



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

EnZR 26/09

Verkündet am:  
20. Juli 2010  
Bürk  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juli 2010 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf und die Richter Prof. Dr. Meier-Beck, Dr. Bergmann, Dr. Strohn und Dr. Grüneberg

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Parteien gegen das Urteil des 1. Zivilsenats und Kartellsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 26. Mai 2009 werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens tragen die Klägerin zu 47 % und die Beklagte zu 53 %.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin begehrt die gerichtliche Bestimmung des angemessenen Stromnetznutzungsentgelts für die Jahre 2003 und 2004 und Rückzahlung zuviel gezahlten Entgelts.
- 2 Die Klägerin bietet elektrische Energie für private und gewerbliche Verbraucher auf der Basis sog. all-inclusive-Verträge an. Auf der Grundlage eines - durch eine Zusatzvereinbarung vom 2./15. November 2001 ergänzten -

Rahmenvertrags vom 4. Juli/26. November 2001 stellt die Beklagte der Klägerin hierzu ihr regionales Stromverteilernetz zur Verfügung. Hinsichtlich der Entgeltverpflichtung enthält der Rahmenvertrag unter anderem folgende Bestimmungen:

7.1

Für die Abwicklung der Stromlieferung, insbesondere für die Mess- und Ablesedienstleistungen, die Datenverarbeitung und -übermittlung, zahlt der Lieferant dem Netzbetreiber ein Entgelt nach dem jeweils geltenden Preisblatt (Anlage 3).

7.4

Die gezahlten Entgelte nach den vorstehenden Ziffern ... können vom Lieferanten zurückgefordert werden, wenn deren Erhebung durch den Netzbetreiber durch ein Gericht oder die zuständige Kartellbehörde rechtskräftig als nicht rechtmäßig beurteilt wird. Die Rückforderung ist auf die zuviel bezahlten Anteile an den Entgelten beschränkt.

7.5

Der Lieferant haftet dem Netzbetreiber gesamtschuldnerisch für die zwischen dem jeweiligen Kunden des Lieferanten und dem Netzbetreiber im Netznutzungsvertrag für die Netznutzung und die Verrechnung vereinbarten Entgelte, sofern die Bezahlung durch den Kunden an den Lieferanten zwischen diesen vereinbart ist.

13.3

Die im Preisblatt angegebenen Preise können vom Netzbetreiber angepasst werden. ...

- 3            Dem Vertrag ist ein Preisblatt "Entgelte für die Nutzung der Netzinfrastruktur der HEW HofEnergie + Wasser GmbH ... Stand: 03.04.2001" beigelegt. Der Rahmenvertrag wurde am 20./25. Februar 2004 durch einen anderen Rahmenvertrag ersetzt, der in Nummer 8.1 eine mit Nummer 7.1 des Rahmenvertrages 2001 wortgleiche Entgeltbestimmung und in Nummer 14.3 ein entsprechendes Preisanpassungsrecht enthält.

4 Die Netznutzungsentgelte wurden entsprechend Nummer 1 der beiden Rahmenverträge nicht den Letztverbrauchern, sondern der Klägerin in Rechnung gestellt. Mit Schreiben vom 25. Juni 2001 und 4. Juli 2001, mit denen die Klägerin der Beklagten die von ihr unterzeichneten Vertragsurkunden zur Gegenzeichnung zuleitete, erklärte sie, sie zahle "vorläufig die Entgelte unter Vorbehalt ihrer energie- und kartellrechtlichen Überprüfung im Ganzen ... und unter Vorbehalt der Rückforderung". Diesen Vorbehalt hielt sie mit Schreiben vom 15. November 2001, 10. Dezember 2003 und 20. Februar 2004 ausdrücklich aufrecht und wies zugleich darauf hin, dass aus diesem Grund eine Einigung über die Entgelte nicht erzielt worden sei. Mit Schreiben vom 30. August 2004 und 8. Dezember 2005 bat die Klägerin die Beklagte unter Hinweis auf die Ermittlungen der Regulierungsbehörde um den Abschluss einer verjährungshemmenden Vereinbarung in Bezug auf die Netznutzungsentgelte für die Jahre 2000 bis 2002. Dies lehnte die Beklagte ab.

