

JURISTISCHE FAKULTÄT

LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, HANDELS-,
WIRTSCHAFTS- UND EUROPARECHT
Prof. Dr. HANS-PETER SCHWINTOWSKI

HU zu Berlin · Unter den Linden 6 · D-10099 Berlin

Unter den Linden 6
D-10099 Berlin
Telefon 030/2093-3313
Telefax 030/2093-3412
[http://www.rewi.hu-berlin.de/
Lehrstuehle/Schwintowski/](http://www.rewi.hu-berlin.de/Lehrstuehle/Schwintowski/)
e-mail: hps@rewi.hu-berlin.de
Bearb.: Schw/ri

Die Frage der Anwendbarkeit der §§ 315, 316 BGB auf die Bestimmung von Netznutzungsentgelten

Rechtsgutachten

vorgelegt von

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski

Berlin, den 4. März 2005

Inhaltsverzeichnis

I.	Problemstellung.....	3
II.	Das Urteil des OLG Karlsruhe vom 27. Oktober 2004	5
III.	Die tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 315, 316 BGB	6
1.	§ 315 Abs. 1 oder § 316 BGB?	6
2.	Der Tatbestand von § 315 BGB	7
a)	Vertragsanbahnung - Vertragsschluss	7
b)	Die Einräumung des Leistungsbestimmungsrechts	11
c)	Der verhandelte Netzzugang	15
3.	Tarifbindung – Interimsfälle	17
a)	Tarifbindungen	17
b)	Interimsfälle.....	18
4.	Billigkeitsprüfungsmaßstäbe des Bundesverfassungsgerichts	19
5.	Ausblick	20
IV.	Wesentliche Ergebnisse	21

I. Problemstellung

Wollen Haushalts-, Gewerbe- oder Geschäftskunden Strom beziehen, so schließen sie im Regelfall mit ihrem Stromversorger einen All-inclusive-Vertrag ab. Im Rahmen dieses Vertrages wird die gesamte Dienstleistung der Stromversorgung abgerechnet, d.h. sowohl die Netznutzung als auch die Energielieferung. Alle weiteren Kostenelemente, wie beispielsweise Vertriebskosten, Kosten für die Abrechnung und Betreuung der Kunden, Margen sowie die anfallenden Steuern und Abgaben, sind ebenfalls in dem All-inclusive-Preis enthalten.

Damit der Lieferant die Dienstleistung seinem Kunden im Rahmen von All-inclusive-Verträgen anbieten kann, schließt er mit den jeweiligen Netzbetreibern *Händlerrahmenverträge*. Diese beinhalten die Netznutzung. Die Abrechnung der Netznutzung gegenüber dem Netznutzer (Händler/Lieferanten) erfolgt auf Basis der Regelungen des Händlerrahmenvertrages. Die Rechnungen gehen ausnahmslos vom Netzbetreiber an den Lieferanten. Wesentlicher Bestandteil dieser Rahmenverträge sind die Preisblätter, aus denen der Lieferant/Händler die Konditionen, die er für die Nutzung des Netzes zu entrichten hat, entnehmen kann. Da diese Preisblätter in der Regel auch (beispielsweise im Internet) veröffentlicht sind, kann selbstverständlich auch jeder Kunde diese Informationen einsehen und erhalten.

Die Preisblätter differenzieren regelmäßig zwischen Privat- und Gewerbekunden sowie Geschäftskunden. Das Netznutzungsentgelt setzt sich aus verschiedenen Positionen für die verschiedenen Netzebenen zusammen, insbesondere aus dem Jahresleistungs- und Arbeitspreis, dem Blindarbeitspreis, dem Verrechnungspreis, der Konzessionsabgabe sowie der Mehrwertsteuer. Darüber hinaus werden Mahn- und sonstige Kosten ausgewiesen. Schließlich heißt es in den Preisblättern unter dem Stichwort *Gültigkeit*: Die Preise treten zum 01.01.2005 (oder einem anderem Datum) in Kraft.

Die Preise für die Netznutzung stehen also zu einem ganz bestimmten Zeitpunkt *im Voraus* fest. Kunden und Händler finden diese Preise als Datum vor – sie können sie entweder akzeptieren oder aber auf den Strombezug verzichten. Einen Verhandlungsspielraum gibt es nicht. In den Netznutzungs- oder Händlerrahmenverträgen wird lediglich vereinbart, dass der Kunde oder Händler dem Netzbetreiber für die Leistung Netznutzung Entgelte gemäß den jeweils gültigen Preisregelungen zahlt. Ändert der Netzbetreiber die Preisregelung beispielsweise zum 01. Januar eines Jahres, so wird der neue Preis im neuen Preisblatt *bekannt gemacht*. Mit dem In-Kraft-Treten des neuen Preisblattes

schuldet der Kunde/Händler automatisch den neuen Preis für die Netznutzung. Verhandlungen über die Höhe des Netznutzungsentgeltes, das In-Kraft-Treten eines neuen Preisblattes, den Umfang der Preiserhöhung oder –verminderung finden nicht statt. Begründet wird dies mit der Position der Netzbetreiber als Inhaber eines *natürlichen Monopols* und der aus dieser Monopolstellung resultierenden Pflicht zur *Gleichbehandlung gleicher Kundengruppen*.

Da die Netznutzungsentgelte in der Bundesrepublik im Vergleich zu anderen Regionen Europas verhältnismäßig hoch sind¹ und darüber hinaus in unterschiedlichen Regionen relativ stark schwanken², haben Kunden und Händler in der Vergangenheit immer wieder versucht, die *Angemessenheit* der Netznutzungsentgelte nach §§ 315, 316 BGB gerichtlich überprüfen zu lassen. Sie sind regelmäßig gescheitert. Im Kern verweisen die Gerichte darauf, dass eine Angemessenheitskontrolle nach § 315 BGB nicht in Betracht komme, weil die Preise zwischen den Parteien nicht einseitig festgesetzt, sondern ausgehandelt worden seien. Eine analoge Anwendung von § 315 BGB scheidet aus, weil es an der für die Analogie erforderlichen *planwidrigen Regelungslücke* fehle. Maßgeblich sei, dass der Netzbetreiber nach § 6 Abs. 1 EnWG 1998/§ 20 Abs. 1 EnWG-RegE 2004 das Netz zu angemessenen Bedingungen zur Verfügung stellen müsse. Dieselbe Verpflichtung ergebe sich aus § 19 Abs. 4 Nr. 2 und Nr. 4 GWB. Nach § 33 GWB und nach § 30 EnWG-RegE 2004 stünden dem betroffenen Dritten (Kunden/Händler) zivilgerichtlich klagbare Ansprüche auf Unterlassung und Schadenersatz zu, sodass die Zugangspetenten de jure wirksam geschützt seien.³ Demgegenüber sind das KG Berlin⁴ und das LG Dortmund⁵ wie selbstverständlich davon ausgegangen, dass dem Netzbetreiber nach § 315 BGB ein Leistungsbestimmungsrecht zusteht.

Auch das OLG Karlsruhe⁶ hat die Angemessenheitskontrolle nach § 315 BGB durch Urteil vom 27. Oktober 2004 ebenso wie die Vorinstanz⁷ abgelehnt, aber

¹ Monopolkommission, XV. Hauptgutachten 2002/2003, Nr. 1111, 1167; EU-Kommission, Third benchmarking report on the implementation of the internal electricity and gas market (DG TREN Draft Working Paper), 2004, S. 21.

² *Haupt/Kinnunen/Pfaffenberger*, Anwendung der Vergleichsmarktanalyse auf die Netzentgelte in der Stromwirtschaft, Gutachten im Auftrag der EnBW AG, März 2002 („Pfaffenberger-Gutachten“), S. 25 ff., S. 40.

