

**Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
zur Billigkeitskontrolle von Tarifen der Versorgungsunternehmen**

Erweiterte Fassung eines auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2006 gehaltenen
Referats

Richterin am Bundesgerichtshof Barbara Ambrosius

Gliederung:

- I. Einleitung

- II. Übersicht über die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seit 2003

- III. Einzelfragen, die der Bundesgerichtshof beantwortet oder offengelassen hat
 1. Grundsätzliche Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 BGB auf die Tarifbestimmungen von Versorgungsunternehmen
 2. Keine präjudizielle Wirkung einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung
 3. Kein Vorrang des Kartellrechts
 4. Billigkeitskontrolle sowohl von Tarifierhöhungen als auch des Anfangspreises
 5. Verweisung der Kunden auf einen Rückforderungsprozess?
 6. Verteilung der Darlegungs- und Beweislast
 7. Inhaltliche Anforderungen an die Darlegung der Billigkeit der Tariffestsetzung bzw. Tarifierhöhung
 8. Beweisführung
 9. Rechtsfolgen einer unbilligen Tariffestsetzung

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

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

Der direkte Kunde eines Versorgungsunternehmens kann sich mit Hilfe des § 315 BGB verteidigen, wenn das Versorgungsunternehmen, wie meist, ein einseitiges Tarifbestimmungsrecht für sich in Anspruch nimmt.¹ Der Gesetzestext lautet:

- "(1) Soll die Leistung durch einen Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.
- (2) Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil.

¹ Das einseitige Tarifbestimmungs- bzw. Tariferhöhungsrecht ist zu unterscheiden von einer Preisanpassungsklausel. Letztere unterliegt nicht der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB, dafür aber der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB (vgl. BGH, Urt. v. 21.09.2005 – VIII ZR 38/05, RdE 2006, 52).

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

Schon das Reichsgericht bejahte 1925 - in vorsichtiger Form - die Anwendbarkeit des § 315 BGB zugunsten des Abnehmers eines städtischen Elektrizitätswerks und lieferte dabei auch gleich eine knappe Definition der Billigkeit: Die Feststellung, dass die Betreiberin einerseits zwar das Werk vor Verlusten habe schützen, andererseits aber die Abnehmer nicht habe überteuern wollen, reiche schon aus, um die Preisfestsetzung nicht als unbillig erscheinen zu lassen.² Auch der BGH hat seit 1971 § 315 BGB auf die Tarife von Versorgungsunternehmen angewandt. Dabei ging es zunächst, wie auch in dem vom RG entschiedenen Fall, um den Sonderfall des sogenannten Interimsverhältnisses, bei dem ein Sonderkunde und das Versorgungsunternehmen sich zwar darüber einig waren, dass der Kunde entgeltlich mit Strom versorgt werden wollte und sollte, nicht aber über den Preis. In diesen Fällen füllte die Rechtsprechung die Vertragslücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung durch ein einseitiges Preisbestimmungsrecht des Versorgungsunternehmens aus.³ Später bezog der BGH auch Tarifikunden in den Schutz des § 315 BGB ein.⁴ Zur Preisbestimmung gegenüber Tarifikunden hat der BGH in den letzten drei Jahren durch drei verschiedene Senate und jeweils aus einem etwas an-

² RG, Urte. v. 29.09.1925- VI 182/25, RGZ 111, 310 ff.

³ BGH, Urte. v. 02.04.1964 – KZR 10/62, BGHZ 41, 271 ff.; v. 01.07.1971- KZR 16/70, LM § 315 BGB Nr. 12.

⁴ BGH, Urte. v. 03.11.1983 –III ZR 227/82, MDR 1984, 558; v. 04.12.1986 – VII ZR 77/86, NJW 1987, 1828; v. 24.03.1988 – III ZR 11/87, MDR 1988, 759; v. 10.10.1991 – III ZR 100/90, BGHZ 115, 311 ff. ; v. 23.01.1997 – III ZR 27/ 96, WM 1997, 1116.

deren Blickwinkel Stellung genommen, im Ergebnis aber im Wesentlichen übereinstimmend.

II. Diese jüngste Rechtsprechung soll im Folgenden kurz referiert werden. Danach soll eine Reihe von Einzelfragen behandelt werden, die der BGH beantwortet oder aber noch offengelassen hat.

1. Drei Urteile stammen vom VIII. Zivilsenat⁵, der für das Kaufrecht zuständig ist. Wasser, Strom, Gas und Fernwärme werden bekanntlich gekauft.

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

⁵ Urt. v. 05.02.2003 - VIII ZR 111/02, BGHZ 154, 5; v. 30.04.2003 - VIII ZR 278/02, WuM 2003, 458; v. 30.04.2003 - VIII ZR 279/02, ZMR 2003, 566.

Dazu führte der VIII. Zivilsenat aus: Im Falle der Unangemessenheit des verlangten Preises schulde der Kunde von Anfang an nur den vom Gericht bestimmten Preis. Der Kunde, der die Preisbestimmung für unbillig halte, dürfe sich gegenüber dem Leistungsverlangen des Versorgungsunternehmens auf die Unangemessenheit und damit Unverbindlichkeit der Preisbestimmung berufen und diesen Einwand im Rahmen der Leistungsklage zur Entscheidung des Gerichts stellen.

