* (Fn. 1), 86; AG Friedberg ZNER 2006, 281; das LG Bonn ZNER 2006, 274, 278 will sogar einem WP-Testat eine indizielle Wirkung beimessen.

87. BVerfG (Fn. 3), vgl. näher unten f).

Darlegungslast bestimmen. Aber auch jenseits dessen erscheint es kaum verständlich, dass die beanstandungslose Überprüfung durch eine Fachbehörde im Rahmen des § 23a EnWG jenseits jeder Bindungswirkung im Verhältnis zum Netznutzer dem Netzbetreiber nicht einmal bei der Darlegungs- und Beweislast zugute kommen soll. Vielmehr sollte das angerufene Gericht, das regelmäßig über weitaus weniger Spezialkenntnisse und personelle Ressourcen verfügt als die Bundesnetzagentur, aus der behördlichen Genehmigung der streitgegenständlichen Entgelte im Wege eines allgemeinen Erfahrungssatzes i. S. d. § 286 ZPO auf die grundsätzliche Billigkeit derselben schließen können. Dies muss so lange gelten, wie von der anderen Partei Gegenteiliges nicht substantiiert vorgetragen wird. Die Annahme einer Indizwirkung der behördlichen Genehmigung der Bundesnetzagentur kann aber nur für den Geltungsbereich des EnWG einen Lösungsansatz darstellen.<sup>88</sup> Sie entbindet deshalb nicht von der Suche nach Modellen, die den Spagat zwischen effektivem Rechtsschutz und dem Interesse an der Geheimhaltung von Geschäftsdaten bewältigen können.

### c) *Das Vergleichsmarktkonzept als Beweiserleichterung?*

Ein Vorschlag, die Beweisführung zu erleichtern, geht dahin, das im Kartellrecht etablierte und anerkannte Vergleichsmarktkonzept i. S. d. § 19 Abs. 4 Nr. 2 HS 2 GWB heranzuziehen. Erst wenn es im Prozess der anderen Seite gelinge, die Vergleichsmarktbetrachtung nachhaltig zu erschüttern, solle die beweisbelastete Partei auf weitere Mittel zurückgreifen, d.h. die Preiskalkulation offen legen müssen, um die Billigkeit der Entgelte nachzuweisen.<sup>89</sup> Das BVerfG hat ausdrücklich offengelassen, ob und inwieweit das Vergleichsmarktkonzept auf angemessene Weise zur Ermittlung der (billigen) Entgelthöhe beitragen kann.<sup>90</sup>

Im Rahmen des Vergleichsmarktkonzepts kommt es vereinfacht darauf an, ob die Preise und Konditionen auf vergleichbaren Märkten erheblich anders, d.h. günstiger oder ungünstiger, sind oder nicht.<sup>91</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH kann im Rahmen des Vergleichsmarktkonzepts schon der Vergleich mit einem einzigen Referenzunternehmen ausreichen.<sup>92</sup> In Abweichung vom Wortlaut des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB („auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb“) soll es auch zulässig sein, auf Märkte abzustellen, die von einem Unternehmen beherrscht werden bzw. ein natürliches Monopol bilden.<sup>93</sup> Zwar erscheint die Heranziehung des Vergleichsmarktkonzepts damit nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil insbesondere der Netznutzungsmarkt und der Gasmarkt in Bezug auf Haushaltskunden als „Hauptanwendungsfälle“ des § 315 BGB und die potentiellen Vergleichsmärkte oligopolistische und monopolische Strukturen aufweisen. Jedoch dürfte das Vergleichsmarktkonzept als Beweiserleichterung aus tatsächlichen wie rechtlichen Gründen kaum geeignet sein: Zunächst sind bei der Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts strenge Anforderungen an die Vergleichbarkeit der Sachverhalte zu stellen.<sup>94</sup> Die Vergleichbarkeit des potenziell missbräuchlich handelnden Unternehmens mit dem Referenzunternehmen muss durch Zu- und Abschläge auf die Referenzpreise sichergestellt werden.<sup>95</sup> Die Anwendbarkeit des Vergleichsmarktkonzepts setzt dann aber voraus, „dass der Vergleichspreis nicht nur möglichst genau ermittelt, statt in erheblichem Umfang lediglich geschätzt wird, sondern dass bei der Festsetzung der Erlöbergrenze durch die Einbeziehung von Sicherheitszuschlägen auf den ermittelten wettbewerbsanalogen Preis die Unsicherheiten der schmalen Vergleichsbasis ausgeglichen werden.“<sup>96</sup> Dies muss bei Preisobergrenzen ebenfalls gelten.<sup>97</sup>

