

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	33
Einleitung	41
A. Ausgangslage	41
B. Ziel der Untersuchung	47
Kapitel 1: Der Normtext der §§ 315, 316 BGB	51
A. Wortlaut und Struktur des § 315 BGB	51
I. Überblick	51
II. Die Befugnis zur einseitigen Leistungsbestimmung	52
1. Die Leistungsbestimmung als Ausnahme vom schuldrechtlichen Bestimmtheitsgebot	52
a) Das schuldrechtliche Bestimmtheitsgebot	52
aa) Die Bestimmtheit der wesentlichen Vertragsbestandteile	52
bb) Die Bestimmbarkeit der wesentlichen Vertragsbestandteile	53
b) Die Bestimmbarkeit der Leistung durch einseitige Bestimmung	55
c) Die Subsidiarität der einseitigen Leistungsbestimmung	55
2. Die Befugnis zur einseitigen Leistungsbestimmung	56
a) Zwei Befugnisse: vertragliches und gesetzliches Bestimmungsrecht	56
b) Das vertragliche Leistungsbestimmungsrecht	57
c) Das gesetzliche Leistungsbestimmungsrecht	59
d) Sonderfall: Faktische Leistungsbestimmungsmacht	59
3. Der Bestimmungsberechtigte	61
a) Die Person des Bestimmungsberechtigten	61
b) Der Regelungsgehalt des § 316 BGB	61
4. Die zu bestimmende Leistung	62
III. Der Bestimmungsmaßstab	63
1. Die freie Wahl des Bestimmungsmaßstabs	63
a) Subsidiarität des Maßstabs des billigen Ermessens	63

b)	Zur Abbedingung des § 315 BGB	65
2.	Das Spektrum des Bestimmungsmaßstabs	65
3.	Der Maßstab des billigen Ermessens	68
a)	Der Begriff des Ermessens	68
b)	Die Bedeutung des Attributs »billig«	70
aa)	Die Bedeutung des Wortes »billig« im allgemeinen Sprachgebrauch	70
bb)	Die Bedeutung der Billigkeit in der Rechtsphilosophie	70
cc)	Die Deutung des billigen Ermessens in der Rechtspraxis	71
dd)	Konkretisierung der Billigkeit durch spezialgesetzliche Wertungen	72
ee)	Sachgerechtigkeit als Synonym der Billigkeit	73
IV.	Die gerichtliche Überprüfung der einseitigen Leistungsbestimmung	74
V.	Das Gestaltungsurteil des Richters	74
1.	Gerichtliche Festsetzung der Leistung anhand des Billigkeitsmaßstabs	74
2.	Gerichtliche Festsetzung anhand des vertraglich vereinbarten Maßstabs	75
B.	Die Auslegungsregel des § 316 BGB	76
I.	Überblick	76
II.	Die Auslegung des § 316 BGB in Literatur und Rechtsprechung	77
1.	Die Entwicklung der Rechtsprechung	77
a)	Das traditionelle Verständnis: Doppelte Auslegungsregel	77
b)	Vorrang der Vertragsauslegung bei bestimmten Vertragstypen	78
c)	Praktische Schwierigkeiten der Abgrenzung	79
2.	Der Streitstand in der Literatur	80
a)	Eine Auffassung: Weiter Anwendungsbereich des § 316 BGB	80
b)	Eine andere Ansicht: Enge Auslegungsregel	81
c)	Die vermittelnde Ansicht von <i>Vollkommer</i>	82
III.	Auslegung des § 316 BGB	82
1.	Normtext	82
2.	Historische Auslegung	83
a)	Der Entwurf des Redaktors v. <i>Kübel</i>	83
b)	Der Entwurf der ersten Kommission	84
c)	Der Entwurf der zweiten Kommission	84
d)	Fazit	85