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

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

In dem zu entscheidenden Fall handelte es sich hingegen um den Rückforderungsprozess eines Kunden, der neun Jahre lang ohne Vorbehalt gezahlt hatte und der nun 35 % seiner Zahlungen zurückverlangte. Der VIII. Zivilsenat erlegte die Darlegungs- und Beweislast aber gleichwohl weitgehend dem Versorgungsunternehmen auf. Er erklärte dies wie folgt: Es handele sich zwar um

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

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

musste, kein ausreichendes Indiz für überhöhte Tarife. Der Senat wies deshalb die Rückforderungsklage des Stromkunden ab.

2. Der für Werkverträge zuständige X. Zivilsenat entschied 2005 über eine Klage der Berliner Stadtreinigungsbetriebe auf rückständiges Entgelt für Abfallbeseitigung.⁶ Der beklagte Hauseigentümer hatte die Einrede der unbilligen Tariffestsetzung erhoben. Das Berufungsgericht hatte diese Einrede wiederum wegen einer in den Allgemeinen Leistungsbedingungen des Versorgungsunternehmens enthaltenen Verweisung der Kunden auf einen Rückforderungsprozess ungeprüft zurückgewiesen.

Auch der X. Zivilsenat bestätigte, dass nach langjähriger Rechtsprechung des BGH den Kunden eines Versorgungsunternehmens grundsätzlich die Einrede der unbilligen Tariffestsetzung zustehe. Er gab dann diese alte Rechtsprechung wieder, die besagt, dass Tarife von Unternehmen, die mittels eines privatrechtlichen Benutzungsverhältnisses Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfall angewiesen ist, nach billigem Ermessen festgesetzt werden müssen und einer Billigkeitskontrolle entsprechend § 315 Abs. 3 BGB unterworfen sind. Dies sei zum Teil aus der Monopolstellung des Versorgungsunternehmens hergeleitet worden, müsse aber für den vorliegenden Fall, wo für die städtische Müllabfuhr Anschluss- und Benutzungszwang herrschte, genauso gelten. Der X. Zivilsenat wiederholte dann, dass die vom Versorgungsunternehmen festgesetzten Tarife nur verbindlich seien, wenn sie der Billigkeit entsprächen, und dass anderenfalls, also bei Unbilligkeit, erst die vom Gericht festgesetzten neuen Tarife verbindlich seien, so dass erst mit der Rechtskraft des Urteils die Forderung des Versorgungsunternehmens fällig werde. Das gelte auch, wenn die Tarife von

⁶ Urt. v. 05.07.2005 - X ZR 60/04, NJW 2005, 2919.

einer Aufsichtsbehörde genehmigt worden seien. Denn die rein öffentlichrechtliche Wirkung der Genehmigung beschränke sich auf das Verhältnis der Behörde zum Genehmigungsempfänger und sei für die privatrechtliche Überprüfung anhand des § 315 Abs. 3 BGB nicht präjudiziell. Die behördliche Genehmigung liefere allerdings ein gewisses Indiz für die Billigkeit der Tarife.

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

Der Grund für die Unwirksamkeit der Ausschlussklausel sei, dass sie gegen zwei Grundgedanken der gesetzlichen Regelung verstoße, nämlich zum

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

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

3. Der Kartellsenat erließ am 18. Oktober 2005 ein Urteil, das zwar nicht die Endverbrauchertarife betraf, sondern die Nutzungsentgelte, die ein Stromanbieter unter Vorbehalt an den Netzbetreiber gezahlt hatte und hinsichtlich derer er nun die Feststellung beantragte, sie seien überhöht gewesen.⁷ Das Urteil enthält aber grundsätzliche Erwägungen zu § 315 BGB.

⁷ Urt. v. 18.10.2005 - KZR 36/04, WRP 2006, 253. Von einem weiteren Urteil zur Anwendung des § 315 BGB auf das Durchleitungsentgelt (v. 07.02.2006 – KZR 8/05) liegen die Entscheidungsgründe noch nicht vor.

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

Weiter führte der Kartellsenat aus, § 315 Abs. 3 BGB werde durch das Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (EnWG) mit dem darin niedergelegten Ziel der preisgünstigen Versorgung der Allgemeinheit nicht verdrängt, sondern lediglich konkretisiert. Das Preisfestsetzungsermessen des Versorgungsunternehmens werde insoweit gebunden; das EnWG liefere einen Prüfungsmaßstab für § 315 Abs. 3 BGB. Der Kartellsenat wies die Sache zur Prüfung der Billigkeit des Entgelts, eventuell mit sachverständiger Beratung, an das Berufungsgericht zurück. Zur Darlegungs- und Beweislast wiederholte der Kartellsenat: Nicht die andere Partei habe die Unbilligkeit der Leistungsbestimmung darzulegen; vielmehr habe der Bestimmungsberechtigte die Billigkeit seiner Bestimmung darzutun. Dabei bleibe es auch im Rückforderungsprozess, wenn die Partei nur unter Vorbehalt gezahlt habe. Die Preisgenehmigung der zuständigen Landesbehörde ändere daran nichts. Denn die öffentlich-rechtliche Wirkung der Genehmigung beschränke sich auf das Verhältnis der Behörde

zum Genehmigungsempfänger und sei für die privatrechtliche Überprüfung eines einseitig festgesetzten Entgelts nach § 315 BGB nicht präjudiziell. Sie möge allerdings ein gewisses Indiz für die Billigkeit der Tarife liefern.