Insbesondere die Konstellation eines privaten Haushaltskunden, der die Unbilligkeit einer Preiserhöhung gegenüber seinem Gasversorger rügt, zeigt, dass diesem eine nachhaltige Erschütterung der Vergleichsmarktbetrachtung angesichts der geforderten präzisen Ermittlung der Referenzpreise ohne immensen Zeit- und Kostenaufwand durch die notwendige Einschaltung von Sachverständigen kaum gelingen wird. Schließlich müsste er nicht nur die Unbilligkeit des von ihm verlangten Entgelts substantiiert vortragen, sondern zusätzlich potentielle räumliche Vergleichsmärkte

nach Referenzpreisen und deren marktspezifischen Besonderheiten sondieren. Faktisch kommt der Vorschlag einer Überwälzung der Darlegungslast auf die sich dem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht unterwerfende Partei bedenklich nahe. Zu deren Schutz soll aber die Beweislast in Bezug auf die Billigkeit des Entgelts im Rahmen des § 315 BGB nach den allgemeinen Grundsätzen gerade den Leistungsbestimmenden treffen. Besonders deutlich zeigt sich dieser Effekt, wenn man berücksichtigt, dass Entgelte nicht bereits dann als missbräuchlich überhöht gelten, wenn sie nach Durchführung des Vergleichs unter Berücksichtigung der erforderlichen Zu- und Abschläge höher sind als die des Referenzunternehmens.<sup>98</sup> Vielmehr bedarf es für den Vorwurf eines Missbrauchs „eines erheblichen Abstandes“ zwischen den Entgelten, also des sog. *Erheblichkeitszuschlags*.<sup>99</sup> Die Erheblichkeitsschwelle ist selbst dann anzuwenden, wenn das in Rede stehende Unternehmen über ein „natürliches Monopol“<sup>100</sup> verfügt, wie z.B. der Betreiber eines Energieleitungsnetzes im Hinblick auf die von dritten Netznutzern verlangten Netznutzungsentgelte.<sup>101</sup> Allerdings soll es nach dem BGH bei einem natürlichen Monopol „unter Umständen“ in Betracht kommen, einen geringeren Erheblichkeitszuschlag anzusetzen als unter normalen Marktgegebenheiten.<sup>102</sup>

Damit verlangte man aber, dass die Partei, die sich gegen die Unbilligkeit der Entgelte wehrt, nicht nur deren Unbilligkeit schlüssig vorträgt. Sie muss vielmehr auch und sogar eine „erhebliche“ Unbilligkeit darlegen. Dies würde zu einer bedenklichen Einebnung der vorstehend aufgezeigten unterschiedlichen Darlegungs- und Beweislastverteilung im Rahmen von § 315 BGB auf der einen und von § 19 GWB auf der anderen Seite führen.

### d) *Das Konzept der Gewinnspannenbegrenzung als Beweiserleichterung?*

Außer dem Vergleichsmarktkonzept könnte auch das alternative Modell der Gewinnspannenbegrenzung als mögliche Beweiserleichterung dienen. Dabei geht es nicht um einen Vergleich der Preise mit solchen auf Vergleichsmärkten, sondern um eine in-sich-Betrachtung des Preises:<sup>103</sup> Ist dieser im Verhältnis zu den Kosten überhöht? Und ist er im Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert des Produkts unangemessen? Schon diese Fragen und die ihnen zugrunde liegenden Kriterien zeigen, dass auch das Konzept der Gewinnspannenbegrenzung im vorliegenden Fall keine Lösung bildet. Dies gilt im Übrigen aber auch ganz generell für die Verwendung

88. Vgl. dazu auch *Markert* (Fn. 1), 139, der der Genehmigung der Bundesnetzagentur im Rahmen des § 23a EnWG eine „sehr viel stärkere“ Indizwirkung beimessen will als Tarifgenehmigungsentscheidungen nach der BTOElt; zu der Bindungswirkung eines Negativtests im Außenwirtschaftsverkehr für das Zivilverfahren vgl. OLG Rostock EWIR 2006, 697 m. Anm. *Gerber*.

89. So *Höch/Göge*, et 2006, 52.

90. BVerfG (Fn. 3) unter C II. 2 b aa, Rz. 111. Dies konnte dahinstehen, da nach Auffassung der Regulierungsbehörde kein vergleichbarer Markt für die betroffenen Telekommunikationsdienstleitungen existiert.

91. Ausführlich zum Vergleichsmarktkonzept *Kling/Thomas* (Fn. 36), § 18 Rdnr. 245 ff.

92. BGH (Fn. 58).

93. Zuletzt BGH (Fn. 58), 1517 – Stadtwerke Mainz; vgl. dazu *Haus/Jansen* (Fn. 58), 77 ff.; *Büdenbender*, ZWeR 2006, 233 ff.

94. Ausführlich dazu *Kling/Thomas* (Fn. 36), § 18 Rdnr. 252 ff.

95. BGH (Fn. 58), 1518 – Stadtwerke Mainz.

96. BGH (Fn. 58), 1517 – Stadtwerke Mainz.

97. Die Aussage des BGH bezieht sich auf einen Erlösvergleich, gilt mutatis mutandis aber auch für einen Preisvergleich.

98. Vgl. *Kling/Thomas* (Fn. 36), § 18 Rdnr. 254.

99. BGH (Fn. 58), 1519 – Stadtwerke Mainz; vgl. auch *Haus/Jansen* (Fn. 58), 91 f.

100. Zu diesem Begriff vgl. *Kling/Thomas* (Fn. 36), § 18 Rdnr. 34.

101. BGH (Fn. 58), 1519 – Stadtwerke Mainz.

102. BGH (Fn. 58), 1519 – Stadtwerke Mainz.

103. Vgl. näher *Engelsing*, in: *Säcker* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Energierecht*, 2004, § 19 GWB Rdnr. 208 ff.; *Kling/Thomas* (Fn. 36), § 18 Rdnr. 258 ff.