³ In diesem Sinne – meist etwas knapper begründet – OLG Jena, ZNER 1998, 65 m.Anm. *Schwintowski*; OLG München vom 22.05.2003 Az.: U (K) 4604/02 juris Nr.: KORE 43811 2003; LG Mannheim, vom 30.12.2003, IR 2004, 66; RdE 2004, 307; LG Hannover vom 04.11.2003; LG Rostock, vom 12.03.2004, IR 2004, 135; LG Potsdam vom 09.07.2004, IR 2004, LG Potsdam vom 09.07.2004, IR 2004, S. 181; LG Bremen vom 22.07.2004, RdE 2004, 304; LG Köln vom 23.07.2004, RdE 2004, 306 = ZNER 2004, 400; LG Kiel vom 06.10.2004, IR 2004, 252 = ZNER 2004, 401.

⁴ Urteil vom 10. April 2002, ZNER 2002, 209 m.Anm. *Säcker*.

⁵ Urteil vom 12.04.2001, ZNER 2001, 101.

⁶ Az.: 6U22/04; ZNER 2004, 397 m. abl. Anm. Boos.

⁷ LG Mannheim Az. 22O64/02 (Kart).

die *Revision* zugelassen. Die Rechtssache hat, so das OLG Karlsruhe, grundsätzliche Bedeutung.⁸ Anlass, Reichweite und rechtliche Grundlagen der gerichtlichen Überprüfung der Preise beim verhandelten Netzzugang sind – soweit ersichtlich – höchstrichterlich nicht geklärt. Die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern deshalb ebenfalls eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs.⁹

Diese Einschätzung des OLG Karlsruhe ist zutreffend und legt eine genauere Auseinandersetzung mit den Urteilsgründen des Gerichtes nahe.

II. Das Urteil des OLG Karlsruhe vom 27. Oktober 2004

Das Gericht weist zunächst zutreffend darauf hin, dass eine gerichtliche Bestimmung durch Urteil gemäß § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB nur dann stattfindet, wenn die Parteien vereinbart haben, dass die Leistung durch einen Vertragsschließenden bestimmt werden soll und diese Bestimmung nicht der Billigkeit entspricht. Im vorliegenden Fall, so das Gericht weiter, fehlt es schon an der ersten Voraussetzung. Die Parteien haben nicht vereinbart, dass die Netzbetreiberin berechtigt sein soll, den Preis für die Netzdurchleitung von elektrischem Strom einseitig durch zugangsbedürftige Willenerklärung festzusetzen. Vielmehr sei unstreitig, dass die Parteien über den Preis verhandelt haben und die Händlerin das ihrer Ansicht nach überhöhte Angebot des Netzbetreibers unter Protest angenommen hat. Bei dieser Sachlage sei die Händlerin darauf verwiesen, die von ihr angenommene Verpflichtung des Netzbetreibers zum Abschluss eines Vertrages zu günstigeren Bedingungen entweder im Klagewege durchzusetzen oder jedenfalls einen evtl. aus der Verweigerung des Vertragsschlusses folgenden Schadenersatzanspruch geltend zu machen. Der trotz Vertragsschluss fortbestehende Konflikt der Parteien führe aber nicht dazu, dass die Gerichte nunmehr hoheitlich den „richtigen“ Preis kraft richterlicher Gestaltung der Vertragsverhältnisse an die Stelle des vertraglich vereinbarten Preises zu setzen hätten.

§ 315 BGB findet, so das Gericht weiter, auch keine entsprechende Anwendung. Zwar sei in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass Tarife für Leistungen der Daseinsvorsorge schon bei einem faktischen Leistungsbestimmungsrecht des Anbieters einer gerichtlichen Kontrolle nach § 315 BGB unterliegen könnten.¹⁰ Diese Grundsätze, die auf die besondere Situation des für sein Dasein auf bestimmte Leistungen und Waren angewiesenen Einzelnen Bedacht nehmen,

⁸ Urteil S. 10.

⁹ Urteil S. 10.

¹⁰ Grundlegend BGH MDR 1973, 999; BGHZ 73, 114, 116.

sind aber nach Ansicht des Senats wegen der nicht vergleichbaren Interessenlage nicht auf den Streit von zwei Handelsgesellschaften über die Angemessenheit der zwischen ihnen jedenfalls im Ansatz ausgehandelten Preise übertragbar.

Anschließend prüft das OLG, ob die Voraussetzungen der Angemessenheitskontrolle nach § 6 Abs. 2 EnWG vorliegen und verneint auch dies. Mit dem OLG Düsseldorf¹¹ - in einer Kartellverwaltungssache - sei der Senat der Ansicht, dass bei Einhaltung *guter fachlicher Praxis* der Preisbildung ein Missbrauch oder eine Diskriminierung begrifflich ausgeschlossen seien.¹² Damit sind die revisionsrechtlich relevanten Fragen gestellt. Trifft es zu, dass bei Netznutzungsverträgen das für die Netznutzung geschuldete Entgelt *nicht* durch den Netzbetreiber im Sinne der §§ 315, 316 BGB *bestimmt wird*? Trifft es darüber hinaus zu, dass die §§ 315, 316 BGB auch nicht *analog* anwendbar sind, weil es an einer *planwidrigen Regelungslücke* fehlt? Die Antwort auf diese Fragen ist in der Tat nicht ganz einfach, weil nach § 6 Abs. 1 EnWG im Jahre 1998 der *verhandelte Netzzugang* zum Prinzip erhoben wurde. Der Netzbetreiber muss sein Netz zu angemessenen Bedingungen dritten Unternehmen zur Verfügung stellen. Diesen Grundgedanken greift auch § 20 Abs. 1 EnWG-RegE 2004 auf. Dieselbe Verpflichtung ergibt sich aus §§ 19 Abs. 4 Nr. 2 und Nr. 4 GWB. Auf der einen Seite deuten diese Normen an, dass es so etwas wie einen Verhandlungsspielraum der Parteien bei der Festsetzung der Netznutzungsentgelte gibt, während auf der anderen Seite der Anspruch auf den Netzzugang zu angemessenen Bedingungen auf ein *gesetzliches Schuldverhältnis* hindeutet, dessen Ausgestaltung gerade darin besteht, den Inhaber des Netzes bei der Festlegung der Netznutzungsentgelte zu disziplinieren.

III. Die tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 315, 316 BGB

1. § 315 Abs. 1 oder § 316 BGB?

Soll die Leistung durch einen der Vertragsschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist (§ 315 Abs. 1 BGB). Ist demgegenüber der Umfang der für eine Leistung versprochenen *Gegenleistung* nicht bestimmt, so steht die Bestimmung im Zweifel demjenigen Teile zu, welcher die Gegenleistung zu fordern hat (§ 316 BGB).

¹¹ ZNER 2003, 247, 253.

¹² ZNER 2004, 398.

In der Literatur wird vertreten, dass beim Abschluss von Netznutzungsverträgen § 316 BGB zur Anwendung kommt. Derjenige, der für seine Leistung – hier: die Bereitstellung des Netzes zum Zwecke der Durchleitung – eine Gegenleistung zu fordern hat, deren Umfang nicht bestimmt ist, kann diese im Zweifel selbst bestimmen.¹³ Dabei wird allerdings das Wesen von § 316 BGB verkannt. Die Norm zielt darauf, bei gegenseitigen Verträgen, bei denen eine der zu erbringenden Leistungen umfangmäßig nicht festgelegt wurde und auch ein Bestimmungsberechtigter nicht bezeichnet ist, ein Leistungsbestimmungsrecht zuzuweisen.¹⁴ § 316 BGB kommt daher nicht zur Anwendung, wenn ein gegenseitiger Vertrag selbst das Leistungsbestimmungsrecht regelt und den Bestimmungsberechtigten bezeichnet.¹⁵ Mit Blick auf typische Netznutzungsverträge kann daher § 316 BGB keine Anwendung finden. Bei diesen Verträgen ist der Bestimmungsberechtigte, nämlich der Netzbetreiber, in jedem Falle bezeichnet. Typisch ist die Klausel, dass die Entgelte gemäß den *jeweils gültigen Preisblättern*, die der Netzbetreiber veröffentlicht, gelten. Fraglich kann demnach nur noch sein, ob diese Art der Preisklauseln ein *Leistungsbestimmungsrecht* im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB darstellen.

