Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 315, 316

a) Die Substantiierung der Billigkeit einer Preisbestimmung, die der Stromlieferant in einem sogen. Interimsverhältnis gemäß §§ 315, 316 BGB getroffen hat, erfordert regelmäßig, daß er seine Preiskalkulation offenlegt.

b) Die Preisbestimmung hat sich unter Beachtung des Prinzips, daß die Energieversorgung so preiswürdig wie möglich zu gestalten ist, an den Kosten für die Erzeugung und Weiterleitung der elektrischen Energie sowie an der Erzielung eines Gewinnes zu orientieren, der in angemessenem Umfang die Bildung von Rücklagen, die Vornahme von Investitionen und die Verzinsung des Eigen- und Fremdkapitals erlaubt.

BGH, Urt. v. 2. Okt. 1991 - VIII ZR 240/90 - OLG Oldenburg
LG Osnabrück

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 240/90

Verkündet am:
2. Oktober 1991
Kühn,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

R[redacted] Energie Aktiengesellschaft, vertreten durch den Vorstand Franz Josef S[redacted] (Vorsitzender), Dr. Rolf B[redacted], Prof. Dr. Werner H[redacted] Dr. Dietmar K[redacted], Herbert R[redacted] und Bruno S[redacted], K[redacted]straße[redacted], E[redacted],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [redacted] und [redacted] -

g e g e n

Elektrizitätsgenossenschaft H[redacted] am T[redacted] W[redacted] eG, vertreten durch den Vorstand Ludwig K[redacted] und Heinrich U[redacted], H[redacted]weg[redacted], H[redacted] a.T.W.,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Oktober 1991 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Brunotte, Groß, Dr. Hübsch und Ball

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 5. Oktober 1990 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten über Entgeltansprüche für die Lieferung elektrischer Energie.

Die Klägerin ist ein überregionales Stromversorgungsunternehmen. Die Beklagte bezieht von ihr elektrische Energie und verteilt diese an die Endabnehmer in einem Ortsteil der Stadt H[redacted]a.T.W.. Die Anlieferung des Stroms vollzieht sich in der Weise, daß die Klägerin Mittel- und Hochspannungsstrom zu 30 Ortsnetz-Transformatoren der Beklagten

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

leitet, ihn in Niederspannung umsetzt und die Beklagte den Strom auf der Niederspannungsseite der Transformatoren übernimmt. Die Belieferung der Beklagten erfolgte zunächst aufgrund eines Vertrages vom 28. August 1953, der durch eine Vereinbarung aus dem Jahre 1970 modifiziert wurde. Der von der Klägerin verlangte Strompreis errechnete sich aufgrund derjenigen Entgelte, die die Beklagte von ihren Abnehmern erzielte. Dabei beließ die Klägerin der Beklagten zunächst einen Anteil von etwa 40 %, seit 1971 von 30 % des Abgabepreises.

Mit Wirkung zum 30. September 1985 kündigte die Klägerin den Stromlieferungsvertrag mit der Begründung, die bisherigen Preise seien wegen Verteuerung der Stromerzeugung nicht mehr vertretbar. Sie belieferte die Beklagte jedoch weiter mit Strom. Verhandlungen über einen neuen Vertrag sind bislang erfolglos geblieben. Für den Zeitraum seit Vertragsende bis zum 14. Juli 1986 stellte die Klägerin der Beklagten einen Preis von 17,43 Pf/kwh und ab 15. Juli 1986 von 17,8 Pf/kwh in Rechnung. Die Beklagte bezahlte für die Stromlieferungen zunächst jedoch nur den alten Vertragspreis von 13,69 Pf/kwh. Die Differenz von 1.961.879,28 DM für die Zeit von Oktober 1985 bis April 1988 hat die Klägerin eingeklagt und den von ihr beanspruchten Strompreis in einen Leistungs- und einen Arbeitspreis sowie einen Umweltschutzkostenaufschlag und ein Übertragungsentgelt aufgeschlüsselt. Sie hat behauptet, das geforderte Entgelt entspreche den Preisen, die sie mit anderen Verteilern vereinbart habe, welche - bei vergleichbaren Abnahmeverhältnissen - mit Strom im Mittelspannungsbereich über 110 kv-Mittelspannungs-Umspannstationen beliefert würden. Überdies