3. Systematische Auslegung	86
4. Zusammenfassung	86
C. § 315 BGB – eine Generalklausel mit beschränkter Anwendung?	87
I. Einleitung	87
II. Der Begriff der Generalklausel: Das Konzept <i>Kamanabrous</i>	89
III. Stellungnahme	91
 Kapitel 2: Die historische Auslegung des § 315 BGB	 95
A. Einleitung	95
B. Rechtsmethodische Vorbemerkung	96
I. Die Bedeutung der historischen Auslegung	96
II. Die objektive Methode	96
III. Kritik an der objektiven Methode	97
IV. Die subjektive Methode	98
V. Die Position des BVerfG	99
VI. Die Sonderstellung der Generalklauseln	99
VII. Folgerungen für die weitere Untersuchung	100
C. Der Regelungswille des Gesetzgebers	101
I. Das Regelungsziel: Vermeidung der Nichtigkeit des Vertrags	101
1. Der Entwurf des Redaktors v. <i>Kübel</i>	101
2. Die Beratungen der ersten Kommission	102
3. Die Leistungsbestimmung als Mittel zur Findung der <i>essentialia negotii</i>	103
II. Das Regelungsmittel: Auflockerung des Bestimmtheitsgebots	104
III. Der Regelungszusammenhang: Die einseitige Bestimmung als subsidiäre Quelle zur Ermittlung des Vertragsinhalts	105
1. Das Konzept v. <i>Kübels</i> : Vorrang des Parteiwillens	105
2. Die Beratungen der zweiten Kommission	106
3. Gesetzliche Auslegungsregeln zur Ermittlung der Gegenleistung	107
4. Der Sonderfall des Kaufrechts	107
D. Die Vertriebsformen zur Zeit der Entstehung des BGB	109
I. Der Einzelhandel am Ende des 19. Jahrhunderts	109
II. Die Revolution des Einzelhandels: Vom Feilsch- zum Konkurrenzpreis	110
III. Die heutige Situation	111

IV.	Fazit: Der historisch-gesetzgeberische Kontext hat sich gewandelt	112
E.	Die Bedeutung des <i>arbitrium boni viri</i>	112
I.	Der Mittelpunkt des Interesses: Das billige Ermessen	112
II.	Der Gegenbegriff: Das freie Ermessen	113
III.	Das billige Ermessen im Verständnis der Gesetzesverfasser	114
	1. Das Verständnis des Redaktors v. Kübel	114
	2. Das <i>arbitrium boni viri</i> im gemeinen Recht	115
	3. Das billige Ermessen in anderen Vorschriften des BGB	116
IV.	Analyse	116
F.	Die Rezeption des Bestimmungsrechts kurz nach Inkrafttreten des BGB	117
I.	Einleitung	117
II.	Analyse der Rechtsprechung des RG	117
	1. Grundlage der Analyse	117
	2. Vorrang der Auslegung des Vertragsinhalts vor einseitiger Bestimmung	118
	3. Vorrang des vertraglich vereinbarten Maßstabs	121
	4. Anwendung des § 315 BGB als Argumentationshilfe	121
	5. Der Begriff des billigen Ermessens in der Rechtsprechung des RG	123
	6. Analyse	125
III.	Analyse der Literatur	126
	1. Herbeiführung der Bestimmtheit der Leistung durch Bestimmungsrecht	126
	2. Subsidiarität des Leistungsbestimmungsrechts	127
	3. Die einseitige Bestimmung nach freiem Ermessen	128
	4. Der Maßstab des billigen Ermessens	129
	5. Analyse	130
G.	Fazit	131
Kapitel 3:	§ 315 BGB im Lichte der freien Preisbildung	133
A.	Der verfassungsrechtliche Rahmen der freien Preisbildung	133
I.	Das Leitbild der marktwirtschaftlichen Ordnung	133
II.	Die Vertragsfreiheit zwischen Selbst- und Fremdbestimmung	134
III.	Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen freier Preisbildung und staatlicher Preisregulierung	137
IV.	Konsequenzen für die Anwendung des § 315 BGB	138