2. Der Tatbestand von § 315 BGB

a) Vertragsanbahnung - Vertragsschluss

Voraussetzung einer direkten Anwendung von § 315 Abs. 1 BGB ist, dass einer Partei im Vertrag das Recht zur Bestimmung der unbestimmt gebliebenen Leistung eingeräumt worden ist.¹⁶ Nach dem Wortlaut von § 315 Abs. 1 BGB soll die Leistung *durch einen der Vertragsschließenden bestimmt werden*. Damit wird dem einer jeden rechtsgeschäftlichen Erklärung immanenten *Bestimmtheitsgebot* nur¹⁷ deshalb genügt, weil die Bestimmung nach *billigem Ermessen* (arbitrium boni viri) zu treffen ist.¹⁸

In Teilen der Literatur, nicht allerdings in den Motiven zum BGB¹⁹, wird aus dem Wortlaut des § 315 Abs. 1, 1. Halbsatz, geschlossen dass die Norm von

¹³ Theobald/Zenke in: Schneider/Theobald, Einführung in das Energierecht, 2003, S. 976 (Rn. 10).

¹⁴ BGH BB 1978, 580; Staudinger-Rieble, BGB-Komm., 14. Aufl., § 316, Rn. 1; Soergel-Wolf, BGB-Komm., 12. Aufl., § 316, Rn. 1.

¹⁵ BGH BB 1978, 580; NJW-RR 1988, 970, 971.

¹⁶ Staudinger-Rieble, BGB-Komm., 14. Aufl., § 315, Rn. 1,4 ff; Soergel-Wolf, BGB-Komm., 12. Aufl., § 315, Rn. 8; RGRK-Ballhaus, BGB-Komm., 12. Aufl., § 315, Rn. 1.

¹⁷ Senf, Über Bestimmtheit, Bestimmbarkeit, Unbestimmtheit des Leistungsgegenstandes, JR 1932, 234; Staudinger-Rieble, aaO, § 315 Rn. 3 ff.

¹⁸ Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, Neudruck der Ausgabe Berlin 1899 im Jahre 1979 Scientia Verlag Aalen, Motive, §§ 353, 354, S. 105, 106.

¹⁹ Mugdan, aaO.

einem *bereits bestehenden Vertragsverhältnis* ausgehe, dass die Notwendigkeit zur Leistungsbestimmung und zur Ausübung des Bestimmungsrechtes folglich *zeitlich nach dem Vertragsschluss* liegen müsse.²⁰ Umgekehrt soll die auf § 315 BGB gegründete Billigkeitskontrolle nicht eingreifen, wenn noch *kein vertragliches Band* zwischen den Beteiligten besteht.²¹ Die von § 315 BGB angeordnete Leistungsbestimmung sei eine *nachträgliche*, sie diene der inhaltlichen Ausgestaltung eines schon abgeschlossenen Vertrages. Deshalb habe man § 315 für die Inhaltskontrolle von Verträgen, die vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes auf der Grundlage von Allgemeinen Geschäftsbedingungen geschlossen wurden, allenfalls *entsprechend* angewendet.²² *Lukes* hat argumentiert: „Der einer Billigkeitsprüfung zu unterwerfende Text war nicht nach, sondern schon vor dem Vertragsabschluss erstellt; zum Zeitpunkt seiner Einbeziehung in den Individualvertrag war dessen Inhalt nicht mehr bestimmungsbedürftig“.²³

Diese – einengende – Interpretation von § 315 Abs. 1 BGB entspricht allerdings weder dem Wortlaut der Norm, noch den Protokollen und Motiven zum BGB und den Grundsätzen zur Anbahnung von Schuldverhältnissen, wie sie schon bei Inkrafttreten des BGB in der Rechtsfigur der culpa in contrahendo anerkannt waren und heute in § 311 Abs. 1 BGB kodifiziert sind.

Der Wortlaut des § 315 Abs. 1 BGB stellt darauf ab, dass die Leistung „*durch einen der Vertragsschließenden bestimmt werden soll*“. Damit ist einerseits der Fall gemeint, dass ein Vertrag bereits geschlossen ist, aber andererseits auch der Fall umfasst, dass die Leistung durch einen der *den Vertrag gerade Schließenden* bestimmt werden soll. Soweit die *Essentialia Negotii* unbestimmt sind – insbesondere wie hier die Hauptleistungspflichten – geht es bereits um die Bestimmtheit des *Angebotes*: § 315 erlaubt es dem Verkäufer oder Käufer, bei dem Angebot den Kaufpreis offen zu lassen und statt dessen eine Leistungsbestimmung vorzuschlagen.²⁴ Der Wortlaut der Norm umfasst folglich auch die *Vertragsanbahnungsphase* und vermeidet auf diese Weise eine *künstliche Aufspaltung* des Vertrages in die Zeit des rechtsgeschäftlichen Kontaktes bis zum Vertragsabschluss einerseits und in die Zeit nach Vertragsabschluss andererseits. Eine solche künstliche Aufspaltung des

²⁰ *Soergel-Wolf*, aaO., § 315, Rn. 8; *RGRK-Ballhaus*, aaO., § 315, Rn. 1; a.A. *Staudinger-Rieble*, aaO, 315 Rn. 5.

²¹ RGZ 124, 81, 84; BGHZ 55, 248, 250.

²² In der Rechtsprechung ist die Orientierung an § 315 vereinzelt geblieben, vgl. BGHZ 38, 183, 186.

²³ NJW 1963, 1898.

²⁴ *Andreas von Tuhr*, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II, 1, S. 460 f., München/Leipzig 1914; *Staudinger-Rieble*, aaO, § 315 Rn. 5.

Vertrages vermeiden auch die Motive zum BGB.²⁵ Zu § 353, 354 – den heutigen §§ 315, 316, heißt es: „Die Bestimmung der Leistung kann nicht der Willkür des Schuldners überlassen werden. Es fehlte solchen Falls an der Verpflichtung des Schuldners, einem *Essentiale* des Vertrages. Wohl aber kann durch den Vertrag die Bestimmung einer Vertragsleistung auf das Ermessen eines der Kontrahenten gestellt werden. Im Interesse der Aufrechterhaltung derartiger Verträge und der vermuthlichen Parteiintention entsprechend stellt der § 353 Abs. 1 die Interpretationsregel auf, daß, falls nach dem Inhalte des Vertrages eine Leistung von dem einen der Vertragsschließenden bestimmt werden soll, die Bestimmung nach billigem Ermessen (*arbitrium boni viri*) zu treffen habe“.

Aus diesen Erwägungen folgt, dass der Gesetzgeber die Anbahnung des Vertrages in den Regelungsbereich des heutigen § 315 Abs. 1 BGB mit einbezogen hat. Denn andernfalls würde es in diesem Stadium des sich anbahnenden Vertragsschlusses an einer Bestimmung der Leistung durch den Gläubiger, und damit an einem *Essentiale* des Vertrages, fehlen und somit der Vertrag insgesamt nicht zustande kommen. Genau so war es im später gestrichenen § 352 BGB, der den heutigen § 315 ff. BGB als Einleitung voranging auch noch geregelt:²⁶ „Ist die Leistung, welche den Gegenstand des Vertrages bilden soll weder bestimmt bezeichnet noch nach den im Vertrage enthaltenen Bestimmungen zu ermitteln, so ist der Vertrag nichtig“. Entscheidend ist, dass die Leistung, die *zukünftig* den Gegenstand des Vertrages bilden soll, bestimmt sein muss. Damit ist die Vertragsanbahnungsphase gemeint, denn in dieser Phase entscheidet sich, ob die Leistung nach Art und Umfang, sowie Grund und Höhe auf einen hinreichend bestimmbareren Parteiwillen verweist, oder ob demgegenüber ein versteckter Dissens (§ 154 BGB) vorliegt.²⁷

Hiervon abgesehen würde die künstliche Abspaltung der Vertragsanbahnungsphase dem Schuldner die Möglichkeit eröffnen, durch Vorverlegung der einseitigen Leistungsbestimmung sich der Billigkeitskontrolle zu entziehen und damit das Umgehungsverbot zu verletzen.²⁸ Schließlich waren aber die von *Jhering* bereits im Jahre 1861 entwickelten Grundsätze zu vorvertraglichen Schuldverhältnissen (*culpa in contrahendo*)²⁹ bei In-Kraft-

²⁵ *Mugdan*, aaO, S. 105 f.

