

**6 Kart U 66/05**

14 O Kart. 183/01 LG Kiel

Verkündet am: 05. April 2008  
Naumann, Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle  
des Oberlandesgerichts



**Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht**

**Urteil**

**Im Namen des Volkes**

In dem Rechtsstreit

der [REDACTED] - [REDACTED]  
[REDACTED], vertreten durch den Geschäftsführer [REDACTED] und [REDACTED]  
[REDACTED]

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]  
[REDACTED]

gegen

die [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], vormals  
[REDACTED], vertreten durch den Vorstand [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED],  
[REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED]

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]  
[REDACTED], [REDACTED]

hat der 6. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig auf die mündliche Verhandlung vom 28. März 2006 durch die Richterin Görres-Ohde, den Richter Blöcher und die Richterin Dr. Leischner-Rickerts für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der Kammer für Handelssachen I des Landgerichts Kiel vom 17. Juni 2005 aufgehoben.

Der Klägerin steht ein Anspruch auf Bestimmung ihrer Leistung nach billigem Ermessen zu.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Berufungsverfahrens, an das Landgericht Kiel zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

### G r ü n d e

I .

Die Klägerin leitet seit dem 01. November 1999 elektrischen Strom durch das Netz der Beklagten zu ihren Kunden. Die Parteien streiten um die Angemessenheit der hierfür von der Klägerin an die Beklagte gezahlten Entgelte. Auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils wird Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die auf Feststellung der Höhe der angemessenen Vergütung und Rückzahlung von in der Vergangenheit zuviel gezahlter Beträge gerichtete Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils nach den erstinstanzlichen Anträgen zu entscheiden.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen,

hilfsweise,

die Sache unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens an das Landgericht Kiel zurückzuverweisen.

## II.

Die zulässige Berufung der Klägerin führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht Kiel.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts findet auf die Bestimmung des Netznutzungsentgelts durch die Beklagte die Vorschrift des § 315 BGB Anwendung.

So hat der Bundesgerichtshof am 18. Oktober 2005 (KZR 36/04) entschieden, dass ein Stromversorgungsunternehmen, das das Netz eines anderen zur Durchleitung elektrischer Energie nutzt, eine zivilgerichtliche Überprüfung der Höhe des vertraglich vereinbarten Netznutzungsentgelts am Maßstab „guter fachlicher Praxis“ (§ 6 Abs. 1 EnWG a.F.) verlangen kann, wenn sich dieses Entgelt nach der vertraglichen Vereinbarung nach den jeweils aktuellen Preisen des Netzbetreibers richten soll. Die vertraglich vorgesehene Verweisung auf die jeweils geltenden Preisblätter des Netzbetreibers beinhaltet ein einseitiges Preisbestimmungsrecht im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB. Seine Ausübung ist gemäß § 315 Abs. 3 BGB daraufhin zu überprüfen, ob sie billigem Ermessen entspricht.

Eine entsprechende vertragliche Verweisung und damit ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht enthält auch der zwischen den Parteien im Jahr 2001 zustande gekommene Netznutzungsvertrag. Maßgeblich ist insoweit § 4 des

Netznutzungsvertrages vom 29.03. / 02.04.2001. So erläutert § 4 Ziffer (1) zunächst, aus welchen Preiskomponenten sich das Netznutzungsentgelt zusammensetzt. Es wird darauf hingewiesen, dass sich die Höhe der einzelnen Komponenten aus den jeweils gültigen Preislisten ergibt. In Ziffer (4) heißt es sodann: „ Das Netznutzungsentgelt wird von [REDACTED] mindestens jährlich überprüft und kann bei Änderung der spezifischen Kosten, die für die Berechnung maßgebend sind, angepasst werden. Der Lieferant wird rechtzeitig vorher über etwaige Preisänderungen informiert. Er hat das Recht, bei einer Preiserhöhung den Netznutzungsvertrag binnen vier Wochen nach Bekanntgabe zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Preisänderung zu kündigen“.

Das ist der Sache nach ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht der Beklagten i.S.d. § 315 BGB. Die Beklagte bestimmt die Höhe der Preiskomponenten des Netznutzungsentgelts und veröffentlicht diese sodann in ihren Preisblättern, wobei die Klägerin über etwaige Preisänderungen informiert wird. Das Netznutzungsentgelt wurde und wird also zu keinem Zeitpunkt von den Parteien individuell vereinbart, sondern vielmehr von der Beklagten einseitig - ohne Mitwirkung des Netznutzers - bestimmt. Auch das zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses von der Beklagten als Netzbetreiber geforderte Entgelt kann nicht als individuell vereinbarter Preis angesehen werden. Wie der BGH in seiner Entscheidung vom 18. Oktober 2005 ausgeführt hat, gibt auch dieser Betrag lediglich das für einen bestimmten Zeitpunkt ermittelte Ergebnis des gleichen Preisbestimmungsverfahrens wieder, das dem Netzbetreiber auch für die Zukunft zustehen soll, an dem der Netznutzer nicht teilnimmt, dessen konkrete preisbestimmende Faktoren ihm nicht bekannt sind und dessen Ergebnis er weder nachvollziehen noch beeinflussen kann. Es ist daher nicht weniger einseitig bestimmt als die künftige Höhe des Entgelts.