III. Nach der Wiedergabe der jüngsten Rechtsprechung des BGH soll nun herausgearbeitet werden, welche Punkte der BGH geklärt und welche er andererseits noch nicht beantwortet hat.

1. Der BGH hat klar gesagt, dass § 315 BGB auf die einseitigen Tariffestsetzungen der Versorgungsunternehmen für Tarifkunden anwendbar ist.

Offengelassen hat er, ob er noch an der in älteren Entscheidungen aufgestellten Voraussetzung festhält, dass das Versorgungsunternehmen eine Monopolstellung hat oder dass es sich jedenfalls um Leistungen der Daseinsvorsorge handelt, auf die der andere Teil im Bedarfsfall angewiesen ist.⁸ Der VIII. Zivilsenat und der Kartellsenat haben diese Voraussetzung nicht erwähnt; jedoch war sie in den dort entschiedenen Fällen gegeben. Der X. Zivilsenat, in dessen Fall sie aufgrund eines Anschluss- und Benutzungszwanges ebenfalls vorlag, hat die ältere Rechtsprechung vorsichtshalber wiedergegeben, aber nicht gesagt, ob er selbst daran festhält. Dahinter steckt nach dem Verständnis der Verfasserin das Problem der analogen Anwendung. § 315 BGB war vom Gesetzgeber für den Fall gedacht, dass zwei Parteien einen Vertrag schließen und dabei das Leistungsbestimmungsrecht des einen Vertragspartners vereinbaren. Die Tarifsetzungsbefugnis der Versorgungsunternehmen ist hingegen in der Regel gesetzlich geregelt (z.B. § 36 EnWG). Deshalb könnte es dogmatisch

⁸ Z.B. BGH, Urt. v. 04.12.1986, s.o. Fn. 4.

richtig sein, § 315 BGB gegenüber Versorgungsunternehmen nur entsprechend anzuwenden.⁹ Eine Analogie bedarf indessen einer Rechtfertigung.

Nach der persönlichen Ansicht der Verfasserin ist es nicht erforderlich, dafür eine Monopolstellung des Versorgungsunternehmens¹⁰ oder auch nur eine "Angewiesenheitslage" des Kunden¹¹ zu verlangen. Im Text des § 315 BGB wird allein darauf abgestellt, dass jemand seinen Vertragspartner zur einseitigen Leistungsbestimmung ermächtigt hat. Sinn und Zweck der Vorschrift bestehen im Schutz des anderen Vertragsteils vor einem Missbrauch dieser privatrechtlichen Gestaltungsmacht. Allein aus der einseitigen Gestaltungsmacht des einen ergibt sich die Schutzbedürftigkeit des anderen Teils; ob der Bestimmungsberechtigte im Wettbewerb steht oder ein Monopol besitzt, ist für § 315 BGB ohne Bedeutung.¹² Auch die Versorgungsunternehmen besitzen einseitige Gestaltungsmacht. Die analoge Anwendung des § 315 BGB ist daher geboten. Der Analogie steht nicht entgegen, dass die Versorgungsunternehmen Daseinsvorsorge leisten, also die Infrastruktur des Gemeinwesens bereitstellen, und dass dies nach wie vor als eine Aufgabe des Staates angesehen wird, aus der er sich nicht ganz zurückziehen darf. Denn wenn der Staat sich dafür ent-

⁹ In der Literatur wird zum Teil allerdings die Ansicht vertreten, dass § 315 BGB auch bei einem gesetzlichen Leistungsbestimmungsrecht direkt anzuwenden sei. So z.B. Salje Das Wettbewerbs- und Kartellrecht als Maßstab einer Gaspreis-Billigkeitskontrolle durch die Zivilgerichte, *Energiewirtschaftliche Tagesfragen* 2005, 278, 280.

¹⁰ So Ehrlicke, Die Kontrolle von einseitigen Preisfestsetzungen in Gaslieferungsverträgen, *JZ* 2005, 599, 600 ff.

¹¹ So Derleder/Rott, Die rechtlichen Grenzen von Gaspreiserhöhungen, *WuM* 2005, 423, 424 f.

¹² Fricke, Zivilrechtliche Billigkeitskontrolle von Erdgaspreisen gemäß § 315 BGB, *WuM* 2005, 547, 548. Damit würde sich übrigens an dieser Stelle die Diskussion erübrigen, ob Gasversorger im Substitutionswettbewerb stehen.

scheidet, Leistungen der Daseinsfürsorge in den Formen des Privatrechts zu erbringen oder sogar auf private Dritte zu übertragen, dann muss sich das Versorgungsunternehmen auch wie ein privatrechtlicher Vertragspartner behandeln lassen. Dazu gehört aber, dass das Versorgungsunternehmen nach § 315 BGB einer Machtmissbrauchskontrolle unterworfen ist.

2. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn der Gesetzgeber den Kunden der Versorgungsunternehmen an Stelle des § 315 BGB ein anderes, gleichwertiges Schutzinstrument in die Hand gegeben hätte. Das leitet über zu der Frage, ob eine öffentlich-rechtliche Genehmigung der Tarife der Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB entgegensteht. Dies hat der BGH in ständiger Rechtsprechung verneint¹³, obwohl der Maßstab für die Genehmigung der Aufsichtsbehörde in der Regel eine möglichst preisgünstige Versorgung der Allgemeinheit ist (vgl. z.B. §§ 39 Abs. 1, 1 EnWG) und auch die Kunden mit Hilfe des § 315 Abs. 3 BGB das Ziel einer preisgünstigen Versorgung verfolgen. Der BGH verwendet das zunächst formal scheinende Argument, dass die öffentlich-rechtliche Genehmigung nur im Verhältnis des Versorgungsunternehmens zur Genehmigungsbehörde wirke. Dahinter steht aber der Gedanke effektiven Rechtsschutzes, den das Bundesverfassungsgericht in einem Fall herausgearbeitet hat, in dem es um die Prämienerrhöhung eines privaten Krankenversicherers ging, die vom Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen genehmigt worden war:¹⁴ Öffentlich-rechtliche Genehmigungen im Wirtschaftsverwaltungsrecht sollen das Interesse der Allgemeinheit schützen, nicht das Interesse des einzelnen Bürgers. Deshalb kann der Bürger eine Preisgenehmigung, zumindest wenn sie dem Unternehmen Spielraum nach unten belässt, nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch nicht mit den Mitteln des

¹³ Zuletzt Ur. v. 18.10.2005 m.w.N., s.o. Fn. 7.

¹⁴ Beschl. v. 28.12.1999 - 1 BvR 2203/98, NJW 2000, 2733.

Verwaltungsrechts anfechten. Ein Grundsatz des Zivilrechts ist es aber, dass der Bürger gegen die Übermacht eines Vertragspartners effektiven Rechtsschutz genießen muss. Wenn das Verwaltungsrecht ihm diesen Rechtsschutz nicht bietet, dann muss er eben über § 315 BGB gewährleistet werden.¹⁵

3. Der BGH hat auch entschieden, dass das Kartellrecht keine spezialgesetzlichen Regelungen enthält, die § 315 BGB verdrängen. Der Kartellsenat hat in seinem Urteil vom 18. Oktober 2005 abschließend gesagt, das Berufungsgesicht müsse außer § 315 BGB auch § 19 GWB prüfen. Schon 2001 hatte er entschieden, dass der Schuldner einseitig bestimmter Entgelte diese sowohl kartellrechtlich als auch entsprechend § 315 BGB überprüfen lassen könne.¹⁶ Demnach schließt weder ein etwaiger Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung des Versorgungsunternehmens noch umgekehrt die wettbewerbsgerechte Preisgestaltung eines marktbeherrschenden Versorgungsunternehmens die Prüfung der Tarife nach § 315 BGB aus. In einem früheren Urteil hat der BGH hierzu ausdrücklich ausgeführt: Die Grenzen des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots fallen nicht mit den Grenzen der Billigkeitsentscheidung nach § 315 BGB zusammen. Der kartellrechtliche Missbrauchstatbestand ist auf den Bereich der Monopolaufsicht zugeschnitten; er will allein diejenigen Nachteile ausgleichen, die sich aus dem fehlenden Wettbewerb ergeben. § 315 BGB soll

¹⁵ Der BGH hat allerdings zweimal die Anwendung des § 315 BGB doch wegen der öffentlich-rechtlichen Genehmigung der Preisfestsetzung abgelehnt. Krankenhauspflegesätze, die nicht vom Krankenhausträger, sondern vom Sozialminister festgesetzt worden waren, hat der BGH als Verwaltungsakt mit privatrechtsgestaltender Drittwirkung angesehen, die auf dem Verwaltungsrechtsweg angefochten werden müssten (Urt. v. 19.12.1978 – VI ZR 43/77, BGHZ 73, 114, 119). Auch die Tarife der Telekom hat der III. Zivilsenat wie ein unmittelbar durch Verwaltungsakt festgesetzten Entgelt behandelt (Urt. v. 02.07.1998 - III ZR 287/97, NJW 1998, 3188).

¹⁶ Urt. v. 06.03.2001 - KZR 37/99, NJW 2001, 2541.

demgegenüber die der einen Vertragspartei übertragene Rechtsmacht eingrenzen, den Inhalt des Vertrags einseitig festzusetzen.¹⁷ Die kartellrechtliche und Billigkeitsprüfung nach § 315 BGB werden allerdings oft zum gleichen Ergebnis führen. Insbesondere ist jede kartellrechtswidrige Preisforderung selbstverständlich unbillig i.S. des § 315 BGB.

4. Was den Umfang der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB betrifft, so war immer klar, dass Tariferhöhungen nach Vertragsschluss darunter fallen. Für den Anfangspreis wurde hingegen in der Literatur und in der Rechtsprechung der ersten und zweiten Instanz die Ansicht vertreten, dass er nicht einseitig bestimmt, sondern vertraglich vereinbart und damit der Billigkeitsprüfung unterzogen sei. Jetzt hat aber der Kartellsenat mit seinem Urteil vom 18. Oktober 2005 entschieden, dass auch der Anfangspreis nicht zwischen den Parteien vereinbart, sondern vom Versorgungsunternehmen aufgrund seines in den AGB enthaltenen Leistungsbestimmungsrechts einseitig festgesetzt worden ist.

