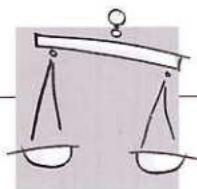


Informationen für Energieverbraucher



Bericht zum Stand der zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle von Energiepreisen nach § 315 BGB

von Rechtsanwalt Thomas Fricke, Jena



Inhaltsverzeichnis

I. Regelungsgehalt des § 315 BGB	3
II. Kein Ausschluss der Billigkeitskontrolle durch eine behördliche Genehmigung	4
III. Zwischenfazit	4
IV. Anwendung der zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle auf Energiepreise	4
1. Rechtslage im Anwendungsbereich der EnWG 1935/ 1998 (Strom/Gas)	4
a) Interimsverhältnisse	5
b) Tarifikundenverhältnisse	5
aa) Bereich der Elektrizitätsversorgung	6
bb) Bereich der Erdgasversorgung	8
2. Rechtslage nach der Energierrechtsnovelle 2005 (Strom/Gas)	8
a) Interimsverhältnisse/ Ersatzenergieversorgung	8
b) Grundversorgung	9
3. Rechtslage bei der Fernwärmeversorgung	9
4. Preiserhöhungen in laufenden Energielieferungsverträgen	10
V. Abwehrmöglichkeit des Energieverbrauchers	11
VI. Darlegungs- und Beweislast im Zahlungsprozess des EVU	12
VII. Indizwirkung einer behördlichen Tarifgenehmigung	14
VIII. Einwendungsausschluss des § 30 AVBV	15
IX. Besonderheiten im Zahlungsprozess des EVU	16
X. Rückforderungsprozess des Kunden	17
XI. Feststellungsklage des Kunden	17
XII. Sachverständigengutachten	17
XIII. Bindungswirkung	18
XIV. Fazit	19



Rechtsanwalt Thomas Fricke
Susanne-Bohl-Straße 3
07747 Jena

Tel. 03641 - 42 29 40
Fax 03641 - 42 29 39

E-Mail: RA.Fricke@gmx.de

Impressum Sonderheft Nr. 1 April 2006

Herausgeber:

Bund der Energieverbraucher e.V.,
Grabenstraße 17, 53619 Rheinbreitbach,
Tel.: 0 22 24 / 92 27-0, Fax: 0 22 24 / 10 32 1,
E-Mail: redaktion@energiegedepesche.de,
www.energieverbraucher.de
Postgiro Köln, Kto 17573-508,
BLZ 370 100 50

Redaktion u.v.i.S.d.P.: Aribert Peters

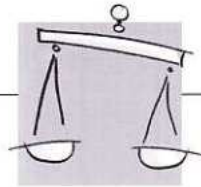
Layout: DesignBüro Blümling, Köln,
E-Mail: mail@bluemlingdesign.de

Druck: Medienhaus Plump,
53619 Rheinbreitbach,
Tel.: 0 22 24 / 77 06 0

Papier: 100% chlorfrei gebleicht,
ISSN 0933-8055, Vertriebskz Z 2045 F

Nachdruck oder Vervielfältigung,
auch auszugsweise, nur mit ausdrücklicher
Genehmigung des Herausgebers.

Projektförderung durch das Bundes-
ministerium für Ernährung, Landwirt-
schaft und Verbraucherschutz



Bericht zum Stand der zivilrechtlichen Billigkeits- kontrolle von Energiepreisen nach § 315 BGB

Im folgenden soll untersucht werden, ob und ggf. wie sich Energieverbraucher gegen unberechtigte Preiserhöhungen durch Energieversorgungsunternehmen zur Wehr setzen können. Ausgehend von einer Darstellung des § 315 BGB, der ob seines seltenen Gebrauchs vielen noch recht wenig vertraut ist, wird dessen Anwendung in der Rechtsprechung auf Energiepreise dargestellt, wobei wegen der Novellierung des Energiewirtschaftsrechts eine teils schon rechtshistorische Darstellung notwendig ist.

Autor: Rechtsanwalt Thomas Fricke, Jena

I. Regelungsgehalt des § 315 BGB

Ist einer Vertragspartei vertraglich das Recht eingeräumt, die Leistung einseitig zu bestimmen, so hat die Leistungsbestimmung gem. § 315 Abs. 1 BGB im Zweifel nach billigen Ermessen (*arbitrium boni viri*) zu erfolgen.

Der Leistungsbestimmungsberechtigte kann demnach die ihm eingeräumten Gestaltungsbefugnisse nicht schrankenlos ausüben, er hat vielmehr die Grenzen billigen Ermessens einzuhalten. Dies gilt ebenso, wo das Leistungsbestimmungsrecht einer Vertragspartei durch Gesetz eingeräumt wird.¹

Gem. § 315 Abs. 2 BGB erfolgt die Bestimmung durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. Es handelt sich um ein Gestaltungsrecht, das durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber der anderen Vertragspartei ausgeübt wird.²

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung entfaltet die gerichtliche Billigkeitskontrolle über den bloßen Wortlaut der Norm hinaus primär auch Schutzwirkung zu Gunsten der schwächeren Vertragspartei, insbesondere in den Bereichen, die von der Allgemeinen AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB ausgenommen sind. Die Rechtsprechung nimmt eine richterliche Inhaltskontrolle gegen den Missbrauch privatautonomer Gestaltungsmacht an.

Der BGH begründet dies mit dem in § 315 BGB enthaltenen Schutgedanken.³ Das BAG wendet vor diesem Hintergrund §

315 BGB zur Einschränkung des Direktionsrechts des Arbeitgebers an.⁴ Auch das BVerfG zählt § 315 BGB zu den "zivilrechtlichen Generalklauseln, die als Übermaßverbote wirken" und so eine Beachtung der staatlichen Schutzpflicht vor dem Missbrauch der Privatautonomie ein "Einfallstor" im Privatrecht ermöglichen.⁵ Vor diesem Hintergrund überprüft die Rechtsprechung u.a. sowohl einseitig festgesetzte Vergütungen, das Direktionsrecht des Arbeitsgebers als auch Preisanpassungs- und Zinsänderungsklauseln bzw. Wertsicherungsklauseln.⁶

Wird die Grenze des billigen Ermessens dabei vom Leistungsbestimmungsberechtigten überschritten, so ordnet § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB die Unverbindlichkeit der Bestimmung an. Gem. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB ist dann die Bestimmung durch Urteil zu treffen. Das Leistungsbestimmungsrecht geht also auf das Gericht über.

Gem. § 315 Abs. 3 BGB trifft das erkennende Gericht anstelle der dazu berechtigten Vertragspartei eine eigene Ermessensentscheidung. Es handelt sich insoweit um ein „verstecktes“ Gestaltungsurteil, dass dem Urteil nach § 287 Abs. 1 ZPO gleichsteht.⁷

Die Zivilgerichte üben nach § 315 BGB Abs. 3 Satz 2 nicht nur Rechtskontrolle aus, sondern praktizieren zugleich eine Vertragsgestaltung.

Die vom Gericht getroffene Bestimmung wird frühestens mit der Rechtskraft der Entscheidung verbindlich.⁸ Erst mit der

¹ Vgl. nur Palandt-Heinrichs, BGB, 64. A., § 315 Rdn. 4; Held, NZM 2004, S. 172, m. w. N.

² MünchKommBGB – Gottwald, BGB, § 315, Rdnr. 33; Palandt-Heinrichs, BGB, 64. Aufl., § 315, Rdnr. 11 m. w. N.

³ BGHZ 38, 183, 186.

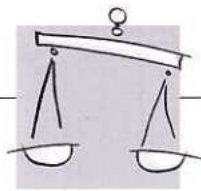
⁴ BAG NZA 1997, 623.

⁵ BVerfGE 81, 242, 256.

⁶ Vgl. auch MünchKommBGB – Gottwald, BGB, § 315 BGB, Rdn. 16 – 26; Palandt-Heinrichs, BGB, § 315 Rdn. 9; BGHZ 97, 212, 214.

⁷ Wieser, BGB, § 315 Rdn. 6.

⁸ BGHZ 41, 271, 279 f.; BGHZ 97, 212, 223.



Rechtskraft der Entscheidung wird die Forderung fällig, die Verjährung beginnt und der Schuldner kann in Verzug geraten.⁹

II. Kein Ausschluss der Billigkeitskontrolle durch eine behördliche Genehmigung

Eine behördliche Genehmigung einer einseitig getroffenen Preisbestimmung steht einer zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle gem. § 315 BGB nach der ständigen höchststrichterlichen Rechtsprechung grundsätzlich nicht entgegen und schließt diese deshalb nicht aus.

Unter anderem in seiner Rechtsprechung zu den Flughafen-nutzungsentgelten (auch außerhalb der sog. Daseinsvorsorge) hat sich der BGH ausführlich mit dem Verhältnis der behördlichen Tarifgenehmigung zur Billigkeitskontrolle von einseitig bestimmten Tarifen auseinandergesetzt.¹⁰

Zur Anwendbarkeit des § 315 BGB vor dem Hintergrund von behördlich genehmigten Entgelten führt der BGH in ständiger Rechtsprechung aus, dass eine solche Genehmigung die Überprüfung der Entgelte nach § 315 BGB nicht ausschließt.

Die behördliche Genehmigung wird nicht in ihrer öffentlich-rechtlichen Wirkung beschränkt, da sich diese nur auf das Verhältnis der Behörde zum Genehmigungsempfänger bezieht. Diese rein öffentlich-rechtliche Wirkung ist für die privatrechtliche Überprüfung eines einseitig festgesetzten Entgelts anhand des § 315 BGB nicht präjudiziell.¹¹

Die Genehmigung ändert also selbst nicht den privatrechtlichen Charakter der einseitigen Leistungsbestimmung und schließt die richterliche Inhaltskontrolle entsprechender Geschäftsbedingungen nicht aus.¹²

Ebenso hat der BGH grundsätzlich in Bezug auf Hausanschlusskosten und Baukostenzuschüsse von Energieversorgungsunternehmen entschieden, soweit diese behördlich genehmigt sind.¹³

Eine gerichtliche Billigkeitskontrolle setzt jedoch nach der Rechtsprechung des BGH in jedem Falle voraus, dass die Preise überhaupt einseitig festgesetzt wurden. Wurden die behördlich genehmigten Hausanschlusskosten individuell vereinbart, so scheidet eine Überprüfung aus.

Der BGH stellte für den dabei zu entscheidenden Fall hinsichtlich Hausanschlusskosten und Baukostenzuschuss (Strom) klar, dass grundsätzlich die Voraussetzungen einer Billigkeitskontrolle gegeben sein könnten und der Kunde eines monopolistischen Energieversorgungsunternehmens nicht schutzlos gestellt sei. Er brauche nur eine Einigung über den Preis zu verweigern.¹⁴

Anders verhält es sich nach der höchststrichterlichen Rechtspre-

chung des BGH nur dann, wenn von den behördlich genehmigten Preisen nicht abgewichen werden darf, also wenn dem Genehmigungsempfänger keinerlei Ermessen verbleibt.¹⁵

Der BGH stellt in der Sache auf die Befugnis ab, genehmigte Tarife zu unterschreiten, woraus im Gegensatz zu punktuell festgelegten Tarifen eine Preiskonkretisierungskompetenz des Unternehmens mit der Möglichkeit der Anwendbarkeit des § 315 BGB Abs. 3 BGB resultiert.¹⁶ Keine Befugnis zur Abweichung von behördlich genehmigten Tarife besteht etwa für die Telekommunikationsentgelte der Deutschen Telekom AG gem. § 13 Abs. 3 TKV 1995. Anders verhält es sich jedoch bei Flughafentarifen nach § 43 Abs. 1 LuftVZO und einseitig bestimmten Stromtarifen gem. § 12 BTOElt, welche einer Kontrolle durch die Zivilgerichte unterfallen.¹⁷

III. Zwischenfazit

In jedwedem schuldrechtlichen Vertragsverhältnis, in welchem einem Vertragsteil ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zufällt und diesem dabei ein Ermessen eingeräumt ist, muss das Gestaltungsrecht durch den Bestimmungsberechtigten gem. § 315 BGB im Zweifel in den Grenzen des „billigen Ermessens“ ausgeübt werden.

Diese Ermessenausübung ist inhaltlich gem. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB in jedem Falle gerichtlich überprüfbar. Die Schutzbedürftigkeit ergibt sich allein daraus, dass es dem einen Teil gestattet ist, den Inhalt des Vertrages einseitig neu zu bestimmen. Der Vertragspartner kann den Einwand der Unbilligkeit im Wege einer Einrede erheben.¹⁸

Erst mit der Berufung auf § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB wird die Bestimmung unverbindlich.¹⁹ Es genügt, die Billigkeit zu bestreiten.²⁰ Bis zum Abschluss des Verfahrens, d. h. bis zur Rechtskraft des „billigen“ Entgelts ist vom Schuldner überhaupt nichts zu leisten, obwohl er seinerseits Anspruch auf die Leistung hat.²¹ Erst mit der Rechtskraft der Entscheidung wird die Forderung fällig, die Verjährung beginnt und der Schuldner kann in Verzug geraten.

IV. Anwendung der zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle auf Energiepreise

1. Rechtslage im Anwendungsbereich der EnWG 1935/ 1998 (Strom/ Gas)

Der BGH hat die Anwendung der zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle in entsprechender Anwendung des § 315 BGB in seiner ständigen Rechtsprechung auch auf Preise für Leistungen der

9 BGH, Urt. v. 24.11.1995 - V ZR 174/95, NJW 1996, 1054; BGH, Urt. v. 30.04.2003 - VIII ZR 279/02, NJW 2003, 3131; BGH, Urt. v. 05.07.2005 - X ZR 60/04; WuM 2005, 589, 590; BGH, Urt. v. 05.07.2005 - X ZR 99/04, WuM 2005, 593; Münch.KommB. Gortwald, BGB, 4. Aufl., § 315 Rn. 49; Palandt-Heinrichs, BGB, 64. Aufl., § 315 Rn. 17; Stadinger/Rieble, BGB (2004), § 315, Rn. 276; jeweils m. w. N.

10 BGH MDR 1973, 999; BGH MDR 1978, 910 = WM 1978, 1097; BGH NJW-RR 1997, 1019 = DVBl. 1997, 572; BGH NJW 1992, 171 = BGHZ 115, 311.

11 Vgl. BGH, Urt. v. 18.10.2005 - KZR 36/04; BGH Urt. v. 05.07.2005 - X ZR 60/04, WuM 2005, 589, 590; BGH, Urt. v. 05.02.2003 - VIII ZR 111/02; BGHZ 154, 5, 9; BGH, Urt. v. 02.07.1998 - III ZR 287/97, NJW 1998, 3188, 3192, jeweils m. w. N.

12 BGH MDR 1978, 910 mit Verweis auf BGH MDR 1973, 999.

13 BGH, Urt. v. 04.12.1986 - VII ZR 77/86, NJW 1987, 1828; BGH NJW-RR 1990, 1204.

14 BGH NJW-RR 1990, 1204 mit Verweis auf BGHZ 73, 114 und BGH NJW 1987, 1828, 1829.

15 BGHZ 73, 114 = BGH NJW 1979, 597.

16 vgl. auch BGH NJW 2003, 1449.

17 BGH, Urt. v. 02.07.1998 - III ZR 287/97, NJW 1998, 3188, (3192) mit Verweis auf BVerwGE 95, 133 ff.

18 Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 315 Rdn. 17.