B. Der zivilrechtliche Rahmen der freien Preisbildung	139
I. Die Zurückhaltung des Gesetzgebers bei der Preiskontrolle im BGB	139
1. Einleitung	139
2. Der Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB und die <i>laesio enormis</i>	140
a) Die Ursprünge der <i>laesio enormis</i>	140
b) Der Rückgriff auf die <i>laesio enormis</i> in den Kodifikationen des 19. Jahrhunderts	141
c) Die Abkehr von der <i>laesio enormis</i> im modernen deutschen Privatrecht	142
d) Die Renaissance der <i>laesio enormis</i> ?	144
e) Der Zusammenhang von <i>laesio enormis</i> , §§ 138 Abs. 2 und 315 BGB	146
aa) Die Bewertung durch die Literatur	146
bb) Stellungnahme	147
3. Die richterlichen Ermäßigungsrechte der §§ 343, 655 BGB	147
a) Der Regelungsgehalt der richterlichen Ermäßigungsrechte	147
b) Der Regelungszweck der richterlichen Ermäßigungsrechte	148
c) Richterliche Ermäßigungsrechte im System des BGB	149
d) Der Zusammenhang von §§ 343, 655 und 315 BGB	150
aa) Die Bewertung durch <i>Rieble</i>	150
bb) Stellungnahme	151
4. Fazit	151
II. Die Vertragsfreiheit als Grundpfeiler der freien Preisbildung	152
1. Der Regelfall: Das Prinzip der freien Preisbildung	152
2. Das formelle Konsensprinzip	153
3. Die Korrektur des Konsensprinzips durch das Äquivalenzprinzip	155
a) Die Entwicklung des materiellen Äquivalenzprinzips	155
b) Das Verhältnis von Äquivalenzprinzip und Preisgerechtigkeit	159
aa) Das Konzept <i>Reinhardts</i> : Generalklauseln als Mittel der Preiskontrolle	159

bb)	Die Rechtsprechung der Nachkriegszeit: §§ 138 Abs. 1 und 315 BGB als Mittel der Preiskontrolle	160
cc)	Das Konzept <i>Köhlers</i> : Die Findung des angemessenen Preises analog § 315 BGB	161
4.	Fazit	162
C.	Die Gewährleistung der freien Preisbildung durch das Kartellrecht	164
I.	Die Entwicklung des Kartellrechts	164
II.	Aufgabe und Instrumente des Kartellrechts	166
III.	Rechtsschutz gegen Preismissbrauch	167
1.	Die Entwicklung des Preismissbrauchstatbestands	167
2.	Die Entwicklung des Individualschutzes	168
IV.	Das Verhältnis von kartellrechtlicher Preismissbrauchskontrolle und der zivilrechtlichen Suche nach Preisgerechtigkeit	169
V.	Das Verhältnis von Kartellrecht und § 315 BGB (analog)	172
1.	Überblick über den Meinungsstand	172
2.	Analyse des Meinungsstands	173
3.	Fazit	174
Kapitel 4:	Der Normzweck des § 315 BGB	177
A.	Die Deutung des Normzwecks in Literatur und Rechtsprechung	177
I.	Die Auffassungen der Literatur	177
1.	Der gemeinsame Standpunkt: Der ursprüngliche Normzweck	177
2.	Die Erweiterung des Normzwecks	178
a)	Der sog. Schutzgedanke des § 315 BGB	178
b)	Die sog. zivilrechtliche Feinkontrolle	179
c)	Die sog. Monopolpreiskontrolle	181
d)	Der Schutz des sozial Schwachen	182
e)	Das Kontrollinstrument für den Fall gestörter Vertragsparität	182
3.	Rückbesinnung auf den Normzweck	185
II.	Die Position der Rechtsprechung	185
B.	Stellungnahme	187
I.	Einziger Normzweck: Auflockerung des Bestimmtheitsgebots	187
II.	Zur Erweiterung des Normzwecks	189