5 Die Klägerin macht geltend, die Beklagte verlange um mindestens 30 % überhöhte Netznutzungsentgelte. Sie hat beantragt, das jeweils billige Netznutzungsentgelt für die Jahre 2003 und 2004 zu bestimmen und die Beklagte zu verurteilen, an sie die Differenz zwischen den nach ihrer Behauptung gezahlten Entgelten in Höhe von insgesamt 9.042,22 € netto und dem gerichtlich bestimmten billigen Entgelt zuzüglich Umsatzsteuer nebst Zinsen zu zahlen. Die Beklagte wendet unter anderem ein, dass sie die der Klägerin in Rechnung gestellten Entgelte nach der Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung vom 13. Dezember 2001 (BAnz Nr. 85b vom 8.5.2002; im Folgenden: Verbändevereinbarung Strom II plus) berechnet habe.

6 Das Landgericht hat das billige Netznutzungsentgelt für die Jahre 2003 und 2004 auf 84 % der von der Klägerin dargelegten Nettobeträge festgesetzt

und die Beklagte zur Zahlung von 1.678,23 € nebst Zinsen verurteilt. Die dagegen gerichteten Berufungen beider Parteien sind ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Klägerin ihr Klagebegehren und die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revisionen der Parteien haben keinen Erfolg.

I.

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

9 Die von der Beklagten verlangten Tarife seien nach § 315 Abs. 3 BGB auf ihre Billigkeit zu überprüfen, weil der Beklagten nach beiden Rahmenverträgen ein vertragliches und daneben nach § 6 Abs. 1 Satz 1 EnWG 1998 ein gesetzliches Leistungsbestimmungsrecht zugestanden habe. Soweit sich die Beklagte darauf berufe, dass sie die Entgelte nach der Verbändevereinbarung Strom II plus berechnet habe, sei hierdurch die Anwendbarkeit des § 315 BGB nicht abbedungen worden. In die Billigkeitsprüfung seien auch die Netznutzungsentgelte vorgelagerter Netzbetreiber einzubeziehen, weil diese in die Entgeltkalkulation der Beklagten eingeflossen seien.

10 Die Klägerin habe ihren Anspruch auf gerichtliche Überprüfung der Billigkeit der Netzentgelte nicht verwirkt. Es fehlten bereits besondere, auf einem Verhalten der Klägerin beruhende Umstände, die bei objektiver Betrachtung bei der Beklagten das Vertrauen hätten erwecken können, die Klägerin werde ihren

Anspruch nicht mehr geltend machen. Ganz im Gegenteil habe die Klägerin bereits mit Schreiben vom 25. Juni 2001 einen entsprechenden Vorbehalt erhoben und diesen mit den weiteren Schreiben vom 4. Juli 2001, 10. Dezember 2003 und 20. Februar 2004 bekräftigt. Soweit die Beklagte den Zugang der Schreiben mit Nichtwissen bestritten habe, sei dies im Hinblick darauf unzulässig, dass ihr mit diesen Schreiben unter anderem die von der Klägerin unterzeichneten Vertragsurkunden übersandt worden seien, die sie - was unstrittig sei - erhalten habe.

11            Der Rückzahlungsanspruch der Klägerin sei nicht durch die Regelung der § 23a Abs. 5, § 118 Abs. 1b EnWG in der Fassung des Gesetzes vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970) ausgeschlossen. Diesen Vorschriften komme keine Rückwirkung auf zurückliegende Entgeltperioden zu.

12            Das von der Beklagten verlangte Netznutzungsentgelt sei unbillig. Die Beklagte sei der ihr obliegenden Darlegungslast für die Billigkeit der von ihr für die Jahre 2003 und 2004 festgesetzten Entgelte nicht nachgekommen. Hierzu hätte es der Offenlegung ihrer Kalkulation bedurft. Für das Jahr 2003 könne sie sich auch nicht auf die Vermutung des § 6 Abs. 1 Satz 5 EnWG (in der bis zum 12. Juli 2005 geltenden Fassung, im Folgenden: a.F.) berufen, weil sie nicht im Einzelnen dargelegt habe, die Preisfindungsgrundsätze nach der Verbändevereinbarung Strom II plus eingehalten zu haben. Schließlich könne sie sich ihrer Darlegungslast nicht durch eine pauschale Bezugnahme auf schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse entziehen, weil mangels konkreten Vorbringens der Beklagten nicht festzustellen sei, ob ihr Geheimhaltungsinteresse das Interesse der Klägerin an einer Offenlegung überwiege.