Die Argumentation der Beklagten, anders als in dem vom BGH entschiedenen Fall, hätten die Parteien vorliegend in § 4 Abs. 1 sowie der Präambel des Vertrages - durch Einbeziehung der jeweiligen Preislisten und die Bezugnahme auf die Verbändevereinbarung II - eine konkrete vertragliche Vereinbarung, und zwar sowohl hinsichtlich der bei Abschluss des Vertrages gültigen Preise als auch hinsichtlich der Modalitäten der zukünftigen Preiszusammensetzung, getroffen, vermag nicht zu überzeugen. So heißt es in der Präambel lediglich: „ Soweit die

Regelungen dieses Vertrages von den Empfehlungen der Verbändevereinbarung II über die Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie vom 13. Dezember 1999 abweichen, erfolgt dies allein auf Wunsch des Lieferanten". Aber selbst wenn die Parteien vereinbart hätten, dass die Berechnung der Netznutzungsentgelte nach der Verbändevereinbarung II erfolgen soll, stünde eine solche Vereinbarung der Annahme eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts der Beklagten nicht entgegen. So enthält die Verbändevereinbarung II nur „Prinzipien“ für die Preisfindung. In der Anlage 3 zur VV II heißt es im einleitenden Abschnitt „Grundsätze“, dass Preise zu bilden seien, die in Anbetracht der Kosten- und Erlöslage bei elektrizitätswirtschaftlich rationaler Betriebsführung erforderlich seien. Alle bilanziellen und kalkulatorischen Kosten seien unter der Maßgabe einer wirtschaftlichen Betriebsführung und in einem Umfang, der sich im Wettbewerb einstellen würde, anzusetzen; damit werde den Anforderungen der Kostengerechtigkeit und Kosteneffizienz gleichermaßen Rechnung getragen. Die Preisbildung soll sodann auf der Basis der drei Elemente „Kalkulatorische Kosten- und Erlösrechnung, „Handelsrechtlicher Jahresabschluss bezogen auf die Bereiche Übertragung und Verteilung“ und Übertragungs- und Verteilungspreise strukturell vergleichbarer Netzbetreiber“ erfolgen.

Auch wenn die Beklagte, wie sie behauptet, ihre Nutzungsentgelte auf Grundlage dieser Prinzipien ermittelt hat, so bleibt auch bei einer diesen Vorgaben entsprechenden Berechnung für den Netznutzer im Verborgenen, welche Kostenbestandteile konkret in die Berechnung eingestellt worden sind. Auch das so ermittelte Netznutzungsentgelt ist für den Netznutzer weder nachvollziehbar noch beeinflussbar und muss daher über § 315 BGB der gerichtlichen Kontrolle unterliegen.

Angesichts des ihr eingeräumten Leistungsbestimmungsrechts ist die Beklagte verpflichtet, die Entgeltbestimmung nach billigem Ermessen zu treffen. Mit anderen Worten, die Klägerin hat dem Grunde nach einen Anspruch darauf, dass die Bestimmung ihre Leistung nach billigem Ermessen erfolgt. Das Landgericht hätte daher prüfen müssen, ob die Entgeltbestimmung der Beklagten billigem Ermessen entspricht, da sie nach § 315 Abs. 3 BGB nur dann für die Klägerin verbindlich ist. Die Beweislast obliegt insoweit der Beklagten. Wie der BGH in seiner Entscheidung vom 18. Oktober 2005 ausgeführt hat, hat nicht die andere Vertragspartei die

Unbilligkeit der Leistungsbestimmung darzulegen; vielmehr hat derjenige, dem das Leistungsbestimmungsrecht eingeräumt ist und der typischerweise auch allein dazu in der Lage ist, die Billigkeit seiner Bestimmung darzutun. Zahlt die andere Vertragspartei – wie hier die Klägerin – nur unter Vorbehalt, verbleibt es auch im Rückforderungsprozess dabei, dass derjenige, der das Entgelt einseitig bestimmt hat, die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit seiner Tarife trägt.