Kapitel 5: Meilensteine der Billigkeitskontrolle von Energiepreisen	193
A. Einleitung	193
B. Die Entwicklung der Rechtsprechung bis zum Jahre 1971	193
I. Überblick	193
II. Urteil des RG vom 29. September 1925 – <i>Stadt Chemnitz</i>	194
III. Urteil des BGH vom 29. Oktober 1962 – <i>Lagerhaus</i>	196
IV. Urteil des BGH vom 2. April 1964 – <i>Werkmilchabzug</i>	198
C. Die erstmalige Anwendung der §§ 315, 316 BGB auf Interimsverträge	201
I. Die Entwicklung der Rechtsprechung	201
1. Urteil des BGH vom 1. Juli 1971 – <i>Pegulan</i>	201
2. Urteil des BGH vom 19. Januar 1983 – <i>Stromverteiler</i>	202
3. Urteil des BGH vom 2. Oktober 1991 – <i>EG Hagen</i>	203
II. Heutige Bedeutung der Lehre vom Interimsvertrag für Energiepreise	204
III. Renaissance der Lehre vom Interimsvertrag für die Billigkeitskontrolle von Infrastrukturentgelten	205
IV. Aufgabenstellung	207
D. Von der Lehre vom Interimsvertrag zur Daseinsvorsorgeformel	208
I. Der neue Weg des Kartellsenats des BGH	208
1. Urteile des BGH vom 27. Oktober 1972 zu Flughafenentgelten	208
2. Einordnung der Aussagen des Kartellsenats des BGH	210
3. Weitere Entwicklung der Kontrolle von Flughafenentgelten	212
II. Zur Billigkeitskontrolle von Entgelten der Daseinsvorsorge	213
1. Urteil des BGH vom 19. Dezember 1978 – <i>Krankenhauspflegesatz</i>	213
2. Die Entwicklung der Daseinsvorsorgeformel durch <i>Brandner</i>	214
3. Stellungnahme zur Entwicklung der Daseinsvorsorgeformel	214
III. Anwendung der Daseinsvorsorgeformel auf Energiepreise in ihrer Frühzeit	216
1. Urteil des BGH vom 4. Dezember 1986 – <i>Gasanschlusskosten</i>	216
2. Urteil des BGH vom 28. Januar 1987 – <i>Laufzeit Fernwärmeliefervertrag</i>	217

3.	Urteil des BGH vom 10. Mai 1990 – <i>Stromanschlusskosten</i>	218
IV.	Die Übertragung der Daseinsvorsorgeformel auf andere Branchen	219
1.	Urteil des BGH vom 10. Oktober 1991 – <i>Abwasserentgelt</i>	219
2.	Exkurs: Urteil des BGH vom 6. März 2001 – <i>Kabel-Hausverteilanlagen</i>	221
3.	Urteile des BGH vom 30. April 2003 zu Wasserentgelten	222
4.	Urteile des BGH vom 5. Juli 2005 zu Abwasserentgelten	222
5.	Urteile des BGH vom 21. September 2005 zu Wasseranschlusskosten	223
V.	Jüngere Entscheidungen zur Anwendung der Daseinsvorsorgeformel auf Energiepreise	224
1.	Urteil des BGH vom 11. Oktober 2006 – <i>Fernwärme-Preisgleitklausel</i>	224
2.	Urteil des BGH vom 28. März 2007 – <i>E.ON Edis</i>	225
VI.	Analyse der Daseinsvorsorgeformel	225
1.	Keine überzeugende Begründung der Daseinsvorsorgeformel	225
2.	Die Entwicklung der Daseinsvorsorgeformel in <i>obiter dicta</i>	226
3.	Schillernde Voraussetzungen der Daseinsvorsorgeformel	227
4.	Gleichsetzung von Bestimmungsmacht und Bestimmungsrecht	227
5.	Beschränkte Anwendung auf Leistungen der Daseinsvorsorge	228
6.	Fazit	228
E.	Das BEWAG-Urteil: Zündfunke für die Kontrolle von Energiepreisen	229
I.	Urteil des BGH vom 5. Februar 2003 – <i>BEWAG</i>	229
II.	Die Auswirkungen der <i>BEWAG</i> -Entscheidung	229
1.	Die Billigkeitskontrolle von Energiepreisen	229
2.	Die Billigkeitskontrolle von Netzentgelten	231
F.	Von der Daseinsvorsorgeformel zur faktischen Bestimmungsmacht	232
I.	Auf der Suche nach dem verlorenen Grund der Daseinsvorsorgeformel	232
1.	Rückblick auf die Rechtsprechung seit 2000	232