²⁶ Protokolle I 464.

²⁷ *Staudinger-Rieble*, aaO, § 315 Rn. 3 ff.

²⁸ *Okko Behrends*, Die *fraus legis*, 1982; heute ist das Umgehungsverbot z.B. in § 506 BGB ausdrücklich kodifiziert.

²⁹ *Jhering*, *Culpa in contrahendo* oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 4, 1861.

Treten des BGB anerkannt. Der Gesetzgeber hat sie mit der Schuldrechtsreform seit dem 1. Januar 2002 erstmals im BGB ausdrücklich kodifiziert (§ 311 Abs. 1 BGB). Auf sich anbahnende Schuldverhältnisse waren und sind die für Schuldverhältnisse geltenden Regeln des BGB unmittelbar und unverkürzt anwendbar. Auch daraus folgt, dass § 315 Abs. 1 BGB keinesfalls in eine Vertragsanbahnungsphase und in eine Zeit nach dem eigentlichen Vertragsschluss aufgespalten werden kann.

Gerade mit Blick auf die Entgeltgestaltung bei Netznutzungsverträgen würde eine entgegenstehende Auffassung zu in sich widersprüchlichen und systematisch nicht mehr nachzuvollziehenden Ergebnissen führen. Der Netzbetreiber veröffentlicht nämlich im Internet die jeweils gültigen *Preisblätter*. Nach der im Netzrecht üblichen Diktion ist das jeweils veröffentlichte Preisblatt gültig, und zwar so lange, bis ein anderes Preisblatt durch Veröffentlichung *in Kraft tritt*. Diese, aus der Gesetzgebungs- und Verordnungssprache entlehnte, Wortwahl belegt, dass derjenige, der beabsichtigt, einen Netznutzungsvertrag zu schließen, die jeweils *gültigen Preise* aus dem Preisblatt entnehmen kann und muss. Die Bestimmung des Preises erfolgt über dieses Preisblatt durch den Netzbetreiber, und zwar sowohl vor Vertragsschluss als auch in der Anbahnungsphase und fortwirkend sodann nach Vertragsschluss. Für die Zeit nach dem Vertragsschluss behält sich der Netzbetreiber vertraglich das Recht vor, das jeweils gültige Preisblatt zu ändern und durch ein neues, danach gültiges, zu ersetzen.

Diejenigen, die meinen, dass § 315 Abs. 1 BGB nur auf solche Leistungsbestimmungsrechte anzuwenden ist, die *nach Vertragsschluss* ausgeübt werden, würden die Norm auf dieses Leistungsbestimmungsrecht des Netzbetreibers anzuwenden haben. Mit Blick auf das *bei Vertragsschluss* gültige Preisblatt, hätten die Vertreter dieser Auffassung nun allerdings ein Problem – dieses Preisblatt würde nämlich nicht unter den Anwendungsbereich des § 315 Abs. 1 BGB fallen. 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 zu Recht hinweisen – dazu führen, dass der Vertrag als Ganzes nicht zu Stande kommt, weil es an einer Leistungsbestimmung durch den Gläubiger (Netznutzer/Händler) vor Vertragsschluss und somit am hinreichend bestimmten Willen für einen darauf aufbauenden Konsens fehlt.

Diese Erwägungen zeigen, dass § 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 in eine nach Vertragsschluss liegende Anwendungsphase aufzuteilen ist. Vielmehr umfasst die Norm Vertragsverhältnisse in ihrer Gesamtheit und damit von der Anbahnungsphase über den Vertragsschluss bis zur Abwicklungsphase.

b) Die Einräumung des Leistungsbestimmungsrechts

Die Bestimmung der Leistung kann, so heißt in den Motiven, nicht der Willkür des Schuldners überlassen werden.³⁰ In einem solchen Fall würde nämlich der Schuldner sowohl die Leistung als auch die Gegenleistung bestimmen – es würde an einem Essentiale des Vertrages fehlen.³¹ Im Interesse der Aufrechterhaltung derartiger Verträge und der vermutlichen Parteiintention entsprechend, stellt § 315 Abs. 1 BGB die Interpretationsregel auf, dass, falls nach dem Inhalt des Vertrags eine Leistung von einem der Vertragsschließenden bestimmt werden soll, er die Bestimmung nach billigem Ermessen (*arbitri boni viri*) zu treffen habe. Eine der Billigkeit nicht entsprechende Bestimmung ist nicht die vertragsmäßige. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen (§ 315 Abs. 3 BGB).

Das Leistungsbestimmungsrecht kann sowohl durch Vertrag wie durch Gesetz eingeräumt werden.³² Das Bestimmungsrecht kann ausdrücklich vereinbart sein, es kann sich aber auch aus den Umständen ableiten, sowie nach Art und Zweck des Schuldverhältnisses als stillschweigend vereinbart anzusehen sein.³³ Ferner kann das Bestimmungsrecht durch Auslegung und durch ergänzende Auslegung anzunehmen sein.³⁴ Die Einräumung eines Bestimmungsrecht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ist nur bei Vorliegen eines berechtigten Interesses wirksam. Dazu gehört grundsätzlich, dass das Bestimmungsrecht nach Voraussetzung und Umfang konkretisiert ist.³⁵ Ansonsten ist es nach § 307 BGB unwirksam.³⁶ Von einer Leistungsbestimmung kann nur dann die Rede sein, wenn sie unmittelbar die Änderung des unbestimmten Leistungsinhaltes in einen bestimmten Leistungsinhalt durch einseitigen Akt herbeiführt.³⁷ Das

³⁰ *Mugdan*, aaO., S. 105.

³¹ Motive, *Mugdan*, aaO., S. 105; so auch der später gestrichene § 352 (Prot. I 464), v. *Tuhr*, aaO II, 1, 460.

³² *Soergel-Wolf*, aaO., § 315, Rn. 14.

³³ RGZ 90, 29; BGH NJW 1981, 1959.

³⁴ BGH NJW 1984, 1177, 1179.

³⁵ BGH WM 1985, 127, 128; BGH ZIP 1986, 698.

³⁶ BGH NJW 1983, 1603; 1984, 1182, 1183.

³⁷ *Soergel-Wolf*, aaO., § 315, Rn. 31.