des Konzepts im Kartellrecht. Daher hat die Praxis es bisher in der Regel ignoriert. In wenigen Fällen, in denen es Entscheidungen zugrunde gelegt wurde, war es entweder dafür nicht tragend oder wurde die Entscheidung deshalb aufgehoben.<sup>104</sup>

#### e) Die Einschaltung eines Wirtschaftsprüfers als neutrale Instanz?

Das BVerfG<sup>105</sup> hat eine Beweisführung des einseitig Leistungsbestimmenden durch das Testat eines neutralen, zur Verschwiegenheit verpflichteten Wirtschaftsprüfers oder Treuhänders abgelehnt. Zuvor hatte bereits der BGH festgestellt, dass ein gerichtliches Sachverständigengutachten als Beweismittel unverwertbar sei, wenn es auf Geschäftsunterlagen beruht, die eine Partei nur dem Sachverständigen, nicht aber dem Gericht und der Gegenpartei zur Verfügung gestellt habe und im Verfahren auch nicht offen gelegt worden sei.<sup>106</sup> Nach Auffassung des BVerfG enthebt die Einschaltung eines derartigen Sachverständigen – wohl basierend auf der Vorschrift des § 144 Abs. 1 S. 2 ZPO – den Richter nicht der Pflicht, sich hinsichtlich des Sachverhalts und der Ergebnisse des Gutachtens eine eigene Überzeugung zu bilden. Daher dürften gutachterliche Ergebnisse nicht ungeprüft der gerichtlichen Entscheidung zugrunde gelegt werden.<sup>107</sup>

Für die Entscheidung des BVerfG und gegen das Testat eines Wirtschaftsprüfers spricht der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweiserhebung: schließlich ist der Wirtschaftsprüfer oder sonstige Sachverständige nur Hilfsorgan des Gerichts im Prozess. Er soll dessen Sachkunde um seine Spezialkenntnisse erweitern. Die Feststellung der Tatsachen aber ist Aufgabe des Richters, dessen freier Beweiswürdigung das Sachverständigengutachten unterliegt.<sup>108</sup> Dieser Pflicht als einer Konkretisierung des Gebots des rechtlichen Gehörs kann das Gericht nur dann genügen, wenn die wesentlichen tatsächlichen Grundlagen des Gutachtens offen gelegt sind.<sup>109</sup> Davon abgesehen dürfte die Umsetzung eines „Wirtschaftsprüferbeweises“ auf erhebliche Schwierigkeiten im Falle einer Fehlleistung des eingeschalteten Sachverständigen führen. Zum einen ist die Haftung des Sachverständigen nach § 839a BGB auf vorsätzliche oder grob fahrlässige Fehlbegutachtungen beschränkt, soweit eine auf dem Gutachten beruhende Gerichtsentscheidung zu einem Vermögensschaden geführt hat.<sup>110</sup> Zum anderen erscheint die sich gegen eine vermeintliche Fehlbegutachtung wehrende Partei vor nahezu unlösbare Beweisprobleme gestellt, da sie kaum eine Fehlbegutachtung nachweisen können wird, wenn die Preiskalkulation unter Verschluss beim Wirtschaftsprüfer bleibt.

#### f) Der Rechtsgedanke des „in camera“-Verfahrens

Im Gegensatz zur Einschaltung eines Wirtschaftsprüfers hält das BVerfG das vielfach angeregte „in camera“-Verfahren für grundsätzlich geeignet, den Schutz der Berufsgeheimnisse vollständig zu sichern und gleichwohl eine gerichtliche Überprüfung der Entgeltfestsetzung anhand aller Unterlagen zu ermöglichen.<sup>111</sup> Dies gelte jedenfalls für durch multipolare Konfliktsituationen gekennzeichnete Konstellationen. Das sind Konstellationen, in denen sich mehrere Beteiligte auf grundrechtlich relevante Positionen stützen, die im Wege der praktischen Konkordanz zum Ausgleich gebracht werden müssen.<sup>112</sup> Konkret ging es um das von Artt. 12, 14 GG geschützte Geheimhaltungsinteresse des (Telekommunikations-)Netzbetreibers, die gleichfalls von Art. 12 GG erfassten Berufsausübungs- und Wettbewerbsinteressen der Konkurrenten sowie das von Art. 19 Abs. 4 GG geschützte Recht des Verfahrensbeteiligten, der sich gegen die konkrete Entgeltfestsetzung wehrt, auf effektiven Rechtsschutz. Derartige Konfliktsituationen sind typischerweise auch im Bereich des Strom- und des Gasmarkts gegeben, so dass sich die Ausführungen des BVerfG zumindest vom Grundsatz her auf den Energiebereich übertragen lassen.<sup>113</sup> Auch im Zivilprozess finden sie im Ansatz ihre Entsprechung.