5. Bei der Frage, auf welche Weise der Kunde seine Rechte aus § 315 BGB geltend machen kann, ist klar, dass er die Wahl hat, ob er entweder die Zahlung verweigert, die Zahlungsklage des Versorgungsunternehmens abwartet und dann die Einrede der unbilligen Tariffestsetzung erhebt oder ob er zunächst einmal unter Vorbehalt zahlt und sodann auf Feststellung klagt, dass der Tarif unbillig ist, oder gleich auf Rückzahlung klagt.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH kann das Versorgungsunternehmen jedoch nicht erzwingen, dass der Kunde zunächst einmal zahlt. In

¹⁷ Urt. v. 02.10.1991 - VIII ZR 240/90, NJW-RR 1992, 183.

§ 30 der AVB für Elektrizität, Wasser, Gas und Fernwärme steht zwar, dass nur offensichtliche Fehler der Rechnung zur Zahlungsverweigerung berechtigen. Der VIII. Zivilsenat hat aber entschieden, dass § 30 sich gar nicht auf die unbillige Leistungsbestimmung bezieht.¹⁸ Der X. Zivilsenat ist mit anderer Begründung zum selben Ergebnis gelangt. Er hat eine dem § 30 entsprechende Ausschlussklausel aber wegen unangemessener Benachteiligung des Kunden als unwirksam nach § 307 BGB beurteilt.¹⁹

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

¹⁸ Urt. v. 30.04.2003, s.o. Fn. 5.

¹⁹ S.o. Fn. 6.

6. Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast besagt die Rechtsprechung des BGH: Wenn der Bestimmungsberechtigte die Leistung verlangt, muss er darlegen und beweisen, dass seine Bestimmung billig war.²⁰

Der BGH hat allerdings noch nichts dazu gesagt, ob das auf Zahlung klagende Versorgungsunternehmen von Anfang an, auch wenn der Kunde sich vorgerichtlich gar nicht auf überhöhte Tarife berufen hat, die Angemessenheit seiner Tarife substantiiert darlegen muss und andernfalls seine Klage unschlüssig ist. Nach der persönlichen Meinung der Verfasserin wäre dies zu viel verlangt. Es wäre für das Versorgungsunternehmen nicht zumutbar, den mit der Darlegung der Grundlagen seiner Preisbildung verbundenen Aufwand auf bloßen Verdacht hin zu betreiben. Das Versorgungsunternehmen darf vielmehr abwarten, ob der Kunde überhaupt die Höhe des Preises rügt oder ob er nicht vielmehr, wie häufig, allein aus Geldmangel nicht zahlt. Auch die herrschende Meinung in der Literatur meint, dass der Schuldner die Unbilligkeit der Leistungsbestimmung als Einrede geltend machen muss. Hat der Schuldner diese Einrede aber erst einmal erhoben, so braucht er sie nicht zu substantiieren. Dann muss vielmehr, weil nur angemessene Tarife verbindlich sind, das Versorgungsunternehmen die Billigkeit seiner Leistungsbestimmung nachvollziehbar erklären und erforderlichenfalls beweisen.

Das bleibt nach der Rechtsprechung des BGH auch so im Rückforderungsprozess, wenn der Schuldner unter Vorbehalt gezahlt hat.²¹ An der Darlegungslast ändert sich auch bei einer Zahlung ohne Vorbehalt nichts. Denn dann greifen die Grundsätze der sekundären Behauptungslast des Bereicherungsschuldners ein: Das Versorgungsunternehmen muss die Billigkeit seiner Tarife

²⁰ Urt. v. 05.02.2003, s.o. Fn. 4.

²¹ Zur Darlegungslast bei Zahlung unter Vorbehalt Urt. v. 05.07.2005, s.o. Fn. 6.

substantiiert darlegen. Es ändert sich lediglich die Beweislast. Nicht das Versorgungsunternehmen muss für die Richtigkeit seiner Darlegungen Beweis anbieten, sondern der Kunde muss die Unrichtigkeit beweisen.²² Das dürfte ihm aber, sofern er im Recht ist, nicht allzu schwerfallen, da er von seinem Versorgungsunternehmen die Vorlage von Belegen oder zumindest Einsicht in die Belege verlangen kann.²³

7. Welchen Inhalt muss nun die Darlegung der Billigkeit haben?

a) Mit dieser Frage hat sich der BGH in einer früheren Entscheidung befasst.²⁴ Es ging dort zwar um Preise, die ein Stromlieferant von einem Versorgungsunternehmen forderte, aber der BGH erklärte ausdrücklich, dass hierfür derselbe Maßstab gelte wie für die Endverbrauchertarife, nämlich der das gesamte Energiewirtschaftsrecht beherrschende - damals aus § 12 BtOElt entnommene - Grundsatz, dass die Energieversorgung so sicher und preisgünstig wie möglich zu gestalten ist. Deshalb verlangte der BGH die Offenlegung der Preiskalkulation. Hierzu führte er aus: Der Grundsatz der Gewinnmaximierung habe nur eingeschränkte Bedeutung. Der Strompreis habe sich vielmehr an den Kosten auszurichten. Über die Deckung der Kosten für die Erzeugung und Leitung der Energie und die Vorhaltung der notwendigen Anlagen hinaus stehe dem Unternehmen allerdings auch ein Gewinn zu, aus dem es erforderliche Rücklagen bilden und Investitionen tätigen könne. Weiter sei ihm eine angemessene Verzinsung zuzubilligen, ohne die es Fremdkapital nicht aufnehmen

²² Ur. v. 05.02.2003, s.o. Fn. 5.

