



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

EnZR 32/10

Verkündet am:  
8. November 2011  
Bürk  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und die Richter Dr. Raum, Dr. Kirchhoff, Dr. Grüneberg und Dr. Bacher

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 18. März 2010 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin begehrt die gerichtliche Bestimmung des angemessenen Stromnetznutzungsentgelts für das Jahr 2002 und Rückzahlung zu viel gezahlten Entgelts.
- 2 Die Klägerin bietet elektrische Energie für private und gewerbliche Verbraucher an. Auf der Grundlage eines Rahmenvertrags vom 24. August/18. September 2000 stellt die Beklagte der Klägerin hierzu ihr Stromverteilernetz zur Verfügung. Der Entgelthöhe liegen gemäß § 14 Abs. 1 des Rahmenvertrages Preislisten der Beklagten zugrunde, die sie auch im Internet veröffentlicht. Nach ihrem Vorbringen berechnete sie die darin aufgeführten und der Klägerin für das Jahr 2002 in Rechnung gestellten Entgelte nach der Verbändevereinbarung Strom II vom 13. Dezember 1999.
- 3 Mit Schreiben vom 4. Mai 2000 erklärte die Klägerin gegenüber der Beklagten, sie behalte sich vor, "die ... in Rechnung gestellten Entgelte im Ganzen und in ihren einzelnen Bestandteilen energie- und kartellrechtlich überprüfen zu lassen". Diesen Vorbehalt hielt sie mit Schreiben vom 4. Dezember 2000 ausdrücklich aufrecht.
- 4 Im Jahr 2003 erhob die Klägerin Klage unter anderem auf gerichtliche Bestimmung des billigen Entgelts für die von der Beklagten berechneten Mess- und Verrechnungspreise; die Klage wurde mit Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 29. Oktober 2003 rechtskräftig abgewiesen.
- 5 Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin geltend, die Beklagte verlange um mindestens 30% überhöhte Netznutzungsentgelte. Sie hat beantragt, das jeweils billige Netznutzungsentgelt einschließlich der

Mess- und Verrechnungsentgelte für das Jahr 2002 zu bestimmen und die Beklagte zu verurteilen, an sie die Differenz zwischen den nach ihrer Behauptung gezahlten Entgelten in Höhe von insgesamt 28.266,10 € netto und dem gerichtlich bestimmten billigen Entgelt zuzüglich Umsatzsteuer nebst Zinsen zu zahlen.

6 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht - unter Zurückweisung ihres weitergehenden Rechtsmittels - das billige Netznutzungsentgelt auf null Euro festgesetzt und der Zahlungsklage in Höhe von 20.083,17 € nebst 16% Umsatzsteuer und Zinsen stattgegeben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist, und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

8 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

9 Die Klägerin habe gegen die Beklagte einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung auf Rückzahlung des Netznutzungsentgelts für das Jahr 2002 in Höhe von 20.083,17 € nebst 16% Umsatzsteuer und Zinsen. Insoweit sei das billige Netzentgelt auf null Euro festzusetzen. Wegen des darüber hinaus geltend gemachten Rückzahlungsanspruchs im Hinblick auf gezahlte Mess- und Verrechnungspreise sei die Klage

dagegen in Anbetracht der rechtskräftigen Klageabweisung aus dem Jahr 2003 unzulässig.

10 Die von der Beklagten in Rechnung gestellten Netznutzungsentgelte könnten gemäß § 315 BGB auf ihre Billigkeit überprüft werden, weil der Beklagten ein vertragliches und gemäß § 6 Abs. 1 EnWG 1998 ein gesetzliches Leistungsbestimmungsrecht eingeräumt worden sei. Das von der Beklagten verlangte Netznutzungsentgelt sei unbillig. Die Beklagte sei der ihr obliegenden Darlegungslast für die Billigkeit der von ihr für das Jahr 2002 festgesetzten Entgelte nicht nachgekommen. Hierzu hätte es der Offenlegung ihrer Kalkulation bedurft. Mangels näherer Darlegung seitens der Beklagten sei das Berufungsgericht nicht in der Lage, das billige Entgelt oberhalb von null Euro zu bestimmen oder zu schätzen.

11 Die Klägerin habe ihr Klagerecht nicht verwirkt. Im Hinblick auf deren Schreiben habe die Beklagte nicht davon ausgehen dürfen, dass die Klägerin ihre Einwendungen gegen die Angemessenheit der in Rechnung gestellten Netznutzungsentgelte fallengelassen habe.