Bestimmungsrecht ist ein Gestaltungsrecht, weil es den Leistungsinhalt von Rechten und Pflichten unmittelbar festlegt bzw. ändert.³⁸ Die Tatsache, dass die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen zu erfolgen hat, ändert an der Rechtsnatur des Bestimmungsrechtes als Gestaltungsrecht nichts, da auch bei der Bindung an ein billiges Ermessen des Leistungsinhaltes nicht von vornherein feststeht.³⁹ Wäre es anders, so würde der Leistungsbestimmungsvorbehalt zu der Verpflichtung führen, den „gerechten Preis“ zu ermitteln.⁴⁰

Umgekehrt kann von einem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht im Sinne eines Gestaltungsrechtes keine Rede sein, wenn die Parteien, wie beim gegenseitigen Vertrag üblich, über den Inhalt der Leistung verhandeln und schließlich unter Berücksichtigung der individuellen Vor- und Nachteile eine, dem jeweiligen Einzelfall angemessene Einigung über Leistung und Gegenleistung treffen. Dabei kann die einem der Vertragsteile überlassene Bestimmung den gesamten Inhalt der Leistung, die Art der Leistung, etwa die Höhe der auf einen dem Umfang nach feststehende Verpflichtung zu leistenden Raten⁴¹, den Umfang der Leistung⁴², etwa die Höhe einer dem Betrage nach nicht festgelegten betrieblichen Altersversorgung⁴³ oder auch nur einzelne Leistungsmodalitäten, etwa die Leistungszeit, betreffen.⁴⁴ Die Bestimmung einer Leistung kann auch in der einem Vertragspartner überlassenen Anpassung der im Vertrag festgelegten wiederkehrenden Leistungen an geänderte Verhältnisse liegen.⁴⁵

Die Vereinbarung, die das Bestimmungsrecht dem *Schuldner* der zu erbringenden Leistung überträgt, macht die Bestimmung zu einem Teil seiner Schuldnerverpflichtung. Der Gläubiger kann daher Bestimmung und bei Verzug des Schuldners (§ 286 BGB) Ersatz des ihm daraus entstehenden Schadens verlangen (§ 280 BGB). Wenn der Schuldner die Bestimmung der Leistung nach billigem Ermessen verzögert, so kann der Gläubiger nach § 315 Abs. 3 BGB das Gericht anrufen und die Leistung durch das Gericht bestimmen lassen.⁴⁶

In den hier zu beurteilenden Fällen geht es um Netznutzungsverträge für die Lieferung von Strom. Der Kunde zahlt dem Netzbetreiber für die Leistung

³⁸ allg. M. *Staudinger-Rieble*, aaO, § 315 Rn. 73.

³⁹ *Soergel-Wolf*, aaO., Rn. 31; Münch-Komm.-*Söllner*, BGB-Komm., 3. Aufl., § 315, Rn. 1; BGHZ 18, 149, 152; BAG DB 1978, 212; BGH BB 1971, 1175, 1176.

⁴⁰ Dagegen zu Recht: BGH BB 1971, 1175, 1176.

⁴¹ RG JW 1912, 73.

⁴² RG JW 1936, 3111.

⁴³ BAG NJW 1973, 1946, 1947.

⁴⁴ RGZ 64, 114, 116; RG JW 1912, 73; 1937, 1401.

⁴⁵ BGH NJW 1962, 1393; 1967, 830; 1974, 1464.

⁴⁶ RGRK-*Ballhaus*, aaO., § 315, Rn. 7.

Netznutzung nach dem geschlossenen Vertrag „Entgelte gemäß den jeweils gültigen Preisregelungen“.⁴⁷ Nach dem Händlerrahmenvertrag z.B. der BEWAG, gehören die Preisblätter Netznutzung Privat- und Gewerbekunden sowie Geschäftskunden zu den Bestandteilen des Vertrages (§ 1 Abs. 2). In den Preisblättern heißt es jeweils am Schluss unter dem Stichwort *Gültigkeit*: Die Preise treten zum ... (hier wird ein bestimmtes Datum genannt) in Kraft. In § 8, der dem Vertrag beigefügten allgemeinen Bedingungen heißt es: *Die BEWAG rechnet das Netznutzungsentgelt in der Regel jährlich ab*. Bereits während des Abrechnungsjahres sind vom Lieferanten Zahlungen zu leisten, und zwar bei Geschäftskunden aufgrund monatlicher, vorläufiger Rechnungen, die die monatlichen Ablesungen zur Grundlage haben. Bei Privat- und Gewerbekunden sind Abschlagszahlungen zu leisten, deren Anzahl und Höhe von der Bewag festgelegt werden.

Ein wie auch immer gearteter Verhandlungsspielraum besteht bei dieser Bestimmung der Netznutzungsentgelte nicht. Vielmehr bestimmt der Netzbetreiber (Schuldner der Leistung) durch Veröffentlichung der Preisblätter den jeweils für die Netznutzung geschuldeten Preis. Es liegt also genau die Situation vor, die in den Motiven zum BGB beschrieben wird: Die Vertragsparteien vereinbaren, dass der Schuldner der Leistung (Netzbetreiber) durch Veröffentlichung von Preisblättern die Gegenleistung (den Preis für die Netznutzung) einseitig bestimmt. Als Äquivalent ordnet § 315 Abs. 1 BGB an, dass die Preisbestimmung nach *billigem Ermessen* zu treffen ist. Würde § 315 Abs. 1 BGB diese Anordnung nicht treffen, so würde es an einem *Essentiale des Vertrages* und damit an einer Wirksamkeitsvoraussetzung fehlen – der Vertrag wäre insgesamt nichtig.⁴⁸ Die Tatsache, dass Netzbetreiber gegenüber Netznutzern ein vertragliches Leistungsbestimmungsrecht beim Preis für die Netznutzung durchsetzen, hängt vor allem damit zusammen, dass Netzbetreiber über ein *natürliches Monopol* verfügen. Natürliche Monopole sind dadurch gekennzeichnet, dass der Monopolpreis ausnahmsweise niedriger als jeder denkbare Wettbewerbspreis ist. Das hängt bei Stromnetzen mit den hohen Kosten für den Parallellitungsbau zusammen. Umgekehrt resultiert aus der Tatsache, dass Stromnetze natürliche Monopole sind, die Möglichkeit vertraglich ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB durchzusetzen. Nach den in der Praxis gebräuchlichen Händlerrahmenverträgen kann also kein Zweifel daran sein, dass die Leistung

⁴⁷ So die Formulierung im Lieferantenrahmenvertrag zur Netznutzung sowie zur Belieferung von Kunden im Netz der GEW Rheinenergie AG, Ziff. 9.1.

⁴⁸ So hieß es noch in § 352 (Prot. I 464), der ursprünglich den § 315 ff. als Einleitung vorausgehen sollte. Er wurde gestrichen, nicht weil er inhaltlich falsch war, sondern weil er ein Prinzip formulierte, das ohnehin gilt.

(der Preis für die Netznutzung) durch einen der Vertragsschließenden (den Netzbetreiber) bestimmt werden soll. Damit ist ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht in diesen Fällen ausdrücklich vereinbart. Der später noch zu vertiefende Rückgriff auf die *Monopolfälle*⁴⁹ unterstreicht und bekräftigt dieses Ergebnis nur.⁵⁰

Dies würde selbst dann gelten, wenn die geschlossenen Netznutzungsverträge das einseitige Leistungsbestimmungsrecht nicht ausdrücklich enthalten würden. In einem solchen Fall würde sich das Leistungsbestimmungsrecht zugunsten des Netzbetreibers aus der Natur des Netzbetriebs als natürlichem Monopol ableiten.⁵¹ Der Netzbetreiber müsste den Preis für die Netznutzung gegenüber jedem Kunden schon deshalb bestimmen, weil individuelle Abweichungen gegenüber ansonsten gleichen Kunden oder Kundengruppen innerhalb der Spannungsebenen (Hochspannung – Mittelspannung – Niederspannung) bei einem Monopol automatisch diskriminierend sind.⁵² Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Vereinbarung eines überhöhten Preises im Regelfall sogar sittenwidrig im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB, wenn sie auf der Ausnutzung einer Monopolstellung gegenüber einem Partner beruht, der auf den Geschäftsverkehr mit dem Monopolisten angewiesen ist.⁵³

Dies zeigt, dass in Netznutzungsverträgen, wie sie heute typischerweise geschlossen werden, den Netzbetreibern das Recht eingeräumt wird, die Höhe des Netznutzungsentgeltes sowohl bei Vertragsschluss als auch während der Vertragslaufzeit einseitig zu bestimmen.⁵⁴ Die Einräumung dieses einseitigen Leistungsbestimmungsrechts entspricht zugleich der Natur und dem Wesen des Netznutzungsvertrages, der auf einem *natürlichen Netzmonopol* beruht. Auf der einen Seite kennt nur der Netzbetreiber die Kosten für das Errichten des Netzes, seine Instandhaltung, Erweiterung und Modernisierung und auf der anderen Seite muss der Netzbetreiber als natürlicher Monopolist den aus dem Gedanken der Vertragsgerechtigkeit gefilterten Gleichbehandlungsgrundsatz des Bürgerlichen Rechts als Ausprägung des Äquivalenzprinzips beachten und folglich gleiche Kundengruppen auf gleicher Spannungsebene sowohl beim Arbeits- als auch beim Leistungspreis gleichbehandeln. § 315 Abs. 1 BGB findet folglich auf die Bestimmung der jeweiligen Netznutzungsentgelte unmittelbar Anwendung. Das war übrigens auch vor der Liberalisierung der

⁴⁹ RGZ 111, 310, 313; BGH NJW-RR 1990, 1204; NJW-RR 1992, 183.