13            Das angemessene Entgelt sei auf 84 % des von der Beklagten verlangten Entgelts festzusetzen. Nach den Pressemitteilungen der Bundesnetzagen-

tur sei es im Rahmen der nach Inkrafttreten des Energiewirtschaftsgesetzes 2005 durchgeführten Entgeltgenehmigungsverfahren zu Kürzungen um 10 bis 16 % bei den geltend gemachten Netzkosten und 8 bis 25 % bei den Netto-Netzentgelten gekommen. Auch wenn diese Kürzungen bei anderen Netzbetreibern vorgenommen worden seien und sowohl andere Zeiträume als auch andere Rechtsgrundlagen beträfen, lieferten sie einen hinreichenden Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des billigen Netznutzungsentgelts. Aufgrund dessen sei der mittlere Wert der Kürzungen bei regionalen oder lokalen Netzbetreibern von 16 % auch vorliegend anzusetzen.

14           Schließlich sei auch davon auszugehen, dass die Beklagte die verlangten Netzentgelte von der Klägerin tatsächlich erlangt habe. Soweit die Beklagte die von der Klägerin dargelegten tatsächlichen Zahlungen in den Jahren 2003 und 2004 in Höhe von insgesamt 9.042,22 € netto mit Nichtwissen bestritten habe, sei ein solches Bestreiten im Hinblick auf die ihr erteilten Einzugsermächtigungen unzulässig.

## II.

15           A. Revision der Beklagten

16           Die Beurteilung des Berufungsgerichts hält der rechtlichen Überprüfung stand.

17           1. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die von der Beklagten verlangten Netznutzungsentgelte gemäß § 315 BGB auf ihre Billigkeit hin zu überprüfen sind. Wie der Senat mit Urteilen vom 18. Oktober 2005 (KZR 36/04, BGHZ 164, 336, 339 ff. - Stromnetznutzungsentgelt I) und vom 4. März 2008 (KZR 29/06, WuW/E DE-R 2279 Rn. 18 ff. - Stromnetznutzungs-

entgelt III) entschieden und im Einzelnen begründet hat, steht dem Netzbetreiber bei der Bestimmung des Netznutzungsentgelts im Falle einer - wie hier - entsprechenden vertraglichen Gestaltung ein vertragliches oder nach § 6 Abs. 1 EnWG 1998 ein gesetzliches Leistungsbestimmungsrecht zu, das er regelmäßig nach billigem Ermessen auszuüben hat und das hinsichtlich der Billigkeit seiner Bestimmung der gerichtlichen Nachprüfung unterliegt. Der Nachprüfung der Billigkeit des vom Wettbewerb nicht kontrollierten Netznutzungsentgelts steht es nicht entgegen, wenn der Preis bei Vertragsschluss - wie hier durch die Bezugnahme auf das Preisblatt - beziffert worden ist (Senatsurteil vom 4. März 2008 - KZR 29/06, WuW/E DE-R 2279 Rn. 22 ff. - Stromnetznutzungsentgelt III). Die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche sind auch nicht durch die nur für die Netzentgeltregulierung geltende Regelung der § 23a Abs. 5, § 118 Abs. 1b EnWG in der Fassung des Gesetzes vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970) ausgeschlossen.