liege der geforderte Strompreis innerhalb des in der Bundesrepublik Deutschland üblichen allgemeinen Preisniveaus, das sich für derartige Abnahmeverhältnisse im Bereich von 16,9 - 18 Pf/kwh bewege. Auf die konkreten Abnahmeverhältnisse der Beklagten habe sie dadurch abgestellt, daß sie ihre allgemeine Preisregelung L 120 modifiziert habe.

Desweiteren macht die Klägerin einen Betrag von 101.782,66 DM geltend. Dem liegen Stromlieferungen zugrunde, die die Klägerin an die Beklagte seit 1. Oktober 1987 für eine Firma Friedrich H[redacted] in H[redacted] a.T.W. erbracht hat. Dieser Stromabnehmer war von der Klägerin bis 30. September 1987 unmittelbar mit Mittelspannung beliefert worden. Nachdem die Firma H[redacted] den Vertrag mit der Klägerin beendet hatte, übernahm die Beklagte ihre Belieferung mit elektrischer Energie, die sie von der Klägerin bezieht. Auf die Rechnungen, denen die Klägerin einen kwh-Preis von 22 - 26 Pf zugrundelegte, hat die Beklagte Zahlungen lediglich nach einem kwh-Preis von 13,69 Pf geleistet. Die Klägerin hat vorgetragen, ein besonderer Preis sei erforderlich, weil die Firma H[redacted]Strom nicht gleichmäßig verteilt über sieben Tage und überdies in höherem Maße synchron mit der Höchstbelastung der Klägerin entnehme.

Die Parteien sind unterschiedlicher Auffassung darüber, ob der von der Klägerin nach Auslaufen des ursprünglichen Stromlieferungsvertrages verlangte Preis billigem Ermessen entspricht. Die Klägerin meint, dies sei der Fall, wenn sie entsprechend ihrem Beweisangebot die Gleichbehandlung der Beklagten mit anderen Kunden bei vergleichbaren Abnahmeverhältnissen belegen könne und sich diese Preise im

üblichen Rahmen bewegten. Insbesondere habe sie die durch die kartellrechtlichen Mißbrauchsvorschriften und die gesetzlichen Preisregelungen gezogenen Grenzen beachtet; dies begründe die Vermutung, daß ihre Preisbestimmung der Billigkeit entspreche.

Auf die Klage, mit der die Klägerin neben den beiden genannten Differenzbeträgen zwischen gefordertem und gezahltem Entgelt aufgelaufene Zinsen von 146.060,81 DM sowie weitere Zinsen verlangte, hat die Beklagte im Laufe des Rechtsstreits 49.947,30 DM gezahlt, weil sie eine Erhöhung des Strompreises auf 13,82 Pf/kwh für berechtigt hält.

Die dementsprechend ermäßigte Klage hat das Landgericht abgewiesen. Dagegen hat die Klägerin Berufung eingelegt und hilfsweise begehrt, ihr den Klagebetrag als angemessenes und billiges Entgelt für die Stromlieferungen gemäß § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB zuzusprechen. Das Rechtsmittel ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin den Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I. In Übereinstimmung mit den Parteien ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß nach Auslaufen des früheren Stromlieferungsvertrages seit dem 1. Oktober 1985 ein sogenanntes Interimsverhältnis bestehe, aufgrund dessen die Klägerin entsprechend den §§ 315, 316 BGB berechtigt sei, die Höhe des Strompreises nach billigem Ermessen zu bestim-