19 OLG Frankfurt/M., ZMR 1999, 244; Münchner Kommentar- Gortwald, BGB, § 315 Rdn. 43.

20 Vgl. BGH, Urt. v. 05.07.2005, X ZR 60/04 unter II 2 c aa).

21 LG Köln, RdE 2004, 306.

Daseinsvorsorge ausgeweitet, auf welche die andere Vertragspartei angewiesen ist, auch wenn sich die Parteien auf die Preise geeinigt haben, ohne dass jedoch individuelle Preisverhandlungen stattgefunden hatten oder vom Leistungserbringer zugelassen wurden.²²

Rechtsprechung und Literatur unterwerfen die Preise für leistungsgebundene Energie seit jeher einer Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB.²³

Leistungen der Daseinsvorsorge²⁴ sind solche, die regelmäßig von einem Hoheitsträger erbracht werden oder deren Erbringung ein solcher durch (private) Dritte sicherstellen lässt. Hierzu zählen klassisch z.B. der Betrieb von Krankenhäusern, aber auch die öffentliche Energieversorgung mit Elektrizität und Gas und die öffentliche Versorgung mit Trinkwasser, aber auch die Abwasserentsorgung sowie die Müllentsorgung.

Gegenstand der von Art. 28 Abs. 2 GG umfassten kommunalen Selbstverwaltungsgarantie sind alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Hierzu zählt auch die öffentliche Energieversorgung.²⁵ Die Durchführung dieser Aufgabe kann durch die Gemeinde selbst wahrgenommen werden, etwa durch einen Eigen- oder Regiebetrieb, wobei es auf die Ausgestaltung des Versorgungsunternehmens in der Form des Privatrechts nicht ankommt.²⁶

Schließlich konnten die Gemeinden ihre originäre Aufgabe der Daseinsvorsorge, nämlich der „allgemeinen Versorgung“ der Gemeindebevölkerung mit Elektrizität und Gas auch im Rahmen eines Konzessionsvertrages gem. § 13 EnWG 1998 auf einen privaten Dritten, ein Energieversorgungsunternehmen (EVU), übertragen.

Nach einer solchen Übernahme der Versorgungsaufgabe waren EVU gem. § 10 Abs. 1 EnWG 1998 in diesen Gemeinden verpflichtet, jedermann zu öffentlich bekannt gemachten Allgemeinen Bedingungen und Allgemeinen Tarifen in Niederspannung und Niederdruck an ihr Versorgungsnetz anzuschließen und mit Elektrizität und/oder Gas zu versorgen. Solche EVU unterliegen deshalb einem gesetzlichen Kontrahierungszwang.

Hierdurch nahmen Energieversorgungsunternehmen unabhängig von ihrer Rechtsform und ihren Eigentumsverhältnissen eine übertragene öffentliche Versorgungsaufgabe hinsichtlich der Energieversorgung mit Elektrizität und Gas wahr und werden somit im Bereich der Daseinsvorsorge für die Gemeindebevölkerung tätig.

a) Interimsverhältnisse

Seit langem in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt ist die zivilrechtliche Billigkeitskontrolle bei sog. Interimsverhältnissen bei Sondervertragskunden, bei denen ohne Vertragsschluss bzw. nach Beendigung eines Versorgungsvertrages

weiter vom Versorgungsunternehmen Energie geliefert wurde. Dies betrifft insbesondere Sonderkunden und Weiterverteiler.²⁷

Um eine Rückabwicklung der lang anhaltenden Lieferbeziehung nach § 812 BGB zu vermeiden, wurde entgegen der Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB unterstellt, dass auch ohne Einigung über den Preis und somit über essentialia negotii im Übrigen ein Energielieferungsvertrag zustande gekommen sei. Die Vertragslücke konnte durch §§ 315, 316 BGB geschlossen werden. Die entsprechende Anwendung des § 316 BGB führte dabei hinsichtlich des zu zahlenden Energiepreises zum Leistungsbestimmungsrecht des EVU.²⁸

Entsprechend dieser Rechtsprechung verbleibt es in diesen Fallkonstellationen bei der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle der Energiepreise gem. § 315 BGB allein aufgrund des Leistungsbestimmungsrechts des EVU gem. § 316 BGB. Andernfalls wären wegen eines Dissens gem. § 154 BGB die Leistungsbeziehungen bei Energielieferungen im vertragslosen Zustand allein nach Bereicherungsrecht abzuwickeln.

b) Tarifikundenverhältnisse

Die Billigkeitskontrolle wurde durch die höchstrichterliche Rechtsprechung auch auf die Tarifikunden ausgeweitet.²⁹ Gem. § 11 Abs. 2 EnWG 1998 waren die Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung von Tarifikunden in Rechtsverordnungen geregelt.

Dabei handelt es sich um die bereits auf Grund der Ermächtigungsgrundlage in § 7 EnWG 1935 erlassenen AVBEltV³⁰ und die AVBGasV.³¹ Die Bestimmungen der §§ 2 bis 34 AVBV³² wurden dabei gem. §§ 1 Abs. 1 Satz 2, 2 AVBV kraft Gesetzes Vertragsbestandteil bei Verträgen mit Tarifikunden.

§ 2 Abs. 2 AVBV bestimmte dabei, dass allein durch die Entnahme von Elektrizität bzw. Gas ein Versorgungsvertrag mit dem EVU zustande kommen kann.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH und allgemeiner Meinung in der Literatur nimmt derjenige, der aus einem Verteilnetz eines Versorgungsunternehmens Elektrizität, Gas, Wasser oder Fernwärme entnimmt, das Angebot zum Abschluss eines entsprechenden Versorgungsvertrages konkludent an; eine Erklärung, er wolle mit dem Unternehmen keinen Vertrag abschließen, ist unbeachtlich, da dies im Widerspruch zu seinem eigenen tatsächlichen Verhalten steht.³³

Im Falle eines solchen konkludenten Vertragsabschlusses haben individuelle Preisverhandlungen zwischen dem EVU und dem Tarifikunden gerade nicht stattgefunden. Die Preise wurden vom EVU allein dadurch einseitig bestimmt, dass es seine entsprechenden Tarife zuvor öffentlich bekannt gegeben hatte.

22 RGZ 111, 310; BGH BB 1971, 1175 = WuW/E 1195; BGH MDR 1973, 999; BGH MDR 1978, 910; BGH NJW 1987, 1828; BGH BGHZ 115, 311 = BGH NJW-RR 1997, 1019; BGH NJW-RR 1997, 1019; BGH, Urt. v. 05.02.2003 – VIII ZR 111/02, NJW 2003, 1449; BGH, Urt. v. 30.04.2003 – VIII ZR 279/02, NJW 2003, 3131.

23 BGH NJW 1959, 1676 I; BGH NJW 1964, 1617, (1619); BGH BB 1971, 1175 = WM 1971, 1456 f.; BGH NJW 1983, 1777 f.; BGH NJW 2003, 1449 f.; BGH NJW 2003, 3131 f. = NZM 2003, 551 f.; Palandt/Heinrichs – Heinrichs, BGB, 64. A., § 315 Rdn. 4; Münchner Kommentar – Gottwald, BGB, 3. Aufl., § 315 Rdn. 9.

24 Zum Begriff vgl. etwa Forsthooff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 75 ff.; Hölzer, Der Energiesektor zwischen Marktwirtschaft und öffentlicher Aufgabe, S. 72 ff.

25 98, 273, 275f.

26 BGHZ 115, 311 = BGH NJW 1992, 171.

27 RGZ 111, 310; BGH BB 1971, 1175 = WuW/E 1195; BGH NJW 1976, 710; BGH NJW-RR 1992, 183.

28 OLG München, NJW-RR 1999, 421.

29 BGH, Urt. v. 04.12.1986 – VII ZR 77/86, NJW 1987, 1828; BGH NJW – RR 1990, 1204; BGH, Urt. v. 05.02.2003 – VIII ZR 111/02, NJW 2003, 1449; Vgl. auch BGH, Urt. v. 30.04.2003 – VIII ZR 279/02, NJW 2003, 3131 für die Wasserversorgung.

30 vom 21.06.1979, BGBl. I S. 684.

31 vom 21.06.1979, BGBl. I S. 676.

32 soweit die Bestimmungen der AVBEltV, AVBGasV, AVBWasserV, AVBFernwärmeV inhaltsgleich sind, im Folgenden als AVBV zitiert.

33 BGH NJW 2003, 3131 f., m. w. N..



Die EVU verweisen dabei auf ihre jeweils geltenden Tarife, die gem. § 4 Abs. 2 AVBV öffentlich bekannt gemacht wurden. In der vorherigen öffentlichen Bekanntgabe liegt eine einseitige Leistungsbestimmung. Bei weiteren solcher Bekanntmachungen im laufenden Vertragsverhältnis handelt es sich eindeutig einseitige Leistungsneubestimmungen im Sinne des § 315 BGB.

Wegen des im Bereich der Daseinsvorsorge wirkenden öffentlich-rechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes³⁴ und des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots, welchem die EVU als marktbeherrschende Unternehmen unterliegen, werden Preisverhandlungen, die zu – von den bereits veröffentlichten Tarifen – abweichenden Preisen führen könnten, von den EVU gerade nicht zugelassen.

Die Bestimmung des Preises erfolgt in diesem Bereich über diese öffentlichen Bekanntmachungen des EVU einseitig und zwar sowohl vor Vertragsabschluss als auch in der Anbahnungsphase und fortwirkend sodann nach Vertragsschluss.

Wer meint, dass § 315 BGB nur auf nach Vertragsschluss ausgeübte Leistungsbestimmungsrechte anzuwenden ist, würde die Norm jedenfalls auf dieses Leistungsbestimmungsrecht anzuwenden haben.³⁵ Mit Blick auf das bei Vertragsschluss gültige Preisblatt ergäbe sich dabei indes das Problem, dass dieses nicht unter den Anwendungsbereich des § 315 BGB fällt.

Ein Teil der Preisbestimmung würde folglich der Billigkeitskontrolle unterworfen sein, ein anderer – davor liegender Teil – hingegen nicht. Dies wäre ein völlig willkürliches und weder vom Wortlaut der Norm noch von seinem Sinn und Zweck gedecktes Ergebnis. Es würde im Übrigen – worauf die Motive des BGB zu Recht hinweisen – dazu führen, dass der Vertrag als ganzes nicht zustande kommt, weil es an einer Leistungsbestimmung durch den Gläubiger (Kunden) vor Vertragsschluss und somit am hinreichend bestimmten Willen für einen darauf aufbauenden Konsens fehlt. Demnach kann § 315 Abs. 1 BGB weder nach Wortlaut noch nach dem Willen des historischen Gesetzgebers noch nach seiner systematischen Stellung und nach seinem Sinn und Zweck künstlich in eine vor Vertragsschluss und eine nach Vertragsschluss liegende Anwendungsphase aufgeteilt werden. Vielmehr umfasst die Norm Vertragsverhältnisse in ihrer Gesamtheit und damit von der Anbahnungsphase über den Vertragsschluss bis zur Abwicklungsphase.³⁶

Der BGH führte in seinem „Lichtblick“-Urteil³⁷ zur Billigkeitskontrolle von Strom- Netznutzungsentgelten aus, dass das Recht des Netzbetreibers, künftige Netzentgelte ohne Mitwirkung des Netznutzers festzusetzen, nicht anders beurteilt werden kann als ein Leistungsbestimmungsrecht gem. § 315 BGB.

Auch dabei sei die Höhe des festgesetzten und – ohne Zulassung individueller Preisverhandlungen aufgrund des Gleichbehandlungsgebots und kartell- wie energierechtlichen Diskriminierungsverbots – vereinbarten Netzentgelts nicht weniger einseitig bestimmt als die künftige Höhe des Entgelts.

Es wäre eine künstliche Aufspaltung der äußerlich und inhaltlich einheitlichen Preisvereinbarung und führte zu Zufallsergebnissen, wollte man einen vereinbarten Anfangspreis von (vom Zeitpunkt der ersten ausdrücklichen oder stillschweigend vorgesehenen Neuberechnung an maßgeblichen) einseitig bestimmten Folgepreisen unterscheiden.³⁸

Als Tarifkunden wurden diejenigen klassifiziert, die zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen und Allgemeinen Tarifen versorgt werden, während bei Sondervetragskunden einzelvertraglich vereinbarte Konditionen die Grundlage des Versorgungsverhältnisses waren.³⁹ Da es sich bei den Tarifkunden um die nach § 10 EnWG 1998 Berechtigten handelte, konnte es sich nur um Kunden mit standardisierten Abnahmeverhältnissen handeln.⁴⁰

Das Kriterium der „Allgemeinen Tarife“ erfasste somit Abnahmeverhältnisse, die aufgrund der relativen Homogenität des nachgefragten Lastverhaltens eine solche Standardisierung zuließen.⁴¹

Objektives Kriterium für die Allgemeinheit eines Tarifs i. S. v. § 10 Abs. 1 EnWG 1998 war, ob die fraglichen Tarife einem größeren Kundenkreis regelmäßig eingeräumt wurden.⁴²

aa) Bereich der Elektrizitätsversorgung

Im Bereich der Elektrizitätsversorgung waren die „Allgemeinen Tarife“ die vom EVU einseitig bestimmten Preise, die gem. § 12 Abs. 1 BTOElt unter einem präventiven behördlichem Genehmigungsvorbehalt standen. Nach Maßgabe der Bundestarifordnung Elektrizität (BTOElt) und der AVBEltV boten die EVU für den Verbrauch von Strom regelmäßig mehrere Tarife an. Vollzog sich die Stromabnahme im Rahmen eines Versorgungsvertrages, bei dem es an einer Einigung über den konkreten Tarif fehlte, wäre das Versorgungsunternehmen in Anwendung der §§ 315, 316 BGB berechtigt, den Strompreis nach billigem Ermessen zu bestimmen.⁴³ Aber auch bei einer Einigung auf einen bestimmten Tarif liegt dabei in Wirklichkeit wie oben aufgezeigt eine einseitige Preisbestimmung des EVU vor.

Die nach der BTOElt behördlich genehmigten Allgemeinen Tarife unterliegen als einseitige Leistungsbestimmungen nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung einer zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle in entsprechender Anwendung des § 315 BGB.⁴⁴

34 Vgl. etwa BGHZ 115, 311, 318; OLG Hamburg, NJW 1988, 1600.

35 Vgl. LG Potsdam, RdE 2004, 307.

36 Vgl. im einzelnen Schwintowski, N&R 2005, 90, (93), m. w. N..

37 BGH, Urt. v. 18.10.2005 – KZR 36/04.

38 BGH, aaO., S. 7 UA Rn. 10.

39 Hamacher, VEnER 90, 21 f., m. w. N..

40 so im Ergebnis auch Hohn-Malewski, „Strukturgruppenvergleich“, S. 153.

41 so auch Burghardt, Rechtlicher Rahmen, in: „Der Kaufmann in der Energie- und Wasserversorgung“.

42 Darge/Melchinger/Rumpf, EnWG, LTeil, S. 153; Müller, EnWG, S. 46; Tubach, Elektrizitätsversorgungsvertrag und Energiewirtschaftsgesetz, S. 44; Brabant, Strompreise zwischen Privatautonomie und staatlicher Kontrolle, S. 36, m. w. N..

43 BGH, Urt. v. 14.01.1992 – VI ZR 186/91 unter Verweis auf BGH, Urt. v. 01.07.1971 – KZR 16/70, WuM 1971, 1456 und BGH, Urt. v. 19.01.1983 – VIII ZR 81/82, NJW 1983, 1777.