18 Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe in Widerspruch zur höchstrichterlichen Rechtsprechung die Netznutzungsentgelte der vorgelagerten Netzbetreiber in die Überprüfung nach § 315 BGB einbezogen. Dies ist nicht der Fall. Die nur für das Vertragsverhältnis zwischen der die Leistung bestimmenden und der dieser Bestimmung unterworfenen Partei geltende Regelung des § 315 BGB kann zwar nicht herangezogen werden, um auch die auf einer vorgelagerten Stufe der Lieferkette vereinbarten Preise einer gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen (vgl. BGH, Urteile vom 13. Juni 2007 - VIII ZR 36/06, BGHZ 172, 315 Rn. 27 und vom 19. November 2008 - VIII ZR 138/07, BGHZ 178, 362 Rn. 42). Eine solche Kontrolle ist aber vom Berufungsgericht nicht durchgeführt worden. Vielmehr hat es zu Recht auf die in Nummer 7.1 bzw. Nummer 8.1 der zwischen den Parteien geschlossenen Rahmenverträge genannten Preisbestandteile abgehoben, in denen - ebenso wie in dem Preisblatt - die Netznutzungsentgelte der vorgelagerten Netzbetreiber nicht geson-

dert aufgeführt, sondern als unselbständige Kostenfaktoren enthalten sind. Dass im Rahmen der Billigkeitsprüfung und der vom Berufungsgericht hierbei vorgenommenen Herabsetzung des von der Beklagten verlangten Netznutzungsentgelts auch die von ihr an die vorgelagerten Netzbetreiber gezahlten Netznutzungsentgelte erfasst worden sind, liegt in der Natur der Sache und beruht auf dem Umstand, dass die Beklagte ihre Kalkulation nicht offengelegt hat.

19           2. Entgegen der Auffassung der Revision sind die Rückzahlungsansprüche der Klägerin hinsichtlich der gezahlten Netznutzungsentgelte für die Jahre 2003 und 2004 nicht verwirkt.

20           a) § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB bestimmt für die Erhebung der dort vorgesehenen Klage keine besondere Frist. Der Betroffene kann allerdings durch illoyale Verzögerung der Klageerhebung sein Klagerecht verwirken (vgl. BGH, Urteil vom 6. März 1986 - III ZR 195/84, BGHZ 97, 212, 220 f. mwN). Ein Recht ist verwirkt, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment). Letzteres ist der Fall, wenn der Verpflichtete bei objektiver Betrachtung dem Verhalten des Berechtigten entnehmen durfte, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen werde. Ferner muss sich der Verpflichtete im Vertrauen auf das Verhalten des Berechtigten in seinen Maßnahmen so eingerichtet haben, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 6. März 1986 - III ZR 195/84, BGHZ 97, 212, 220 f., vom 20. Oktober 1988 - VII ZR 302/87, BGHZ 105, 290, 298 und vom 12. März 2008 - XII ZR 147/05, NJW 2008, 2254 Rn. 22, jeweils mwN).

- 21            b) Nach diesen Maßgaben hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei eine Verwirkung des Anspruchs der Klägerin auf gerichtliche Überprüfung der Billigkeit der von der Beklagten festgesetzten Netznutzungsentgelte und auf Rückzahlung des überhöhten Entgeltanteils verneint.
- 22            aa) Dabei kann offen bleiben, ob für das Zeitmoment - wie die Revision meint - angesichts der "Besonderheiten des Strommarktes und des gesetzlichen Versorgungsauftrages für die Erbringung von Versorgungsleistungen" von einer regelmäßigen Verwirkungsfrist von einem Jahr ab der Leistung auszugehen ist. Hiergegen spricht allerdings, dass es für die Beurteilung der Zeitspanne, die bis zum Eintritt der Verwirkung verstrichen sein muss, auf die Umstände des Einzelfalles ankommt und daher die Annahme fester Zeiträume nicht in Betracht kommt. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass der Rückforderungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB gemäß §§ 195, 199 BGB der (kurzen) regelmäßigen Verjährung von drei Jahren unterliegt und daher eine weitere Abkürzung dieser Verjährungsfrist durch Verwirkung nur noch unter ganz besonderen Umständen angenommen werden kann (vgl. BGH, Urteile vom 13. Januar 1988 - IVb ZR 7/87, BGHZ 103, 62, 68 und vom 17. Februar 1969 - II ZR 30/65, DB 1969, 569).
- 23            bb) Es liegen jedenfalls 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 sich die Klägerin bereits in dem der Beklagten zugegangenen Schreiben vom 25. Juni 2001, 4. Juli 2001, 10. Dezember 2003 und 20. Februar 2004 vorbehalten, die in Rechnung gestellten Netznutzungsentgelte im Ganzen und in ihren einzelnen Bestandteilen energie- und kartellrechtlich überprüfen zu

lassen. Zugleich hat sie mitgeteilt, dass die Zahlung der Entgelte 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.