men. Das begegnet keinen rechtlichen Bedenken, entspricht vielmehr der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. BGH, Urteile vom 1. Juli 1971 - KZR 16/70 = WM 1971, 1456 unter I 1 b; vom 19. Januar 1983 - VIII ZR 81/82 = WM 1983, 341 unter I 3.; Ludwig/Cordt/Stech/Odenthal, Der Wirtschaftskommentator, Band III (91) Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, I. Teil B IV. S. 9, 11 f m.w.Nachw.). Zutreffend ist auch der Standpunkt des Oberlandesgerichts, daß die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit ihrer Ermessungsausübung bei der Klägerin liegt (BGH, Urteile vom 19. Januar 1983 aaO unter II 2 b a.E. und vom 4. Dezember 1986 - VII ZR 77/86 = WM 1987, 295 unter II 3 a). Darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen sind diejenigen tatsächlichen Umstände, die die Billigkeit rechtfertigen sollen (BGH, Urteil vom 1. Juli 1971 aaO unter I 2).

II. Das Berufungsgericht hat die Auffassung vertreten, die Klägerin habe solche Umstände nicht hinreichend dargelegt. Dazu hat es ausgeführt:

Als in ihrem Einzugsgebiet marktbeherrschendes Unternehmen treffe die Klägerin das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB. Sie dürfe deshalb die Beklagte weder behindern noch gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandeln. Dieses Verbot stelle ein Element der Billigkeit dar. Darüberhinaus müsse bei der Auslegung des Begriffs Billigkeit auf die Interessenlage beider Parteien abgestellt werden, so daß dem § 315 BGB nur eine Abwägung gerecht werde, die die wirtschaftlichen Verhältnisse beider Parteien berücksichtige. Bei der Fest-

setzung von Strompreisen falle weiter ins Gewicht, daß die Vertragsparteien das Entgelt zwar grundsätzlich frei gestalten könnten; sie hätten jedoch auf Ziel und Zweck des Energiewirtschaftsgesetzes und der Energiepolitik Rücksicht zu nehmen, wonach die Versorgung der Letztverbraucher mit elektrischer Energie möglichst billig und sicher zu erfolgen habe. Auch die dem Gemeinwohl gegenüber bestehende Verpflichtung stelle somit eine Grenze der Preisgestaltung dar. Ferner könne bei der Leistungsbestimmung die Preisvereinbarung des ausgelaufenen Stromlieferungsvertrages ihrem relativen Wertgefüge entsprechend berücksichtigt werden. Demzufolge dürfe die Klägerin ihre Preisfestsetzung nicht, wie geschehen, allein damit begründen, daß sie einen entsprechenden Preis auch von anderen Abnehmern fordere. Damit sei nicht gewährleistet, daß sie ihre eigene und die wirtschaftliche Situation der Beklagten sowie die Grundsätze des Energiewirtschaftsgesetzes, wonach Strom möglichst preisgünstig zu liefern sei, genügend beachtet habe. Auch den Gesichtspunkten der beiderseitigen Vertragsvorteile, der Risikoverteilung und der Preiskalkulation werde diese Begründung nicht gerecht.

Ebenso wie der in erster Linie gestellte Zahlungsantrag sei auch der Antrag unbegründet, die Beklagte zur Zahlung des vom Gericht als billig und angemessen festzusetzenden Entgelts (§ 315 Abs. 3 Satz 2 BGB) zu verurteilen. Dazu hätte die Klägerin die Grundlagen vortragen müssen, aus denen das billige und angemessene Entgelt zu errechnen sei.

III. Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Die Klägerin hat ihrer Darlegungslast nicht dadurch genügt, daß sie zur Begründung ihrer Preisbestimmung auf die in der Bundesrepublik Deutschland herrschende Bandbreite der Strompreise und auf diejenigen Entgelte verwiesen hat, die sie von anderen Stromabnehmern fordert.