44 Vgl. BGH, Urt. v. 02.07.1998 – III ZR 287/97, NJW 1998, 3188, (3192); BGH, Urt. v. 05.02.2003 – VIII ZR 111/02, NJW 2003, 1449.

Die bisherige Rechtsprechung ist auch nach der Liberalisierung des Energiemarktes 1998 weiter anwendbar.⁴⁵

Wer dringend auf die Elektrizitätslieferung angewiesen ist, kann auch weiterhin nicht jederzeit auf einen anderen Stromhändler ausweichen. Dies setzt zum einen den Abschluss eines Stromlieferungsvertrages mit einem dritten Stromhändler voraus, der jedoch schon keinem Kontrahierungszwang unterliegt. Des weiteren ist der dritte Stromhändler zur Belieferung des Kunden darauf angewiesen, das Verteilnetz des örtlichen Verteilnetzbetreibers, der zugleich der örtliche Versorger ist, zu benutzen. Hierzu wiederum musste dieser zum einen mit dem örtlichen Verteilnetzbetreiber einen Netznutzungsvertrag und zudem auch einen Stromhändlerrahmenvertrag abschließen.

Zudem musste die Netznutzung zur Belieferung eines bestimmten Kunden innerhalb einer bestimmten Frist (sechs Wochen im voraus zum Monatsersten) bei dem örtlichen Verteilnetzbetreiber angemeldet werden.

Im Zweifel ist deshalb ein Stromkunde weiter auf die Elektrizitätsversorgung durch das EVU angewiesen, welches vor Ort das Verteilnetz betreibt. Zudem unterliegt auch allein dieses einem gesetzlichen Kontrahierungszwang gegenüber dem Kunden. Nur dieses ist demnach dem Kunden gegenüber gesetzlich zur Versorgung verpflichtet.⁴⁶ Ein dritter Stromhändler kann seine Tätigkeit jederzeit einstellen. Oft sind solche dritten Stromhändler in Insolvenz gefallen oder haben sonst ihre Geschäftstätigkeit einfach eingestellt, was für deren Kunden mit nachteiligen Folgen verbunden war.

Tatsächlich wurden sehr viele neuer Stromhändler aus dem Markt gedrängt oder mussten gar Insolvenz anmelden. Mit den Nachwirkungen und den vielgestaltigen rechtlichen Problemen der Kunden solcher Unternehmen sind die Gerichte in einer Vielzahl befasst.⁴⁷ Der Wettbewerb wird bisher als gescheitert angesehen.⁴⁸

Als Ursache für den gescheiterten Wettbewerb wurden überhöhte Netznutzungsentgelte der etablierten Versorger, die über die Stromnetze als natürliche Monopole verfügen, ausgemacht.⁴⁹

Der Bundesgerichtshof führt aus, dass es nicht von der Hand zu weisen ist, dass sich bei den Netzbetreibern im Schutze des bisherigen Monopols Strukturen entwickelt haben, die von einer Kostenüberhöhungstendenz gekennzeichnet sind, und konstatiert Preisüberhöhungstendenzen der seit Jahrzehnten an die Monopol-situation gewöhnten Betreiber der Elektrizitätsversorgungsnetze.⁵⁰

Tatsächlich haben die etablierten Stromversorger mit ihrem natürlichen Monopol im Netzbereich bisher weitgehende Möglichkeiten, über die Höhe der geforderten (unkontrollierten)

Netznutzungsentgelte direkt Einfluss auf die Kosten und somit auch auf die Preise ihrer Wettbewerber und mithin auf die Wettbewerbssituation insgesamt zu nehmen. Auch hiermit sind die Gerichte ständig befasst.

Den überhöhten Netzentgelten konnte bisher nicht wirksam begegnet werden. Das Bundeskartellamt war mit Pilotverfahren, mit denen Netzbetreiber zur Senkung der Entgelte gezwungen werden sollten, vor dem OLG Düsseldorf wiederholt vollständig gescheitert.⁵¹

Instanzen Gerichte hatten die Stromhändler in Verkennung der Rechtslage oft daran gehindert, sich mit dem Unbilligkeitseinwand gem. § 315 BGB gegen überhöhte Preisforderungen der Netzbetreiber zur Wehr zu setzen.⁵²

Die Stromkunden beziehen die Elektrizität aufgrund sog. „All-inclusive“-Verträge, in deren Preisen alle Entgelte, mithin auch überhöhte Netzkosten enthalten sind.⁵³

Der einzelne Stromkunde hat keine Möglichkeit, sich gegen unbillige oder gar missbräuchlich überhöhte Netznutzungsentgelte zur Wehr zu setzen.⁵⁴ Überhöhte Netzentgelte führen jedoch direkt zu überhöhten Strompreisen, denen der Kunde bisher auch dann ausgesetzt ist, wenn er seinen Versorger wechselt.

Abhilfe wird erst vom neuen Energiewirtschaftsgesetz und der Tätigkeitsaufnahme der Regulierungsbehörde erwartet.

Namentlich im Bereich der sog. Schwachlastregelungen und der Heizstromversorgung fehlt es bisher fast vollständig an einem Wettbewerb. Weil in diesem Bereich die Netznutzungsentgelte einen ganz besonders hohen Anteil an den Strompreisen haben, bestehen für Wettbewerber keine wirtschaftlichen Anreize für einen Markteintritt. In diesem Marktsegment haben die etablierten Stromversorger deshalb mangels Ausweichmöglichkeit der Kunden faktisch weiter eine Monopolstellung inne.

Die Rechtsprechung zur zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle von Energiepreisen im Bereich der Daseinsvorsorge wurde auch in der Rechtsprechung immer wieder bestätigt.⁵⁵

In Teilen der Literatur und Entscheidungen der Instanzgerichte war hinsichtlich der Höhe der Stromnetznutzungsentgelte die Auffassung vertreten worden, mit § 6 EnWG 1998 i.V.m. §§ 19, 20 GWB sei eine jüngere Spezialregelung geschaffen worden, welche eine zivilrechtliche Billigkeitskontrolle ausschließe.⁵⁶ Im Hinblick auf das Entgelt für die reine Stromlieferung stellten einzelne Gerichte fest, habe der Gesetzgeber jedenfalls hingegen keine neuere und speziellere Regelung getroffen.⁵⁷

Diese Ansicht der Instanzgerichte über eine jüngere, die zivilrechtliche Billigkeitskontrolle von Netzentgelten verdrängende

45 Vgl. BGH, Urt. v. 05.02.2003 – VIII ZR 111/02, NJW 2003, 1449; Held, VuR 2003, 296 ff.; Derleder/Rott, WuM 2005, 423, 425, jeweils m. z. w. N.; a. A. Stappert, NJW 2003, 3177.

46 Vgl. § 10 Abs. 1 EnWG 1998.

47 Vgl. etwa BGH, Urt. v. 26.01.2005 – VIII ZR 66/04 und BGH, Urt. v. 27.04.2005 – VIII ZR 140/04.

48 Vgl. Die Zeit-Wirtschaft „Die Illusion vom Wettbewerb“ unter <http://zeus.zeit.de/text/2003/18/E-Strom>; STERN 7/2005, S. 140 ff. „Angriff der Stromkrieger“; SPIEGEL Nr. 35/2005, S. 70 ff. „Aufstand der Kunden“.

49 Vgl. BKartA, ZNER 2003, 145 (TEAG), hierzu OLG Düsseldorf, ZNER 2004, 76; BKartA, ZNER 2003, 263 (Stadtwerke Mainz), hierzu OLG Düsseldorf, ZNER 2004, 274 und BGH RdE 2005, 228 ff.

50 Vgl. BGH, Beschluss v. 28.06.2005 – KVR 17/04, S. 12 BA., RdE 2005, 228, 231 f. mit Anmerkung Markert.

51 Vgl. Markert, RdE 2005, 233 ff.

52 Vgl. nur LG Rostock, RdE 2004, 174; LG Bremen, RdE 2004, 304; LG Köln, RdE 2004, 306; OLG Karlsruhe, RdE 2005, 51.

53 Vgl. Schwintowski, N&R 2005, 90.

54 LG Magdeburg, RdE 2005, 22, (23); LG Hannover, RdE 2004, 54, (55).

55 OLG Karlsruhe, RdE 2005, 51; LG Köln, RdE 2004, 306; LG Potsdam, RdE 2004, 307; LG Rostock, RdE 2004, 175 (176), wohl auch LG Hannover, RdE 2004, 54 f.

56 Vgl. etwa Stappert, NJW 2003, 3177; a. A. v. Hammerstein, ZNER 2005, 9 ff.; Schwintowski, N&R 2005, 90 ff.

57 LG Rostock, RdE 2004, 175, (176).



gesetzliche Spezialregelung hatte vor der höchstrichterlichen Rechtsprechung keinen Bestand.⁵⁸ Wie aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung unschwer entnommen werden kann, gibt es eine, die zivilrechtliche Billigkeitskontrolle verdrängende Spezialisierung kartellrechtlicher oder energierechtlicher Vorschriften gerade nicht.⁵⁹

Bei den Instanzgerichten ist eine Rechtsprechungstendenz festzustellen, die darauf abstellt, die zivilrechtliche Billigkeitskontrolle komme auf Stromtarifpreise lediglich in analoger Anwendung des § 315 BGB in Betracht.

Wegen der nunmehr bestehenden Wechselmöglichkeit sei seit der Marktliberalisierung 1998 kein Kunde mehr auf die Leistungen nur eines Anbieters angewiesen, so dass die Voraussetzungen einer Analogie nach der Monopolrechtsprechung nicht mehr vorlägen.

Diese Rechtsprechung verkennt die einseitige Preisbestimmung durch den, einem gesetzlichen Kontrahierungszwang unterliegenden Allgemeinversorger von Anfang an und die daraus folgende direkte Anwendung des § 315 BGB.

Diese Rechtsprechung verkennt zudem die tatsächlichen Verhältnisse auf dem deutschen Elektrizitätsmarkt, auf dem der Wettbewerb bisher fast vollkommen als gescheitert angesehen werden muss.⁶⁰

bb) Bereich der Erdgasversorgung

Unter die o. g. Definition des Tarifikunden fallen neben den so bezeichneten Tarifikunden auch die Kunden, welche aufgrund sog. Norm- Sonderverträge mit Heizgas versorgt werden.

Dabei handelt es sich um Verträge, bei denen die Gasversorgung aufgrund eines vom Gaslieferanten vorgegebenen Preisgefüges zu den Bedingungen der AVBGasV erfolgt.

Denn die Kunden, die aufgrund solcher standardisierten Verträge versorgt werden, haben ebenso wenig Verhandlungsmacht wie die eigentlichen Tarifikunden und sind den einseitigen Preisbestimmungen des Gasversorgungsunternehmens durch öffentliche Bekanntmachungen gem. § 4 Abs. 2 AVBGasV ebenso ausgesetzt.

Die Aufspaltung in Tarifikunden einerseits und sog. Norm-Sondervertragskunden andererseits erscheint vollkommen willkürlich und ist wohl nur damit zu erklären, dass gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 KAV 1992 von den Gasversorgungsunternehmen für die Gasversorgung von Sondervertragskunden deutlich geringere Konzessionsabgaben an die Gemeinden zu zahlen sind.

Trotz rechtlicher Öffnung der Gasmärkte seit dem Jahre 2003⁶¹ fehlt es für Tarifikunden und kleinere Sondervertragskunden noch an der faktischen Gasmarktöffnung. Eine Öffnung des deutschen Erdgasmarktes auch für Haushaltskunden wird von der deutschen Gaswirtschaft für frühestens Oktober 2006 in Aussicht gestellt.

Diese Kunden müssen deshalb auch dann, wenn sie mittelfristig auf eine andere Versorgungsart (z.B. Heizöl) übergehen könnten, wie monopolgebundene Kunden behandelt werden.⁶²

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung besteht kein einheitlicher Markt für Wärmeenergie, weil für Hausbesitzer, die sich für einen Wärmeträger entschieden haben, die Formen der Wärmeenergie nicht austauschbar sind.⁶³

Die Monopolstellung des Erdgaslieferanten ergibt sich aus der vom OLG Düsseldorf⁶⁴ bestätigten ständigen Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes, nach der es einen eigenen sachlichen Gasmarkt für die Belieferung von Haushalts- und Kleingewerbekunden gibt, welcher räumlich auf das Gasnetz des einzelnen Erdgasversorgers beschränkt ist.⁶⁵

Nach der Literatur und gefestigter Rechtsprechung findet die zivilrechtliche Billigkeitskontrolle auch auf die Preise und Preiserhöhungen im Bereich der leitungsgebundenen Erdgasversorgung Anwendung.⁶⁶

2. Rechtslage nach der Energierechtsnovelle 2005 (Strom/ Gas)

a) Interimsverhältnisse/ Ersatzenergieversorgung

Wegen der nunmehr in § 38 Abs. 1 EnWG 2005 geregelten Ersatzenergieversorgung zu veröffentlichten allgemeinen Tarifen für den Fall, dass eine Versorgung mit Elektrizität oder Erdgas ohne bestehenden Energielieferungsvertrag erfolgt, kommen Interimsfälle nur noch eingeschränkt in Betracht.

Bei den bereits vor Vertragsschluss öffentlich bekannten gemachten Ersatzbelieferungstarifen handelt es sich, ebenso wie bei den früher schon nach § 12 BTOElt behördlich genehmigten Allgemeinen Stromtarifen, um vom gesetzlich zur Ersatzenergieversorgung verpflichteten EVU bereits einseitig bestimmte Entgelte, die somit einer zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle unterliegen. Die Angewiesenheit der Kunden auf diese Ersatzenergieleistungen ist dabei evident.

Die Nichtverhandelbarkeit dieser Tarife folgt weiterhin aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot.

Diese Ersatzenergieversorgung endet jedoch gem. § 38 Abs. 2 EnWG 2005 spätestens nach drei Monaten.

Wird der Energiebezug über diesen gesetzlich bestimmten Beendigungszeitpunkt hinaus fortgesetzt, dürfte es sich wieder um ein sog. Interimsverhältnis handeln, soweit kein Energieversorgungsvertrag abgeschlossen wurde. Dies kann insbesondere Fälle betreffen, wo der Abnehmer nicht Haushaltskunde ist und deshalb keinen gesetzlichen Anspruch (mehr) auf eine Grundversorgung hat.

58 Vgl. BGH, Urt. v. 18.10.2005 – KZR 36/04; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 18.06.2005 – VI – 2 (Kart) 17/04.

59 Vgl. nur BGH, Urt. v. 06.03.2001 – KZR 37/99, NJW 2001, 2541; BGH, Urt. v. 18.10.2005 – KZR 36/04; BGH, Urt. v. 07.02.2006 – KZR 8/05 und KZR 9/05.

60 Vgl. etwa <http://www.neue-energieanbieter.de/aktuelles/pressespiegel/76139.html>

61 Durch die sog. Gasnovelle vom 20.05.2003, BGBl. I, S. 686.

62 Vgl. Salje, aaO., S. 280.

63 Vgl. BGH, Urt. v. 09.07.2002 – KZR 30/00 unter II. 1. b aa) (1).

64 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23.11.2005 – VI – 2 Kart 14/04 (V), S. 15 BA.

65 Vgl. zuletzt BKartA, Beschluss v. 22.07.2004, Az. B 8-40200-Fa-27/04, Tz. 28; ebenso Fricke, WuM 2005, 547, 549; Markert, RdE 2006, Heft 3; jeweils m. w. N.

