



auf eine Nichtschuld und damit die - diese begründende - Unbilligkeit der Leistungsbestimmung der Beklagten zu beweisen hätte, während sonst der die Leistung Bestimmende (hier: die Beklagte) die Beweislast für die Billigkeit der getroffenen Bestimmung trägt (vgl. BGH NJW 1969, 1809 und NJW 1981, 571).

c) Dem Urteil des X. Senats des Bundesgerichtshofs vom 05.07.2005 (X ZR 99/04), wonach die Einrede der unbilligen Tarifsetzung in den sachlichen Anwendungsbereich einer - inhaltlich an die Regelung in § 30 AVBGasV angelehnten - Ausschlussklausel der kommunalen Abfallentsorgung fällt, schließt sich die Kammer für § 30 AVBGasV nicht an. Denn das Urteil setzt sich lediglich mit denjenigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes intensiv auseinander, die zu Ausschlussklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergangen sind, nicht jedoch mit den Ausführungen des VIII. Senats des BGH in den oben bezeichneten Urteilen zu den Parallelvorschriften des § 30 AVBEltV (NJW 1983, 1777) und des § 30 AVBWasserV (NJW 2003, 3131). Auch der X. Senat des BGH kommt über eine Inhaltskontrolle nach den §§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG, 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB letztlich mit den gleichen Argumenten zur Unwirksamkeit der Klausel.

Nach Auffassung der Kammer wird dieses Ergebnis bei der Vorschrift des § 30 AVBGasV, die Teil einer Verordnung und damit als Rechtsnorm einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB nicht unterworfen ist (BGHZ 100, 1, [8]; Palandt/Heinrichs, BGB 65. Auflage, Vorbemerkung vor § 307 Rn 3), dadurch erreicht, dass die Einrede der unbilligen Tarifierhöhung aufgrund der dargelegten Argumente bereits nach Sinn und Zweck nicht unter den Begriff der „Einwände gegen die Rechnung“ fällt.

d) Dem Kläger steht somit die von ihm gewählte Möglichkeit rechtlich zu, eine verlangte Erhöhung seines Gaspreises zunächst zurückzuhalten, nur den bisher geschuldeten Betrag weiter zu entrichten und – wie geschehen – die Angemessenheit der Erhöhung durch Erhebung einer Feststellungsklage der gerichtlichen Kontrolle zuzuführen.

[...]

B. Anders als das Amtsgericht hält die Kammer die Klage jedoch für nicht begründet.

In Übereinstimmung mit dem Urteil der 1. Instanz unterliegt auch nach Auffassung der Kammer die von der Beklagten vorgenommene Erhöhung der Gaspreise einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB (1.). Diese Überprüfungsmöglichkeit wird weder durch anderweitige Regelungen des Kartellrechts oder des Energiewirtschaftsrechts noch durch eine Substitutions-Wettbewerbssituation mit anderen Wärmeenergieträgern gehindert (2.).

Die Kammer sieht jedoch - abweichend von der amtsgerichtlichen Entscheidung - den Nachweis der Angemessenheit der Preiserhöhung zum 1.10.2004 durch die Beklagte als erbracht an (3.). Eine weitergehende Auseinandersetzung mit kartellrechtlichen Fragen des Falles, insbesondere der sog. „Ölpreisbindung“, ist für die Kammer deshalb nicht veranlasst (4.).

1. Die von der Beklagten zum 01.10.2004 vorgenommene Erhöhung der Gaspreise für Tarifkunden unterliegt in - zumindest analoger - Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB der gerichtlichen Billigkeitskontrolle.

a) Nach seinem Wortlaut setzt § 315 Abs. 3 BGB voraus, dass die Vertragsparteien ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart haben, dass einer Partei ein Leistungsbestimmungsrecht zusteht. Eine derartige ausdrückliche Vereinbarung wurde zwischen den Prozessparteien jedoch nicht getroffen.

Für die Versorgung des Klägers mit Gas durch die Beklagte gelten vielmehr die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden (AVBGasV) und die Allgemeinen ergänzenden Versorgungsbedingungen Gas (AVG) der Beklagten. Danach werden Änderungen der allgemeinen Tarife und Bedingungen allein durch öffentliche Bekanntgabe wirksam, die die Beklagte hier in der H.-Zeitung vom 30.09.2004 vorgenommen hat.

b) In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist aber anerkannt, dass die Tarife für Leistungen der Daseinsvorsorge, auf deren Inan-

spruchnahme der andere Teil angewiesen ist, einer Kontrolle nach § 315 BGB (jedenfalls analog) unterworfen sind (Palandt/Heinrichs, BGB 65. Auflage, § 315 Rn 4). Dies hat die Rechtsprechung bereits entschieden für Strompreise (BGH NJW-RR 1992, 183 und BGH NJW 2003, 1449), für Baukostenzuschüsse und Hausanschlusskosten nach AVBGasV (BGH NJW 1987, 1828), für Wasserentgelte (BGH NJW 2003, 3131) und Abwasserentgelte (BGH NJW 1992, 183) und für Krankenhauspflegesätze (BGHZ 73, 114).