2.	Die Stunde der Literatur: Die faktische Bestimmungsmacht des Monopolisten als Grund für die analoge Anwendung des § 315 BGB	233
3.	Die Rechtsprechung des BGH seit 2007	234
II.	Aufgabenstellung	236
G.	Die Entdeckung der unmittelbaren Anwendung des § 315 BGB auf Energiepreise	236
I.	Urteil des BGH vom 18. Oktober 2005 – <i>Stromnetznutzungsentgelt I</i>	236
II.	Das Konzept des 8. Zivilsenats des BGH: Der Unterschied zwischen Anfangs- und Folgepreis	237
III.	Der unausgesprochene Konflikt der Senate des BGH	238
IV.	Aufgabenstellung	238
H.	Die letzte Stufe der Evolution: Gesetzliches Leistungsbestimmungsrecht	239
I.	Das gesetzliche Leistungsbestimmungsrecht bei <i>Held</i>	239
II.	Urteile des 8. Zivilsenats des BGH zu gesetzlichen Bestimmungsrechten des Energieversorgers	240
1.	Überblick über die Entscheidungen	240
2.	Die weitere Entwicklung	241
III.	Aufgabenstellung	242
Kapitel 6:	Die Rahmenbedingungen der Energiewirtschaft	245
A.	Die Rahmenbedingungen der Stromversorgung	245
I.	Technische Grundlagen des Elektroenergiesystems	245
1.	Physikalische Grundlagen	245
2.	Die Funktionsweise eines Elektroenergiesystems im einfachen Modell	246
3.	Die Funktionsweise des Elektroenergiesystems im erweiterten Modell	247
4.	Die Stromerzeugung	247
5.	Der Stromtransport	248
6.	Das deutsche Elektroenergiesystem	250
7.	Die rechtlichen Fernwirkungen der technischen Gegebenheiten	251
II.	Organisation und ökonomische Hintergründe der Stromwirtschaft	253
III.	Die Entwicklung der Stromversorgung in Deutschland	255
1.	Historische Anfänge	255
2.	Die Rolle der Kommunen	257
3.	Die erste Hälfte des 20. Jahrhunderts	258

4.	Die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts	258
5.	Entwicklungen nach der Liberalisierung der Energiemärkte	259
IV.	Der rechtliche Rahmen der Stromwirtschaft	260
1.	Der rechtliche Rahmen der Pionierzeit	260
2.	Der Rechtsrahmen der monopolisierten Stromwirtschaft	262
a)	Das EnWG 1935	262
b)	Das Kartellrecht von seinen Ursprüngen bis zur Liberalisierung der Stromwirtschaft	264
c)	Das Vertragsrecht	265
d)	Die staatliche Preisaufsicht von der TOElt bis zur BTOElt 1989	267
aa)	Die Vorgeschichte der Preisaufsicht	267
bb)	Die TOElt	268
cc)	Die BTOElt 1971	268
dd)	Die BTOElt 1980	269
ee)	Die BTOElt 1989	270
3.	Der Rechtsrahmen der liberalisierten Stromwirtschaft	270
a)	Volkswirtschaftliche Hintergründe	270
b)	Das EnWG 1998	272
aa)	Der Netzzugang Dritter	272
bb)	Sonstige Regelungen des EnWG 1998	274
c)	Die Kartellrechtsnovelle des Jahres 1998	275
d)	Das Vertragsrecht	276
e)	Die Preisaufsicht	277
4.	Der Rechtsrahmen der regulierten Stromwirtschaft	277
a)	Hintergründe	277
b)	Das EnWG 2005	278
c)	Das Kartellrecht	280
d)	Das Vertragsrecht	280
e)	Das Preisrecht	283
5.	Jüngste Entwicklungen	283
a)	Die EnWG-Novelle 2011	283
b)	Die 8. GWB-Novelle 2013	284
c)	Das Vertragsrecht	285
B.	Die Rahmenbedingungen der Gasversorgung	285
I.	Technische Grundlagen der Gasversorgung	285
1.	Gasförmige Energieträger und deren Gewinnung	285
2.	Der Gastransport	286
3.	Rechtliche Fernwirkungen der technischen Gegebenheiten	288
II.	Wirtschaftliche Grundlagen	290