66 Vgl. Held, NZM 2004, 169 ff.; Derleder/ Rott, WuM 2005, 423 ff.; Fricke, WuM 2005, 547 ff.; LG Frankenthal, Urt. v. 09.10.2003 – 2 HK O 97/03; LG Mannheim, Urt. v. 16.08.2004 – 24 O 41/04; LG Düsseldorf, Beschluss v. 04.01.2006 – 12 O 544/05; LG Bonn, Beschluss v. 19.01.2006 – 16 O 5/06; LG Heilbronn, Urt. v. 19.01.2006 – 6 S 16/05; Ab; AG Heilbronn, WuM 2005, 449; AG Karlsruhe, Urt. v. 27.05.2005 – 1 C 262/04; a.A. LG Karlsruhe, Urt. v. 03.02.2006 – 9 S 300/05.

b) Grundversorgung

Nach § 36 Abs. 1 EnWG 2005 trifft ein bestimmtes EVU eine gesetzliche Grundversorgungspflicht gegenüber Haushaltskunden mit Elektrizität in Niederspannung bzw. Erdgas in Niederdruck zu öffentlich bekannt gemachten allgemeinen Bedingungen und allgemeinen Preisen. Das entsprechend gesetzlich zur Versorgung verpflichtete Unternehmen wird jeweils für das Gebiet, welches durch den Netzbereich eines Netzbetreibers festgelegt ist, bestimmt.

Dieser Bereich ist nicht anders ausgestaltet, als die bisherige Tarifikundenversorgung.

Jedoch wurde der Kreis der Anspruchsberechtigten hinsichtlich einer solchen Versorgung von den früheren Tarifikunden (jedermann) durch die Beschränkung auf gesetzlich definierte Haushaltskunden erheblich eingeschränkt.

Da auch dabei bereits veröffentlichte und durch das EVU einseitig änderbare Preislisten über die Tarife zum Einsatz kommen, wiederum wegen des Gleichbehandlungsgebotes und kartellrechtlichen Diskriminierungsverbotes keinerlei Verhandlungsspielraum über die vom versorgungsverpflichteten Unternehmen bereits einseitig bestimmten Preise besteht, wird auch auf diese Preise die zivilrechtliche Billigkeitskontrolle gem. § 315 BGB zur Anwendung kommen.

Denn es liegt auf der Hand, dass es nicht demjenigen, der einem gesetzlichen Kontrahierungszwang unterliegt, überlassen sein kann, seine Preise unkontrolliert einseitig zu bestimmen.

Soweit im Bereich der Elektrizitätsversorgung dabei die Bestimmungen der BTOelt bis zum 30.06.2007 weitergelten, wird die bisherige Rechtsprechung weiter zur Anwendung kommen, wonach es sich bei den behördlich genehmigten Stromtarifen um einseitig bestimmte Entgelte handelt.⁶⁷

Gegenüber den EnWG 1935/ 1988, in denen das Ziel einer preiswürdigen Versorgung mit leitungsgebundener Energie nur in der Präambel verankert war, besteht gem. §§ 1, 2 Abs. 1 EnWG nunmehr eine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung zur preisgünstigen Versorgung zu verbraucherfreundlichen Bedingungen.

Die Erfüllung dieser gesetzlichen Verpflichtung lässt sich offensichtlich nicht anders kontrollieren als über eine zivilrechtliche Billigkeitskontrolle der geforderten Tarife.

Das Bundesverwaltungsgericht hatte dazu festgestellt, dass im Tarifgenehmigungsverfahren die individuellen Belange einzelner Kunden keine Berücksichtigung finden und diese deshalb die Preise nur von den Zivilgerichten auf ihre Angemessenheit hin überprüfen lassen können.⁶⁸ Auch bei Gastarifen ist anerkannt, dass ein Erdgaskunde die Tarifpreisgestaltung des EVU als solche nicht gerichtlich überprüfen lassen kann, sondern erst der von

ihm konkret geforderte Vertragspreis einer solchen gerichtlichen Kontrolle unterfällt.⁶⁹

3. Rechtslage bei der Fernwärmeversorgung

Auch auf Fernwärmetarife findet die zivilrechtliche Billigkeitskontrolle Anwendung.⁷⁰ Die Liberalisierung des Elektrizitäts- und Gasmarktes und die Novellierungen des Energiewirtschaftsgesetzes blieben für den Fernwärmebereich ohne Belang.⁷¹

Auch durch die Entnahme von Fernwärme aus dem Verteilungsnetz kommt bereits gem. § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV ein Versorgungsvertrag konkludent zu den Bedingungen der AVBFernwärmeV zustande. Die Versorgung erfolgt dabei zu den für gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden Preisen.

Auch in diesem Bereich kommt das Gleichbehandlungsgebot und kartellrechtliche Diskriminierungsverbot zur Anwendung, was zu Folge hat, dass individuelle Preisverhandlungen vom Versorgungsunternehmen regelmäßig nicht zugelassen werden, dieses vielmehr die geltenden Preise einseitig bestimmt.

Es wird auch dabei auf die gem. § 1 Abs. 4 AVBFernwärmeV veröffentlichten Preisregelungen und Preise Bezug genommen.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung besteht kein einheitlicher Markt für Wärmeenergie, da es für die Abnehmer an der Möglichkeit der Austauschbarkeit der Energieform fehlt.⁷²

Eine funktionelle Austauschbarkeit der Energieträger im Sinne des Bedarfsmarktkonzepts besteht für Energieverbraucher nicht, wenn sie oder ihre Verbrauchsdisponenten (z.B. Vermieter) eine Investitionsentscheidung für eine Heizungsanlage getroffen haben und die entsprechende Energie als Betriebsmittel beziehen. Ein Wechsel der Energieart kann nämlich nur durch Auswechseln der Heizungsanlage erfolgen.⁷³ Hausanschlusskosten und Baukostenzuschuss gem. §§ 9, 10 AVBFernwärmeV wären vergeblich aufgewandt.

Mit Hinweis auf § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV hat die höchstrichterliche Rechtsprechung festgestellt, dass die Preisgestaltung des Fernwärmeversorgungsunternehmens, auf dessen Leistungen der Kunde wegen der langen Vertragsdauer angewiesen ist, sich „in dem durch billiges Ermessen gezogenen Rahmen halten muss, dessen Einhaltung nach § 315 Abs. 3 BGB gerichtlich überprüfbar ist“. Daneben unterliegt die Preisbildung der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle. Der betroffene Fernwärme-Kunde kann sich demnach „gegen von ihm für überhöht gehaltene Preise zur Wehr setzen, in dem er entweder Spitzenbeträge einbehält und es auf eine gerichtliche Entscheidung ankommen lässt, oder die zuständige Kartellbehörde einschaltet.“⁷⁴

In einem weiteren Urteil wies der Bundesgerichtshof darauf hin, dass sich aus dem Vorbringen der beklagten Kunden eines Fernwärmeversorgungsunternehmens ergab, dass der verlangte Preis

67 BGH, Urt. v. 02.07.1998 - III ZR 287/97, NJW 1998, 3188, (3192) unter Verweis auf BVerwGE 95, 133.

68 BVerwGE 95, 133 = RdE 1994, 230 ff.

69 Vgl. AG Koblenz, WuM 2005, 596.

70 BGH NJW 1987, 1622 = RdE 1987, 165; BGH MDR 1990, 538 = WuM 1990, 608; OLG Hamm, WuM 1991, 431, (432); LG Düsseldorf, RdE 1991, 215, (216), LG Neuruppin, Urt. v. 03.06.2005 - 2 O 28/05.

71 Vgl. Held, NZM 2004, 169, (172).

72 Vgl. BGH, Urt. v. 09.07.2002 - KZR 30/00 unter II. 1. b aa) (1).

73 Vgl. Weise, Der sachlich relevante Markt für Energieversorgungsunternehmen: Eine Untersuchung zur Abgrenzung verwendungs- und abnehmergruppenspezifischer Teilmärkte, S. 30; Lutz, RdE 2000, 62, 65, m. w. N.

74 BGH, NJW 1987, 1622, 1625.



der Höhe nach nicht billigem Ermessen i.S.v. § 315 BGB entsprechen. Auf diesen Einwand konnten sich die Beklagten im Rechtsstreit berufen und ihn zur Entscheidung des Gerichts stellen.⁷⁵

4. Preiserhöhungen in laufenden Energielieferungsverträgen

Auf einseitige Preiserhöhungen, auch in sog. Sonderverträgen, findet die Billigkeitskontrolle in direkter Anwendung des § 315 BGB statt.⁷⁶ Auf die Frage des Vorliegens der rechtsdogmatischen Voraussetzung einer analogen Anwendung der Norm kommt es dabei nicht an.⁷⁷

Voraussetzung für eine einseitige Preisneubestimmung durch das Versorgungsunternehmen ist schon, dass diesem überhaupt wirksam das Recht eingeräumt wurde, die Preise im laufenden Vertragsverhältnis einseitig neu zu bestimmen.

Wer das Recht der Leistungsbestimmung für sich in Anspruch nimmt, hat zu beweisen, dass ihm dieses eingeräumt worden ist.⁷⁸

Fraglich ist, ob sich ein solches Recht aus § 4 Abs. 2 AVBV ergibt, da sich diese Regelung nur zum frühest möglichen Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer Preisänderung, nämlich mit öffentlicher Bekanntmachung, verhält.⁷⁹ Diese Bestimmung kommt gem. §§ 1 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 AVBV direkt auch ausschließlich auf Tarifkundenverträge zur Anwendung.⁸⁰

Ein Recht zu einseitigen Preisanpassungen muss sich aus dem Vertrag selbst ergeben. Möglicherweise bedarf es deshalb auch bei vertraglich vereinbartem Recht zur einseitigen Preisanpassung gegenüber dem Kunden nicht nur einer einseitigen Willenserklärung des Bestimmungsberechtigten über die Ausübung des Gestaltungsrechts, die dem anderen Vertragsteil zugehen muss⁸¹, sondern zu deren Wirksamwerden darüber hinaus auch noch einer besonderen öffentlichen Bekanntmachung.

Im Falle von Preisänderungen unter Berufung auf ein einseitiges Preisänderungsrecht gem. § 4 Abs. 2 AVBV findet die Billigkeitskontrolle gem. § 315 BGB Anwendung.⁸²

Die Schutzbedürftigkeit des „Bestimmungsoffers“ ergibt sich allein daraus, dass dem anderen Vertragspartner das Recht eingeräumt ist, die Preise nachträglich einseitig zu ändern.

Wurde kein Recht zu einseitigen Preisanpassungen wirksam

vereinbart, verbleibt es hingegen allein bei den Regelungen der §§ 313, 314 BGB. Ein Vertragspartner ist dann nicht berechtigt, die Preise einseitig zu ändern. Vielmehr bedarf es unter den Voraussetzungen des § 313 BGB eines wirksamen Anpassungsverlangens.

Der Kunde ist nicht schutzlos, da er die Voraussetzungen des Anpassungsverlangens bestreiten kann.⁸³ Das EVU ist ggf. auf den Klageweg verwiesen.

In Betracht kommt auch die Vereinbarung einer Preisgleitklausel, bei welcher bereits bei Vertragsschluss im Voraus die Termine und eine feststehende Formel, nach der sich die Preise zu den vereinbarten Terminen ändern sollen, vertraglich festgelegt werden.

Dann handelt es sich jedoch um eine von Anfang an bestehende Individualvereinbarung der Parteien, die als solche einer Billigkeitskontrolle nicht zugänglich ist.⁸⁴ Soweit in solchen Preisgleitklauseln eine Indexierung vorgenommen wird, stellt sich die Frage nach einer etwaigen Unwirksamkeit wegen eines Verstoßes gegen § 2 Abs. 1 PaPkg.⁸⁵

Soweit die Klausel vom EVU als AGB-Verwender vorgegeben wurde, kann die ganze Klausel ihrerseits einer Inhaltskontrolle über §§ 307, 315 BGB unterliegen.⁸⁶ Dies gilt insbesondere dann, wenn der Energieverbraucher aufgrund eines Anschluss- und Benutzungszwanges⁸⁷ oder aufgrund langer Vertragsbindung⁸⁸ auf die Inanspruchnahme der Leistungen des EVU verwiesen und somit angewiesen ist.

Auch wenn die Preisanpassungsklausel ein nur irgend geartetes Ermessen hinsichtlich des Zeitpunktes oder des Umfangs der Preisänderung für den Leistungsbestimmungsberechtigten eröffnet, ist der Anwendungsbereich des § 315 BGB hinsichtlich dieses Ermessens eröffnet.⁸⁹

Im Falle einseitiger Preiserhöhungen seitens des EVU ist durch das Gericht nicht lediglich zu prüfen, ob dieses nur gestiegene Bezugskosten weitergegeben hat⁹⁰, denn diese konnten auch durch zwischenzeitliche Kosteneinsparungen des EVU an anderer Stelle ganz oder teilweise kompensiert werden.⁹¹

Die Billigkeitskontrolle gem. § 315 BGB bezieht sich bei Energiepreisen wegen der wechselseitigen Kompensations- und Rückkompensationswirkungen naturgemäß immer nur auf Gesamtentgelte, nicht aber auf Teile von Entgelten⁹², mithin auch nicht

75 BGH, NJW-RR 1990, 689, 691 mit Verweis auf BGH, Urt. v. 19.01.1983 – VIII ZR 81/82, NJW 1983, 1777.

76 LG Potsdam, RdE 2004, 307.

77 a. A. Ehrlicke, JZ 2005, 599, 602.

78 RGZ 57, 49; Palandt-Heinrichs, § 315, Rdn. 9, m. w. N.

79 a. A. Ludwig/Odenthal/Hempel/Franke, Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, Stand 2002, § 4 AVBV, Rdn. 4; Witzel/Topp, Allg. Versorgungsbedingungen für Fernwärme, 2. Aufl., S. 178, 190; LG Darmstadt, VKU-ND Nr. 435, 6.

80 Vgl. im Einzelnen Arzt/Fitzner, ZNER 2005, 305 ff.

81 Vgl. unter I.

82 Witzel/Topp, Allg. Versorgungsbedingungen für Fernwärme, 2. Aufl., S. 79; Ludwig/Odenthal/Hempel/Franke, Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, Stand 2002, § 4 AVBEltV, Rdn. 4, § 24 AVBFernwärmeV, Rdn. 17; OLG Hamburg, WuW/E OLG 2838; KG, WuW/E OLG 3091.

83 Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, AVBFernwärmeV, § 24 Rdn. 30.

84 BGH NJW-RR 1990, 1204.

85 Mit der Einführung des Euro zum 1. Januar 1999 wurde § 3 des Währungsgesetzes aufgehoben. Gleichzeitig ist eine Nachfolgeregelung in Kraft getreten und zwar durch § 2 des Preisangaben- und Preisklauselgesetzes (PaPkg; BGBl. I 1998, S. 1242/1253) und die zu dessen Durchführung erlassene Preisklauselverordnung (PrKV; BGBl. I 1998, S. 3043). § 2 Abs. 1 PaPkg enthält als Grundsatz ein Indexierungsverbot (mit Genehmigungsvorbehalt). Dies bedeutet, dass der Betrag von Geldschulden nicht unmittelbar und selbsttätig (automatisch) durch den Preis oder Wert von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden darf, die mit den vereinbarten Gütern oder Leistungen nicht vergleichbar sind. Automatisch wirkende Preisklauseln zur Wertsicherung von Geldschulden fördern nämlich inflationäre Tendenzen.