## II.

12 Diese Beurteilung des Berufungsgerichts hält der rechtlichen Überprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

13 1. Das Berufungsgericht hat allerdings zu Recht angenommen, dass die von der Beklagten verlangten Netznutzungsentgelte gemäß § 315 BGB auf ihre Billigkeit hin zu überprüfen sind. Nach der Rechtsprechung des Senats steht dem Netzbetreiber bei der Bestimmung des Netznutzungsentgelts im Falle einer entsprechenden vertraglichen Gestaltung ein vertragliches oder nach § 6 Abs. 1 EnWG 1998 ein gesetzli-

ches Leistungsbestimmungsrecht zu, das er regelmäßig nach billigem Ermessen auszuüben hat und das hinsichtlich der Billigkeit seiner Bestimmung der gerichtlichen Nachprüfung unterliegt (vgl. Senatsurteil vom 20. Juli 2010 - EnZR 23/09, ZIP 2010, 1959 Rn. 17 mwN - Stromnetznutzungsentgelt IV). Dies ist hier der Fall.

14            2. Nicht zu beanstanden ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, dass der Rückzahlungsanspruch der Klägerin nicht verwirkt ist. Es liegen keine besonderen Umstände vor, die die (verspätete) Geltendmachung der Ansprüche als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen. Dem steht bereits entgegen, dass sich die Klägerin die Überprüfung der in Rechnung gestellten Entgelte ausdrücklich vorbehalten hat. Nach den - von der Revision nicht angegriffenen - Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin bereits in dem der Beklagten zugegangenen Schreiben vom 4. Mai 2000 erklärt, die in Rechnung gestellten Netznutzungsentgelte auf ihre Rechtmäßigkeit und Angemessenheit gerichtlich überprüfen zu lassen. Zugleich hat sie mitgeteilt, dass die Zahlung der Entgelte zukünftig unter Vorbehalt erfolgt. Dadurch hat sie - wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat - unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie Zweifel an der Billigkeit der verlangten Entgelte hegte und eine gerichtliche Überprüfung gemäß § 315 BGB in Erwägung zog (vgl. hierzu Senatsurteil vom 20. Juli 2010 - EnZR 23/09, ZIP 2010, 1959 Rn. 19 ff. - Stromnetznutzungsentgelt IV).

15            3. Das Berufungsgericht ist auch zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte die Billigkeit der von ihr verlangten Entgelte darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen hat, weil die Klägerin die Entgelte nur unter dem Vorbehalt der gerichtlichen Nachprüfung gezahlt hat. Der von der Klägerin mit Schreiben vom 4. Mai 2000 erklärte Vorbehalt hatte nicht nur eine eingeschränkte - nämlich auf den Ausschluss des § 814 BGB bezogene - Bedeutung. Vielmehr ist die Annahme des Berufungsge-

richts, die Klägerin habe einen Vorbehalt in einem umfassenden Sinn erklärt, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Ein im Zusammenhang mit der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB erklärter Vorbehalt dient typischerweise dazu, die einseitige Leistungsbestimmung umfassend zu überprüfen und an der Darlegungs- und Beweislast des Bestimmungsberechtigten nichts zu ändern (vgl. Senatsurteil vom 20. Juli 2010 - EnZR 23/09, ZIP 2010, 1959 Rn. 26 ff. - Stromnetznutzungsentgelt IV).

16                   4. Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Beklagte die Billigkeit des von ihr verlangten Netznutzungsentgelts nicht hinreichend dargelegt hat und ihre Entgeltbestimmung daher für die Klägerin nicht verbindlich war.

17                   a) Nach der Rechtsprechung des Senats (Urteile vom 18. Oktober 2005 - KZR 36/04, BGHZ 164, 336, 341 - Stromnetznutzungsentgelt I, vom 7. Februar 2006 - KZR 8/05, WuW/E DE-R 1730 Rn. 13 - Stromnetznutzungsentgelt II und vom 20. Juli 2010 - EnZR 23/09, ZIP 2010, 1959 Rn. 32 f. - Stromnetznutzungsentgelt IV) wird der allgemeine Maßstab des billigen Ermessens, den § 315 Abs. 1 BGB vorsieht, durch § 6 Abs. 1 EnWG aF konkretisiert. Danach wird das Ermessen des Netzbetreibers in zweifacher Hinsicht gebunden. Neben der Beachtung des - hier nicht relevanten - Diskriminierungsverbots muss sich die Preisbildung daran orientieren, dass die Bedingungen guter fachlicher Praxis nach § 6 Abs. 1 Satz 4 EnWG aF einer möglichst sicheren, preisgünstigen und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität und Gas im Interesse der Allgemeinheit (§ 1 EnWG aF) und darüber hinaus der Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs dienen sollen.