1. Die wirtschaftliche Nutzung von Gas	290
2. Die wirtschaftliche Organisation der Gaswirtschaft	291
III. Die Entwicklung der Gasversorgung in Deutschland	291
IV. Der Rechtsrahmen der Gaswirtschaft	293
1. Überblick	293
2. Der Rechtsrahmen der monopolisierten Gaswirtschaft	293
3. Der Rechtsrahmen der liberalisierten Gaswirtschaft	295
4. Der Rechtsrahmen der regulierten Gaswirtschaft seit 2005	296
C. Die Rahmenbedingungen der Fernwärmeversorgung	297
I. Technische Grundlagen der Fernwärmeversorgung	297
1. Technische Begriffsklärung	297
2. Der Wärmebedarf des Verbrauchers	298
3. Die Erzeugung der Fernwärme	299
4. Der Transport der Fernwärme	301
5. Rechtliche Fernwirkungen der technischen Gegebenheiten	302
II. Die Organisation der Fernwärmewirtschaft	304
1. Die wirtschaftliche Einheit von Kundenanlage, Leitung und Wärmeerzeugungsanlage	304
2. Die Wirtschaftlichkeit der Fernwärmeversorgung	304
3. Die Struktur der Fernwärmewirtschaft	305
III. Die Entwicklung der Fernwärmeversorgung in Deutschland	305
1. Die Pionierzeit	305
2. Die Entwicklung im 20. Jahrhundert	307
3. Der heutige Stand	307
IV. Der Rechtsrahmen der Fernwärmewirtschaft	308
1. Der rechtliche Begriff der Fernwärme	308
2. Keine Geltung des EnWG für Fernwärme	310
3. Der kommunalrechtliche Anschluss- und Benutzungszwang	312
4. Der kartellrechtliche Rahmen der Fernwärmewirtschaft	313
5. Der vertragsrechtliche Rahmen der Fernwärmewirtschaft	314
6. Keine Preisaufsicht	316
 Kapitel 7: Die Findung von Energiepreisen durch vertragliche Bestimmungsrechte	 317
 A. Einleitung	 317

B. Vertragliches Bestimmungsrecht bei dynamischer Preisanpassung?	319
I. Das Konzept des Kartellsenats des BGH: Einheitliches Verfahren zur Findung von Anfangs- und Folgepreis	319
1. Die Argumentation des Kartellsenats des BGH	319
2. Die Vorarbeit <i>Schwintowskis</i>	320
3. Die Ansicht v. <i>Hammersteins</i>	322
II. Das Konzept des 8. Zivilsenats des BGH: Unterscheidung zwischen Anfangs- und Folgepreis	323
III. Die Reaktion der Literatur auf die divergierenden Senatsansichten	324
1. Die Befürworter der Entscheidung des Kartellsenats	324
2. Die Kritiker der Entscheidung des Kartellsenats	326
3. Die Kritiker der Entscheidung des 8. Zivilsenats	328
4. Die vermittelnde Ansicht <i>Wielschs</i>	329
5. Die Ansicht <i>Hanaus</i>	329
IV. Der Rückzug des Kartellsenats und die Reaktionen der Literatur	330
V. Stellungnahme	332
1. Exklusive Alternativität von beiderseitiger Vereinbarung und einseitiger Bestimmung des Vertragsinhalts	332
2. Unerheblichkeit von Preisverhandlungen	333
3. Unerheblichkeit des Widerspruchs gegen das Preisangebot	335
4. Unerheblichkeit der Kenntnis der Preiskalkulation	336
5. Unerheblichkeit der konkreten Kenntnis über das Preisangebot	337
6. Unerheblichkeit der Auslagerung des Preisangebots in ein Preisblatt	338
7. Unerheblichkeit der späteren einseitigen Änderung des Preises	339
8. Bewertung der divergierenden Ansichten der Senate des BGH	339
C. Die Kontrolle des Preissockels	341
I. Die Debatte in Literatur und Rechtsprechung	341
1. Die Einbeziehung des Preissockels in die Billigkeitskontrolle	341
2. Keine Einbeziehung des Preissockels in die Billigkeitskontrolle	342
3. Die vermittelnde Ansicht <i>Dreher's</i>	342
4. Die Rechtsprechung des 8. Zivilsenats des BGH	343
II. Stellungnahme	344