86 BGH NJW 1987, 1828 (1829); OLG Hamburg, Urt. v. 18.04.1989 – 7 U 115/87; OLG Köln, RdE 1995, 77, (78); LG Düsseldorf, RdE 1991, 215; Held, NZM 2004, 169, (172), m. w. N.; BGH, Urt. v. 21.09.2005 – VIII ZR 38/05.

87 Vgl. BGH, Urt. v. 05.07.2005 – X ZR 60/04, WuM 2005, 589; entweder vermittelt durch kommunale Satzung oder durch privatrechtliche Dienstbarkeiten.

88 Vgl. BGH NJW 1987, 1622, (1625).

89 Vgl. unter I.; LG Neuruppin, Urt. v. 03.06.2005 – 2 O 28/05.

90 So jedoch Kunth/Tüngler, NJW 2005, 1313, (1315); Salje, et 2005, 278, 282, 283.

91 Zur Kompensation hinsichtlich der unbilligen Überhöhung einzelner Preisbestandteile vgl. LG Hannover, RdE 2004, 54, (55).

nur auf den Teil einer aktuellen Preiserhöhung. Zudem verbleibt dem Kunden auch nach zunächst vollkommen vorbehaltlosen Zahlungen die Möglichkeit, unter Berufung auf eine Unbilligkeit der geforderten Energiepreise gezahlte Entgelte aus ungerechtfertigter Bereicherung zurück zu fordern.⁹²

Der resultierende Kondiktionsanspruch des Kunden findet lediglich durch die Grenze der Verjährung desselben eine Einschränkung.⁹³ Die Ausschlussfrist des § 21 Abs. 2 AVBV begrenzt einen Kondiktionsanspruch des Kunden nicht.⁹⁴

Der Energieverbraucher kann deshalb die Verjährungsfrist für die Geltendmachung seines Kondiktionsanspruchs infolge unbillig überhöhter Energiepreise voll ausschöpfen.

Soweit der Kunde deshalb kondizieren kann, kann sich auch vor einer Preiserhöhung kein kondiktionsfester „Preissockel“ gebildet haben, der einer Billigkeitskontrolle nicht mehr zugänglich ist.

Die in der Literatur besorgte Gefahr, dass bereits vor der Preiserhöhung eine überhöhte Preisforderung vorgelegen haben kann, der nicht mehr begegnet werden könne,⁹⁵ besteht deshalb tatsächlich nicht.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH muss ein EVU deshalb, um eine Preisforderung gegenüber einem Kunden nach Unbilligkeitseinwand gerichtlich durchzusetzen, seine gesamte Kosten- und Erlöslage sowie die Preiskalkulation offen legen, um die Angemessenheit der geforderten Preise insgesamt nachzuweisen.⁹⁷ Daran kann insbesondere kein Zweifel bestehen, wenn der Kunde den Gesamtpreis als unbillig rügt. Auch nach neueren Instanzentscheidungen ist die Offenlegung der Preiskalkulation erforderlich.⁹⁸

V. Abwehrmöglichkeit des Energieverbrauchers

Der Energieverbraucher kann den Einwand der Unbilligkeit gegen einseitig bestimmte Energiepreise im Wege einer Einrede geltend machen.⁹⁹ Erst mit der Erhebung der Einrede, also mit der Berufung auf die Unverbindlichkeit gem. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB wird die Bestimmung unverbindlich.¹⁰⁰

Die Einrede kann auch erst noch im Rahmen einer Leistungsklage des EVU erhoben und zur Entscheidung des Gerichts gestellt werden.¹⁰¹

Es genügt, dass der Vertragspartner die „Billigkeit“ bestreitet und es ist dann Sache des anderen, seine Kostenkalkulation offen zu legen. Bis zum Abschluss des Verfahrens, d.h. bis zur Rechts-

kraft des „billigen“ Entgelts ist dann vom Zahlungsverpflichteten überhaupt nichts zu leisten, obwohl er seinerseits Anspruch auf die Leistung hat.¹⁰²

Übertragen auf den Einwand der Unbilligkeit gegen Preiserhöhungen bedeutet dies, dass lediglich der alte Preis weiter verbindlich ist. Wird die gesamte Preisforderung als unbillig gerügt, ist diese insgesamt unverbindlich, soweit sie auf einseitigen Leistungsbestimmungen beruht.

Da nach der Rechtsprechung ein Entgelt so lange nicht fällig ist, bis das fordernde Unternehmen die Billigkeit seiner Preisbestimmung nachgewiesen hat¹⁰³, muss das EVU uneingeschränkt weiter liefern.¹⁰⁴

Einige Instanzgerichte meinen, der Kunde habe substantielle Zweifel an der Billigkeit der Preise vorzubringen.¹⁰⁵

Der BGH betont jedoch in ständiger Rechtsprechung, dass nicht die andere Vertragspartei die Unbilligkeit darzulegen hat, sondern vielmehr derjenige, dem das Leistungsbestimmungsrecht eingeräumt ist und der typischerweise dazu in der Lage ist, die Billigkeit seiner Bestimmung darzutun und ggf. zu beweisen hat.¹⁰⁶

Zudem hatte der BGH ausgeführt, der betroffene Kunde könne sich „gegen von ihm für überhöht gehaltene Preise“ zur Wehr setzen, in dem er Spitzenbeträge einbehält und es auf eine gerichtliche Entscheidung ankommen lässt.¹⁰⁷

Ein Zurückbehaltungsrecht, insbesondere gem. § 33 Abs. 2 AVBV steht dem Versorgungsunternehmen nicht zu. Wegen der Nichtfälligkeit liegen die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Liefereinstellung schon nicht vor.¹⁰⁸

Weil eine Versorgungseinstellung für den Kunden evident mit einem empfindlichen Übel verbunden ist, darf dieses Druckmittel weder angedroht, noch angewandt werden, um derzeit nicht fällige und möglicherweise von Anfang an unberechtigte Geldforderungen durchzusetzen.

Ein entsprechend rechtswidriges Vorgehen eines EVU gegenüber seinen Kunden ließe sogar einen Verstoß gegen §§ 240, 253 StGB besorgen.

Energieversorgungsunternehmen, die dem Kunden aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung oder eines kartellrechtlichen Diskriminierungsverbotes die Versorgung schulden, sind auch daran gehindert, den Versorgungsvertrag etwa ordnungsgemäß oder wegen vorgeblicher „wirtschaftlicher Unzumutbarkeit“ zu kündigen.¹⁰⁹

Einer demnach widerrechtliche Androhung einer Versorgungs-

92 LG Hannover, RdE 2004, 54, (55); LG Magdeburg, RdE 2005, 22 (24); LG Kiel, RdE 2005, 53, (54); Salje, et 2005, 278, (280).

93 Vgl. nur BGH, Urt. v. 05.02.2003 - VIII ZR 111/02, NJW 2003, 1449 f.

94 KG Berlin, ZNER 2002, 209, (210).

95 Mühlhausen, Urt. v. 12.04.2005 - 2 S 83/04.

96 Salje, et 2005, 278, (283).

97 Sacker, RdE 2002, 211 unter Verweis auf BGH NJW 1983, 1777, BGH NJW 1987, 1828 sowie BGH NJW-RR 1992, 183 ff. und vielen Nachweisen in der Literatur.

98 LG Mönchengladbach, Urt. v. 10.11.2005 - 7 O 116/05, S. 11 UA; LG Bonn, B. v. 31.01.2006 - 8 S 146/05; LG Hannover, Beschluss v. 31.01.2006 - 21 O 83/05; AG Neuwied, B. v. 08.11.2005 - 4 C 774/05, m. w. N..

99 Palandt-Heinrichs, 64. A., § 315 Rdn. 17.

100 OLG Frankfurt/M., ZMR 1999, 244; Münchner Kommentar- Gottwald, BGB, § 315 Rdn. 43.

101 BGH NJW 2003, 3131 f.

102 LG Köln, RdE 2004, 306.

103 BGHZ 41, 271, 279 f.; BGHZ 97, 212, 223.

104 Salje, et 2005, 278, (279).

105 Vgl. etwa KG Berlin, Urt. v. 15.02.2005 - 7 U 140/04, WuM 2005, 257; LG Cottbus, Urt. v. 20.12.2005 - 2 O 121/05.

106 Vgl. BGH, Urt. v. 18.10.2005 - KZR 36/04, S. 11 UA unter Verweis auf BGH, Urt. v. 30.04.2003 - VIII ZR 279/02, NJW 2003, 3131, 3132; BGH, Urt. v. 05.07.2005 - X ZR 60/04, WuM 2005, 589, 591; hierzu schon grundlegend BGH, Urt. v. 30.06.1969 - VII ZR 170/67.

107 BGH, NJW 1987, 1622, 1625.

108 LG Frankenthal, Urt. v. 09.10.2003 - 2 HK O 97/03; LG Düsseldorf, Beschluss v. 04.01.2006 - 12 O 544/05; LG Bonn, Beschluss v. 19.01.2006 - 16 O 5/06; LG Oldenburg, B. v. 15.02.2006 - 9 T 137/06; LG Heilbronn, Urt. v. 19.01.2006 - 6 S 16/05 Ab.

109 Vgl. LG Mönchengladbach, Urt. v. 10.11.2005 - 7 O 116/05.



einstellung/ Vertragskündigung kann deshalb mit einer einstweiligen Verfügung begegnet werden. Ein entsprechender Antrag ist zu richten auf die Unterlassung der Androhung/ Durchführung einer Versorgungseinstellung ggf. Vertragskündigung und ggf. auf Weiterbelieferung.

Zudem kann bei besorgter missbräuchlicher Ausnutzung einer Monopolstellung die Kartellbehörde eingeschaltet werden, damit diese ein Einschreiten prüft.

Weiterhin kann der Energieverbraucher durch die Erteilung eines Hausverbots das EVU darauf verweisen, einen vermeintlichen Anspruch auf Versorgungseinstellung gerichtlich zu verfolgen. Gegen den Erlass einer deshalb zu besorgenden einstweiligen Verfügung sollte der Kunde indes schon eine sog. Schutzschrift bei Gericht hinterlegen.

Das EVU, welches infolge des Unbilligkeitseinwandes zurückbehaltene Zahlungsbeträge einfordert, ist deshalb auf den Klageweg verwiesen.

VI. Darlegungs- und Beweislast im Zahlungsprozess des EVU

Nach ständiger höchstrichterlichen Rechtsprechung trifft das Versorgungsunternehmen die vollständige Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit bei der Ermessensausübung bei der Festsetzung des Leistungsentgelts (§ 315 Abs. 3 BGB) dann, wenn es hieraus Ansprüche gegen die andere Vertragspartei erhebt.¹¹⁰

Die Substanziierung der Billigkeit einer Preisbestimmung, die der Versorgungsträger getroffen hat, erfordert regelmäßig, dass er seine Preiskalkulation offen legt.¹¹¹ Hierzu muss das EVU deshalb seine Kostenkalkulation offen legen.¹¹²

Ohne Offenlegung der Preiskalkulation ist der Vortrag des darlegungs- und beweisbelasteten EVU schon unsubstantiiert, weshalb eine Zahlungsklage abzuweisen ist.¹¹³

Ein Prozessverhalten, wonach ein durch einen erfahrenen und sachkundigen Rechtsanwalt vertretenes EVU nichts konkret zur Preiskalkulation vorträgt, lässt den Schluss zu, dass es hierzu nicht näher vortragen will. Dies soll insbesondere dann gelten, wenn das EVU nach eigenem Vortrag ein Bedürfnis nach Geheimhaltung verspürt.¹¹⁴

Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, den einzig richtigen oder „gerechten“ Preis festzustellen, sondern zunächst lediglich zu überprüfen, ob sich das vom Leistungsbestimmungsberechtigten ausgeübte Gestaltungsrecht im Rahmen der von § 315 BGB gezogenen Grenzen hält.¹¹⁵

Die entsprechende Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB hat zur Folge, dass die vom Versorgungsunternehmen angesetzten Tarife nur verbindlich sind, wenn sie der Billigkeit entsprechen.¹¹⁶

Für die Billigkeitskontrolle im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung hat die Literatur und höchstrichterliche Rechtsprechung des BGH in Ansehung der Verpflichtung aus § 1 EnWG 1998 zu einer preiswürdigen Versorgung mit Elektrizität und Gas ganz besondere Kriterien herausgearbeitet:

Für Verträge, welche die Lieferung von leitungsgebundener Energie zum Gegenstand haben, muss der das ganze Energiewirtschaftsrecht beherrschende Grundsatz berücksichtigt werden, dass die Energieversorgung – unter Beachtung der Anforderungen an die Sicherheit der Versorgung – so preiswürdig wie möglich zu gestalten ist. Abweichend von anderen Wirtschaftszweigen kommt hier dem Gesichtspunkt der Gewinnmaximierung nur eingeschränkte Bedeutung zu.¹¹⁷

Wesentlicher Maßstab für die Billigkeit einer Preisforderung im Rahmen des § 315 BGB ist die Kosten- und Erlöslage des EVU. Über die Deckung der Kosten einer energiewirtschaftlichen Betriebsführung hinaus wird dem EVU ein Gewinnanteil zugesprochen, der so zu bemessen ist, dass die notwendigen Rücklagen gebildet, erforderliche Investitionen getätigt und die Eigenkapitalverzinsung abgedeckt werden kann.¹¹⁸

Der BGH hat schon frühzeitig darauf abgestellt, dass die dem EVU zuzubilligende Gewinnspanne an der Verpflichtung des EVU zu messen ist, im Interesse der Allgemeinheit die Energieversorgung so sicher und billig wie möglich zu gestalten.¹¹⁹

Durch die Betonung auf den im gesamten Energiewirtschaftsrecht herrschenden Grundsatz der Preiswürdigkeit¹²⁰, ist hinreichend klargestellt, dass es für den Bereich der leitungsgebundenen Gasversorgung keinerlei Ausnahme geben kann.

Der BGH hat aktuell herausgestellt, dass sich die Preisbildung von Energieversorgungsunternehmen daran zu orientieren hat, dass diese einer möglichst sicheren, preisgünstigen und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität und Gas im Interesse der Allgemeinheit (§ 1 EnWG a.F.) dienen soll.¹²¹

Die Fernwärmeversorgung unterfällt nicht dem Energiewirtschaftsgesetz, weshalb das Kriterium der preiswürdigen Versorgung gem. § 1 EnWG 1998 bzw. preisgünstigen Versorgung gem. §§ 1, 2 Abs. 1 EnWG 2005 nicht unmittelbar herangezogen werden kann.

Bei der Fernwärmeversorgung verfügen die Fernwärmeversorgungsunternehmen aufgrund des Besitzes der Verteilnetze, der

110 BGH, Urt. v. 30.04.2003 – VIII ZR 279/02, NJW 2003, 3131, m. w. N.

111 Vgl. KG Berlin, WuM 2005, 257 unter Verweis auf BGH MDR 1992, 346.

112 BGH NJW-RR 1992, 183, (185); BGH NJW 1992, 174; OLG Celle, NJW-RR 1993, 630; OLG Düsseldorf NJW-RR 97, 1004; OLG München, NJW-RR 1999, 421; LG Berlin, ZNER 2001, 273 = RdE 2002, 190; LG Mannheim, Urt. v. 16.08.2004 – 24 O 41/04 (Gaspreis); LG Mülhausen, Urt. v. 12.04.2005 – 2 S 83/04; AG Neuenahr – Ahrweiler, NJW 1998, 2540; AG Heilbronn – Urt. v. 15.04.2005 – 15 C 4394/04 (Gaspreis).