18                   Danach kommt es für die Beurteilung, ob die Ermessensentscheidung der Beklagten der Billigkeit entspricht, darauf an, inwiefern das ge-

forderte Netzentgelt der Deckung der Kosten des Netzbetriebs und der Erzielung eines im vertretbaren Rahmen bleibenden Gewinns dient. Es obliegt dabei der Beklagten, im Einzelnen vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen, welche allgemeinen und besonderen Kosten, die ihr nach ihrer Kalkulation durch den Netzbetrieb im Jahr 2002 entstanden sind, abzudecken waren und welchen Teil ihrer Einnahmen sie zur Bildung von Rücklagen, zur Finanzierung von Investitionen oder zur Verzinsung des Eigenkapitals mit dem der Klägerin berechneten Preis erzielen wollte (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 2010 - EnZR 23/09, ZIP 2010, 1959 Rn. 33 mwN - Stromnetznutzungsentgelt IV).

19                    b) Nach diesen Maßstäben hat die Beklagte - wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat - ihrer Darlegungslast nicht genügt.

20                    Die Beklagte hat - trotz des Hinweises des Berufungsgerichts im Auflagenbeschluss vom 23. Mai 2007 - keine in sich geschlossene und nachvollziehbare Gesamtdarstellung ihrer Kostenkalkulation vorgelegt, sondern lediglich Fragmente der Preisbildung und rechnerische Teilergebnisse mitgeteilt. Das Berufungsgericht hat sich deshalb nicht zu der Prüfung in der Lage gesehen, ob die Gestaltungs- und Ermessensspielräume, die Netzbetreibern bei der Kalkulation von Netznutzungsentgelten nach den Preisfindungsprinzipien der VV Strom II bzw. VV Strom II plus eingeräumt sind, im Sinne einer billigen Entgeltbestimmung ausgeübt worden sind. Dagegen ist revisionsrechtlich nichts zu erinnern. Es fehlt vor allem an einer konkreten Darlegung der Beklagten, wie sie im Einzelnen die Preisfindungsprinzipien angewendet hat. Darüber hinaus hat sie auch nicht näher ausgeführt, ob und wie sie die Bewertungsspielräume, die die Preisfindungsprinzipien eröffnen, genutzt hat, um dem Gesetzeszweck des Energiewirtschaftsgesetzes bestmöglich Rechnung zu tragen (vgl. hierzu Senatsurteil vom 18. Oktober 2005 - KZR 36/04, BGHZ 164, 336, 344 f. - Stromnetznutzungsentgelt I). In den von der Re-



vision angeführten Schriftsätzen werden wesentliche Bestandteile der Kalkulation nur mit ihren Ergebnissen mitgeteilt und nicht im Einzelnen hergeleitet. Dies gilt beispielsweise für das betriebsnotwendige Eigenkapital und den Wagniszuschlag, für den die Beklagte lediglich vorgetragen hat, die individuelle Risikoschätzung führe - bei einem zugrunde gelegten Rahmen von 1,5 bis 3 Prozentpunkten - zu einem Zuschlag von 2,5 Prozentpunkten zum Eigenkapitalzinssatz.

21           Insoweit rügt die Beklagte ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe sie gemäß § 139 ZPO darauf hinweisen müssen, nach welchen Kriterien nach seiner Auffassung billige Netznutzungsentgelte zu bemessen seien. Ein solcher weitergehender Hinweis war nicht erforderlich, weil Zweck der von der Beklagten zu leistenden Darlegung die Offenlegung der von der Beklagten selbst angewandten Kriterien war, die erst nach einer solchen Darlegung einer kritischen Überprüfung darauf zugänglich waren, ob sie den Maßstäben des § 6 EnWG aF und des § 315 BGB entsprachen.

22           5. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht dagegen angenommen, dass in Ermangelung einer schlüssigen Darlegung der Beklagten zur Billigkeit der verlangten Netznutzungsentgelte das billige Entgelt auf null Euro festzusetzen sei.