1. Allerdings kann eine einseitige Preisbestimmung unter Umständen als billig im Sinne 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 (Soergel/M. Wolf, BGB, 12. Auf., § 315 Rdnr. 38); Staudinger/Kaduk, BGB, 11. Aufl., § 315 Rdnr. 6; Esser/Schmidt, Schuldrecht I, 6. Aufl., S. 215; v. Hoyningen-Huene, Die Billigkeit im Arbeitsrecht, 1978, S. 119 f) sowie der Interessenlage beider Parteien (BGHZ 41, 271, 279; BGH, Urteil vom 1. Juli 1971 aaO unter I 2) erforderlich, in die weitere Gesichtspunkte einfließen können (vgl. die Übersichten bei v. Hoyningen-Huene, aaO; MünchKomm/Söllner, BGB, 2. Aufl., § 315 Rdnr. 16).

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, Energierecht, 1982, Rdnr. 70, 72; Lukes, BB 1985, 2258, 2262). Abweichend von anderen Wirtschaftszwei-

gen kommt hier dem Gesichtspunkt der Gewinnmaximierung nur eingeschränkte Bedeutung zu (Büdenbender aaO, Rdnr. 73; Lukes aaO; Köhler ZHR 137 (1973) S. 237, 251, 253). Das Prinzip der Preiswürdigkeit der Energieversorgung hat seinen Niederschlag in den einschlägigen Gesetzen und Rechtsverordnungen gefunden (Präambel zum EnergWG; § 103 Abs. 5 GWB, § 1 der Verordnung über allgemeine Tarife für die Versorgung mit Elektrizität vom 26. November 1971 in der hier maßgeblichen Fassung vom 30. Januar 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 den §§ 7 Abs. 1 EnergWG, 103 Abs. 1 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. Dezember 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 Beklagten. Dieser Gesichtspunkt muß in die Ermessensentscheidung der Klägerin eingehen. Er bedeutet in materiell-rechtlicher 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 Klägerin 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 aaO Rdnr. 72 ff; Lukes aaO; Köhler aaO). Auf diesem Weg wird auch den Belangen der Klägerin Rechnung getragen.

Dementsprechend hat es der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil vom 1. Juli 1971 (aaO unter 2 a) gebilligt, daß das Berufungsgericht im dortigen Fall darauf abgestellt hat, ob der vom Stromlieferanten festgesetzte Preis einen Gewinnanteil enthält, der die Überschreitung der Grenzen der Billigkeit erkennen läßt (offengelassen von Kronke AcP 183 (1983), S. 113, 141 f). Soweit das Reichsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahre 1925 (RGZ 111, 310, 313) die Preisfestsetzung durch ein städtisches Elektrizitätswerk gemäß § 315 BGB allein deshalb gutgeheißen hat, weil die Preise "nicht übermäßig hoch gewesen" seien und die Stromlieferantin "die Abnehmer nicht hat überteuern wollen", beruhte dies auf den damals andersartigen energiepolitischen und energierechtlichen Verhältnissen; insbesondere hatte der Grundsatz der Preisgünstigkeit der Energieversorgung seinerzeit noch keine rechtliche Anerkennung gefunden.

b) Das an Kosten und Gewinn ausgerichtete Entgelt ist - anders als die Klägerin gemeint hat - nicht von vornherein mit demjenigen Strompreis identisch, den die Klägerin von Verteilerunternehmen mit vergleichbaren Abnahmeverhältnissen verlangt. Es kann darunter, ebenso aber auch über jenem liegen (vgl. Köhler aaO S. 252 f, der noch weitergehend auch den vereinbarten Monopolpreis einer gerichtlichen Angemessenheitskontrolle unterwerfen will und gegebenenfalls einen geringeren kartellrechtlichen "Als-Ob-Preis" zum Maßstab nimmt, siehe insofern auch S. 257 f).