113 OLG München NJW-RR 1999, 421; LG Mannheim, Urt. v. 16.8.2004 – 24 O 41/04; AG Karlsruhe, Urt. v. 27.05.2005 – 1 C 262/04.

114 LG Mannheim, aaO., unter Verweis auf BGH NJW 2003, 3628.

115 Staudinger/Rieble, BGB, Bearbeitung 2001, § 315, Rdn. 112.

116 Vgl. BGH, Urt. v. 05.07.2005 – X ZR 60/04, WuM 2005, 589, 590; OLG München, NJW-RR 1999, 421, m. w. N.

117 BGH, Urt. v. 02.10.1991 – VIII ZR 240/90, NJW-RR 1992, 183, (185) = RdE 1992, 74, (76); OLG Celle NJW-RR 1993, 630 f.; OLG Oldenburg, RdE 1998, 154, (155); OLG München, NJW-RR 1999, 421; LG Berlin, ZNER 2001, 273; LG Mülhausen, Urt. v. 12.04.2005 – 2 S 83/04.

118 BGH, NJW-RR 1992, 183, (185) = RdE 1992, 74, (76); OLG Celle NJW-RR 1993, 630 f.; OLG Oldenburg, RdE 1998, 154, (155); OLG München NJW-RR 1999, 421; LG Berlin, ZNER 2001, 273; LG Mülhausen, Urt. v. 12.04.2005 – 2 S 83/04.

119 BGH BB 1971, 1175 = WuW/E BGH S. 1195 ff.

120 BGH NJW-RR 1992, 183, (185).

121 Vgl. BGH, Urt. v. 18.10.2005 – KZR 36/04, S. 8 UA Tz. 13.

begrenzten Transportreichweite und der fehlenden Vernetzung regelmäßig über ein natürliches Monopol.¹²²

Als Korrelat ist jedoch in § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV¹²³ geregelt, dass Preisänderungsklauseln nur so ausgestaltet werden dürfen, dass sie sowohl die Kostenentwicklung bei Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch das Unternehmen als auch die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen berücksichtigen.

Sie müssen die maßgeblichen Berechnungsfaktoren vollständig und in allgemein verständlicher Form ausweisen. Bei aufgrund geänderter Verhältnisse notwendiger Änderung der Preisklauseln ist der prozentuale Anteil des die Brennstoffkosten abdeckenden Preisfaktors an der jeweiligen Preisänderung gesondert auszuweisen.

Eine Verwendung von Preisänderungsklauseln ist somit nicht vorgeschrieben.

Es ist lediglich ein grober Rahmen vorgegeben, in deren Bandbreite sich Preisänderungsklauseln – wenn sie denn überhaupt verwendet werden – zu bewegen haben.

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

Andererseits kann eine Klausel auch so gestaltet sein, dass sie zu einer automatischen Preisanpassung führt (Preisleitklausel).¹²⁴

Entsprechende Klauseln unterliegen deshalb selbst der Inhaltskontrolle gem. §§ 307, 315 BGB.¹²⁵ Ersichtlich wird, dass auch dabei nicht jedwede Kosten in die Preise Eingang finden dürfen. Immerhin sind als Korrektiv noch die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen zu berücksichtigen. Die Kostenfaktoren für Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme wie auch für die Brennstoffkosten sind gesondert aufzuschlüsseln.

Demnach sind vom EVU in der Form von AGB gestellte Preisänderungsklauseln zunächst hinsichtlich eines Verstosses gegen das Transparenzgebot gem. § 307 BGB zu prüfen.¹²⁶ Weiterhin ist zu prüfen, ob eine einseitig gestellte AGB-Klausel die Kostenfaktoren zutreffend abbildet. Eine solche Inhaltskontrolle nach § 315 BGB kann nur anhand der offen gelegten Kostenkalkulation erfolgen.

Eine Marktüblichkeit der Preise scheidet bei allen Formen der leistungsgebundenen Energieversorgung als Kriterium aus. Der räumlich relevante Markt ist bisher nach wie vor beschränkt auf das Gebiet des regionalen Netzbetreibers.¹²⁷

Die unternehmensindividuellen Kosten werden geprägt durch die spezifischen Gegebenheiten des Verteilungsnetzes (Länge des Verteilungsnetzes, geographische Lage, Abnehmerdichte, Abnahmeverhältnisse, Abnahmestruktur).

In Ballungsräumen mit günstiger Versorgungsstruktur sind die auf den einzelnen Kunden entfallenden Leitungskosten wesentlich geringer als auf dem flachen Land.

Industrielle Großabnehmer führen zu einer besseren Netzauslastung und zu günstigeren Bezugspreisen. Zudem „belohnt“ das Kriterium der Marktüblichkeit preistreiberische Tendenzen.¹²⁸

Gegen die Anwendung des Vergleichsmarktpinzips wird zu recht eingewendet, dass eine Unbilligkeit der Preise insofern schon aus methodischen Gründen nicht feststellbar ist, weil jedenfalls potentiell die Preise aller marktbeherrschenden Unternehmen gegen die §§ 19, 20 GWB sowie Art. 82 EG zu verstoßen verdächtig sind.¹²⁹

Auch nach der Rechtsprechung ist ein Preisvergleich mit anderen Monopolisten untauglich, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass nicht bereits alle Monopolisten ihre Preise unter Missachtung ihrer Verpflichtung zu einer preiswürdigen Versorgung unbillig überhöht haben.¹³⁰

Dabei ist zu berücksichtigen, dass Monopolpreise erfahrungsgemäß über den Preisen liegen, die sich bei wirksamen Wettbewerb herausbilden würden.

Auch ein marktüblicher Preis bietet keine Gewähr dafür, dass der Versorger die Preisbestimmung so vorgenommen hat, dass von ihm keine unangemessen hohen Gewinne erzielt werden.

Denn aufgrund besonders günstiger Kostenstrukturen kann es ihm zum Beispiel möglich sein, obwohl er einen marktüblichen Preis begehrt, einen besonders hohen Gewinn zu erwirtschaften. Ein solcher Preis ist dann aber trotz seiner Marktüblichkeit wegen des Gebots der Preisgünstigkeit der Energieversorgung nicht mehr billig im Sinne des § 315 Abs. 3 BGB.¹³¹

Die Untersuchung der konkreten Kostenlage eines Unternehmens erfordert, den Kostenansatz und die adäquate Schlüsselung der Gemeinkosten und sonstigen Kosten auch auf verschiedene Abnehmergruppen zu untersuchen und zugleich zu prüfen, ob bei energiewirtschaftlich-rationeller Betriebsführung ggf. niedrigere Kosten anzusetzen gewesen wären.¹³²

Das EVU kann also nicht alle Kosten in Ansatz bringen, sondern nur solche, die einer energiewirtschaftlich-rationellen Betriebsführung entsprechen.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hatte bereits frühzeitig herausgestellt, dass auch die Offenlegung der Preiskalkulation zum Nachweis der Billigkeit einer Preisbestimmung nicht genügen kann, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Erzeugungskosten selbst zu hoch sind, so dass auch ein Preis, der selbst lediglich die Herstellungskosten abdeckt, unbillig sein kann.¹³³

Im Zusammenhang mit Erdgaspreisen ist etwa auf die Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes abzustellen, wonach langfri-

122 Vgl. Held, NZM 2004, 169, 171 m. w. N.

123 AVBFernwärmeV vom 20.06.1980, BGBl. I S. 742.

124 Büdenbender, EuroHeat&Power 2005, 32, m. w. N.

125 Vgl. Held, NZM 2004, 169 ff.

126 Vgl. BGH, Urt. v. 21.09.2005 – VIII ZR 38/05.

127 Vgl. BKartA, Beschluss v. 22.07.2004, Az. B 8-40200-Fa-27/04, Tz. 28; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23.11.2005 – VI – 2 Kart 14/04 (V), S. 15 BA, m. w. N.

128 Held, NZM 2004, 169, (174).

129 Salje, er 2005, 278, (282).

130 LG Mannheim, Urt. v. 16.08.2004 – 24 O 41/04; LG Neuruppin, Urt. v. 03.06.2005 – 2 O 28/05.

131 Vgl. LG Neuruppin, aaO., S. 18 UA.

132 Salje, er 2005, 278, (282).

133 Vgl. BGH, Urt. v. 30.06.1969 – VII ZR 170/67.



stige Bezugsverträge mit hoher Bedarfsdeckung kartellrechtswidrig und nichtig sind.¹³⁴ Das Bundeskartellamt hat dabei in einer aktuellen Entscheidung herausgestellt, dass das gegenwärtige Preisniveau auf abgeschotteten Märkten basiert und damit sowohl nach ökonomischer Theorie als auch nach wirtschaftlicher Erfahrung insgesamt marktunüblich hoch ist.¹³⁵

Dieses hohe Preisniveau werde auch durch Beispiele von Regional- und Ortsgasunternehmen belegt, die nach ihrem Ausstieg aus langfristigen Lieferverträgen mit etablierten Ferngasgesellschaften andere, für sie günstige, insbesondere mit kurzen Laufzeiten verbundene Bezugsmöglichkeiten gefunden haben.¹³⁶ Zudem ist zu verweisen auf die entsprechenden Feststellungen im aktuellen Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes, wonach auch Gasmengen ohne Ölpreisbindung verfügbar sind, zudem in der Vergangenheit Preissenkungen oft nicht im entsprechenden Maße an die Kunden weitergegeben wurden.¹³⁷

Hohe Erdgasbezugskosten, die aufgrund der Weiterführung kartellrechtswidriger und somit nichtiger Bezugsverträge aus Monopolzeiten herrühren, können deshalb teilweise nicht berücksichtigungsfähig sein. Die Nichtigkeit der Erdgasbezugsverträge zwischen Ferngasgesellschaften und Erdgasversorgern führen zwischen diesen zu einem Interimsverhältnis.¹³⁸

Bezugskostensteigerungen werden sich deshalb wohl nicht mit der weiteren (verbotenen) Durchführung kartellrechtswidriger und mithin nichtiger Verträge begründen lassen.

Zum Bereich der Stromversorgung hat der BGH festgestellt, dass die Gefahr nicht von der Hand zu weisen ist, dass sich angesichts der seit Jahrzehnten verfestigten Struktur auf dem Energiemarkt bei Netzbetreibern im Schutze des bisherigen Monopols Strukturen entwickelt haben, die von einer Kostenüberhöhungstendenz gekennzeichnet sind.¹³⁹

Es obliegt dem EVU im Einzelnen darzulegen und ggf. zu beweisen, welche allgemeinen und besonderen Kosten ihm durch die Belieferung des konkreten Kunden entstehen und abzudecken sind, ferner welchen Gewinn es zur Bildung von Rücklagen, zur Finanzierung von Investitionen oder zur Verzinsung des aufgenommenen Kapitals bzw. der Einlage seiner Gesellschafter/Aktionäre mit dem, dem Energieverbraucher berechneten Preis zu erzielen beabsichtigte.¹⁴⁰

Diese Rechtsprechung findet auch im Bereich der zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle von Fernwärmepreisen Anwendung.¹⁴¹

Eine Übersicht über die Kosten und die erzielten Erlöse genügt nicht. Die Offenlegung der Kalkulation setzt voraus, dass der Versorger darlegt, welche Überlegungen seiner Preisbildung zugrunde lagen. Dass somit auf eine ex- ante Sicht und nicht auf ei-

ne nachträgliche Betrachtung abzustellen ist, ergibt sich bei gewöhnlichem Sprachgebrauch auch ohne nähere Ausführungen.

Eine Darlegung der (kalkulierten) Gesamtkosten und Gesamterlöse genügt allenfalls dann für die Bestimmung des billigen Preises, wenn alle Abnehmer des Versorgungsunternehmens derselben Kundengruppe zuzuordnen sind.

Andernfalls sind zur Überprüfung des Preises auch Darlegungen zur Tarifgruppenbildung und dazu erforderlich, nach welchen Kriterien das Versorgungsunternehmen seine Kosten einer bestimmten Kundengruppe zuordnet.¹⁴³

Unerheblich ist auch, ob das EVU tatsächlich einen Gewinn erzielt hat, der das Maß des im Rahmen der Billigkeitsentscheidung aus ex ante – Sicht Zulässigen nicht überschreitet.

Denn andernfalls könnte das Versorgungsunternehmen seinen Kunden unbillige Preise auferlegen, die nur deswegen nicht zu den kalkulierten unbilligen Gewinnen geführt haben, weil nachträglich eine Entwicklung der Kostenstrukturen eingetreten ist, die den Gewinn auf ein zulässiges Maß reduziert hat. Damit könnte das Versorgungsunternehmen aber das Risiko fehlerhafter Kalkulationen von vornherein auf seine Kunden abwälzen.

Darüber hinaus kann die nachträgliche Betrachtung der erzielten Gewinne auch deshalb für die Billigkeit nicht von Bedeutung sein, weil die Leistungsbestimmung und die gerichtliche Überprüfung nach § 315 Abs. 3 BGB nicht davon abhängen können, in welcher Höhe tatsächlich Gewinne erzielt worden sind, denn im Zeitpunkt der Leistungsbestimmung können auf der Grundlage des bestimmten Preises noch gar keine Gewinne erzielt worden sein und auch im Zeitpunkt der gerichtlichen Billigkeitsprüfung liegt hierzu unter Umständen noch gar kein Zahlenmaterial vor.¹⁴⁴

VII. Indizwirkung einer behördlichen Tarifgenehmigung

Der Tarifikunde hat keine Möglichkeit, die Tarifgenehmigung selbst anzugreifen.

Franke (Energiepreisaufsichtsbehörde NRW) kommentiert wie folgt¹⁴⁵:

„Die Anfechtung der Tarifgenehmigung durch den Tarifikunden ist unzulässig, weil es an der Klagebefugnis fehlt (BVerwGE 95, 133; bereits früher VG Berlin, RdE 1982, 144, 145 f.). Zum einen trifft die Tarifgenehmigung keine im Tarifikundenverhältnis unmittelbar wirksame Regelung, weil der genehmigte Tarif durch die Veröffentlichung nach § 4 II AVBEltV zivilrechtlich umgesetzt werden muss und das EVU hierbei durch die Tarifgenehmigung nur als Höchstpreisregelung gebunden ist. Zum anderen hat § 12 BTOelt auch keinen drittschützenden Charakter,

134 BKartA, Kartellrechtliche Beurteilungsgrundsätze langfristiger Gaslieferungsverträge vom 25.01.2005.

135 BKartA, B. v. 13.01.2006, B-8-113/3-1 (E.ON Ruhrgas), S. 24.

136 BKartA, aaO. S. 25 unter Hinweis auf OLG Stuttgart, RdE 2002, 182 ff. und OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 854 ff. = DB 2002, 943.

137 Tätigkeitsbericht des BKartA 2003/2004, BT-Drs. 15/5790, S. 138 ff.

138 Vgl. BGH NJW-RR, 1992, 183 ff.

139 Vgl. BGH, Beschluss v. 28.06.2005 – KVR 17/04, S. 12 BA.

140 BGH NJW-RR 1992, 183, (185); BGH NJW 2003, 3131 f., OLG Celle, NJW-RR 1993, 630; OLG München, NJW-RR 1999, 421; LG Berlin, ZNER 2001, 273, m. w. N., LG Mülhausen, Urt. v. 12.04.2005 – 2 S 83/04, LG Mannheim, Urt. v. 16.08.2004 – 24 O 41/04.