Diese Rechtsprechung gilt nicht nur für sog. Zwischenlieferungsverträge, die überwiegend Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen waren, sondern auch für das Verhältnis zwischen Energieversorgungsunternehmen und (End-)Verbrauchern (vgl. auch BGH NJW 2003, 1449 zu den Strompreisen), wie das Amtsgericht zutreffend ausgeführt hat.

2. Eine Kontrolle ist nicht durch Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB - Kartellgesetz) oder des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) nebst den Verordnungen zur Energieversorgung oder vor dem Hintergrund des Gaspreises als eines „Wettbewerbspreises“ gehindert.

a) Die Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 BGB wird durch die kartellrechtliche Regelung des § 19 Abs. 4 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nicht ausgeschlossen.

(1) Durch die sechste GWB-Novelle vom 01.01.1999 (BGBl. 1998 I S. 2346), die § 19 GWB an Art. 82 des EG-Vertrags angeglichen hat, wurde ein unmittelbar wirkendes Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eingeführt, weshalb nicht mehr nur die Möglichkeit einer bloß verwaltungsrechtlichen Kontrolle missbräuchlicher Verhaltensweisen besteht, sondern jetzt unmittelbar Bußgelder verhängt werden können (§ 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB) und Schadensersatz gem. § 33 GWB und § 823 Abs. 2 BGB zugesprochen werden kann. Da § 19 Abs. 1 GWB als Schutzgesetz ausgestaltet ist, haben Unternehmen nunmehr auch die Möglichkeit, sich in Fällen des Missbrauchs selbst - ohne Einschaltung von Kartellbehörden - mit zivilrechtlichen Schadensersatz- und Unterlassungsklagen zur Wehr zu setzen. Intention dieser Änderung ist nach der Begründung des Regierungsentwurfs (BTDrucks. 13/9720 S. 35) die bessere Vorfeldwirkung (vgl. dazu Immenga/Mestmäcker, GWB 3. Auflage 2001, § 19 Rn 2). Ein Anspruch gegen die Kartellbehörden auf Einschreiten wird allerdings in § 19 GWB nicht gesehen (Immenga/Mestmäcker, a.a.O. § 19 Rn 240 und Rn 248).

(2) Diese Änderung des GWB führt jedoch nicht zwangsläufig dazu, dass eine Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB ausgeschlossen ist. Denn das Kartellgesetz und § 315 Abs. 3 BGB haben unterschiedliche Zielrichtungen. Während die kartellrechtlichen Regelungen allein diejenigen Nachteile ausgleichen wollen, die sich aus dem fehlenden Wettbewerb ergeben, will § 315 BGB im Unterschied dazu die der einen Vertragspartei übertragene Rechtsmacht, den Inhalt des Vertrages - hier die Höhe des Preises - einseitig festzusetzen, eingrenzen (so BGH NJW-RR 1992, 183, [185]).

An dieser unterschiedlichen Zielsetzung hat sich durch die GWB-Novelle, wie auch die Beklagte einräumt und wie das Amtsgericht zutreffend ausgeführt hat, nichts geändert. Sie wird aber im Schrifttum bei der Befürwortung eines Vorrangs der kartellrechtlichen Regelungen entweder nicht hinreichend berücksichtigt (so bei Bündender, EuroHeat & Power 2005, S. 24, [33f]) oder gar nicht angesprochen (so Staudinger/Rieble, BGB 13. Bearbeitung, § 315 Rn 51).

(3) Die Kammer sieht sich in ihrer Ansicht durch das Urteil des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs vom 06.03.2001 (KZR 37/99, abgedruckt in NJW 2001, 2541) betreffend Teilnehmerentgelte in Verträgen über Kabel-Hausverteilanlagen bestätigt. Der BGH hat darin - auszugsweise - ausgeführt:

Eine Preiskontrolle durch den Partner des Erstvertrages ist darüber hinaus auch nicht erforderlich, weil die Partner der Zweitverträge anderweitig vor missbräuchlicher Preisgestaltung seitens des Monopolisten hinreichend geschützt sind.

(a) Ein Unternehmen, das ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist und diese Stellung dazu aus-

nutzt, Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen zu fordern, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, verstößt gegen das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB). Ein solches Verhalten kann nach § 32 GWB von der Kartellbehörde untersagt werden und nach § 33 GWB Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche nach sich ziehen. ....

(b) Daneben besteht ..... die Möglichkeit, die faktisch von der Beklagten einseitig bestimmten Entgelte entsprechend §§ 315, 316 BGB gerichtlich darauf überprüfen zu lassen, ob sie der Billigkeit entsprechen, und sie, sofern dies nicht der Fall ist, durch Urteil festsetzen zu lassen.