Das BVerfG weist darauf hin, dass die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und die Gewährung rechtlichen Gehörs nicht in

Gegensatz zueinander gerückt werden dürfen, da beide dem Ziel effektiven Rechtsschutzes dienen.<sup>114</sup> Daher könne eine Verletzung des rechtlichen Gehörs jedenfalls dann gerechtfertigt sein, wenn durch sie erst effektiver Rechtsschutz entsteht. Dies gilt insbesondere dann, wenn durch den Verzicht auf das rechtliche Gehör in Gestalt der Durchführung eines „in camera“-Verfahrens erst die Verwertbarkeit der geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen und damit eine Entscheidung über die Angemessenheit der Entgelte ermöglicht wird.

Das BVerfG sah sich nur deshalb daran gehindert, das grundsätzlich befürwortete „in camera“-Verfahren zuzulassen, weil im einschlägigen Verwaltungsverfahren (vgl. § 75 TKG a. F., der in Abs. 2 auf § 99 VwGO verweist) ein solches nicht vorgesehen war.<sup>115</sup> In der Tat beschränkt § 99 VwGO das „in camera“-Verfahren ausdrücklich auf Zwischenverfahren. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 99 Abs. 2 VwGO mit dem Ergebnis eines „in camera“-Verfahrens auch in der Hauptsache musste daher ausscheiden. Auch durch die zwischenzeitlich erfolgte Gesetzesänderung des TKG wurde diese Beschränkung nicht aufgehoben, obwohl die Grenzziehung zwischen dem „in camera“-Verfahren im Zwischen- und Hauptsacheverfahren nunmehr dadurch abgeschwächt worden ist, dass nach § 138 Abs. 4 S. 2 TKG das Gericht der Hauptsache über die Aktenvorlage entscheidet. Dieses erhält damit zwar Kenntnis über die geheimhaltungsbedürftigen Unterlagen, darf sie jedoch nicht ohne Einverständnis der Beteiligten für die Hauptsacheentscheidung verwenden, § 138 Abs. 4 S. 2 TKG.<sup>116</sup>

Die Ausführungen des BVerfG zum „in camera“-Verfahren weisen in die richtige Richtung. Ihre Heranziehung im Rahmen der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB ist ebenso angemessen wie zwingend. Der BGH<sup>117</sup> hat schon vor 20 Jahren den Einwand, eine einseitige Preisgestaltung wurde von einer Stadtverordnetenversammlung überwacht und die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit sei daher erfüllt, zu Recht unter Berufung darauf zurückgewiesen, diese sei „kein außenstehender und objektiv Dritter, dem Überwachungsfunktionen übertragen worden sind.“ Im Umkehrschluss muss es daher möglich sein, dass außenstehende und neutrale Dritte wie die mit einem Rechtsstreit befassten Richter, denen in Erfüllung der Darlegungslast alle relevanten Geschäftsgeheimnisse offenbart werden, die Billigkeit feststellen.

104. OLG Düsseldorf v. 12.02.2004 WuW/E DE-R 1239 – TEAG.

105. Vgl. BVerfG (Fn. 3), 1720 f.

106. BGHZ 116, 47, 58; kritisch dazu *Säcker* (Fn. 10), 73, allerdings ohne auf die Vorzüge dieses Vorschlags einzugehen; grundsätzlich positiv wohl *Höchl/Göge*, et 2006, 53aE. Trotz der vorangegangenen Rechtsprechung von BVerfG und BGH geht z.B. das AG Leer RdE 2007, 27, 29 davon aus, der Nachweis der Billigkeit einer Tarifanpassung könne von einem Versorgungsunternehmen durch das Testat eines Wirtschaftsprüfers erbracht werden.

107. BVerfG (Fn. 3), 1720 mit Verweis auf BVerwGE 71, 38, 44; BGHZ 116, 47, 58, 1720 f.

108. Vgl. auch § 375 Abs. 1 ZPO; *Zöllner/Greger*, § 402 Rdnr. 5, 7, 7a.

109. Vgl. BVerwG v. 15.08.2003, WuW/E DE-R 1213; BVerfG (Fn. 3); damit unvereinbar sind LG Verden ZNER 2006, 272, 273 und LG Bonn ZNER 2006, 274, 278, die es für § 315 BGB genügen lassen, wenn ein Gaslieferant seine gestiegenen Gasbezugspreise durch Vorlage eines WP-Testats „nachweist“.

110. Zur Haftung des Sachverständigen nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 153 bis 156 StGB und § 826 BGB vgl. *Zöllner/Greger*, § 402 Rdnr. 10.

111. BVerfG (Fn. 3), 1721 f.

112. Vgl. allgemein zu multipolaren Konfliktsituationen im Verwaltungsrecht *Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 1992, S. 495 ff.

113. Im Ergebnis ebenso *Säcker* (Fn. 10), 73; *Hanau*, ZIP 2006, 1287.

114. BVerfG (Fn. 3), 1721 f.

115. BVerfG (Fn. 3), 1721 f.

116. Dem steht der Ansatz des Sondervotums von *Gaier* zu dem Urteil des BVerfG gegenüber, das zur Erreichung einer „wirkungsoptimierten Zuordnung von effektivem Rechtsschutz und Geheimnisschutz“ auf das Einverständnis der Beteiligten verzichten will, um damit den Weg für ein „in camera“-Verfahren in der Hauptsache im Telekommunikationsrecht zu ebnet, vgl. 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03 unter C II. 4 bb Rz. 157.