c) Diesen mithin im Rahmen der Billigkeitsentscheidung zu berücksichtigenden Grundsätzen steht nicht - wie die Klägerin meint - entgegen, daß § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB es als Mißbrauch der Monopolstellung des Energielieferanten definiert, wenn das Versorgungsunternehmen (spürbar) ungünstigere Preise fordert als gleichartige Versorgungsunternehmen, es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, daß der Preisunterschied auf ihm nicht zurechenbaren abweichenden Umständen beruht. Aus dieser Vorschrift läßt sich entgegen der Auffassung der Klägerin nicht herleiten, daß sich die Billigkeitskontrolle auf einen bloßen Preisvergleich zu beschränken habe. Abgesehen davon, daß es sich bei der zitierten Vorschrift nur um eine beispielhafte, nicht abschließende Regelung handelt ("ein Mißbrauch ... liegt insbesondere vor ..."), ist deren Bedeutung in erster Linie auf den Bereich der Monopolaufsicht zugeschnitten. Sie will dem Umstand Rechnung tragen, daß wegen der kartellrechtlich freigestellten (§ 103 Abs. 1 GWB) Demarkations- und Konzessionsverträge ein Anbieterwettbewerb auf dem Energie- und Wasserversorgungssektor weitestgehend aus-

geschlossen ist. Die kartellrechtlichen Bestimmungen wollen allein diejenigen Nachteile ausgleichen, die sich aus dem fehlenden Wettbewerb ergeben. Die Bestimmung des § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB verfolgt demgegenüber nicht den Zweck, die Frage der Billigkeit der Leistungsbestimmung im Sinne des § 315 BGB zu regeln. § 315 BGB soll im Unterschied dazu die der einen Vertragspartei übertragene Rechtsmacht, den Inhalt des Vertrages, hier die Höhe des Strompreises, einseitig festzusetzen, eingrenzen. Für die Anwendung dieser Vorschrift ist die Tatsache, daß die zur Leistungsbestimmung berufene Partei eine marktbeherrschende Stellung innehat, jedenfalls insofern ohne Belang, als dieser Umstand die Grenzen ihres Ermessens nicht erweitern kann (gegen eine Übernahme der für § 103 Abs. 5 Nr. 2 GWB geltenden Grundsätze in die Beurteilung der Billigkeit nach § 315 BGB auch von Gamm, Kartellrecht, 2. Aufl., §§ 103, 103a Rdnr. 19).

d) Aus den gleichen Gründen fallen die Grenzen des allgemeinen kartellrechtlichen Mißbrauchsverbots (§ 22 Abs. 4 Nr. 2, 3 GWB) und des Diskriminierungsverbots (§ 26 Abs. 2 GWB) nicht mit den Grenzen der Billigkeitsentscheidung nach § 315 BGB zusammen (so schon BGHZ 41, 271, 279, wenngleich dort ausgesprochen worden ist, daß die Prüfung unter beiden Vorschriften im einzelnen Fall oft zu dem gleichen Ergebnis führen könne).

e) Vergeblich beruft sich die Klägerin auch auf die Regelung des § 12 BTOElt in der bis zum 31. Dezember 1989 geltenden Fassung. Sie verpflichtet zwar die Lieferunternehmen, die Elektrizitätseinkaufspreise der Verteilerunter-