141 Vgl. Held, NZM 2004, 169 ff.; LG Neuruppin, Urt. v. 03.06.2005 – 2 O 28/05.

142 Vgl. LG Neuruppin, Urt. v. 03.06.2005 – 2 O 28/05, S. 17 UA unter Verweis auf BGH NJW 1992, 171, 174 und Held, NZM 2004, 169, 175, m. w. N.

143 Vgl. LG Neuruppin, aaO., mit Verweis auf Held, NZM 2004, 169, 176, m. w. N.

144 Vgl. LG Neuruppin, aaO., S. 18 UA.

145 Vgl. Franke in: Schneider/Theobald, Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 2003, S. 934 f. Rn. 52 unter Verweis auf BGH NJW 1987, 1828 f.; NJW 1992, 171, 173; OLG Celle, RdE 1993, 78 f.; OLG Köln, RdE 1995, 77, 78; vgl. auch BGH NJW 1998, 3188 ff.

weil die Vorschrift nicht den Schutz der Belange des einzelnen Tarifikunden bezweckt.

Vielmehr soll das Tarifgenehmigungsverfahren eine Tarifpreisgestaltung gewährleisten, die dem Interesse der Gesamtheit der Tarifikunden an einer möglichst sicheren und preisgünstigen Elektrizitätsversorgung dient. Dementsprechend wird bei der Prüfung der Kosten- und Erlöslage zwischen Tarif- und Sondervertragskunden unterschieden und die Kosten- und Erlöslage bei der Versorgung der einzelnen Bedarfsarten berücksichtigt. Die Belange des einzelnen Tarifikunden sind im Rahmen des § 12 BTOelt aber kein Maßstab der behördlichen Prüfung. Der Tarifikunde ist damit auf die inhaltliche Kontrolle der Tarifhöhe im Zivilrechtsweg verwiesen.

Die zivilrechtlichen Beurteilungsmaßstäbe ergeben sich aus § 315 BGB, da die behördliche Tarifgenehmigung auf das Tarifkundenverhältnis nicht unmittelbar einwirkt, sondern das EVU die Tarifierhöhung in den durch § 12 BTOelt gezogenen Grenzen auf privatrechtlicher Grundlage durch einseitige Leistungsbestimmung umsetzt (§ 4 II AVBEltV).¹⁴⁶

Fraglich ist, ob einer erteilten behördlichen Tarifgenehmigung für Strompreise gem. § 12 Abs. 1 BTOelt eine Indizwirkung für die Billigkeit geforderten Strompreise zukommen kann.

Der BGH hat diese Frage offen gelassen.¹⁴⁶ Die Instanzgerichte hatten dies nur in Rückerstattungsprozessen von Stromkunden angenommen.¹⁴⁷

In solchen Rückerstattungsprozessen trägt grundsätzlich der auf Rückzahlung klagende Kunde die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er rechtsgrundlos geleistet hatte.¹⁴⁸

Dabei gilt folgendes:

Nach herrschender Auffassung in der Literatur und Rechtsprechung reicht die Tatsache einer erteilten Tarifgenehmigung gem. § 12 BTOelt nicht aus, um den Nachweis der Billigkeit der geforderten Strompreise zu führen.

Das EVU muss zunächst die Tarifgenehmigung nachweisen sowie die vollständigen Tarifgenehmigungsunterlagen einschließlich aller Antragsunterlagen und der Kostenträgerrechnungen dem auf Rückzahlung klagenden Kunden eröffnen, damit diesem die Möglichkeit eröffnet wird, zu prüfen, ob diese Unterlagen etwa Zweifel an der Ordnungsgemäßheit des Genehmigungsverfahrens gebieten, um hiernach seinen Vortrag ggf. weiter zu substantiieren.¹⁴⁹

Im Falle einer Zahlungsklage des EVU trägt dieses grundsätzlich die vollständige Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit der geforderten Strompreise.¹⁵⁰ Allein durch die Indizwirkung einer Tarifgenehmigung kann ein EVU somit seiner vollständigen Darlegungs- und Beweislast nicht entsprechen. Es ist vielmehr erforderlich, die Preiskalkulation im dargestellten Umfang offen zu legen.

Hierzu ist auf die umfassende Untersuchung von Braband¹⁵¹ zu verweisen, wonach die Energiepreisaufsichtsbehörden nur sehr eingeschränkte Prüfungskompetenzen haben, da die bei der Entscheidung zu Grunde zu legenden Prognosen des EVU über die „Kosten- und Erlöslage“ wie auch über die „notwendigen Kosten bei elektrizitätswirtschaftlich-rationeller Betriebsführung“ nur sehr eingeschränkt überprüft werden können. Die §§ 1 und 12 BTOelt lassen demnach den EVU einen weiten Gestaltungsspielraum. Das gilt vor allem für den Bereich der Kosten- und Erlöslage und der Betriebsführung. Die Genehmigungsbehörde hat in diesem Bereich nur eingeschränkte Kontrollrechte.

Die gesetzlichen Normen geben der Genehmigungsbehörde keine Formel an die Hand, mit deren Hilfe ein Tarifpreis als richtiger Preis ermittelt werden kann. Die Vorgaben beschränken sich auf Maßstäbe, die keine statischen Grenzen setzen, sondern in jedem Einzelfall ausgelotet werden müssen.¹⁵²

Es ist den Behörden im Rahmen der Energiepreisaufsicht nicht gelungen, die geltend gemachten Kosten anhand des Kriteriums der elektrizitätswirtschaftlich-rationellen Betriebsführung in § 12 BTOelt zu begrenzen. Die Deregulierungskommission hatte bereits 1990 für die Abschaffung der Preisaufsicht nach § 12 BTOelt wegen evidenter Überforderung der Aufsichtsbehörden plädiert. Eine entsprechende Aussage traf auch das 14. Hauptgutachten der Monopolkommission 2000/2001.¹⁵³

VIII. Einwendungsausschluss des § 30 AVBV

Nach der langjährigen, gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH¹⁵⁴ wird der Einwand der Unbilligkeit gem. § 315 BGB durch § 30 AVBV nicht ausgeschlossen. Nach dieser Regelung berechtigen Einwände gegen Rechnungen und Abschlagszahlungen zum Zahlungsaufschub oder zur Zahlungsverweigerung nur, „soweit sich aus den Umständen ergibt, dass offensichtliche Fehler vorliegen“.

Das Bestreiten der Billigkeit der Preisbestimmung des Versorgungsunternehmens wird hiervon nicht erfasst.

Der vom Kunden eines Versorgungsunternehmens erhobene Einwand der Unbilligkeit einer Preisbestimmung nach § 315 BGB betrifft nicht Ablese- oder Rechenfehler oder andere Abrechnungsgrundlagen, sondern die Leistungspflicht des Kunden, der im Falle der Unangemessenheit von Anfang an nur den vom Gericht bestimmten Preis schuldet (§ 315 Abs. 3 BGB). Wenn die nach billigem Ermessen zu treffende Bestimmung der Gegenleistung einer Partei überlassen ist, entfällt die bei einem Vertrag normalerweise bestehende Gewissheit, über Inhalt und Umfang der Leistung, welche aus der Einigung der Parteien hierüber folgt. Den Belangen des Kunden, der die Preisbestimmung für unbillig hält und ein schutzwürdiges Interesse daran hat, lediglich den tatsächlich geschuldeten Preis zahlen zu müssen, kann nur da-

146 BGH, Urt. v. 02.05.2003 – VIII ZR 111/02, NJW 2003, 1449 f.

147 KG RdE 2002, 243 = ZNER 2002, 209, (210).

148 BGH NJW 2003, 1449 f.

149 KG RdE 2002, 243 = ZNER 2002, 209, (210); BGH, Urt. v. 05.02.2003 – VIII ZR 111/02; NJW 2003, 1449; Hempel, RdE 2002, 246, m. w. N.

150 BGH, Urt. v. 05.02.2003 – VIII ZR 111/02, NJW 2003, 1449 f.; BGH, Urt. v. 30.04.2003 – VIII ZR 279/02, NJW 2003, 3131 f., m. w. N.

151 Strompreise zwischen Privatautonomie und staatlicher Kontrolle, S. 27 bis 80.

152 Vgl. im Einzelnen Braband, aaO., S. 77 ff.

153 Vgl. im Einzelnen Sackler, RdE 2002, 211, m. w. N.

154 BGH, Urt. v. 30.04.2003 – VIII ZR 279/02, NJW 2003, 3131 f., m. w. N.



durch hinreichend Rechnung getragen werden, dass es ihm gestattet wird, sich gegenüber dem Leistungsverlangen des Versorgungsunternehmens entsprechend dem in § 315 BGB enthaltenen Schutzgedanken auf die Unangemessenheit und damit auf die Unverbindlichkeit der Preisbestimmung zu berufen und diesen Einwand im Rahmen der Leistungsklage zur Entscheidung des Gerichts zu stellen.¹⁵⁵

Diese Rechtsprechung wird in der Literatur von Büdenbender¹⁵⁶ zutreffend wie folgt kommentiert:

Die vom BGH vertretene Auffassung ist konsequent. Denn die Rechtsprechung würde sonst die durch die (analoge) Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB mögliche Preiskontrolle zu einem stumpfen Schwert werden lassen. Die Konsequenz wäre, dass nur in Ausnahmefällen ein solcher Fall die Gerichte beschäftigen würde.

Die Energieverbraucher müssten zunächst in Vorleistung treten und sodann noch einen Prozess anstrengen, bei dem sie wiederum in Vorleistung träten. Vor diesem pragmatischen Hintergrund würde der Einwand der Unbilligkeit in seiner Schutzfunktion für die Kunden zumindest geschwächt.

In systematischer Hinsicht erscheint die Argumentation des BGH gleichfalls überzeugend. Ist schon die Gegenleistung nach § 315 Abs. 3 BGB nicht geschuldet und wird sie daher auch nicht fällig, so ist eine Rechnungsstellung nicht mehr von Belang. Was nicht geschuldet wird, kann auch nicht abgerechnet werden. Auch wenn diese Folge nachträglich im Prozess festgestellt wird, so entspricht dies dem Schutzgedanken des § 315 BGB. Hätte § 30 AVBV die Funktion, § 315 BGB einzuschränken, bedürfte dies einer Klarstellung in der Norm, an der es fehlt.

Diese Aspekte sprechen dagegen, Verstöße gegen § 315 Abs. 1 BGB erst im Rahmen von Rückzahlungsansprüchen aus § 812 ff. BGB bei der Prüfung des fehlenden Rechtsgrundes für den vollständigen Rechnungsbetrag zu prüfen.

Dieser Rechtsprechung hat sich auch das Kammergericht Berlin mit weiteren überzeugenden Argumenten angeschlossen. Die vom Landgericht Berlin ständig vertretene Ansicht, die maßgeblich darauf gestützt wird, dass sich Kunden ihrer Zahlungspflicht nachhaltig durch den Unbilligkeitseinwand entziehen könnten, weil in jedem Fall in eine aufwendige Beweisaufnahme eingetreten werden müsste, überzeugt jedenfalls nach dem Inkrafttreten der Zivilprozessordnung in der seit dem 01. Januar 2002 geltenden Fassung nicht mehr. Nunmehr könnte ein ggf. in einem Rechtsstreit einzuholendes Sachverständigengutachten gem. § 411a ZPO in allen anderen Verfahren, in denen das Versorgungsunternehmen für den betreffenden Zeitraum ebensolche Entgelte geltend macht, Verwendung finden. Dass die Geltendmachung der Entgelte wesentlich länger in Anspruch nehmen würde, als es der Fall wäre, wenn die Kunden auf Rückforde-

rungsprozesse zu verweisen wären, ist danach nicht mehr zu befürchten.¹⁵⁷

Anders als etwa im Bereich der öffentlichen Abgaben hat der Kunde zudem schon keine Möglichkeit, bereits vor einem Zahlungsbescheid eine zugrundeliegende Entgelt- bzw. Tarifordnung als solche rechtlich anzugreifen, wie es ihm im Bereich der öffentlichen Gebühren und Abgaben grundsätzlich möglich wäre.¹⁵⁸

Der BGH hat diese Rechtsprechung im Grunde mit aktuellen Urteilen bestätigt.¹⁵⁹

IX. Besonderheiten im Zahlungsprozess des EVU

Entspricht die Tarifbestimmung nicht der Billigkeit, so wird sie, sofern das Versorgungsunternehmen dies beantragt, ersatzweise im Wege der richterlichen Leistungsbestimmung durch Urteil getroffen.

Eine ersetzende Preisbestimmung durch das Gericht ist nur zulässig, wenn die Bestimmung durch die dazu befugte Partei nicht der Billigkeit entspricht und zudem eine hinreichende tatsächliche Grundlage für eine ersetzende gerichtliche Bestimmung vorhanden ist.

Wenn wegen des zur Nachprüfung ungeeigneten Vortrags des EVU nicht beurteilt werden kann, ob und ggf. wieweit dessen Preisfestsetzung unbillig ist, kommt mithin eine ersetzende gerichtliche Bestimmung schon nicht in Betracht.¹⁶⁰

Voraussetzung für eine solche gerichtliche Leistungsbestimmung ist mithin, dass das EVU seine Kosten- und Erlöskalkulation dergestalt offen gelegt hat, dass dem Gericht überhaupt die Bestimmung eines der Billigkeit entsprechenden Entgelts möglich ist.¹⁶¹

Weil die Billigkeitskontrolle des § 315 BGB den Missbrauch privatautonomer Gestaltungsmacht verhindern und so die Austauschgerechtigkeit im einzelnen Schuldverhältnis sichern soll, bedeutet Billigkeit deshalb konkrete Austauschgerechtigkeit. Die jeweilige Leistungsbestimmung muss dabei im konkreten Fall angemessen, sachlich begründet und persönlich zumutbar sein.¹⁶²

Erst die vom Gericht neu festgesetzten niedrigeren Tarife sind für den Kunden verbindlich, und erst mit der Rechtskraft dieses Gestaltungsurteils wird die Forderung des Versorgungsunternehmens fällig und kann der Kunde in Verzug geraten; erst von diesem Zeitpunkt an besteht mithin eine im gerichtlichen Verfahren durchsetzbare Forderung des Versorgungsunternehmens.¹⁶³

Wenn der Kunde das Energieversorgungsunternehmen bereits mit der Einrede der Unbilligkeit zur Offenlegung der Preiskalkulation im nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung erforderlichen Umfange auffordert, hat das EVU außergerichtlich die Möglichkeit, dieser Forderung zu entsprechen.

155 BGH, aaO.; a. A. LG Berlin, Urt. v. 14.06.2005 – 20 O 450/04.

156 Vgl. http://www.agfw.de/fileadmin/dokumente/tcc/AGFW_Gutachten_315_BGB_050225.pdf, S. 82 ff.

157 KG Berlin, Urt. v. 15.02.2005 – 7 U 140/04, WuM 2005, 257.

158 Vgl. BVerwGE 95, 133 ff.; AG Koblenz, WuM 2005, 596; BGH, Urt. v. 05.07.2005 – X ZR 60/04, WuM 589, 591.

159 Vgl. BGH, Urt. v. 05.07.2005 – X ZR 60/04, WuM 2005, 589, 591, wo unter Bezugnahme auf BGH, Urt. v. 30.04.2003 – VIII ZR 279/02, NJW 2003, 3131 ausdrücklich keine Divergenz zur ständigen Rechtsprechung geschaffen werden sollte; ebenso BGH, Urt. v. 05.07.2005 – X ZR 99/04, WuM 2005, 593.