Dies zeigt, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung nach wie vor von einem Nebeneinander von kartellrechtlicher Regelung und der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB ausgeht. Die jüngste einschlägige Entscheidung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs vom 18.10.2005 betreffend Stromnetznutzungsentgelte (KZR 36/04, auf der Internet-Seite des BGH abrufbar), bestätigt dies ebenfalls.

Die von der Beklagten als Anlage ... vorgelegte Entscheidung des OLG Stuttgart vom 17.02.2005 (2 U 84/04) ist dagegen bereits von der Sachverhaltskonstellation nicht vergleichbar, weil dort zwei Handelsunternehmen über die zwischen ihnen ausgehandelten Preise stritten, so dass die Ausführungen zum Verhältnis zwischen § 19 GWB und § 315 BGB auf den vorliegenden Fall nicht passen.

b) Die Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB ist auch nicht durch § 1 EnWG und/oder durch § 5 AVBGasV ausgeschlossen.

Dass die preisgünstige und verbraucherfreundliche Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas nach § 1 EnWG zu den Zwecken dieses Gesetzes gehört und die Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze den Zielen der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas sowie der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs der Netze dient, ist zwischen den Parteien nicht streitig. Dies hindert eine Billigkeitskontrolle aber nicht, denn eine Preiskontrolle ist in den genannten Vorschriften nicht vorgesehen.

Das Urteil des Landgerichts Hannover vom 12.03.1992 (NJW 1992, 1198), wonach ein Endabnehmer eine Kontrolle des Gaspreises gemäß § 315 BGB nicht verlangen kann, ist auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar, da - anders als zum Zeitpunkt der Verkündung jenes Urteils - der Gesetzgeber über die Bundestarifordnung Gas (BTOGas) nicht mehr in die Ausgestaltung des Energieversorgungsvertrags mit dem Endverbraucher eingreifen kann, nachdem die BTOGas im Jahr 1998 gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 4 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes außer Kraft getreten ist.

Auch der VIII. Senat des Bundesgerichtshofs ist in seinem 2. Strompreis-Urteil vom 05.02.2003 (VIII ZR 111/02, abgedruckt in NJW 2003, 1449) bezüglich der Rückforderungsklage eines Kunden wegen angeblich überhöhter Strompreise nicht darauf eingegangen, dass § 315 Abs. 3 BGB durch die Regelungen des EnWG ausgeschlossen sein könnte. Die Anwendbarkeit dieser Norm wird selbst auf dem stärker reglementierten Strommarkt (§§ 36 - 39 EnWG n.F.) durch die energiewirtschaftlichen Spezialgesetze nicht ausgeschlossen.

c) Eine Unanwendbarkeit des § 315 Abs. 3 BGB folgt schließlich auch nicht daraus, dass Gas im (Substitutions-)Wettbewerb mit anderen Energieträgern steht.

(1) Es trifft im Ausgangspunkt zwar zu, dass es - anders als etwa auf dem Strommarkt - jedermann möglich ist, seinen Wärmebedarf auf die von ihm gewünschte Weise zu decken, wofür neben dem Erdgas auch leichtes Heizöl, Strom, Kohle, Flüssiggas und Fernwärme in Betracht kommen. Deshalb gibt es in der jüngsten obergerichtlichen Rechtsprechung Stimmen, die eine Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB im Hinblick auf den Wettbewerb auf dem Wärmemarkt für ausgeschlossen halten.

So hat etwa das OLG Brandenburg in seinem Urteil vom 10.01.2001 (7 U 16/99, abgedruckt in GWF/Recht und Steuern 2001, 17-20; Anlage BK 4) zur Zulässigkeit einer Mindestabnahmeregelung in einem Gassonderkundenvertrag obiter dictu ausgeführt:

Die Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 BGB scheidet auch daran, dass der Klägerin gegenüber der Beklagten keine Monopolstellung zukommt. Im Bereich der Gasversorgung mag die Klägerin zwar ein Monopol haben, für die Energieversorgung der Beklagten insgesamt gilt dies aber nicht. Der Beklagten stand nämlich die Möglichkeit offen, die benötigte Energie über die Verbrennung schweren Heizöls zu erlangen, so dass sie auf eine Energieversorgung durch die Klägerin nicht angewiesen war. Damit ist auch aus dieser Sicht eine Inhaltskontrolle des Gaslieferungsvertrages zu verneinen.