⁵⁰ so auch im Ergebnis, wenn gleich mit etwas anderer Begründung: *Baur/Henk-Merten*, Entgeltfindung unter Kontrahierungszwang 2003, zusammenfassende Thesen ab S. 13.

⁵¹ so auch *Baur/Henk-Merten*, aaO, These 1, S. 13.

⁵² RGZ 111, 310, 313.

⁵³ BGH BB 1971, 1177; NJW 1976, 710, 711; NJW 1998, 3188, 3191.

⁵⁴ wie hier: *Baur/Henk-Merten*, aaO These 1, S. 13.

Energiemärkte, also vor dem 28. April 1998, für Stromlieferungsverträge ganz allgemein anerkannt.⁵⁵ Auf diese frühere Rechtsprechung kommt es auch heute noch an, da im liberalisierten Strommarkt nur die Preise für Energie nicht aber die Preise für die Netznutzung im Wettbewerb gebildet werden.⁵⁶

c) Der verhandelte Netzzugang

Fraglich könnte allenfalls sein, ob die unmittelbare Anwendung des § 315 Abs. 1 BGB auf die Bestimmung von Netznutzungsentgelten durch das Prinzip des *verhandelten Netzzugangs*, wie es in § 6 EnWG verankert ist, in Frage gestellt wird. Auf den ersten Blick erscheint dies nicht abwegig, denn nach § 6 EnWG wird der Zugang zum Netz zwischen Netzbetreiber und Zugangspetent *frei ausgehandelt*. Allerdings muss der Netzbetreiber den Netzzugang zu *angemessenen, diskriminierungsfreien Bedingungen* zur Verfügung stellen und damit strukturell genau das tun, was nach § 315 Abs. 1 BGB von demjenigen verlangt wird, der über ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht verfügt. Schaut man sich § 6 EnWG einmal etwas genauer an, so wird schnell klar, dass der Gesetzgeber mit dieser Norm gerade jene dogmatischen Zweifel ausräumen wollte, die bereits § 315 BGB zugrunde lagen. Auch mit Blick auf den Netzzugang sollte es zu Verhandlungslösungen kommen. Problematisch war aber, dass der Netzbetreiber als Inhaber eines natürlichen Monopols den Preis für seine Leistung und damit die Bestimmung der Gegenleistung in der Hand hielt. Grundprinzip der bürgerlich-rechtlichen Privatautonomie ist es aber, dass die „Bestimmung der Leistung nicht der Willkür des Schuldners überlassen“ werden kann.⁵⁷ Würde nämlich der Schuldner (hier: der Netzbetreiber) sowohl die Leistung (Zurverfügungstellung des Netzes) als auch die Gegenleistung (Entgelt für die Netznutzung) bestimmen, so würde es an einer privatautonomen Verpflichtung des Zugangspetenten, und damit an einem Essentiale des Vertrages, fehlen.⁵⁸ Zur Lösung dieses Problems hat der Gesetzgeber in § 315 zwei Regeln aufgestellt: Vertragliche Vereinbarungen sind auch dann bindend, wenn eine Vertragspartei (z.B. der Schuldner der Leistung) ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht hat (1), sofern er sich bei der Leistungsbestimmung im Rahmen der *Billigkeit* hält (2).

⁵⁵ Namentlich im Hinblick auf eine Preisfestsetzung bei Lieferungen während eines *vertragslosen Zustandes* an Sonderabnehmer; dazu BGH LM Nr. 12 zu § 315; BGH NJW 1983, 1777; *Mälzer*, BB 1972, 1165; ders., Das Recht der Energielieferungsverträge 1976, 91; *Kunth* BB 1978, 178; *Krieg* RdE 1986, 178; zur Anwendbarkeit auf Tarifabnehmerverträge, OLG Celle, NJW-RR 1993, 630.

⁵⁶ dies übersieht *Staudinger-Rieble*, aaO, § 315 Rn. 51, bei seiner ansonsten zutreffenden Einschätzung, dass § 315 BGB nach der Liberalisierung keine Rolle mehr spielen kann, weil die Kunden den Stromversorger, aber nicht den Netzbetreiber, frei wählen können.

⁵⁷ Motive in: *Mugdan*, aaO., S. 105.

⁵⁸ Motive in: *Mugdan*, aaO., S. 10; wie hier: *Staudinger-Rieble*, aaO, § 315 Rn. 3 ff.

Diese zwei Grundregeln mussten konsequenterweise in das System des *verhandelten Netzzugangs* nach § 6 EnWG verlängert werden, um auch dort zu wirksamen bürgerlich-rechtlichen Verträgen zu kommen. § 6 EnWG ist folglich nichts anderes als die Übertragung von § 315 BGB in ein sektorspezifisches Gesetz. Verhandelter Netzzugang bedeutet, dass einer der beiden Vertragsparteien (hier: dem Netzbetreiber) das einseitige Leistungsbestimmungsrecht beim Netznutzungsentgelt zugewiesen wird. Die aus dieser Zuweisung resultierende *gestörte Vertragsparität* führt ausnahmsweise nicht zur Nichtigkeit des Vertrages, sondern zur Verpflichtung des Netzbetreibers, den Netzzugang zu angemessenen und diskriminierungsfreien Bedingungen zu gewähren.

Damit erweist sich § 6 EnWG als Unterfall der in § 315 BGB verankerten Billigkeitskontrolle bei gestörter Vertragsparität wegen einseitigem Leistungsbestimmungsrecht. Der Netzzugang wird – wie dies notwendigerweise bei allen Verträgen im Sinne des § 315 BGB der Fall ist – tatsächlich verhandelt. Die Verhandlungen betreffen z.B. die Spannungsebene, die Spitzenlast (wichtig für den Arbeitspreis), den wahrscheinlichen Umfang der bezogenen kWh (wichtig für den Leistungspreis), aber sie betreffen nicht die Höhe des Netznutzungsentgeltes auf der Grundlage der durch Verhandlung zuvor festgelegten Rechnungsparameter. Die Bestimmung des Netznutzungsentgeltes obliegt auch beim verhandelten Netzzugang im Sinne des § 6 EnWG dem Netzbetreiber. Das kann und darf auch nicht anders sein, weil der Netzbetreiber Inhaber eines *natürlichen Monopols* ist und als solcher verpflichtet ist, gleiche Kundengruppen bei gleichen Abnahmemerkmalen gleich zu behandeln. Dieser, für das Bürgerliche Recht ungewöhnliche *Gleichbehandlungsgrundsatz*, ist der Tatsache geschuldet, dass ein Netzbetreiber über eine knappe Ressource verfügt, die im Wettbewerb nicht vervielfältigungsfähig ist und folglich nach den Grundsätzen der Vertragsparität ausnahmsweise den Nachfragern *zugeteilt* werden muss. Daraus aber folgt, dass eine *individuelle Vereinbarung* über das Netznutzungsentgelt automatisch rechtswidrig, weil gegenüber anderen Netznutzern diskriminierend wäre. Dies ist umgekehrt der Grund dafür, dass § 6 EnWG – ebenso wie § 315 BGB – die Diskriminierungsfreiheit trotz vorangegangener Verhandlungen ausdrücklich anordnen muss.⁵⁹

⁵⁹ Diese Zusammenhänge verkennt *Schulz-Gardyan*, Gerichtliche Billigkeitskontrolle von Netznutzungsentgelten nach § 315 Abs. 3 BGB?, RdE 2003, 9, 12; ebenso wie das OLG Jena, RdE 1998, 122 = ZNER 1998, 65, m.Anm. *Schwintowski*.