160 Vgl. BGH, Urt. v. 02.10.1991 – VIII ZR 240/90, NJW-RR 1992, 183, 186; ebenso OLG München, NJW-RR 1999, 421.

161 Vgl. BGH, NJW-RR 1992, 183, 186; OLG München, NJW-RR 1999, 421.

162 Vgl. Held, NZM 2004, 169, 173, m. w. N.

163 Vgl. BGH, Urt. v. 05.07.2005 – X ZR 60/04, WuM 2005, 589, 590 m. w. N.

Kommt es einer entsprechenden Forderung erst mit einer Zahlungsklage nach, hat der Kunde zu einer solchen keine Veranlassung gegeben und deshalb die Möglichkeit, eine nach entsprechender Substantiierung berechnete Klageforderung noch „sofort“ anzuerkennen im Sinne von § 93 ZPO.¹⁶⁴ Die Prozesskosten hat in einem solchen Falle das Versorgungsunternehmen zu tragen. Im Übrigen richtet sich die Kostentragungspflicht nach dem Obsiegen/ Unterliegen in einem Zahlungsprozess.

X. Rückforderungsprozess des Kunden

Der Kunde hat die Möglichkeit, innerhalb der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren wegen überhöhter Energiepreise einen Rückerstattungsprozess zu führen und zuviel gezahlte Entgelte aus ungerechtfertigter Bereicherung gem. § 812 BGB zurückzufordern.¹⁶⁵

Dabei trägt grundsätzlich der Kunde die Darlegungs- und Beweislast für die Rechtsgrundlosigkeit seiner Zahlung und somit für die Unbilligkeit der gezahlten Energiepreise. Dem Kunden kommt dabei lediglich eine gesteigerte Darlegungslast des EVU zugute.¹⁶⁶

Das EVU soll hingegen auch im Rückforderungsprozess die vollständige Darlegungs- und Beweislast für Billigkeit der Preisbestimmung dann tragen, wenn die Zahlungen unter einem entsprechenden Vorbehalt geleistet wurden.¹⁶⁷

Im Rückforderungsprozess ist der Kunde deshalb grundsätzlich in einer weit schlechteren Position, vgl. nur die ggf. zunächst ausreichende Indizwirkung einer Tarifgenehmigung. Naturgemäß spielt im Rückforderungsprozess der Einwendungsausschluss des § 30 AVBV keine Rolle.

Der Kunde läuft jedoch Gefahr, einen solchen Prozess mit Rücksicht auf § 814 BGB zu verlieren, wenn er die Unbilligkeit der Preise kannte und gleichwohl in Kenntnis der daraus teilweise resultierenden Nichtschuld vorbehaltlos seine Zahlungen geleistet hatte.

XI. Feststellungsklage des Kunden

Der einer einseitigen Preisbestimmung ausgesetzte Verbraucher kann auch selbst eine Feststellungsklage erheben, um die Billigkeit der durch das EVU einseitig bestimmten Preise gerichtlich überprüfen zu lassen.¹⁶⁸

Grundsätzlich hat der Bestimmungsberechtigte nach dem Unbilligkeitseinwand eine (inzidente) Feststellungsklage zu erheben.¹⁶⁹ Eine solche unterliegt keiner Ausschlussfrist, kann jedoch verwirkt sein.¹⁷⁰

Die Verwirkung setzt jedoch neben einem Zeit- auch ein Umstandsmoment voraus. Es bedarf also sowohl eines gewissen Zeitablaufs, als auch weiterer Umstände aus denen sich das berech-

tigte Vertrauen ergibt, der Anspruch werde nicht mehr verfolgt und geltend gemacht. Eine mögliche Verwirkung ist in jedem Einzelfalle gesondert zu prüfen. Schematisierungen sind dabei ausgeschlossen.

Weil sich viele Versorgungsunternehmen angesichts der eindeutigen Sach- und Rechtslage scheuen, nach dem Einwand der Unbilligkeit Feststellungs- oder Zahlungsklage zu erheben, haben Verbraucher als „Bestimmungsoffer“ auch die Möglichkeit, die Unbilligkeit der Preisbestimmung über eine Feststellungsklage gerichtlich feststellen zu lassen.¹⁷¹

Das geforderte besondere Feststellungsinteresse ergibt daraus, dass ein Schwebezustand über die Frage der Rechtmäßigkeit der Preisforderung dem Kunden nicht zumutbar ist.¹⁷² Dabei kann eine solche Klage auch in die Vergangenheit gerichtet werden. Dies ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausnahmsweise zulässig, wenn die auch in die Zukunft gerichtete Feststellungswirkung gegenüber einer Rückzahlungsklage weitergehend ist.¹⁷³

Im Übrigen gelten die Ausführungen zu einem Zahlungsprozess des EVU entsprechend.

Die vollständige Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit der Leistungsbestimmung trägt dabei grundsätzlich aus bereits oben genannten Gründen das EVU, welches die Leistungsbestimmung getroffen hat.

XII. Sachverständigengutachten

Sollte das EVU seiner Darlegungslast hinsichtlich der Billigkeit der geforderten Entgelte unter ausreichendem Beweisantritt genügen, wird sich das Gericht auf entsprechendes Bestreiten zur Beurteilung der zu entscheidenden Streitfrage, ob sich die Preisforderungen anhand der offen gelegten Preiskalkulation im Rahmen der Billigkeit bewegen, wohl regelmäßig sachverständiger Hilfe bedienen müssen.

Lediglich die Vorlage ungeordneter und unerklärter Unterlagen und das Angebot eines entsprechenden Sachverständigengutachtens zum Beweis dafür, dass die Kostenträgerrechnung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ordnungsgemäß erstellt worden seien und dass die Ansätze für kalkulatorische Abschreibungen, Zinsen und Gewinne den Vorgaben entsprächen und angemessen gewesen seien, liefe mangels des erforderlichen, substantiierten Vortrages auf einen unzulässigen Ausforschungsbeweis hinaus.¹⁷⁴

Teilweise wird vertreten, nach der Offenlegung der Preiskalkulation sei es Sache des anderen, im Einzelnen aufzuzeigen, in welchen Punkten der Leistungsbestimmungsberechtigte gegen zwingende betriebswirtschaftliche Grundsätze verstoßen habe usw..¹⁷⁵

164 BGH, Beschluss v. 3.3.2004 – VI ZB 21/03 unter II 2 a), m. w. N.

165 Vgl. BGH NJW 2003, 1449; LG Mühlhausen, Urt. v. 12.04.2005 – 2 S 83/04.

166 Vgl. im einzelnen BGH, Urt. v. 05.02.2005 – VIII ZR 111/02, NJW 2003, 1449 und BGH, Urt. v. 19.01.1983 – VIII ZR 81/82, NJW 1983, 1777; einschränkend wohl BGH, Urt. v. 05.07.2005 – X ZR 60/04, WuM 2005, 589, 591.

167 Vgl. BGH, Urt. v. 18.10.2005 – KZR 36/04, S. 11 UA Tz. 13 unter Verweis auf BGH NJW 2005, 2919, 2922.

168 Vgl. LG Heilbronn, Urt. v. 19.01.2006 – 6 S 16/05 Ab, m. w. N.

169 Vgl. BGH, Urt. v. 05.07.2005 – X ZR 60/04, WuM 2005, 589, 590.

170 Vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 64. A, § 315 Rn. 17.

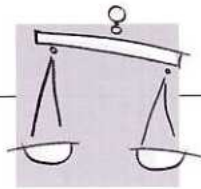
171 Vgl. Ehrlicke, JZ 2005, 606.

172 AG Heilbronn ZNER 2005, 80 f. = RdE 2005, 176 ff.

173 Vgl. BGH, Urt. v. 18.10.2005 – KZR 36/04, S. 12 UA Tz. 22.

174 LG Berlin, NJW-RR 2002, 992, (993).

175 Vgl. etwa KG Berlin, Urt. v. 15.02.2005 – 7 U 140/04, WuM 2005, 257, jedoch für den Fall bereits im Genehmigungsverfahren umfassend sachverständig geprüfter Tarife.



Damit dürfte der durchschnittliche Verbraucher regelmäßig überfordert sein.

Demgegenüber hat der BGH jedoch bereits frühzeitig hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast klargestellt, dass es nicht Sache des anderen ist, darzutun, weshalb und in welchen Punkten er die offen gelegte Kalkulation für unzutreffend hält.

Vielmehr habe das Gericht, soweit der Vortrag der darlegungs- und beweisbelasteten Partei dafür genügt, auf entsprechendes Festhalten am Bestreiten der Billigkeit von Amts wegen ein Sachverständigengutachten einzuholen, um die Streitfrage der Angemessenheit der Preise entscheiden zu können.¹⁷⁶

Ein entsprechendes Bestreiten des Kunden kann etwa darauf gerichtet werden, dass die geltend gemachten (kalkulatorischen) Kosten nicht notwendig sind, rationeller Betriebsführung entsprechen, nach realistischen Umlageschlüsseln innerhalb der Kostenstellen des EVU verteilt und nach anerkannten Methoden der Betriebswirtschaft berechnet worden sind, das EVU sich bei seinen Ausgaben nicht an objektiv notwendigen Kosten orientiert, die im Wettbewerb angesetzt werden könnten, sondern an im Monopol gewachsenen Kostenstrukturen mit eigenen Haustarifen, Kundenzeitschriften, Sponsoring etc. und daraus resultierenden Bedürfnissen und dass es ist nicht einsichtig ist, warum ggf. Planungsfehler durch überdimensionierte Netze oder geringe Anlagenauslastungen den Kunden auferlegt werden sollen.¹⁷⁷

Ein entsprechender Beweisbeschluss zur Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens setzt jedoch schon voraus, dass das EVU zunächst seine Preiskalkulation vollständig offen legt und diese erläutert und somit überhaupt ein Sachverhalt dargetan ist, welcher einer Prüfung durch einen Sachverständigen zugänglich ist. Inhalt eines Sachverständigengutachtens können und dürfen grundsätzlich nur die aufgrund besonderen – dem Gericht fehlenden – Fachwissens des Sachverständigen getroffenen Wertungen, Schlussfolgerungen und Hypothesen sein, welche der Sachverständige auf der Grundlage ihm vorgegebener Tatsachen zu treffen hat. Die Feststellung dieser Tatsachen ist wegen des Grundsatzes der Beweisunmittelbarkeit (§ 355 ZPO) Aufgabe des Gerichts selbst.¹⁷⁸

Dabei müssen alle entscheidungserheblichen Tatsachen vom EVU vollständig offen gelegt werden und auf entsprechendes Bestreiten ggf. bewiesen werden:

Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ist aus dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes die Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes abzuleiten. Dieser muss die grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes ermöglichen. Die Beteiligten müssen die Möglichkeit haben, sich im Prozess mit tatsächlichen und rechtlichen Argumenten zu behaupten. Zu einem wirkungsvollen Rechtsschutz gehört

auch, dass der Richter die Richtigkeit bestrittener Tatsachen nicht ohne hinreichende Prüfung bejaht. Ohne eine solche Prüfung fehlt es an einer dem Rechtsstaatsprinzip genügenden Entscheidungsgrundlage.¹⁷⁹

Damit ist es unvereinbar, im zivilgerichtlichen Verfahren unter Hinweis auf eine erteilte behördliche Genehmigung eine sachliche Überprüfung anhand der maßgeblichen privatrechtlichen Normen abzulehnen. Andernfalls wären einseitige Preiserhöhungen der Unternehmen jeglicher wirkungsvollen richterlichen Kontrolle entzogen.¹⁸⁰

Eine Beweisführung durch einen neutralen, zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen (Wirtschaftsprüfer) als Beweismittel scheidet aus. Denn ein gerichtliches Sachverständigengutachten ist als Beweismittel unverwertbar, wenn es auf Geschäftsunterlagen beruht, die eine der Parteien nur dem Sachverständigen, nicht dem Gericht und der Gegenpartei zur Verfügung gestellt hat und die im Verfahren auch nicht offen gelegt werden.¹⁸¹

Die gerichtliche Verwertung eines solchen Sachverständigengutachtens versagt nicht nur den Beteiligten, welche die geheim gehaltenen Tatsachen nicht kennen, das rechtliche Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG). Das Gericht verletzt auch seine Pflicht, ein von ihm eingeholtes Sachverständigengutachten sorgfältig und kritisch zu würdigen, insbesondere auch daraufhin zu überprüfen, ob es von zutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht.¹⁸²

Dieser Pflicht und dem Gebot der Gewährung des rechtlichen Gehörs kann das Gericht nur entsprechen, wenn der Sachverständige die wesentlichen tatsächlichen Grundlagen seines Gutachtens offen legt.¹⁸³

Den Kostenvorschuss für die Einholung eines entsprechenden Sachverständigengutachtens hat die Partei aufzubringen, welche die Darlegungs- und Beweislast für die streitige Tatsache trifft. Soweit streitige Tatsache die Billigkeit der Preise ist, hat also das Energieversorgungsunternehmen die notwendigen Kosten vorzuschießen, damit die notwendige Beweisaufnahme durchgeführt werden kann.

XIII. Bindungswirkung

Eine gerichtliche Entscheidung betrifft immer den konkreten Einzelfall und hat grundsätzlich keinen Präjudiz für andere Verfahren.¹⁸⁴ Stellt das Gericht jedoch die Unbilligkeit und somit die Unwirksamkeit einer Preisbestimmung des Versorgungsunternehmens gegenüber einem Kunden fest, folgt aus dem Gleichbehandlungsgebot¹⁸⁵ und kartellrechtlichem Diskriminierungsverbot zugleich, dass das Versorgungsunternehmen diese unbillige und unwirksame Preisbestimmung auch gegenüber den anderen vergleichbaren Kunden nicht mehr zur Anwendung bringen darf.

176 Vgl. nur BGH, Urt. v. 30.06.1969 – VII ZR 170/67 m. w. N..

177 Vgl. nur BGH, Urt. v. 18.10.2005 – KZR 36/04, S. 8 f. UA, Tz. 16.

178 Zöller, ZPO, 24. A., § 402 Rdn. 5, m. w. N..

179 Vgl. BVerfG – I BvR 2203/98 vom 28.12.1999, Absatz- Nr. 11.

180 Vgl. BVerfG, aaO., Absatz- Nr. 13.

181 Vgl. BVerwG, Beschluss v. 15.08.2003 – 20 F 8.03 unter Verweis auf BGH, Urt. v. 12.11.1991 – KZR 18/90, BGHZ 116, 47.

182 Vgl. BVerwG, aaO., unter Verweis auf st. Rspr., BVerwG, Urt. v. 06.02.1985 – 8 C 15.84, BVerwGE 71, 38.

183 Vgl. BVerwG, aaO., unter Verweis auf BGH, Urt. v. 12.11.1991 – KZR 18/90, BGHZ 116, 47.

184 Berlin, Urt. v. 15.2.2005 – 7 U 140/04, WuM 2005, 257.

185 Vgl. etwa OLG Hamburg, NJW 1988, 1600.

XIV. Fazit

Dem Energieverbraucher sind verschiedene Wege eröffnet, um die Angemessenheit von Energiepreisen, die er für unangemessen hält, einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle zuzuführen. Die Berufung auf § 315 Abs. 3 BGB bietet den Verbrauchern einen effektiven Schutz vor überhöhten Preisforderungen von Energieversorgungsunternehmen.

**Herausgegeben vom
Bund der Energieverbraucher**

Grabenstr. 17
D-53619 Rheinbreitbach
Tel 02224 - 92 27 0
Fax 02224 - 10 32 1
info@energieverbraucher.de
www.energieverbraucher.de