117. BGH NJW 1987, 1828, 1829.

Schließlich und vor allem aber hat das BVerfG<sup>118</sup> „die Herstellung praktischer Konkordanz“ zwischen den Grundrechtsbelangen nur dann für gegeben gehalten, „wenn die mit der Rechtsanwendung betrauten Organe auf der Grundlage des geltenden Rechts die Möglichkeit haben, zu einer der Verfassung entsprechenden Zuordnung der kollidierenden Rechtsgüter zu kommen.“ Diese Forderung muss daher auch die Anwendung von § 315 BGB leiten.

Allerdings werden die Gegenpole effektiver Rechtsschutz und Wahrung von Geschäftsgeheimnissen nur dann in diesem Sinne „wirkungsoptimiert zugeordnet“ sein, wenn Einschränkungen der Beweisführungslast ausschließlich entscheidungserhebliche wesentliche Preisfaktoren betreffen, an denen der Leistungsbestimmende ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat. Für die Gerichte ergibt sich weiter die Pflicht, nicht ohne Abwägung der kollidierenden Positionen eine Offenlegung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen zur Darlegung der Billigkeit zu verlangen. Konkret ist dabei zu fordern, dass sie die indizielle Wirkung behördlicher Preisgenehmigungen berücksichtigen. Dies betrifft insbesondere die Netzzugangpreise, die nach § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 EnWG „als sachlich gerechtfertigt gelten“. In der Praxis dürfte die indizielle Wirkung aufgrund der damit auf die Gegenpartei übergehenden Substantiierungslast dazu führen, dass behördliche Preisgenehmigungen<sup>119</sup> den Charakter widerleglicher Vermutungen haben. Auch ist in Konkretisierung der Abwägungsformel im Einzelfall – insbesondere im Hinblick auf das Verhältnis geringfügiger möglicher Unbilligkeiten und hinsichtlich Kosten und Umfang erheblicher Offenbarungspflichten des Energieversorgers – eine Einschränkung der Darlegungslast oder eine Überzeugungsbildung auf der Grundlage allein dem Gericht zur Verfügung stehender Daten zu erwägen. Schließlich ist auf die Regelungen des GVG zu verweisen, die einen Ausschluss der Öffentlichkeit und eine Verpflichtung der Anwesenden zur Geheimhaltung vorsehen.<sup>120</sup>

Ganz grundsätzlich ist jedoch im Hinblick auf den eventuellen Zwang zur Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen auf einen zentralen Unterschied der vorliegenden Sachverhalte zu demjenigen zu verweisen, den das BVerfG zu beurteilen hatte. Das BVerfG hatte einen Fall zu § 99 VwGO und eines Verwaltungsverfahren zu entscheiden. Aufgrund der – z.B. im Fall notwendiger Beiladung – zwingenden Beteiligung mehrerer Unternehmen mit divergenten Zielen einerseits und der Aufsichtsbehörde andererseits hat das BVerfG besonders auf die Lösung von Konfliktlagen in einem mehrpoligen Rechtsverhältnis abgehoben.<sup>121</sup> Dem hat es bipolare Konfliktlagen gegenübergestellt. Um eine solche handelt es sich regelmäßig im Zivilprozess. Schon dies steht einer unbesehenen Übertragung der für Verwaltungsverfahren geltenden Grundsätze auf den Zivilprozess entgegen. Hinzu kommt noch, dass Prozesse über die Anwendung des § 315 BGB durch die Partei, die die Klausel im Vertrag durchgesetzt hat oder sich zumindest zu ihrem Vorteil darauf beruft, „herausgefordert“ sind. Während Verwaltungsverfahren, wie sie das BVerfG beurteilt hat, nicht dem Belieben und Einfluss der Unternehmen unterliegen, gilt für die Verwendung einer einseitigen Preisbestimmungsklausel nämlich das Gegenteil. Damit verbunden ist dann die Gefahr, preisrelevante Geschäftsdaten offen legen zu müssen. Die Verwender könnten stattdessen auch Preisgleitklauseln verwenden, die nicht zu der Anwendung des § 315 BGB führen.<sup>122</sup>

Hält man eine solche Rechtsanwendung im Rahmen des § 315 BGB nicht für möglich, bleibt als letztes der immer wohlfeile, aber unbefriedigende und für die jetzigen Probleme nicht hilfreiche Ruf nach dem Gesetzgeber, um auch die bipolare Konfliktsituation im Hinblick auf den Massencharakter der Sachverhalte aufzulösen. Immerhin hat dieser auch in den anderen Bereichen Vorkehrungen getroffen, um eine solche Konfliktsituation aufzulösen. Dies gilt vor allem für den unabhängigen Treuhänder nach §§ 172 Abs. 1, 178 Abs. 1 VVG bei der Prämienanpassung in der Risikolebensversicherung und der Krankenversicherung. Dieser behördlich bestellte und kontrollierte sogenannte Prämientreuhänder hat ausdrücklich die Aufgabe, „die Berechnungsgrundlagen und sonstigen Voraussetzungen für die (Preis)Änderung“ zu prüfen „und deren