24           Entgegen der Revision stellt sich nicht die Frage, ob sich dieser Vorbehalt auch noch auf die Festsetzung der (erhöhten) Nutzungsentgelte für die Jahre 2003 und 2004 bezogen hat. Denn die Klägerin hat ihren Vorbehalt in den Schreiben vom 10. Dezember 2003, 20. Februar 2004, 30. August 2004 und 8. Dezember 2005 bekräftigt, wodurch - wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - bei der Beklagten nicht der Eindruck entstehen konnte, die Klägerin habe von einer Überprüfung der Netzentgelte Abstand genommen.

25           Anders als die Revision meint, konnte die Beklagte auch nicht darauf vertrauen, dass die Klägerin die angekündigte gerichtliche Überprüfung der Billigkeit der verlangten Entgelte nach Ablauf einer angemessenen Frist, d.h. nach Auffassung der Beklagten nach Ablauf eines Jahres, gerechnet ab dem Zugang der Schreiben, nicht mehr betreiben würde. Hiergegen spricht bereits der Inhalt der beiden Schreiben vom 30. August 2004 und 8. Dezember 2005. Durch den darin enthaltenen Vorschlag der Klägerin zum Abschluss verjährungshemmender Vereinbarungen wurde der Beklagten - wie das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler angenommen hat - deutlich gemacht, dass die Klägerin ihre Ansprüche weiterhin verfolgen wollte.

26           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.

- 27 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat derjenige, dem das Leistungsbestimmungsrecht eingeräumt ist und der typischerweise auch allein dazu in der Lage ist, die Billigkeit seiner Bestimmung darzutun. Dies gilt auch für den Fall, dass die andere Vertragspartei die gerichtliche Bestimmung des angemessenen Entgelts und die Rückzahlung zuviel gezahlten Entgelts begehrt, wenn sie die Entgelte nur unter Vorbehalt gezahlt hat (Senatsurteile vom 18. Oktober 2005 - KZR 36/04, BGHZ 164, 336, 343 - Stromnetznutzungsentgelt I und vom 4. März 2008 - KZR 29/06, WuW/E DE-R 2279 Rn. 27 - Stromnetznutzungsentgelt III).
- 28 b) So liegt der Fall hier. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin das Netznutzungsentgelt nur unter Vorbehalt gezahlt, indem sie sich mit Schreiben vom 25. Juni 2001 und 4. Juli 2001 vorbehalten hat, die in Rechnung gestellten Entgelte im Ganzen und in ihren einzelnen Bestandteilen energie- und kartellrechtlich überprüfen zu lassen, und diesen Vorbehalt mit Schreiben vom 15. November 2001, 10. Dezember 2003 und 20. Februar 2004 aufrechterhalten hat.
- 29 Anders als die Revision meint, hat der von der Klägerin mit den Schreiben vom 25. Juni 2001 und vom 4. Juli 2001 erklärte Vorbehalt nicht nur eine eingeschränkte - nämlich auf den Ausschluss des § 814 BGB bezogene - Bedeutung. Richtig ist allerdings, dass ein Vorbehalt unterschiedliche Bedeutung haben kann. Im Allgemeinen will der Schuldner lediglich dem Verständnis seiner Leistung als Anerkenntnis (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB) entgegenzutreten und die Wirkung des § 814 BGB ausschließen, sich also die Möglichkeit offenhalten, das Geleistete gemäß § 812 BGB zurückzufordern. Der Vorbehalt kann aber auch so erklärt werden, dass von der Zahlung keinerlei Rechtswirkung, insbesondere auch keine Erfüllungswirkung, ausgeht. Ein solcher Vorbehalt ist dann

anzunehmen, wenn der Schuldner nur unter Zwang oder zur Vermeidung eines empfindlichen Übels leistet, etwa zur Abwendung der Zwangsvollstreckung. Der Leistende kann auf diese Weise erreichen, dass im späteren Rückforderungsstreit den Leistungsempfänger die Beweislast für das Bestehen des Anspruchs trifft (vgl. BGH, Urteile vom 6. Oktober 1998 - XI ZR 36/98, BGHZ 139, 357, 367 f., vom 9. Juni 1992 - VI ZR 215/91, NJW-RR 1992, 1214, 1216, vom 24. Oktober 2002 - I ZR 3/00, BGHZ 152, 233, 244 f. und vom 24. November 2006 - LwZR 6/05, NJW 2007, 1269 Rn. 19, jeweils mwN).