²³ Für die Betriebskostenabrechnung des Vermieters hat der BGH dem Mieter nur ein Recht auf Einsicht in die Originalunterlagen zugestanden (Ur. v. 08.03.2006 – VIII ZR 78/05).

²⁴ Ur. v. 02.10.1991, s.o. Fn. 16.

und Anlagekapital nicht gewinnen könne. Es komme darauf an, inwieweit der geforderte Strompreis zur Deckung der Kosten der Stromlieferung und zur Erzielung eines in vertretbarem Rahmen bleibenden Gewinns diene.

Es ist eine spannende Frage, die der BGH vielleicht bald entscheiden muss, ob dieses Urteil ist noch aktuell ist.²⁵ Der Grundsatz der möglichst preisgünstigen Versorgung findet sich auch im neuen EnWG wieder (§ 1) und dürfte ungeschrieben auch für alle anderen Leistungen der Daseinsvorsorge gelten, wie z.B. Wasser und Müllabfuhr, weil für den Bereich der Daseinsvorsorge eine - auch von der EU anerkannte - Allgemeinwohlbindung besteht, die eine bedarfswirtschaftliche und nicht privatwirtschaftliche Preisgestaltung gebietet.²⁶ Der Maßstab für die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB ist allerdings sehr umstritten. Wenn der Versorger im Wettbewerb steht – möglicherweise einschließlich des Substitutionswettbewerbs zu anderen Energieträgern –, wird im Gegensatz zum Kostendeckungs- oder Preisgünstigkeitsgrundsatz von vielen Stimmen in Literatur und Rechtsprechung das Vergleichsmarktprinzip angewandt und dementsprechend der Tarif für angemessen befunden, wenn er nicht ungünstiger ist als der Durchschnittspreis aller Versorger. Auch eine Kombination der beiden Ansätze wäre denkbar.

²⁵ Das AG Heilbronn hat dieses Urteil auf eine Gastariferhöhung angewandt (Urt. v. 15.04.2005, WuM 2005, 449). Das LG Heilbronn als Berufungsgericht (Urt. v. 19.01.2006 – 6 S 16/05 Ab) hat offengelassen, ob der Gastarif als Kostenpreis oder – wegen des Substitutionswettbewerbs – als Marktpreis anzusehen sei. Das Verfahren befindet sich inzwischen in der Revisionsinstanz beim BGH.

²⁶ Die Preisgünstigkeit der Versorgung konkurriert allerdings mit den weiteren in § 1 EnWG niedergelegten Zielen der sicheren, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen Versorgung. Das Versorgungsunternehmen muss und darf diese verschiedenen Ziele austarieren. Es darf in seine Preiskalkulation also auch Kosten für beispielsweise Sicherheitsvorkehrungen und Umweltschutz einstellen.

b) Zum Geheimhaltungsinteresse des Versorgungsunternehmens hat der BGH noch nicht Stellung genommen. Die Gerichte werden im Einzelfall das Bedürfnis des Unternehmens nach Schutz seiner Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gegen das Offenlegungsinteresse des Kunden abwägen müssen.

c) Noch nicht geäußert hat sich der BGH zu der Frage, ob bei Anwendung des Kostendeckungsprinzips das Versorgungsunternehmen nicht nur seine tatsächlichen Kosten darzulegen hat, sondern auch, dass diese einer betriebswirtschaftlich rationellen Betriebsführung entsprechen, oder ob der Kunde eine unwirtschaftliche Betriebsstruktur und vermeidbare Ausgaben hinnehmen muss. Da der Grundsatz der möglichst preisgünstigen Daseinsvorsorge, der einen Maßstab für die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB liefert, das Versorgungsunternehmen zur guten Betriebsführung verpflichtet, dürften Preise, die auf eine schlechte Betriebsführung zurückgehen, unbillig sein. Auch nach § 12 BTOElt, nach § 21 Abs. 2 EnWG und im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle werden unwirtschaftliche Kosten nicht anerkannt. In diesem Zusammenhang wird möglicherweise auch die schwierige Frage zu beantworten sein, ob ein Gasversorger sich im Verhältnis zu seinen Lieferanten auf die Preiskoppelung von Erdgas an leichtes Heizöl einlassen darf.²⁷ Die Überprüfung der guten Betriebsführung bringt zwar ein Insolvenzrisiko mit sich, da sie dazu führen kann, dass das Versorgungsunternehmen einen Teil der ihm tatsächlich entstandenen Kosten nicht an seine Abnehmer weitergeben darf. Das Insolvenzrisiko ist aber generell eine Begleiterscheinung der Privatisierung der Daseinsvorsorge; es gehört also zu den mit der Ökonomisierung der Verwaltung unabweichlich verbundenen Problemen.