Angemessenheit“ zu bestätigen.<sup>123</sup> Allerdings liegt auch darin kein Allheilmittel, weil die Gerichte – wenn auch unter Herstellung eines Ausgleichs mit den Geheimhaltungsinteressen der Versicherungsunternehmen – eine mit Zustimmung des Treuhänders erfolgte Prämienhöhung überprüfen können.<sup>124</sup> Und gerade in diesem Zusammenhang hat das BVerfG festgestellt, „von Verfassungen wegen darf eine sachliche Überprüfung der Berechnung der Prämienhöhung nicht allein mit Rücksicht auf Geheimhaltungsinteressen der beklagten Versicherung gänzlich versagt werden.“<sup>125</sup>

#### IV. Rechtsfragen de lege ferenda – das künftige Energiekartellrecht

Fraglich ist schließlich, ob derzeitige Pläne, das Energiekartellrecht zu verschärfen, Auswirkungen auf die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB haben können. § 29 GWB in der Fassung des – auf der homepage des BMWi veröffentlichten – Regierungsentwurfs vom 25. April 2007, der der Fassung des Referentenentwurfs vom 8. November 2006 weitgehend entspricht, verbietet es einem marktbeherrschenden Energieversorgungsunternehmen, „diese Stellung missbräuchlich auszunutzen, indem es

1. Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die ungünstiger sind als diejenigen anderer Versorgungsunternehmen oder von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten, es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, dass die Abweichung sachlich gerechtfertigt ist, oder

2. Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten.

Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, dürfen bei der Feststellung eines Missbrauchs im Sinne des Satzes 1 nicht berücksichtigt werden. Die §§ 19 und 20 bleiben unberührt.<sup>126</sup>

Die Neuregelung zielt mit Nr. 1 zunächst auf relativ überhöhte Preise. Der Entwurf verweist insoweit auf die Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts, um einen Preismissbrauch festzustellen. Der Referentenentwurf hatte noch eine Regelung enthalten, dass auch „nicht erhebliche Abweichungen“ erfasst sein sollen. Daraus sowie aus der Begründung zu ihr<sup>127</sup> folgte, dass entgegen der Rechtsprechung des BGH<sup>128</sup> in Zukunft bei der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle über die Vergleichsmarktbetrachtung kein Erheblichkeitszuschlag mehr hätte berücksichtigt werden dürfen. Dagegen sollte „die Praxis, strukturelle Ungleichheiten zwischen Unternehmen durch die Gewährung von Sicherheitszuschlägen zu berücksichtigen“, unberührt bleiben.<sup>129</sup> Dies betraf die Sicherheitszuschläge in Höhe von 5 bis 10 %, die das BKartA bei der Preismissbrauchskontrolle zugrundelegt. Ob eine solche gesetzliche Abschaffung des Erheblichkeitszuschlags europarechtlich konform wäre, sofern sie im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu Unrecht wiederbelebt würde, steht nicht von vornherein außer Zweifel. Immerhin ist der Begriff der „einseitigen Handlung“ von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 noch nicht soweit geklärt, dass „vertraglicher Missbrauch“ ohne weiteres darunter fällt. Bezöge sich die Gestattung strengeren nationalen Rechts für einseitige Handlungen aber nur auf außerver-

118. BVerfG (Fn. 3), 1719.

119. Vgl. oben III. 3. b).

120. Vgl. §§ 172 ff. GVG und BVerfG VersR 2000, 214, 216.

121. BVerfG (Fn. 3), 1718 f.

122. Vgl. schon Säcker (Fn. 10), 73.

123. Der RegE zum VVG BRDrucks. 707/06 behält diese Regelung in §§ 163, 203 bei und verweist zugleich klarstellend darauf, a.a.O., S. 249, dass sie das billige Ermessen des Versicherers nach § 315 BGB ersetzt.

124. BVerfG VersR 2000, 214; Prölls, in: Prölls/Martin, VVG, 27. Aufl., § 178g Rdnr. 21a.

125. BVerfG VersR 2000, 214, 216.

126. RegE eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 25.04.2007.

127. Begründung zum RefE, S. 4 f.

128. Vgl. oben Fn. 99.

129. Begründung zum RefE, S. 5.

tragliches Handeln, könnte das GWB im übrigen kein schärferes Missbrauchsrecht schaffen, als es Art. 82 EG enthält. In diesem Fall müsste die Auslegung der nationalen und europarechtlichen Missbrauchstatbestände im Hinblick auf den Preismissbrauch verglichen werden. Im Ergebnis zeigt die „Gesetzgebungsgeschichte“ im Wandel vom Referenten- zum Regierungsentwurf jedenfalls, dass nach dem derzeitigen Vorschlag die von der Rechtsprechung geforderte Erheblichkeitsschwelle bei der Preismissbrauchskontrolle über Vergleichspreise nicht angetastet werden soll.

Mit Nr. 2 zielt die Neuregelung sodann gegen absolut überhöhte Preise. Kriterium ist die „unangemessene Kosten-Preis-Relation“. Dieses Kriterium soll nach den „Ordnungsprinzipien einer Wettbewerbswirtschaft, wie sie sich aus dem GWB ergeben,“ und dem „im EnWG normierten Ziel der preisgünstigen Energieversorgung“ angewendet werden. Dabei sollen „auch Erfahrungswerte aus Branchen außerhalb der Energiewirtschaft herangezogen werden.“<sup>130</sup> Die zuvor zu dem Gewinnspannenbegrenzungskonzept getroffenen Aussagen sind eins zu eins auf diesen Gesetzesvorschlag, dem das Konzept zugrunde liegt, zu übertragen.