23           a) Nach der Rechtsprechung des Senats hat die Feststellung der Unbilligkeit der Entgeltbestimmung des Netzbetreibers - entgegen der Auffassung der Revisionsbeklagten - nicht zur Folge, dass der Netznutzer ohne weiteres die von dem Netzbetreiber erlangten Entgeltzahlungen in Höhe des von ihm als Überteuerung angegebenen Mindestbetrages - hier: 30% - oder sogar in voller Höhe herausverlangen kann. Hiergegen spricht die Regelung in § 315 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BGB, nach der das Gericht selbst im Falle einer unterbliebenen Leistungsbestimmung

durch den Bestimmungsberechtigten auf der Grundlage des Vorbringens der Parteien eine Ersatzleistungsbestimmung treffen muss (vgl. Senatsurteil vom 20. Juli 2010 - EnZR 23/09, ZIP 2010, 1959 Rn. 51 - Stromnetznutzungsentgelt IV).

24 Die richterliche Ersatzleistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 BGB ist eine Ermessensentscheidung, die das Gericht auf der Grundlage des Vorbringens der Parteien zu treffen hat. Die richterlichen Ausführungen zur Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB im konkreten Fall können vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob das Berufungsgericht den Begriff der Billigkeit verkannt, ob es die gesetzlichen Grenzen seines Ermessens überschritten oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat und ob es von einem rechtlich unzutreffenden Ansatz ausgegangen ist, der ihm den Zugang zu einer fehlerfreien Ermessensausübung versperrt hat (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 10. Oktober 1991 - III ZR 100/90, BGHZ 115, 311, 321, vom 13. Juni 2007 - VIII ZR 36/06, BGHZ 172, 315 Rn. 20 und vom 19. November 2008 - VIII ZR 138/07, BGHZ 178, 362 Rn. 28, jeweils mwN).

25 b) Nach diesen Maßgaben ist die Festsetzung des billigen Nutzungsentgelts der Beklagten auf null Euro rechtsfehlerhaft. Insoweit ist zu beanstanden, dass das Berufungsgericht das Vorbringen der Parteien nicht ausgeschöpft hat. Wie bei einer nach § 287 ZPO vorzunehmenden Schätzung darf die Festsetzung eines geschuldeten billigen Entgelts nur dann unterbleiben, wenn es hierfür an greifbaren Anhaltspunkten mangelt (vgl. BGH, Urteile vom 22. Mai 1984 - III ZR 18/83, BGHZ 91, 243, 256 f., vom 22. Oktober 1987 - III ZR 197/86, NJW-RR 1988, 410 und vom 11. März 2004 - VII ZR 339/02, NJW-RR 2004, 1023). Dies ist hier indes nicht der Fall. Vielmehr hätte das Berufungsgericht jedenfalls das Vorbringen der Parteien in seine Ermessensent-

scheidung einbeziehen müssen, wonach die von der Bundesnetzagentur nach Inkrafttreten des Energiewirtschaftsgesetzes 2005 auf der Grundlage einer kostenorientierten Entgeltbildung durchgeführten Genehmigungsverfahren zu Kürzungen der Netznutzungsentgelte um - so die Klägerin - durchschnittlich 12% bzw. - so die Beklagte - 10-18% geführt hätten. Die Heranziehung der Ergebnisse der unmittelbar nach Inkrafttreten des Energiewirtschaftsgesetzes 2005 durchgeführten Entgeltgenehmigungsverfahren hat der Senat gebilligt und die Kürzungen der Regulierungsbehörden im Rahmen der Entgeltgenehmigungsverfahren als taugliche Vergleichsparameter angesehen (vgl. Senatsurteil vom 20. Juli 2010 - EnZR 23/09, ZIP 2010, 1959 Rn. 41 ff. - Stromnetznutzungsentgelt IV). Dabei hat der Senat im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast des Netzbetreibers für die Billigkeit der von ihm verlangten Entgelte im Grundsatz auch eine Ausschöpfung des von den Regulierungsbehörden mitgeteilten Rahmens der Entgeltkürzungen nach oben für vertretbar gehalten (vgl. Senatsurteil vom 20. Juli 2010 - EnZR 23/09, aaO, Rn. 51); etwas anderes wird allerdings dann zu gelten haben, wenn der Netzbetreiber konkret darlegt, dass die ihn betreffende Kürzung geringer ausgefallen ist.

III.

26 Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dieses wird die erforderlichen ergänzenden Feststellungen zur Billigkeit der Netznutzungsentgelte zu treffen haben.

Meier-Beck

Raum

Kirchhoff

Grüneberg

Bacher

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 30.08.2006 - 34 O (Kart) 213/05 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 18.03.2010 - VI-2 U (Kart) 5/06 -