Auch das OLG Düsseldorf spricht sich in seinem Urteil vom 23.02.2005 (VI-U (Kart) 19/04; abgedruckt in RdE 2005, 169 ff.), das einen Fernwärmelieferungsvertrag betraf, für eine weite Abgrenzung aus:

Der Angebotsmarkt der Energieversorgung im Raum K.-L. beschränkt sich nicht - wie die Beklagte meint - auf die Belieferung mit Fernwärme. Er umfasst vielmehr auch die Lieferanten der - aus der Sicht der nachfragenden Kunden funktional austauschbaren - Energieträger Öl, Gas und Elektrizität.

(2) Nach Auffassung der Kammer würde dies aber voraussetzen, dass alle oder zumindest die meisten Wärmeträger für jeden Verbraucher jederzeit verfügbar sind und ein Umstieg auf einen anderen Wärmeträger und/oder einen anderen Energieversorger auch faktisch problemlos möglich ist. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Zunächst sind die hohen Transaktionskosten zu berücksichtigen, die beim Wechsel von einem Wärmeträger zu einem anderen anfallen würden. So können sich die Kosten eines Haushalts mit Gasheizung, der etwa auf Ölheizung übergehen will, unter Berücksichtigung der Beschaffung eines Tanks, einer modernen Heizungsanlage und der Anpassung des Schornsteins leicht auf 5.000,00 bis 8.000,00 € belaufen (so Derleder/Rott, WuM 2005, 423, [426]), vom zusätzlichen Raumbedarf ganz zu schweigen.

Gegen eine solche echte Wettbewerbssituation spricht ferner, dass auch derjenige, der sich für den Wärmeträger Erdgas entscheiden hat, wiederum anders als etwa auf dem Strommarkt nicht die Möglichkeit hat, zwischen verschiedenen Gasanbietern auszuwählen. So ist der Kläger auf die Belieferung mit Gas gerade durch die Beklagte angewiesen; ein Ausweichen auf einen anderen Anbieter ist ihm nicht möglich.

3. Die Beklagte hat aber zur Überzeugung der Kammer nachgewiesen, dass die streitgegenständliche Gaspreiserhöhung zum 01.10.2004 der Billigkeit entspricht, weil sie damit lediglich ihre gestiegenen Bezugskosten an die Kunden weitergegeben hat.

a) Nach § 315 Abs. 3 BGB muss die getroffene Bestimmung der Billigkeit entsprechen. Diese ist unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien und des in vergleichbaren Fällen Üblichen festzustellen (so Palandt/Heinrichs, BGB 65. Auflage, § 315 Rn 10). Da immer auf den konkreten Vertrag abzustellen ist, können die Maßstäbe für die Billigkeit jeweils nur bezogen auf die jeweilige Fallgestaltung bestimmt werden (Staudinger/Rieble, BGB 13. Bearb. 2004, § 315 Rn 139 m. w. Beisp.).

Im 1. Strompreisurteil von 1991 (NJW-RR 1992, 182), dem ein Streit über Entgeltansprüche für die Lieferung elektrischer Energie zwischen einem überörtlichen und einem regionalen Stromversorger zugrunde lag, hat sich der Bundesgerichtshof bezüglich der Strompreise dahingehend geäußert, dass Maßstab für die Billigkeit in erster Linie die (Strombezugs-)Kosten sein sollen, und hat dazu - auszugsweise - ausgeführt:

1. Allerdings kann eine einseitige Preisbestimmung unter Umständen als billig i. S. von § 315 BGB anzusehen sein, wenn das verlangte Entgelt im Rahmen des Marktüblichen liegt und dem entspricht, was regelmäßig als Preis für eine vergleichbare Leistung verlangt wird. Grundsätzlich ist indessen eine umfassende Würdigung des Vertragszwecks ... sowie der Interessenslage beider Parteien .... er-

forderlich, in die weitere Gesichtspunkte einfließen können ...

2. a) Für Verträge, die - wie hier - die Lieferung elektrischer Energie zum Gegenstand haben, muß der das gesamte Energiewirtschaftsrecht beherrschende Grundsatz berücksichtigt werden, daß die Energieversorgung - unter Beachtung der Anforderungen an die Sicherheit der Versorgung - so preiswürdig wie möglich zu gestalten ist (dazu Büdenbender, EnergieR, 1982, RdNr. 70, 72; Lukes, BB 1985, 2258 (2262)). Abweichend von anderen Wirtschaftszweigen kommt hier dem Gesichtspunkt der Gewinnmaximierung nur eingeschränkte Bedeutung zu (Büdenbender, RdNr. 73; Lukes, BB 1985, 2258 (2262); Köhler, ZHR 137 (1973), 237 (251, 253)). Das Prinzip der Preiswürdigkeit der Energieversorgung hat seinen Niederschlag in den einschlägigen Gesetzen und Rechtsverordnungen gefunden (Präambel zum Energiewirtschaftsgesetz; § 102 V GWB, § 1 der Verordnung über allgemeine Tarife für die Versorgung mit Elektrizität v. 26. 11. 1971 in der hier maßgeblichen Fassung vom 30. 1. 1980, nachfolgend BTOElt a. F.). Es gilt - entgegen der Ansicht der Revision - auch für die Rechtsverhältnisse zwischen Stromlieferant und Verteilerunternehmen. Dies folgt nicht nur daraus, daß diese Lieferbeziehungen in § 7 I EnWG, § 103 I Nr. 3 GWB und § 12 BTOElt a. F. erwähnt werden. Der Grundsatz der Preiswürdigkeit muß im Verhältnis solcher Vertragsbeteiligten schon deshalb beachtet werden, weil das Verteilerunternehmen seinerseits in aller Regel - so auch hier - Tarifkunden versorgt und bei der Aufstellung seiner allgemeinen Tarife § 1 BTOElt zu berücksichtigen hat. Um dem Verteilerunternehmen die Erfüllung seiner Verpflichtungen zu ermöglichen, unterstanden deshalb schon vor der Neufassung der BTOElt vom 18. 12. 1989 die Preise einer behördlichen Aufsicht (§§ 12, 13 BTOElt a. F.).