30 Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin habe einen Vorbehalt in diesem umfassenden Sinn erklärt, ist 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. Anhaltspunkte für einen - ausnahmsweise - entgegenstehenden Willen der Klägerin als Schuldnerin des Entgeltanspruchs ergeben sich entgegen der Revision insbesondere nicht aus den Schreiben der Klägerin vom 11. und 23. Oktober 2000. Diese waren an einen anderen Netzbetreiber gerichtet und betrafen ein anderes Vertragsverhältnis.

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

32 a) Nach der Rechtsprechung des Senats (Urteile vom 18. Oktober 2005 - KZR 36/04, BGHZ 164, 336, 341 - Stromnetznutzungsentgelt I und vom 7. Februar 2006 - KZR 8/05, WuW/E DE-R 1730 Rn. 13 - Stromnetznutzungsentgelt II) 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.

33            Danach kommt es für die Beurteilung, ob die Ermessensentscheidung der Beklagten der Billigkeit entspricht, darauf an, inwiefern das geforderte 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 in den Jahren 2003 und 2004 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 2. Oktober 1991 - VIII ZR 240/90, WM 1991, 2065, 2068).

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

35            Die Beklagte hat - trotz des Hinweises des Landgerichts in Nummer 4b der gerichtlichen Verfügung vom 26. März 2008 - die Kalkulationsgrundlagen ihrer Entgeltbestimmung nicht dargelegt. Die Beklagte durfte sich insoweit auch nicht pauschal auf die Wahrung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse berufen. Hierzu hätte es vielmehr eines substantiierten Sachvortrags dazu bedurft,

bei Offenlegung welcher konkreten Geheimnisse sie welche Nachteile zu befürchten hätte (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 2008 - VIII ZR 138/07, BGHZ 178, 362 Rn. 46). Erst dann wäre eine - auch im Rahmen einer Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB erforderliche - Abwägung zwischen dem Gebot effektiven Rechtsschutzes und dem verfassungsrechtlichen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, die auf einen bestmöglichen Ausgleich zwischen den betroffenen Verfassungsgütern gerichtet sein muss (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 2008 - VIII ZR 138/07, aaO Rn. 47 mwN), möglich gewesen.

36 Das Berufungsgericht hat auch zu Recht angenommen, dass das pauschale Vorbringen der Beklagten, sie habe die von ihr verlangten Netznutzungsentgelte nach den Preisfindungsprinzipien der Anlage 3 zur Verbändevereinbarung Strom II plus kalkuliert, unsubstantiiert ist. Es fehlt bereits 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). Schließlich hat die Beklagte auch erstmals in dem nach Schluss der letzten mündlichen Berufungsverhandlung eingereichten, nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 12. Mai 2009 Beweis für ihre nicht näher substantiierte Behauptung angetreten.

37 Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich die Billigkeit der von der Beklagten vorgenommenen Entgeltbestimmung auch nicht aus den von ihr veröffentlichten Gewinn- und Verlustrechnungen, Bilanzen und Lageberichten über den Geschäftsverlauf. Hieraus lässt sich nicht ersehen, inwiefern das ge-

forderte Netzentgelt zur Deckung der Kosten des Netzbetriebs und zur Erzielung eines im vertretbaren Rahmen bleibenden Gewinns dient. Insoweit rügt die Beklagte auch ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe sie gemäß § 139 ZPO darauf hinweisen müssen, dass es die veröffentlichten Daten zur Substantiierung ihres Vorbringens für unzureichend hält. Diese Rüge hat der Senat geprüft, jedoch nicht für durchgreifend erachtet. Von der Wiedergabe der Gründe wird gemäß § 564 ZPO abgesehen.