nehmen so zu gestalten, daß ein Verteilerunternehmen mit ausreichend kostengünstiger Struktur seines Versorgungsgebietes bei elektrizitätswirtschaftlich rationeller Betriebsführung in der Lage ist, seine Verpflichtungen aus der BTOElt zu erfüllen; auch wird gemäß § 12 Satz 2 BTOElt a.F. die Erfüllung dieser Verpflichtung widerleglich vermutet, wenn das Lieferunternehmen das Verteilerunternehmen nicht zu höheren Preisen beliefert als seine letztverbrauchenden Sondervertragskunden mit vergleichbaren Abnahmeverhältnissen. Diese Bestimmung spricht damit aber lediglich eine dem öffentlichen Recht angehörende preisrechtliche Reglementierung aus. Im Verhältnis der privatrechtlich miteinander verbundenen Vertragsparteien regelt sie die Frage der Billigkeit einer einseitigen Preisbestimmung durch den Stromlieferanten nicht abschließend. Dies ergibt sich daraus, daß § 12 BTOElt a.F. in seinem sachlichen Wirkungsbereich ohne Rücksicht darauf gilt, ob die Festsetzung des Strompreises auf einer (zweiseitigen) Vereinbarung zwischen Liefer- und Verteilerunternehmen oder auf einer (einseitigen) Preisbestimmung beruht. Überdies ist die Ausübung staatlicher Aufsicht über einseitig festgelegte Entgelte, selbst wenn es sich dabei um behördlich genehmigte Preise handelt, grundsätzlich nicht für die privatrechtliche Überprüfung anhand des § 315 BGB präjudiziell. Trotz einer derartigen Genehmigung unterliegen einseitige Leistungsbestimmungen der richterlichen Inhaltskontrolle mit dem möglichen Ergebnis, daß der einseitig bestimmte und von der zuständigen Behörde gebilligte Preis die von § 315 BGB gesetzten Grenzen überschreitet (so zu § 43 LuftVZO BGH, Urteil vom 24. November 1977 - III ZR 27/76 = WM 1978, 1097 unter I 2 m.w.Nachw.; zur beschränkten Bedeutung von § 12 BTOElt a.F.

im zivilrechtlichen Verhältnis der Parteien des Liefervertrages siehe auch Evers, Das Recht der Energieversorgung, 2. Aufl., S. 169).

f) Gegen die Maßgeblichkeit der Kosten- und Gewinnsituation für die Beurteilung der Billigkeit der Preisbestimmung kann auch nicht eingewandt werden, ein Verteilerunternehmen könne einen laufenden Bezugsvertrag beenden bzw. den Abschluß eines neuen Vertrages verweigern, um sich während des Interimsverhältnisses in den Genuß des nach § 315 BGB festgesetzten, gegenüber dem üblichen eventuell günstigeren Preis zu bringen und in einem solchen Fall der Stromlieferant gemäß § 26 Abs. 2 GWB verpflichtet sein, diesen günstigeren Preis sodann auch allen anderen vergleichbaren Abnehmern anzubieten. Wie oben (unter a) ausgeführt, werden durch das an den Kosten sowie einem angemessenen Gewinn orientierte Entgelt die wirtschaftlichen Interessen des Energielieferanten gewahrt.

g) Diese Maßstäbe für die Billigkeit der Ermessensentscheidung gelten allgemein, wenn einem Energieversorgungsunternehmen im Interimsverhältnis entsprechend § 316 BGB die Bestimmung des Entgelts für die Lieferung an ein Verteilerunternehmen übertragen ist. Ihre Anwendung ist im vorliegenden Fall um so mehr gerechtfertigt, als die Klägerin den bestehenden Liefervertrag gerade mit der Begründung gekündigt hat, der darin festgelegte Strompreis sei wegen eingetretener Verteuerung der Stromerzeugung nicht mehr vertretbar, und die erfolgte Bestimmung des neuen, rund 30 % höheren Preises - als der Billigkeit entsprechend - damit rechtfertigt, daß er kostenorientiert sei.

3. a) Kommt es somit für die Beurteilung, ob die Ermessensentscheidung der Klägerin der Billigkeit entspricht, darauf an, inwiefern der geforderte Strompreis zur Deckung der Kosten der Stromlieferung und zur Erzielung eines im vertretbaren Rahmen bleibenden Gewinns dient, so steht damit zugleich der Umfang der erforderlichen Darlegungen im Prozeß fest. Es oblag der Klägerin, im einzelnen vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen, welche allgemeinen und besonderen Kosten, die ihr durch die Belieferung der Beklagten mit elektrischer Energie entstehen, abzudecken waren; ferner, welchen Gewinn sie zur Bildung von Rücklagen, zur Finanzierung von Investitionen oder zur Verzinsung des aufgenommenen Kapitals bzw. der Einlagen ihrer Aktionäre mit dem der Beklagten berechneten Preis erzielen wollte.