Die möglichst sichere und preiswürdige Lieferung elektrischer Energie ist demnach Zweck auch des zwischen den Prozeßparteien herrschenden Interimsverhältnisses und entspricht dem rechtlich anerkannten Interesse der Bekl.. Dieser Gesichtspunkt muß in die Ermessensentscheidung der Kl. eingehen. Er bedeutet in materiellrechtlicher Hinsicht, daß sich der von ihr geforderte Strompreis an den Kosten der Belieferung mit elektrischer Energie ausrichtet. Über die Deckung der Kosten für die Erzeugung und Leitung der elektrischen Energie sowie der Vorhaltung der dazu notwendigen Anlagen hinaus steht der Kl. allerdings auch ein Gewinn zu, aus dem sie die erforderlichen Rücklagen bilden und Investitionen tätigen kann. Weiterhin ist ihr eine angemessene Verzinsung zuzugestehen, ohne die sie Fremdkapital nicht aufnehmen und Anlagekapital nicht gewinnen kann (Büdenbender, RdNr. 72 ff.; Lukes, BB 1985, 2262; Köhler, ZHR 137 (1973), (251, 253)). Auf diesem Weg wird auch den Belangen der Kl. Rechnung getragen.

b) Ob diese Beurteilung ohne weiteres auch auf Gasbezugspreise anzuwenden ist, mag angesichts des im Unterschied zum Strommarkt auf dem Wärmemarkt im Grundsatz herrschenden Wettbewerbs verschiedener Energieträger (s. o.) vielleicht zweifelhaft erscheinen. Vorliegend bedarf jedoch die Frage, ob man den Gaspreis wegen des generell oligopolistischen, in ihrem jeweiligen Bezirk vielfach nahezu auch monopolistischen Auftretens der Gasversorger als „Kostenpreis“ (und damit parallel zum Strompreis) betrachtet, oder ob man den Gaspreis wegen der Wettbewerbssituation mit anderen Wärmeträgern eher als „Marktpreis“ sieht, keiner abschließenden Entscheidung. Denn die Beklagte hat prozessual hinreichend bewiesen, dass die Gaspreiserhöhung zum 01.10.2004 auf eine Bezugskostenerhöhung zurückzuführen ist.

Durch Vorlage der Kalkulationen für die Gaswirtschaftsjahre 2003/2004 (01.10.2003 bis 30.09.2004) und 2004/2005 (01.10.2004 bis 30.09.2005) konnte die Beklagte die Kammer überzeugen, dass sie durch die Erhöhung der Gaspreistarife im Wesentlichen lediglich die Bezugskostensteigerung ihres Vorlieferanten ... weitergegeben hat. Da diese Bezugskostenerhöhung die Anhebung eines „Kostenpreises“ erlaubt hätte, ist nach Ansicht der Kammer auch die Erhöhung eines „Marktpreises“ gerechtfertigt. Dazu gilt im einzelnen:

(1) Der Grundpreistarif G3 des Klägers wurde von der Beklagten am 01.10.2004 um 0,37 Cent/kWh von ursprünglich 3,47 Cent/

kWh auf 3,84 Cent/kWh netto erhöht. Für die Beklagte selbst sind ihre Gaspreisbezugskosten (Arbeitspreis) um 0,365 Cent/kWh von 1,9409 Cent/kWh im Gaswirtschaftsjahr 2003/2004 auf 2,3059 Cent/kWh im Gaswirtschaftsjahr 2004/2005 gestiegen. Selbst wenn man von der gesamten Bezugsmenge der Beklagten die Gasmengen abzieht, die an weiterverteilende Unternehmen, Fernheizwerke und sonstige Eigenverbrauchs- sowie Sondervertragskunden gehen, errechnet sich ein gestiegener Gasbezugspreis der Beklagten in Höhe von 0,3455 Cent/kWh.