38           5. Das Berufungsgericht hat auch in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise das angemessene Netznutzungsentgelt auf 84 % der von der Beklagten berechneten Preise festgesetzt.

39           a) 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 tatrichterlichen 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 verkennt, 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). Derartige Fehler zeigt die Revision nicht auf.

40           b) Mangels Offenlegung der Kalkulation konnte das Berufungsgericht seiner Ermessensentscheidung keine der Beklagten für ihren Netzbetrieb anfallenden unternehmensspezifischen Kosten und keine konkrete Gewinnspanne

zugrunde legen. Aufgrund dessen ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht auf einen Vergleich mit den Kürzungen der Netznutzungsentgelte durch die Bundesnetzagentur abgestellt hat, die diese in den auf der Grundlage einer kostenorientierten Entgeltbildung durchgeführten Genehmigungsverfahren nach Inkrafttreten des Energiewirtschaftsgesetzes 2005 vorgenommen hat.

41           aa) Die Kürzungen der Regulierungsbehörden im Rahmen der Entgeltgenehmigungsverfahren sind taugliche Vergleichsparameter.

42           Wie bereits das Energiewirtschaftsgesetz 1998 bezweckt auch das Energiewirtschaftsgesetz 2005 eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Strom und Gas (§ 1 Abs. 1 EnWG 2005). Die Entgelte für den Netzzugang müssen unter anderem angemessen sein (§ 22 Abs. 1 EnWG 2005) und dürfen keine Kosten oder Kostenbestandteile enthalten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden (§ 22 Abs. 2 Satz 2 EnWG 2005). Die Ermittlung der Kosten und der Netzentgelte im Rahmen der Genehmigungsverfahren für das Restjahr 2005 und das Jahr 2006 erfolgte auf der Basis der Daten des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres (§ 3 Abs. 1 Satz 5 StromNEV), so dass im Hinblick auf die Antragsfrist des § 118 Abs. 1b Satz 1 EnWG in der Fassung des Gesetzes vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970) die Daten des Jahres 2004 maßgeblich waren.

43           Aufgrund dessen ist die Verwertung der Ergebnisse der unmittelbar nach Inkrafttreten des Energiewirtschaftsgesetzes 2005 und der Stromnetzentgeltverordnung durchgeführten Genehmigungsverfahren auch im Hinblick auf den maßgeblichen Zeitraum nicht ermessensfehlerhaft. Den Genehmigungsverfahren lagen die Unternehmensdaten des Jahres 2004 zugrunde. Diese sind für die Billigkeitskontrolle der Entgeltabrechnungen 2003 und 2004 brauchbar. Für

das Jahr 2004 liegt dies auf der Hand. Ob für das Vorjahr die Kosten der Beklagten in absoluten Beträgen inflationsbedingt niedriger waren, bedurfte keiner näheren Aufklärung, weil das Berufungsgericht die von der Beklagten verlangten Entgelte prozentual gekürzt und damit die - von der Revision nicht beanstandete - Einschätzung zugrunde gelegt hat, dass die Preisüberhöhung in beiden Jahren verhältnismäßig gleich war.

44           bb) Es begegnet auch keinen durchgreifenden Bedenken, dass die Vergleichsbasis recht schmal ist, weil das Berufungsgericht seiner Entgeltbestimmung lediglich die von der Klägerin - zur Darlegung des Mindestausmaßes der Entgeltüberhöhung - vorgelegten Pressemitteilungen der Bundesnetzagentur über die Ergebnisse einzelner Genehmigungsverfahren zugrunde gelegt hat. Die Beklagte hat dagegen weder begründete Einwendungen erhoben noch - ihr günstigere - Vergleichswerte anderer Netzbetreiber vorgetragen. Das Berufungsgericht hatte aus seiner Sicht keinen Anlass, eine Verbreiterung der Vergleichsbasis zu verlangen. Es hat in der von den Parteien vorgebrachten Datenbasis eine tragfähige Grundlage für seine Ermessensentscheidung gesehen. Dagegen ist revisionsrechtlich nichts zu erinnern.

45           cc) Entgegen der Revision ist auch die vom Berufungsgericht vorgenommene Kürzung der Höhe nach nicht zu beanstanden. Die Ermessensentscheidung ist rechtsfehlerfrei getroffen worden. Fehler, die insoweit beachtlich wären, zeigt die Revision der Beklagten nicht auf.