²⁷ Das LG Heilbronn hat die Prüfung dieser Frage im Rahmen der Billigkeitsprüfung nach § 315 BGB abgelehnt, weil es um einen Verstoß gegen das Kartellrecht gehe. Möglicherweise wird also schon bald der BGH entscheiden müssen (vgl. Fn. 25).

c) Die Entscheidung von 1991 betraf ein Interimsverhältnis, also die erstmalige Preisfestsetzung. Noch nichts hat der BGH dazu gesagt, was das Versorgungsunternehmen zur Rechtfertigung einer Erhöhung seiner Tarife darlegen muss. Hier fragt es sich, ob die Darlegung genügt, dass die Erhöhung nicht größer ausgefallen ist als die seit der letzten Preisfestsetzung eingetretene Kostensteigerung, und ob andererseits die Tarifierhöhung nicht größer sein darf als die Kostensteigerung.

Nach der persönlichen Meinung der Verfasserin sind beide Fragen zu bejahen, wenn sich die Parteien übereinstimmend darauf beschränken, die Tarifierhöhung an der zwischenzeitlich eingetretenen Preissteigerung zu messen. Andernfalls aber sind sie zu verneinen.²⁸ Dies ist die Konsequenz des nach ständiger Rechtsprechung des BGH²⁹ dem Bestimmungsberechtigten zustehenden Ermessensspielraums. Sofern das Versorgungsunternehmen bei seiner früheren Preisfestsetzung die Billigkeitsgrenze seines Ermessens nach oben hin nicht voll ausgeschöpft hatte, kann es ihm nicht verwehrt sein, bei Gelegenheit einer Tarifierhöhung über die bloße Umlage der Kostensteigerung hinauszugehen und beispielsweise seinen Gewinnanteil oder seine Rücklagen zu erhöhen, unter der Voraussetzung, dass sich der neue Preis insgesamt im Rahmen billigen unternehmerischen Ermessens hält. Umgekehrt hat aber auch der Kunde das Recht, sich gegen eine Tarifierhöhung mit dem Argument zu wehren, sie sei, obwohl lediglich in der Weitergabe der Preissteigerung bestehend, unbillig, weil schon der alte Tarif überhöht gewesen sei. Dann muss das Versorgungsunternehmen auch die Billigkeit des Preissockels darlegen. Denn da der

²⁸ Diese Frage haben das AG Heilbronn, das eine Pflicht des Versorgungsunternehmens zur Offenlegung der Kalkulation des Gesamtpreises bejaht hat, und das LG Heilbronn, das eine solche Pflicht verneint hat, unterschiedlich beantwortet, so dass auch hierüber möglicherweise schon bald der BGH entscheiden muss (vgl. Fn. 25).

²⁹ Seit Urt. v. 01.07.1971, s.o. Fn. 3.

Kunde sogar für die Vergangenheit die Unbilligkeit des alten Tarifs rügen und seine Zuvielzahlungen zurückfordern könnte, darf er erst recht für die Zukunft die Billigkeit des Preissockels bestreiten.³⁰

8. Auch zur Art der Beweisführung hat der BGH noch nichts gesagt. Bei Anwendung des Kostendeckungsprinzips wird man zwischen den einzelnen Elementen der Darlegung unterscheiden müssen. Die in der Vergangenheit entstandenen Kosten kann das Versorgungsunternehmen im Wesentlichen durch Urkunden (Rechnungen) belegen. Soweit es um die Angemessenheit der prognostizierten Preiskalkulationsposten geht (z.B. zukünftige Kosten, Rücklagen, Verzinsung) oder um die Angemessenheit vergangener Ausgaben, also um die gute Betriebsführung, wird die Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich sein. In erster Linie wird es dabei um betriebswirtschaftliche Fragen gehen, aber auch technischer Sachverstand kann benötigt werden, z.B. zur Beurteilung der Notwendigkeit und Geeignetheit angeschaffter oder anzuschaffender Anlagen, Gebäude und Fahrzeuge. Die Beweisaufnahme könnte sich also im Ernstfall außerordentlich aufwendig gestalten.

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

³⁰ So auch Fricke, s.o. Fn. 12, S. 551; a.A. Salje, s.o. Fn. 9, S. 282 f.

Für den Fall, dass der beanstandete Tarif ganz oder teilweise aus dem Rahmen des Billigen herausfällt, lässt die Rechtsprechung des BGH hingegen noch viele Fragen offen. Klar ist, dass das Gericht ein Gestaltungsurteil erlassen muss, mit dem es ersatzweise selbst einen billigen Tarif festsetzt, und dass es der Zahlungsklage stattzugeben hat, soweit sie nach dem von ihm ersatzweise festgesetzten Tarif berechtigt ist. Denn die Klage kann unmittelbar auf Zahlung des nach Meinung des bestimmungsberechtigten Gläubigers geschuldeten Betrags gerichtet werden.³¹ Noch ungeklärte Schwierigkeiten bereitet aber der Gesetzestext, wonach die einseitige Leistungsbestimmung nur verbindlich ist, wenn sie der Billigkeit entspricht. Ist danach der Gesamtpreis unverbindlich oder nur die überhöhte Preisspitze? Davon hängt ab, ob der Kunde den angemessenen Teil des Tarifs von Anfang an schuldet und mit diesem Teilbetrag durch Mahnung oder kalendermäßige Bestimmung der Leistungszeit in Verzug gerät. Hierzu gibt es noch keine eindeutige Aussage des BGH. Die Urteile des VIII. Zivilsenats enthalten allerdings eine Andeutung dahin, dass der angemessene Teil der Preisbestimmung von Anfang an verbindlich ist. Im Urteil vom 2. Oktober 1991 heißt es, es komme darauf an, "ob und gegebenenfalls inwieweit die Preisfestsetzung unbillig ist".³² In der Entscheidung vom 30. April 2003 findet sich der Satz: "Der Kunde schuldet im Falle der Unangemessenheit des Preises von Anfang an nur den vom Gericht bestimmten Preis."³³