Schließlich kennt die Neuregelung noch eine Beweislastumkehr zu Lasten der marktbeherrschenden Unternehmen. Sie betrifft nach dem Wortlaut nur die Vergleichsmarktbetrachtung. Nach der Begründung des Referentenentwurfs, die der Regierungsentwurf zu Recht nicht fortführt, sollte sie aber auch für die Kontrolle auf eine angemessene Kosten-Preis-Relation gelten.<sup>131</sup> Da Art. 2 VO 1/2003 für Art. 82 EG eine Beweislastregel vorsieht, von der der RefE im Bereich der §§ 19, 20 GWB abgewichen war, und strengeres Recht nach Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 „zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen“ zugelassen ist, stellte sich hier die europarechtliche Frage, ob der Vorrang des Art. 82 EG nicht nur in materiellrechtlicher, sondern auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht, d.h. sub specie der Beweislastverteilung durchbrochen ist.

Vor dem Hintergrund dieser wenig geglückten Vorschläge könnte die Ausgangsthese, § 315 BGB und Kartellrecht sind parallel anzuwenden,<sup>132</sup> in neuem Licht erscheinen. Das neue Licht fällt allerdings nicht auf die Unterschiede in Rechtsnatur – Schuldrecht versus Deliktsrecht – und Rechtssystematik – kein Ausschluss des § 315 BGB – von Zivil- und Kartellrecht, sondern auf den allenfalls partiellen Ausschluss der §§ 19, 20 GWB über § 111 Abs. 1 Satz 1 EnWG.

Das Regelungsvorhaben könnte nämlich zu einem größeren Gleichklang von zivilrechtlicher und kartellrechtlicher Kontrolle führen. Dies gilt zwar nicht für den Erheblichkeitszuschlag, der der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB fremd ist. Denn dessen Wegfall, den der Referentenentwurf noch vorgesehen hatte, kennt der Regierungsentwurf nicht mehr. Jedoch liegt der neu vorgeschlagene Missbrauchstatbestand eines § 29 S. 1 Nr. 2 RegE GWB mit dem Kriterium der unangemessenen Kostenüberschreitung in etwa auf der Ebene des Billigkeitskriteriums. Darüber hinaus verbietet der Alternativtatbestand der Nr. 1 jeden nicht wettbewerbsanalogen Preis. Hinzu kommt noch, dass sich auch die beweisrechtliche Stellung der Parteien unter der Geltung des Regierungsentwurfs deutlich annähern würde. Denn dann wäre nicht nur bei § 315 BGB die Beweislast für die Billigkeit eines einseitig festgelegten Preises dem Energieversorgungsunternehmen auferlegt. Sie läge vielmehr nach § 29 Satz 1 Nr. 1 RegE GWB aufgrund der Beweislastumkehr auch im Rahmen der kartellrechtlichen Preismissbrauchskontrolle nach entsprechendem Vorbringen des Abnehmers bei dem Energieversorgungsunternehmen.

Nimmt man dieses potentielle Regelungssystem in den Blick, könnte man versucht sein, in Zukunft § 315 BGB durch § 29 RegE GWB als verdrängt anzusehen. Dies gilt insbesondere bei Heranziehung der „Säcker-Formel“,<sup>133</sup> wonach im Privatrecht niemand Anspruch auf einen billigeren als den wettbewerbsanalogen Preis hat. Funktioniert die kartellrechtliche Preismissbrauchskontrolle nach Kriterien, die im wesentlichen mit denjenigen der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB übereinstimmen und ist ein im kartell-

rechtlichen Sinne missbräuchlicher Preis immer auch unbillig im Sinne von § 315 BGB, scheint der Bedarf für dessen Anwendung zu entfallen. Allerdings steht dem im Ergebnis jenseits der Fortführung bereits de lege lata zur Verdrängungsthese geltender Einwände unter anderem Folgendes entgegen: Erstens würde selbst eine Ergebnisgleichheit keine Aussage darüber zulassen, dass eine – und welche? – Anspruchsgrundlage die andere verdrängt. Und zweitens setzt die Ergebnisgleichheit einen vollständigen Gleichlauf in den materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Prüfungsanforderungen voraus. Dieser ist jedoch nicht gegeben. Das zeigt schon das Beispiel der kartellrechtlichen Beweislastumkehr. Sie greift nämlich nur im Falle des Relativmissbrauchs, d.h. bei Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts nach § 29 Satz 1 Nr. 1 RegE GWB. Für den Fall des Absolutmissbrauchs, d.h. bei Anwendung der Kosten-Preis-Relation nach § 29 Satz 1 Nr. 2 RegE GWB, ist sie im Gegensatz zur Fassung des Referentenentwurfs im Regierungsentwurf nicht mehr vorgesehen und dürfte auch kaum mehr Eingang in das Gesetzgebungsverfahren finden. Denn eine entsprechende Beweislastumkehr bei Nr. 2 würde dazu führen, dass das beabsichtigte Unternehmen ohne markt- und wettbewerbsbezogenes eigenes Verhalten darlegen müsste, dass es sich rechtmäßig, d.h. kartellrechtlich einwandfrei verhält. Es müsste also schon bei jeder kartellrechtlichen Beanstandung eines Preises – d.h. auch unabhängig von einer Preiserhöhung – nachweisen, dass dieser Preis die Kosten nicht in unangemessener Weise überschreitet.<sup>134</sup> Mit den bis heute geltenden Grundsätzen rechtsstaatlicher Eingriffsverwaltung hätte dies nichts mehr zu tun. Im Ergebnis würde eine solche Regelung eine Vermutung des Preismissbrauchs bei Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung bedeuten. Sie könnte daher nicht Gesetz werden. Vor diesem Hintergrund ist § 315 BGB auch nach einer Reform des Energiekartellrechts, die die Preismissbrauchsaufsicht – wie auch immer – verschärft, weiter parallel zu diesem anzuwenden.