46           Die zum Vergleich herangezogenen Nutzungsentgelte sind von der Bundesnetzagentur im Einzelnen aufgrund der Kalkulation der Netzbetreiber konkret überprüft worden. Das Berufungsgericht hat seiner Ermessensentscheidung die Kürzungen bei regionalen oder lokalen Netzbetreibern zugrunde gelegt. Dies begegnet keinen Bedenken, weil es sich auch bei der Beklagten um

einen solchen Netzbetreiber handelt. Durch die Verwendung des Durchschnittswertes der von der Regulierungsbehörde ermittelten prozentualen Kürzungsbeiträge hat das Berufungsgericht den aus seiner Sicht bestehenden Unsicherheiten der schmalen Vergleichsbasis Rechnung getragen. Im Hinblick darauf, dass die Beklagte ein lokales Netz betreibt, ist auch die trichterliche Würdigung, von Zu- oder Abschlägen aufgrund einer - hier nicht gegebenen - anderen Unternehmensgröße abzusehen, revisionsrechtlich unbedenklich.

47                   6. Schließlich hat die Revision auch keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts wendet, die Klägerin habe alle Rechnungen der Beklagten für die Jahre 2003 und 2004 bezahlt.

48                   Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass der Sachvortrag der Klägerin zu ihren Zahlungen den Anforderungen an eine schlüssige Darlegung dessen, was die Beklagte von ihr erlangt hat, als Grundlage des Herausgabeanspruchs nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB genügt. Da die Beklagte die Rechnungen erstellt hat, bedurfte es insoweit keines näheren Vorbringens der Klägerin, solange die Beklagte die Bezahlung einzelner Rechnungen nicht konkret bestritt. Ein solches Bestreiten liegt nicht vor. Die Beklagte hat lediglich die Zuordnung der von ihr für die jeweiligen Verbrauchsjahre erstellten Rechnungen zu den von der Klägerin für das jeweilige Kalenderjahr hochgerechneten Netzentgelten für nicht nachvollziehbar gehalten. Die Bezahlung der von ihr erstellten Rechnungen als solche hat sie indes nicht in Abrede gestellt. Im Gegenteil hat sie in Zusammenhang mit der Frage der Verwirkung - zuletzt in der Revisionsverhandlung - vorgetragen, die Klägerin habe die Rechnungen (vorbehaltlos) bezahlt.

49 B. Revision der Klägerin

50 Die Revision der Klägerin ist ebenfalls unbegründet.

51 Nach den obigen Ausführungen zu II. A. 5. hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise das angemessene Netznutzungsentgelt auf 84 % der von der Beklagten berechneten Preise festgesetzt. Entgegen der Auffassung der Revision hat die Feststellung der Unbilligkeit der Entgeltbestimmung der Beklagten nicht zur Folge, dass die Klägerin ohne weiteres die von der Beklagten erlangten Entgeltzahlungen für die Jahre 2003 und 2004 in Höhe des von ihr als Überteuerung um mindestens 30 % angegebenen Betrages 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 kann. Dies ist hier auf den Antrag der Klägerin erfolgt. Dabei handelt es sich um eine richterliche Ermessensentscheidung, die - wie bereits oben unter II. A. 5. ausgeführt worden ist - nur eingeschränkt überprüft werden kann. Fehler, die insoweit beachtlich wären, zeigt die Revision der Klägerin nicht auf. Dass im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast der Beklagten für die Billigkeit der von ihr verlangten Entgelte möglicherweise auch

eine Ausschöpfung des von der Bundesnetzagentur mitgeteilten Rahmens der Entgeltkürzungen nach oben vertretbar gewesen wäre, kann einen Rechtsfehler der Ermessensentscheidung des Berufungsgerichts nicht begründen.

Tolksdorf

Meier-Beck

Bergmann

Strohn

Grüneberg

Vorinstanzen:

LG Nürnberg-Fürth, Entscheidung vom 13.06.2008 - 4 HKO 10427/06 -

OLG Nürnberg, Entscheidung vom 26.05.2009 - 1 U 1427/08 -