Nach der persönlichen Ansicht der Verfasserin würde eine Auslegung des § 315 Abs. 3 BGB dahin, dass die Leistungsbestimmung verbindlich ist, soweit sie billig ist, dem Schutzzweck der Norm genügen. Die Leistungsbestimmung braucht nur auf das angemessene Maß zurückgestutzt, nicht aber gänzlich

³¹ Urt. v. 24.11.1995 - V ZR 174/94, NJW 1996, 1054.

³² S.o. Fn. 16.

³³ S.o. Fn. 5.

ausgetilgt zu werden. Der Vertragspartner hat kein schutzwürdiges Interesse daran, im Falle einer nur in der Spitze überhöhten Preisfestsetzung für die ganze Prozessdauer gar nichts zahlen zu müssen. Wäre er dazu berechtigt, so würden den Schaden, der durch seine der Sache nach teilweise unberechtigte Zahlungsverweigerung entsteht, letzten Endes diejenigen Kunden mittragen müssen, die das im Ergebnis geschuldete Entgelt von vornherein gezahlt haben. Selbst wenn man diesen Schaden als „Strafe“ für die Zuvielforderung des Versorgungsunternehmens ansehen wollte, würde die Strafe letztlich die Faltschen treffen. Zu dieser Ansicht passt allerdings nicht die Aussage des X. Zivilsenats in seinem Urteil vom 5. Juli 2005,³⁴ dass erst die vom Gericht neu festgesetzten niedrigeren Tarife für den Kunden verbindlich seien und erst mit der Rechtskraft dieses Gestaltungsurteils die Forderung des Versorgungsunternehmens fällig werde und der Kunde in Verzug geraten könne. Diese Aussage hat der X. Zivilsenat aus dem Urteil des V. Zivilsenats vom 24. November 1995³⁵ übernommen. In dem dort entschiedenen Fall handelte es sich indessen nicht um das einseitige Leistungsbestimmungsrecht einer Partei, sondern um die Vereinbarung beider Vertragsparteien, in Zukunft in Verhandlungen über die Erhöhung eines Erbbauzinses einzutreten; die Parteien hatten sich in diesen Verhandlungen dann nicht einigen können. Der V. Zivilsenat zog § 315 BGB nur entsprechend heran, um die entstandene Vertragslücke durch richterliche Ersatzbestimmung schließen zu können. Es lässt sich daher nicht ausschließen, dass die Übertragung der Aussage des V. Zivilsenats zur Fälligkeit auf die Tarifierhöhung eines Versorgungsunternehmens nicht aufrechterhalten werden wird.

³⁴ S.o. Fn. 6.

³⁵ S.o. Fn. 32.

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

den Versorgungsunternehmen kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³⁶ nicht in Frage.

Dann sollte der Gesetzgeber die zivilgerichtliche Kontrolle aber vielleicht effektiver ausgestalten. Denn nach dem derzeitigen Zivilprozessrecht entscheiden die Gerichte jeweils nur über ein einzelnes konkretes Vertragsverhältnis des Versorgungsunternehmens mit einem einzigen Kunden. Das die unbillige Preisgestaltung ersetzende Gestaltungsurteil des Gerichts erzeugt Rechtskraft nur zwischen den Parteien des jeweiligen einzelnen Rechtsstreits. Das Versorgungsunternehmen kann also von allen anderen Kunden weiter den höheren Tarif verlangen. Es bestehen auch Bedenken gegen die Ansicht, dass das Versorgungsunternehmen damit gleichheitswidrig handeln würde.³⁷ Denn das Versorgungsunternehmen darf dieses eine Urteil für falsch halten und auf andere Urteile - eines anderen Gerichts oder auch nur eines anderen Spruchkörpers - hoffen, welche seine Tarife für angemessen erklären. Auch können differierende Urteile nicht unbedingt vom BGH harmonisiert werden. Zum einen hat der Ermessensspielraum des Bestimmungsberechtigten zur Folge, dass verschiedene hohe Tarife gleichermaßen angemessen sind. Zum anderen handelt es sich bei der Billigkeitsprüfung um eine dem Tatrichter zustehende Tatsachenfeststellung. Das Revisionsgericht kann nur überprüfen, ob der Tatrichter den Rechtsbegriff der Billigkeit nicht verkannt, ob er alle erheblichen Umstände berücksichtigt und ob er von dem ihm zugewiesenen Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat.³⁸ Gegen differierende Urteile hilft auch nicht das Gesetz über Unterlassungsklagen

³⁶ S.o. Fn. 14.

³⁷ So aber Fricke, s.o. Fn. 12, S. 552.

³⁸ BGH, Urt. v. 24.11.1995, s.o. Fn. 32; v. 30.05.2003 - V ZR 216/02, NJW-RR 2003, 1355.

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