1.	Der verdeckte Streit um den Prüfmaßstab	344
2.	Zweifelhafte Folgen des Kostenmaßstabs	344
3.	Auswirkungen des Wettbewerbsmaßstabs	345
D.	Konsequenzen für energiewirtschaftliche Entgelte	348
I.	Überblick	348
II.	Netzentgelte	349
1.	Rechtslage beim verhandelten Netzzugang (§ 6 Abs. 1 EnWG 1998)	349
a)	Anfangsentgelte	349
b)	Folgeentgelte	351
2.	Rechtslage beim regulierten Netzzugang (§§ 20 ff. EnWG)	352
a)	Überblick über das Regulierungskonzept	352
b)	Die nach Maßgabe des § 23a EnWG genehmigten Netzentgelte	354
aa)	Anfangsentgelte	354
bb)	Folgeentgelte	356
cc)	Wechsel des gesetzlichen Rahmens	356
c)	Die Entgelte der Anreizregulierung	358
aa)	Anfangsentgelte	358
bb)	Folgeentgelte	359
III.	Strom- und Gasversorgungsverträge	361
1.	Grundversorgungsverträge	361
a)	Anfangspreise	361
b)	Folgepreise	363
2.	Sonderkundenverträge	364
a)	Anfangspreise	364
b)	Folgepreise	365
IV.	Fernwärmeversorgungsverträge	367
1.	Anfangspreise	367
a)	Ausdrücklicher Vertragsschluss	367
b)	Konkludenter Vertragsschluss	367
2.	Folgepreise	369
a)	Verträge unter Geltung der AVBFernwärmeV	369
b)	Industriekundenverträge i.S.d. § 1 Abs. 2 AVBFernwärmeV	371
Kapitel 8:	Die Findung von Energiepreisen durch gesetzliche Bestimmungsrechte	373
A.	Grundlagen des gesetzlichen Leistungsbestimmungsrechts	373
I.	Voraussetzungen und Rechtsfolgen	373

II.	Bedeutung des gesetzlichen Bestimmungsrechts für Energiepreise	374
1.	Netzentgelte	374
2.	Allgemeine Preise der Grundversorgung mit Strom und Gas	374
3.	Entgelte der Ersatzversorgung mit Strom und Gas	375
4.	Preise der Fernwärmeversorgung	375
III.	Analyse des Instituts des gesetzlichen Bestimmungsrechts	376
1.	Das gesetzliche Bestimmungsrecht in Literatur und Rechtsprechung	376
2.	Vorschlag für eine dogmatische Beschreibung des gesetzlichen Leistungsbestimmungsrechts	378
a)	Die Kennzeichen eines gesetzlichen Leistungsbestimmungsrechts	378
aa)	Die gesetzliche Anordnung von Person und Gegenstand der einseitigen Bestimmung	378
bb)	Abgrenzung von gesetzlichen Bestimmungs- rechten zu gesetzlichen Rahmenregelungen für vertragliche Bestimmungsrechte	379
cc)	Der Maßstab des billigen Ermessens: Weder notwendige noch hinreichende Voraussetzung eines gesetzlichen Bestimmungsrechts	380
dd)	§ 315 Abs. 1 BGB regelt kein gesetzliches Bestimmungsrecht	381
b)	Die gesetzliche Regelung eines Bestimmungsmaßstabs	382
aa)	Fallgruppen gesetzlicher Bestimmungsmaßstäbe	382
bb)	Die analoge Anwendung des § 315 Abs. 1 BGB auf gesetzliche Bestimmungsrechte ohne Bestimmungsmaßstab	383
c)	Rechtsfolge der rechtswidrigen Bestimmung	387
B.	Gesetzliche Bestimmungsrechte zur Findung von Netzentgelten	389
I.	Ist § 6 Abs. 1 EnWG 1998 ein gesetzliches Bestimmungsrecht?	389
1.	Überblick	389
2.	Die Auffassung des Kartellsenats des BGH	390
3.	Die Auffassungen der Literatur	391
a)	Überblick über die vertretenen Thesen	391
b)	Die Auffassung <i>Schwintowskis</i>	392
4.	Auslegung des § 6 Abs. 1 EnWG 1998	393
a)	Normzweck	393