(2) Da die Gaslieferungen an die Beklagte von deren Lieferantin aber nicht nur durch diesen Arbeitspreis, sondern auch durch einen lohngelunden Leistungspreis abgerechnet werden, ist dieser in der Kalkulation der Beklagten ebenfalls zu berücksichtigen. Im Zeitraum zwischen der letzten Gaspreiserhöhung für Tarifkunden im Oktober 2002 und der streitgegenständlichen Erhöhung zum 1. Oktober 2004 hat sich für die Beklagte dieser Bezugsleistungspreis um 0,2637 €/kWh/Jahr erhöht, was bei einer jährlichen Bezugsmenge der Beklagten von 500.000 kWh eine Kostensteigerung in Höhe von 131.850,00 € ergibt. Dies entspricht wiederum bei einer Gesamtabgabemenge von 1.296.000 GWh einer Bezugskostenerhöhung von 0,0109 Cent/kWh. Dieser Betrag ist daher noch zu dem oben für die spezifische Erhöhung von 0,3455 Cent/kWh für Tarifgaskunden ermittelten Betrag zu addieren, so dass sich insgesamt bezogen auf die Tarifgaskunden eine Erhöhung von insgesamt rund 0,36 Cent/kWh ergibt. Deshalb kann die Kammer bei einer Erhöhung der Gaspreise um 0,37 Cent/kWh eine Unbilligkeit nicht feststellen.

Eine darüber hinaus gehende Verpflichtung der Beklagten, ihre gesamten betriebswirtschaftlichen Unterlagen, insbesondere die Kalkulation des Gesamtpreises, offen zu legen, enthält § 315 BGB - anders als es das Amtsgericht Heilbronn im angefochtenen Urteil bejaht hat - nicht. Dies folgt für das Berufungsgericht schon daraus, dass Streitgegenstand des Verfahrens (nur) die Gaspreiserhöhung der Beklagten zum 01.10.2004 ist.

c) Zumindest indizielle Bedeutung für die Richtigkeit des von der Kammer gewonnenen Ergebnisses hat insoweit auch die Aussage des Wirtschaftsministeriums - Landeskartellbehörde - Baden-Württemberg in dessen Pressemitteilung vom 24.03.2005, wonach keine Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Erhöhung der Erdgaspreise (auch) durch die Beklagte vorliegen. Denn nach Auffassung der Rechtsprechung führen die Prüfungen nach Kartellrecht und nach § 315 BGB ungeachtet ihrer unterschiedlichen Zielrichtungen dennoch oft zu dem gleichen Ergebnis (vgl. schon BGHZ 41, 271).

Dass Feststellungen der Aufsichtsbehörden einen gewissen Anhalt für die Billigkeit von Tarifen liefern, ohne indes die Versorger von ihrer Darlegungslast zu entbinden, hat der Bundesgerichtshof auch in seiner aktuellen Entscheidung vom 18.10.2005 (Az.: KZR 36/04) betreffend Stromnetznutzungsentgelte (dort: Preisgenehmigung nach § 12 BTOElt) entschieden (Seite 11 Rn. 20 des - auf der Internetseite des BGH abrufbaren - Urteilsumdrucks [Anm. d. Red.: ZNER 4/2005, 320 ff.]).

4. In der Rechtsbeziehung zwischen der Beklagten und dem Kläger kann dieser eine Unbilligkeit der zum 1. Oktober 2004 erfolgten Gaspreiserhöhung auch nicht mit der aus seiner Sicht wettbewerbshindernden Bindung des Gaspreises an den Preis für leichtes Heizöl (sog. „Ölpreisbindung“) begründen. Diese Preiskoppelung war von der Kammer im Rahmen der Billigkeitskontrolle nach dem BGB nicht zu prüfen.

a) Die Anbindung des Gaspreises an den Ölpreis ist rechtlich nicht vorgeschrieben. Es handelt sich vielmehr um eine privatwirtschaftliche, auf den ersten Stufen der Lieferkette aushandelbare (und so auch getroffene) Preisvereinbarung. Ziel dieser Koppelung ist es, den Erdgas-Produzenten Investitionssicherheit durch Absatzsicherung zu geben. Wenn der Preis des Erdgases dem Preis alternativ verwendbarer und verwendeter Produkte (in etwa) entspricht, können Gasmengen auch langfristig konkurrenzfähig abgesetzt werden [vgl. zu diesen Erwägungen: Bundesministerium für Wirtschaft und

Arbeit, Unterrichtung des Deutschen Bundestags - Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit, 15. Wahlperiode - vom 21. September 2004 zur Strom- und Gaspreisentwicklung, Ausschussdrucksache 15 (9) 1362, Seite 1].