b) Diese Anforderungen stehen nicht im Widerspruch zu der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 4. Dezember 1986 (VII ZR 77/86 = WM 1987, 295). Darin hat der VII. Zivilsenat es für zulässig erachtet, daß ein kommunales Gasversorgungsunternehmen einen Baukostenzuschuß und die Hausanschlußkosten gemäß seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Pauschalen erhoben hat, und ausgeführt, die Nachprüfung der Pauschalen gemäß § 315 Abs. 3 BGB führe nicht zu der Verpflichtung des Gasversorgungsunternehmens, die Summen weiter aufzuschlüsseln und zu erläutern (III b der Entscheidungsgründe). Dieser Fall unterscheidet sich vom vorliegenden schon dadurch, daß für die Herstellung von Gasanschlüssen die Erhebung von Pauschalen durch § 9 Abs. 4 AVBGasV zugelassen und durch § 10 Abs. 5 AVBGasV ausdrücklich vorgesehen ist. Dann ist es aber, worauf der VII. Zivilsenat zu Recht hingewiesen hat, vom Zweck der Pauschal-

abrechnung her nicht geboten, die Zusammensetzung der Beträge im einzelnen zu erläutern. Derartige Regelungen, die die Erhebung von Pauschalen gestatten, gibt es für die Strompreisberechnung gegenüber Verteilerunternehmen dagegen nicht.

c) Den somit hier notwendigen Vortrag hat die Klägerin - wie das Berufungsgericht zu Recht ausführt - unterlassen. Ihrer Darlegungslast genügte sie mit der allgemeinen Behauptung, das geforderte Entgelt sei angemessen und kostenorientiert, ebensowenig wie mit dem Hinweis auf Kostenerhöhungen bei der Stromerzeugung. Auch durch die Vorlage des Testats der Treuhandvereinigung Essen vom 25. April 1990 hat die Klägerin den vorstehenden Anforderungen an einen nachvollziehbaren Vortrag nicht entsprochen. Ihr wird zwar darin bescheinigt, daß die Ermittlung und Zuordnung der Kosten sachgerecht sei und daß der von ihr berechnete Preis nach der Bewertung des erforderlichen Stromaufkommens mit den anteiligen Strombeschaffungs-, Übertragungs-, Mittelspannungs- und Ortsnetzstationskosten sowie den Vertriebskosten angemessen sei. Diese zum Inhalt ihres Vorbringens gemachte Bestätigung gibt jedoch ebenfalls keinen zahlenmäßigen Aufschluß darüber, wie sich die Kosten- und Gewinnkalkulation der Klägerin zusammensetzt. Sie ist nicht nachvollziehbar und damit einer sachlichen Nachprüfung unzugänglich.

Ohne Erfolg rügt die Klägerin, das Berufungsgericht habe sie gemäß § 139 ZPO darauf hinweisen müssen, daß es das Testat zur Substantiierung ihres Vortrages für ungeeig-

net hält. Diese Rüge hat der Senat geprüft, jedoch nicht für durchgreifend erachtet. Von der Wiedergabe der Gründe wird gemäß § 565a ZPO abgesehen.

4. Zu Recht hat es das Berufungsgericht auch abgelehnt, die Preisbestimmung selbst durch Urteil zu treffen (§ 315 Abs. 3 Satz 2 BGB). Das ist nur zulässig, wenn die Bestimmung durch die dazu befugte Partei nicht der Billigkeit entspricht oder verzögert wird und eine hinreichende tatsächliche Grundlage für eine ersetzende gerichtliche Bestimmung vorhanden ist. Eine Verzögerung liegt ersichtlich nicht vor. Ob und gegebenenfalls inwieweit die Preisfestsetzung der Klägerin unbillig ist, kann dagegen wegen des zur Nachprüfung ungeeigneten Vortrags der Klägerin nicht beurteilt werden.

Wolf Dr. Brunotte Groß

Dr. Hübsch Ball