Nur zur Klarstellung ist darauf hinzuweisen, dass § 6 EnWG in der ihm eigentümlichen, besonderen energiewirtschaftlichen Zielrichtung neben § 315 BGB anwendbar ist, wie der BGH mit Blick auf das damals in Kraft befindliche EnWG entschieden hat.⁶⁰ Darauf wird auch in der Literatur zu Recht hingewiesen.⁶¹ Zur Begründung wird präzisiert, dass sich § 6 EnWG nur an Unternehmen, nicht aber an natürliche Personen wendet. Außerdem baut § 6 EnWG auf einem wettbewerblichen Ausgleich auf. Dem BGB ist dagegen eine allgemeine Billigkeitskontrolle immanent.

Darüber hinaus ist zu betonen, dass § 315 Abs. 1 BGB auf juristische wie natürliche Personen gleichermaßen Anwendung findet. Das kann nicht anders sein, denn auch dann, wenn juristische Personen miteinander einseitige Leistungsbestimmungsrechte vereinbaren, hängt die Wirksamkeit des Vertrages von der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB ab. Deshalb sind Überlegungen, *Handelsgesellschaften*⁶² oder Wettbewerber⁶³ aus dem Schutzbereich des § 315 BGB herauszunehmen, abwegig, denn dies würde dazu führen, dass die Netznutzungsverträge *nichtig* wären.

3. Tarifbindung – Interimsfälle

a) Tarifbindungen

Bleibt die Frage, ob die Tarifbindungsfälle, die in der Vergangenheit entschieden wurden, mit den vorstehend entwickelten Grundsätzen in Einklang zu bringen sind. Im Zusammenhang mit der Tarifreform der Deutschen Telekom AG vom 01.01.1996 hat der BGH darauf hingewiesen, dass in der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit langem anerkannt ist, dass die Tarife von Unternehmen, die Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfalle angewiesen ist, grundsätzlich der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB unterworfen sind.⁶⁴ Dabei trifft denjenigen, der Entgelte einseitig festgesetzt hat, die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass seine Leistungsbestimmung der Billigkeit entspricht.⁶⁵ Hieran anknüpfend hat das KG am 10. April 2002 entschieden, dass § 315 BGB grundsätzlich auf Tarifverträge von Unternehmen der Daseinsvorsorge anwendbar ist.⁶⁶ Die Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3

⁶⁰ BGHZ 41, 271,279; NJW-RR 1992, 183= RdE 1992, 74, 76.

⁶¹ *Staudinger-Mader*, BGB-Komm., 13. Aufl., § 315, Rn. 41; *Soergel-Wolf*, § 315, Rn. 66 (jeweils zu dem alten § 26 GWB [heute § 20]).

⁶² OLG Karlsruhe, ZNER 2004, 397 m. Anm. Boos.

⁶³ LG Köln, ZNER 2004, 400.

⁶⁴ BGHZ 115, 311, 316 = NJW 1992, 171 m.w.N.; BGH NJW 1998, 3188, 3191.

⁶⁵ BGHZ 115, 311, 322 f.; BGH NJW 1998, 3188, 3198.

⁶⁶ ZNER 2002, 209; BGHZ 73, 114.

BGB ist auch trotz einer behördlichen Krankenhausgenehmigung notwendig.⁶⁷ Die Genehmigung ändert nämlich nichts an dem privatrechtlichen Charakter der einseitigen Leistungsbestimmung.⁶⁸

Die Fälle, um die es hier geht, sind dadurch gekennzeichnet, dass Unternehmen Tarife zur Daseinsvorsorge — meist auf der Grundlage gesetzlicher Vorgaben — bilden. Die einseitigen Leistungsbestimmungen beruhen in diesen Fällen auf Gesetz und nicht etwa auf entsprechender Anwendung von § 315 Abs. 1 BGB, wie das OLG Karlsruhe fälschlicherweise unterstellt.⁶⁹ Die Tarifentgelte der Telekom wurden damals noch vom Bundesministerium für Post und Telekommunikation genehmigt. Die vom KG untersuchten Stromentgelte betrafen den Zeitraum 1990 bis 1999. Auch diese Entgelte waren durch die zuständige Landesbehörde ausdrücklich genehmigt (§ 12 BTOElt). Die Fälle bestätigen folglich die oben entwickelten Grundsätze für den Fall eines *gesetzlich angeordneten* Leistungsbestimmungsrechtes.

b) Interimsfälle

Auch die *Interimsfälle* bestätigen die bisherigen Überlegungen in vollem Umfang. Paradigmatisch ist der Fall, den der BGH am 02.10.1991 zu entscheiden hatte.⁷⁰ In jenem Fall ging es um den Strombezug der Stadtwerke Hagen. Der überregionale Versorger hatte den Stromlieferungsvertrag mit Wirkung 30.09.1985 wirksam gekündigt, belieferte die SW Hagen jedoch weiter mit Strom. Verhandlungen über einen neuen Vertrag blieben erfolglos. Die Parteien stritten darüber, ob der vom EVU nach Auslaufen des ursprünglichen Stromlieferungsvertrages verlangte Preis *billigem Ermessen* entsprach. Der BGH ist — zutreffend — zunächst davon ausgegangen, dass zwischen den Parteien trotz der wirksamen Kündigung des Vertrages zum 30.09.1985 ein wirksamer Stromliefervertrag bestand. Dieser Vertrag, der für das *Interimsverhältnis* galt, ist, ohne dass dies der BGH im Einzelnen entwickelt und dargelegt hat, durch konkludentes Handeln, nämlich durch das Liefern und Entnehmen von Strom, zustande gekommen.⁷¹ Das Interimsverhältnis darf also nicht mit einem *vertragslosen Zustand* verwechselt werden. Vielmehr wurde das Interimsverhältnis durch einen konkludent geschlossenen Stromliefervertrag

⁶⁷ BGHZ 73, 114, 116.

⁶⁸ So auch BGH vom 27.10.1972, LM LuftVZO Nr. 2 = MDR 1973, 999.

⁶⁹ Entscheidungsgründe S. 6, vgl. auch die Nachweise bei MünchKomm-Gottwald, BGB-Komm. 4. Aufl., § 315 Rn. 22.

⁷⁰ NJW-RR 1992, 183; dazu *Schwintowski*, Konzepte der Monopolpreiskontrolle am Beispiel eines Energieversorgungsunternehmens, BB 1996, 1673.

⁷¹ BGH NJW-RR 1992, 183, 184 (Ziff. 2.a), „für **Verträge**, die — wie hier — die Lieferung in elektrischer Energie zum Gegenstand haben, ...“.

ausgefüllt – allerdings war für diesen Vertrag der Umfang der für eine Leistung (Stromlieferung) versprochenen Gegenleistung (Strompreis) nicht bestimmt. Konsequenterweise wandte der BGH § 316 BGB an und entschied, dass die Bestimmung der Gegenleistung (Strompreis) dem stromliefernden EVU oblag und dass sich dieses folglich an die Billigkeitsgrundsätze des § 315 BGB zu halten hätte.