Diese Preisgleitklausel findet dementsprechend vor allem in langfristigen Erdgas- Bezugs- und Absatzverträgen Anwendung. Von den Erdgas-Importverträgen bis hin zu den industriellen Großabnehmer und Endverbraucher beliefernden Gasversorgungsunternehmen wird der Gaspreis durch derartige Klauseln bestimmt [vgl. BTAusschussdrucksache 15 (9) 1362, Seite 1]. Dass auch für die Beklagte diese Bindung besteht, hat sie durch Bestätigung ihres Vorlieferanten nachgewiesen. Die Gaspreise für Haushalte und Kleinkunden wie den Kläger sind dagegen nicht unmittelbar an den Ölpreis gekoppelt, sondern werden von den Gasversorgungsunternehmen einseitig festgesetzt, wobei sie dabei auch die sich durch die Koppelung des Gaspreises an den Ölpreis ergebende Preisveränderungen mittelbar an ihre Kunden weitergeben.

b) Da es sich bei der „Ölpreisbindung“ des Gaspreises um privatwirtschaftliche Vereinbarungen handelt, findet hierauf das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz - GWB) Anwendung. Wie bereits dargestellt, handelt es sich bei der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB und bei kartellrechtlichen Regelungen aber um unterschiedliche Rechtsmaterien: das GWB dient - ordnungspolitisch - der Gewährleistung eines freien Wettbewerbs, das BGB dagegen erlaubt - vertragsrechtlich - die Kontrolle einer Preisfestsetzung auf deren Angemessenheit, so dass ein Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften nicht zwingend zu einer Unbilligkeit i. S. d. § 315 BGB führen muss.

Das Bundeskartellamt (BKartA) in Bonn hat diesbezüglich die Frage, ob in der dargestellten (generellen) Gaspreisbildung ein Verstoß gegen Vorschriften des GWB zu sehen ist, bislang mehrfach verneint [vgl. BT-Ausschussdrucksache 15 (9) 1362, Seite 2]. In letzter Zeit ist hier jedoch Bewegung hineingekommen. So soll nach der - aus allgemein zugänglichen Presseveröffentlichungen gewonnenen - Kenntnis der Kammer in neuerlichen Verwaltungsverfahren durch das BKartA bzw. die Landeskartellbehörden neben den Fragen der ebenfalls latent wettbewerbsbehindernden Langfristigkeit von Lieferverträgen in der Versorgungskette und der Durchleitungs-Entgelte offensichtlich auch geprüft werden, ob die Preisgleitklausel („Ölpreisbindung“) ein kartellrechtlich zulässiges Preisbildungsinstrument ist und ob die die Haushaltskunden wie den Kläger beliefernden Gasversorgungsunternehmen ihre Preissetzungsmaßstäbe insofern wettbewerbsrechtlich missbrauchsfrei gestalten.

Damit hat sich aber - wie gezeigt - die erkennende Kammer in dieser Sache nicht zu befassen. Das „normale“ Zivilgericht ist im Rahmen der Billigkeitskontrolle des § 315 BGB nicht dazu berufen, die vom Kläger gerügte Wirkung der Ölpreisbindung zu klären und ggf. einen Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften festzustellen. Dies obliegt allein den Kartellbehörden sowie ggf. den nachgeschalteten Kartellgerichten.

Die Kammer hat deshalb auch die Einschätzung des Klägers, bei der Kartellaufsicht handle es sich nur um ein „stumpfes Schwert“, nicht weiter zu kommentieren.

## **9. Anspruch von Windkraftanlagenbetreibern auf Netzanschluss im Rahmen eines bestehenden Erzeugungsmanagements; Geltung des Prioritätsprinzips beim Erzeugungsmanagement**

*EEG §§ 4 Abs. 1 bis 3; 12 Abs. 5*

**1. Nach dem Grundsatz der gesamtwirtschaftlichen Kostenoptimierung muss das Erzeugungsmanagement nach § 4 Abs. 1 S.**

**3 EEG nicht zwingend nur eine vorübergehende Lösung sein. Vielmehr kann es in Fällen, in denen eine Anlage zu geringen Kosten an einem Netzanschlusspunkt angeschlossen werden kann, an dem sie vereinzelt wegen einer Netzüberlastung, die nur mit hohen Kosten zu beseitigen ist, gedrosselt oder abgeschaltet würde, und in denen ein Anschluss an einen anderen Netzanschlusspunkt, an dem eine solche Abschaltung vermieden würde, erhebliche Kosten verursachen würde, die gesamtwirtschaftlich optimale Lösung sein, die Anlage dauerhaft am ersten Anschluss anzuschließen und dauerhaft in Kauf zu nehmen, dass es vereinzelt Drosselungen oder Abschaltungen der Anlage gibt.**