Die gerichtliche Kontrolle der Netznutzungsentgelte der Beklagten nach § 315 Abs. 3 BGB ist auch nicht per se im Hinblick auf § 6 Abs. 1 EnWG a.F. in Verbindung mit den Preisfindungsprinzipien nach der Verbändervereinbarung ausgeschlossen.

Zwar wird nach § 6 Abs. 1 Satz 5 EnWG a.F. für die Zeit bis zum 31. Dezember 2003 bei Einhaltung der Verbändervereinbarung grundsätzlich die Erfüllung der Bedingungen guter fachlicher Praxis vermutet. Da aber die Preisfindungsprinzipien die Erfordernisse guter fachlicher Praxis im Sinne des § 6 Abs. 1 Satz 1 EnWG a.F. konkretisieren sollen, sind sie ihrerseits im Lichte der Zielsetzung des § 6 Abs. 1 Satz 4 EnWG a.F. auszulegen und anzuwenden, eine möglichst sichere, preisgünstige und umweltverträgliche leistungsgebundene Stromversorgung und darüber hinaus wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten. Wo die Preisfindungsprinzipien Bewertungsspielräume eröffnen, sind sie daher so zu nutzen, dass dem Gesetzeszweck bestmöglich Rechnung getragen wird (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2005 – KZR 36/04).

Ferner entfällt die Vermutungswirkung, wenn die Anwendung der Verbändervereinbarung insgesamt oder die Anwendung einzelner Regelungen der Vereinbarung nicht geeignet ist, wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten (BGH a.a.O.). Dieses bedarf einer eingehenden Prüfung durch das Landgericht.

Überdies ist zu beachten, dass nach § 6 Abs. 1 Satz 5 EnWG a.F. nur bis zum 31. Dezember 2003 bei Einhaltung der Verbändervereinbarung die Erfüllung der Bedingungen guter fachlicher Praxis vermutet wurde. Diese vom Gesetzgeber gewollte zeitliche Beschränkung ist bindend (BGH a.a.O.).

Die Voraussetzungen für eine Zurückverweisung liegen vor. Zwar hat das Berufungsgericht nach § 538 Abs. 1 ZPO die notwendigen Beweise zu erheben und in der Sache selbst zu entscheiden. Nach § 538 Abs. 2 ZPO allerdings darf das

Berufungsgericht in den enumerativ aufgezählten Fällen (Nr. 1-7) ausnahmsweise von der Sachentscheidung absehen und die Sache zurückverweisen, sofern eine Zurückverweisung sachdienlich ist und ein Zurückverweisungsantrag zumindest einer Partei vorliegt. Grundlage für die Zurückverweisung ist vorliegend § 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO. Nach dieser Vorschrift findet die Zurückverweisung auf Antrag einer Partei statt im Falle eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruches, sofern in erster Instanz die Klage abgewiesen worden ist. Ein derartiger Fall liegt hier vor. Zwischen den Parteien ist streitig, ob § 315 BGB überhaupt Anwendung findet, d.h., der Klägerin dem Grunde nach ein Anspruch auf Bestimmung ihrer Leistung nach billigem Ermessen zusteht. Die Verweisung ist auch sachdienlich. Die Beklagte muss Gelegenheit erhalten, zur Angemessenheit ihrer Tarife vorzutragen. Erst nach einem derartigen Vortrag der Beklagten kann eine Entscheidung zur Angemessenheit der Netznutzungsentgelte der Beklagten und sodann zur Höhe eines etwaigen Rückforderungsanspruches ergehen. Da die Höhe der Netznutzungsentgelte und deren Angemessenheit bislang noch nicht einmal ansatzweise diskutiert worden sind, muss der gesamte Prozess vollständig „von Null“ beginnen. Dies rechtfertigt eine Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. Denn die Berufungsinstanz dient nach neuem Recht der Kontrolle und Fehlerbeseitigung unter grundsätzlicher Bindung an die in erster Instanz getroffenen Tatsachenfeststellungen. An derartigen Feststellungen zur Höhe und Angemessenheit der von der Beklagten verlangten Netznutzungsentgelte fehlt es aber gerade. Die Parteien würden im Falle der eigenen Sachentscheidung durch den Senat eine (Tatsachen-) Instanz verlieren, was im Hinblick auf die Bedeutung der Angelegenheit nicht angezeigt erscheint. Auch ist die Zurückverweisung nicht mit einer nennenswerten Verzögerung verbunden; der Rechtsstreit ist nicht zur Entscheidung durch den Senat reif.

Görres-Ohde  
Präsidentin des Oberlandesgerichts

Blöcher  
Richter am Oberlandesgericht

Dr. Leischner-Rickerts  
Richterin am Oberlandesgericht