Der BGH hat § 316 BGB allerdings nur *entsprechend* angewandt, obwohl ein Fall vorlag, in dem man die Norm hätte unmittelbar und direkt anwenden müssen. An die Stelle des vertraglich vereinbarten Leistungsbestimmungsrechtes war durch die Kündigung zum 30.09.1985 ein Interimsvertrag getreten, der ein solches einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zugunsten des EVU nicht mehr enthielt. Auch der Umfang der zu bestimmenden Gegenleistung (Strompreisinterimsverhältnis) war offen, d.h., die Voraussetzungen zur unmittelbaren Anwendung des § 316 BGB lagen vor. Hiervon abgesehen bestätigt gerade dieser Fall, dass die Überprüfung von Strompreisen (heute Netznutzungsentgelten) nach § 315 BGB gerade neben der Überprüfung nach öffentlich-rechtlichen Normen (z.B. § 12 BTO/Elt) oder § 6 EnWG oder § 19 GWB in Betracht kommt. Der BGH verweist ausdrücklich darauf, dass die Grenzen des allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchsverbots (heute § 19 Abs. 4 Nr. 2-4 GWB) und des Diskriminierungsverbotes (heute § 20 Abs. 2 GWB und § 6 EnWG) nicht mit den Grenzen der Billigkeitsentscheidung nach § 315 BGB zusammenfallen.⁷² Dies ändert nichts daran, dass die Prüfung unter den verschiedenen Vorschriften im einzelnen Fall oft zu dem gleichen Ergebnis führen könne.⁷³

4. Billigkeitsprüfungsmaßstäbe des Bundesverfassungsgerichts

In diesem Zusammenhang ist auf einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes vom 28. Dezember 1999 hinzuweisen.⁷⁴ In jener Entscheidung ging es darum, ob Prämien erhöhungen in einer privaten Krankenversicherung, die auf der Grundlage eines gesetzlich geregelten Treuhänderverfahrens vorgenommen wurden, durch die ordentlichen Gerichte nach § 315 BGB nachzuprüfen sind. Unter den Zivilgerichten bestand Uneinigkeit über Art und Ausmaß der Überprüfung einseitiger Prämien erhöhungen dieser Art.⁷⁵ Das Bundesverfassungsgericht stellte klar, dass

⁷² So schon BGHZ 41, 271, 279 = NJW 1964, 1617; NJW-RR 1992, 183, 185 = RdE 1992, 74, 76.

⁷³ BGHZ 41, 271, 279.

⁷⁴ VuR 2000, 108 ff., m.Anm. Schwintowski.

⁷⁵ Dafür OLG Hamm, VersR 1993, 1342 ff.; dagegen OLG Köln, VersR, 87, vermittelnd KG, KG-Rp Berlin 1999, 129 f.

einseitige Prämien erhöhungen durch ein Versicherungsunternehmen einer wirkungsvollen richterlichen Kontrolle durch die ordentlichen Gerichte unterworfen sein müssen. Dies gelte auch dann, wenn ein Treuhänder zwischengeschaltet werde. Ausgehend von diesen Grundsätzen hat der BGH am 16. Juni 2004⁷⁶ die Voraussetzungen und Berechnungsmaßstäbe für eine Prämienanpassung durch den Krankenversicherer durch die ordentlichen Gerichte entwickelt. Wegen der besonderen gesetzlichen Vorgaben gegenüber dem Treuhänder (§ 12b Abs. 1 VAG) genügt dem BGH eine bloße Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB nicht – er ist der Auffassung, dass die vorzunehmende Kontrolle der Prämienhöhung darauf zu erstrecken ist, ob die Anpassungsvoraussetzungen gegeben sind. Ist das der Fall, so sei der Umfang der Prämienhöhung gerichtlich voll zu überprüfen. Der Versicherer habe folglich die Berechtigung der Prämienhöhung darzulegen und zu beweisen.⁷⁷

In der privaten Krankenversicherung sind die ordentlichen Gerichte also gehalten, nach Meinung des BGH den *richtigen Preis* zu ermitteln. Mit Blick auf Netznutzungsentgelte, um die es hier geht, geht es um eine *Billigkeitskontrolle* und somit – entgegen der Einschätzung des OLG Karlsruhe⁷⁸ – gerade nicht um die Bestimmung des *gerechten Preises*. Die Gefahr, auf dem Umweg über § 315 BGB die Lehre von der *laesio enormis* durch die Hintertür wieder zu beleben, besteht also nicht.⁷⁹

5. Ausblick

Eine andere und bisher nicht diskutierte Frage ist, ob eine zivilgerichtliche Entgeltkontrolle über § 315 BGB auch im zukünftigen System des regulierten Netzzugangs (§ 20 ff. EnWG-RegE 2004) Bestand hat. Entscheidend wird es wohl auf die Ausgestaltung des Regulierungskonzeptes zugunsten der Regulierungsbehörde ankommen. Zu fragen wird sein, ob und in welchem Umfang das Konzept der *Anreizregulierung* im neuen EnWG Platz greifen wird. Im Ergebnis wird man dafür sorgen müssen, dass Entscheidungen der Regulierungsbehörde, ebenso wie der Treuhänder in der Krankenversicherung, überprüfbar bleiben müssen. Zu beachten wird dabei sein, dass der Schutzbereich des neuen EnWG und des danebenstehenden Kartellrechts sehr viel enger ist, als derjenige des BGB. Klagen gegen den Regulierer sind nach

⁷⁶ IV ZR 117/02.

⁷⁷ Urteilsgründe S. 10.

⁷⁸ Urteilsgründe S. 5.

⁷⁹ Die *laesio enormis* beruhte auf zwei Gesetzen die Diokletians vom Ende des 3. Jh. nach Chr. und besagte, dass ein Kauf rückgängig zu machen ist, wenn der Käufer weniger als die Hälfte des gerechten Preises (*iustum praetium*) gezahlt hat; vertiefend *Harald Siems*, Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen, 1992, 764 ff.

den Vorstellungen des neuen EnWG in Zukunft ausschließlich in erster Instanz beim OLG Düsseldorf anhängig zu machen. Demgegenüber können Klagen auf Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB am Wohn- oder Geschäftssitz eines jeden Kunden erhoben werden, der einen Netznutzungsvertrag schließt. Bei der Frage, ob die Kontrolle nach § 315 BGB in Zukunft verkürzt werden darf, ist die aus dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes abgeleitete *Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes* jedenfalls nicht aus dem Auge zu verlieren.⁸⁰

IV. Wesentliche Ergebnisse

1. In den Anwendungsbereich von § 315 BGB fallen auch solche Leistungsbestimmungen, die in der Phase der Anbahnung des Vertrages vorgenommen werden.
2. Netznutzungsentgelte sind nach § 315 BGB zu kontrollieren, weil dem Netzbetreiber ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht vertraglich zugewiesen ist.
3. Das einseitige Leistungsbestimmungsrecht des Netzbetreibers ergibt sich nicht nur aus den heute gebräuchlichen Netznutzungsverträgen, sondern auch aus seiner natürlichen Monopolstellung.
4. Der *verhandelte Netzzugang* nach § 6 EnWG ist ein sektorspezifischer Unterfall von § 315 BGB. In beiden Fällen ist dem Netzbetreiber ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht bezüglich der Netzentgelte zugewiesen.
5. Die Grenzen des allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchs- und des Diskriminierungsverbotes fallen nicht mit den Grenzen der Billigkeitsentscheidung nach § 315 BGB zusammen. § 315 BGB behält neben den energiewirtschaftlichen und kartellrechtlichen Sonderregelungen einen eigenen Anwendungsbereich, der auf eine *allgemeine Billigkeitskontrolle* gerichtet ist.
6. Der Schutzbereich des § 315 BGB bezieht sich auf alle natürlichen und juristischen Personen, die vertraglich ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht vereinbaren. Auch Handelsgesellschaften oder Wettbewerber sind vom Schutzzweck des § 315 BGB erfasst.

⁸⁰ Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes vom 28.12.1999, VuR 2000, 108-110, m.Anm. *Schwintowski*.

7. Bei der Prüfung der Netzentgelte nach § 315 BGB geht es nicht um die Bestimmung des *gerechten Preises*, sondern um die Ermittlung von Entgelten, die der *Billigkeit* entsprechen.