**2. Der Anlagenbetreiber hat ein Wahlrecht, ob er die Anlage an dem teureren Netzanschlusspunkt anschließen will, um einer anteiligen Drosselung der Abschaltung zu entgehen, oder ob er die Drosselung und Abschaltung in Kauf nehmen will, um einen günstigeren Netzanschluss zu erreichen.**

**3. Wird eine Windkraftanlage im Rahmen eines bereits bestehenden Erzeugungsmanagements angeschlossen, so sind zeitlich früher angeschlossene Anlagen, die dem Erzeugungsmanagement unterliegen, hinsichtlich der Ausnutzung der Netzkapazitäten bevorrechtigt. Zeitlich später angeschlossene Anlagen sind zuerst zu drosseln oder ganz abzuschalten, bevor die zeitlich früher angeschlossenen Anlagen gedrosselt werden.**

(Leitsätze der Redaktion)

*LG Itzehoe, U. v. 23.12.2005 - 2 O 254/05*

**Zum Sachverhalt:** Die Verfügungsklägerin verlangt von der Verfügungsbeklagten im Wege der einstweiligen Verfügung Abnahme und Vergütung von regenerativ erzeugtem Strom sowie Abschlagszahlungen. In der Gemarkung ... existiert eine Windkraftanlage (W 2) mit einer Nennleistung von 2,0 MW. Die Parteien streiten u.a. darum, ob die Verfügungsklägerin gegen die Verfügungsbeklagte als Verteilnetzbetreiberin nach § 4 Abs. 1 EEG einen Anspruch auf Abnahme, Weiterleitung und Vergütung des von dieser Anlage erzeugten Stromes am Umspannwerk U 1 hat.

An das Umspannwerk U 1 sind zwei weitere Windenergieanlagen über ein 20-kV-Leitung angeschlossen: die Anlage W 1 mit einer Kapazität von ca. 1,5 MW und eine weitere Anlage mit ca. 600 kW, die von einer Anschlussgemeinschaft in Form einer BGB-Gesellschaft betrieben werden, an der die Verfügungsklägerin beteiligt ist. Den Gesellschaftern wurde von der Verfügungsbeklagten eine Einspeisungskapazität von insgesamt 2.781 kW zugesagt.

Später wurde die Anlage W 2 errichtet und in Betrieb genommen. Die Verfügungsbeklagte bot den Anschluss dieser Anlage am Umspannwerk U 2 an. Ein Anschluss am Umspannwerk U 2 erfolgte nicht. Stattdessen wird der von der Anlage W 2 erzeugte Strom über die bestehende 20-kV-Leitung unter Anrechnung auf die Einspeisungskapazität der Anschlussgemeinschaft am Umspannwerk U 1 eingespeist. Die Einspeisung des von den Anlagen W 1 und W 2 erzeugten Stroms erfolgt mit Zustimmung der Verfügungsbeklagten dergestalt, dass dieser Strom bis zu einer Gesamtleistung von 2,1 MW eingespeist werden kann. Erzeugen beide Anlagen insgesamt eine höhere Leistung, wird die Anlage W 1 gedrosselt.

Die Verfügungsklägerin behauptet, Betreiberin der Anlagen W 1 und W 2 zu sein und meint, ihr stehe ein Anspruch auf vollständige Abnahme des von beiden Anlagen erzeugten Stroms mit einer Gesamtnennleistung von 3,5 MW am Umspannwerk U 1 zu.

Die Verfügungsbeklagte meint, die Verfügungsklägerin habe hinsichtlich der Anlage W 2 deshalb keinen Anspruch auf Anschluss und Einspeisung am Umspannwerk U 1, weil der technisch und wirtschaftlich geeignete Anknüpfungspunkt nicht in U 1, sondern am Umspannwerk U 2 liege. In Starkwindphasen bestehe ein Netzengpass im 110-kV-Netz im Bereich zwischen den Umspannwerken U 1 und U 2. In diesem Bereich seien bereits jetzt über die Kapazität des 110-kV-Übertragungsnetzes hinaus Windenergieanlagen mit einer Gesamtnennleistung von ca. 30 Megawatt angeschlossen. Diese Anlagen unterlägen dem Erzeugungsmanagement der Streithelferin und würden stufenweise gedrosselt, wenn aufgrund von Starkwindphasen eine höhere Leistung angeboten werde, als über das 110-kV-Netz abtransportiert werden könne. Die Aufnahme weiteren Stromes am Umspannwerk U 1 sei technisch ohne Gefährdung der allgemeinen Versorgungssicherheit nicht möglich. Die Verfügungsbeklagte meint insbesondere, das Umspannwerk U 2 sei auch wirtschaftlich der geeignetere Netzanknüpfungspunkt als das Umspannwerk U 1. Der Anschluss weiterer Anlagen am Umspannwerk U 1 führe dazu, dass das 110-kV-Netz, welches von der Streithelferin der Beklagten betrieben wird, im Bereich zwischen den Umspannwerken U 1 und