## V. Zusammenfassung

1. Auch nach Inkrafttreten des EnWG 2005 ist die richterliche Billigkeitskontrolle des § 315 BGB neben den energiewirtschaftsrechtlichen Preiskontrollinstrumentarien anwendbar.
2. § 315 BGB ist neben den kartellrechtlichen Vorschriften zur Preismissbrauchskontrolle und ihrer zivilrechtlichen Durchsetzung nach dem GWB anwendbar. Dies gilt generell für Art. 82 EG und partiell im Hinblick auf § 111 EnWG für §§ 19, 20 GWB.
3. Marktmissbräuchliche Preise sind grundsätzlich unbillig, marktkonforme Preise sind grundsätzlich billig im Sinne von § 315 BGB. Hält das Gericht einen Preis, den es nach § 315 Abs. 3 BGB kontrolliert, gleichzeitig für marktmissbräuchlich im Sinne des Kartellrechts, so ist die Rechtsfolge der Unverbindlichkeit im Sinne von § 315 Abs. 3 BGB dahingehend zu modifizieren, dass das Gericht die Leistungsbestimmung wegen der sich aus dem Kartellrecht i.V.m. § 134 BGB ergebenden Nichtigkeit in Höhe ihrer Unbilligkeit für unwirksam, d.h. für „nichtig“ zu erklären hat.
4. Die Rückforderung von im Sinne des § 315 BGB unbilligen Leistungen ist nicht schon dann nach § 242 BGB ausgeschlossen, wenn der Kläger den überhöhten Betrag mehrfach vorbehaltlos geleistet hat. Maßgeblich ist, ob im Einzelfall die Voraussetzungen einer Verwirkung, d.h. das Zeitmoment und das Umstandsmoment, gegeben sind.
5. Die gerichtliche Billigkeitskontrolle des § 315 Abs. 3 BGB umfasst die Preiserhöhung nicht isoliert, sondern schließt außer dem Preisüberbau, der sich aus der Preiserhöhung ergibt, den Preisso-

130. Begründung zum RegE, S.13.

131. Begründung zum RefE, S. 5.

132. Vgl. oben bei Fn. 46.

133. Vgl. oben Fn. 46.

134. Vgl. noch die im RegE nicht mehr so angeführte Begr. zum RefE, S. 5: „Die Beweislast für die sachliche Rechtfertigung einer beanstandeten Preisgestaltung ist dem marktbeherrschenden Unternehmen auferlegt.“

ckel immer mit ein, selbst dann, wenn der Preissockel von den Parteien so vereinbart wurde.

6. Einer Entgeltgenehmigung der Bundesnetzagentur nach § 23a EnWG muss nach der neuen Rechtsprechung des BVerfG zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen eine Indizwirkung bezüglich der Billigkeit der Entgeltforderung zukommen. Die damit einhergehende Verlagerung der Darlegungslast gibt der Genehmigung den Charakter einer widerleglichen Vermutung.

7. Im Rahmen des § 315 BGB obliegt dem einseitig Leistungsbestimmenden die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit der Entgeltforderung. Diese Beweislastverteilung kann nicht durch eine Anwendung des Vergleichmarktkonzepts zum Nachteil des Entgeltschuldners abgeändert werden.

8. Zur Vermeidung wettbewerblicher Nachteile und zur Wahrung von Betriebs- sowie Geschäftsgeheimnissen muss eine Abwägung zwischen den beteiligten Interessen erfolgen. Vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung des BVerfG zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen ergeben sich daraus gewisse Erleichterungen für die darlegungs- und beweisbelastete Partei auch im Zivilprozess bei der Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB.

9. Der Regierungsentwurf vom April 2007 zu der Reform des Energiekartellrechts beeinflusst die Anwendbarkeit des § 315 BGB neben der Anwendung des Kartellrechts nicht.

10. Während sich zahlreiche Rechtsfragen im Bereich des § 315 BGB in den energierechtlichen Fällen nur unbefriedigend und überwiegend mit einem unangemessenen Einsatz rechtlicher Ressourcen lösen lassen, könnte die Anwendungsbreite des § 315 BGB künftig durch den Einsatz davon unabhängiger Preisanpassungsklausen erheblich verringert werden.