b) Grammatische Auslegung	394
c) Historische Auslegung	395
d) Systematische Auslegung	396
5. Keine Pflicht zur Bildung allgemeiner Entgelte	397
6. Das Kriterium der guten fachlichen Praxis	399
a) Überblick	399
b) Grammatische Auslegung	399
c) Historische Auslegung	400
d) Rechtspolitische Erwägungen	401
e) Die gute fachliche Praxis als besonderer Bestimmungsmaßstab	403
II. Regeln §§ 21 ff. EnWG gesetzliche Leistungsbestimmungsrechte?	404
1. Der Stand der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung	404
2. Die nach Maßgabe des § 23a EnWG genehmigten Netzentgelte	407
3. Die Entgelte der Anreizregulierung	408
a) Anfangsentgelte	408
b) Folgeentgelte	408
C. Gesetzliche Bestimmungsrechte des Grundversorgers	410
I. Das Preisanpassungsrecht gem. §§ 4 AVBEltV/AVBGasV a.F.	410
1. Überblick	410
2. Der Stand der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung	412
a) Die Rechtspraxis: Gesetzliches Preisanpassungsrecht	412
b) Die Gegenauffassung: Die AVBV setzten Preisanpassungsrecht voraus	414
c) Dritte Ansicht: Mit Wegfall der BTO fällt Preisanpassungsrecht weg	416
3. Auslegung der §§ 4 AVBEltV/AVBGasV a.F.	417
a) Grammatische Auslegung	417
b) Historische Auslegung	418
c) Systematische Auslegung	420
4. Rechtsfolgen des Preisanpassungsrechts	421
a) §§ 4 AVBEltV/AVBGasV a.F. als gesetzliche Bestimmungsrechte	421
b) Prüfungsmaßstab des gesetzlichen Bestimmungsrechts	422

II.	Das Preisanpassungsrecht gem. §§ 5, 6 StromGVV/ GasGVV	423
1.	Überblick	423
2.	Der Stand der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung	424
a)	Die Rechtspraxis: Gesetzliches Preisanpassungsrecht	424
b)	Die Gegenauffassung: GVV setzt Preisanpassungsrecht voraus	426
3.	Auslegung der §§ 5, 6 StromGVV/GasGVV	427
a)	Grammatische Auslegung	427
b)	Historische Auslegung	428
c)	Systematische Auslegung	429
d)	Fazit	430
4.	Rechtsfolgen des Preisanpassungsrechts	431
a)	§§ 5, 6 StromGVV/GasGVV als gesetzliche Bestimmungsrechte	431
b)	Prüfungsmaßstab des gesetzlichen Bestimmungsrechts	431
D.	Gesetzliche Preisanpassungsrechte des Ersatzversorgers	432
I.	Überblick	432
II.	Die Ersatzversorgung	434
1.	Die Rechtsnatur der Ersatzversorgung	434
2.	Die praktische Bedeutung der Ersatzversorgung	436
III.	Gesetzliches Preisbestimmungsrecht gem. § 38 Abs. 1 S. 2 EnWG	437
IV.	Rechtsfolgen des gesetzlichen Preisbestimmungsrechts	437
1.	Gesetzliches Bestimmungsrecht	437
2.	Prüfungsmaßstab des Preisbestimmungsrechts	438
a)	Preise der Ersatzversorgung für Haushaltskunden	438
b)	Preise der Ersatzversorgung für Nichthaushaltskunden	440
E.	Gesetzliche Preisanpassungsrechte des Fernwärmeversorgers	441
I.	Überblick	441
II.	Ist § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV ein gesetzliches Bestimmungsrecht?	442
1.	Der Stand der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung	442
a)	Die herrschende Auffassung: Kein gesetzliches Bestimmungsrecht	442
b)	Die Gegenauffassung: Gesetzliches Preisanpassungsrecht	443
2.	Auslegung des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV	444

III. Ist § 4 AVBFernwärmeV ein gesetzliches Bestimmungsrecht?	445
1. Der Stand in Literatur und Rechtsprechung	445
2. Die Auslegung des § 4 AVBFernwärmeV	446
a) Argumente gegen ein gesetzliches Preisanpassungsrecht	446
b) Argumente für ein gesetzliches Preisanpassungsrecht	447
c) Stellungnahme	448
3. Rechtsfolgen des Preisanpassungsrechts	449
a) § 4 AVBFernwärmeV als gesetzliches Bestimmungsrecht	449
b) Prüfungsmaßstab	449
 Kapitel 9: Analogie zu § 315 BGB bei faktischer Bestimmungsmacht	 451
A. Einleitung	451
B. Rechtsmethodische Vorbemerkung	455
C. Die Rechtfertigung der analogen Anwendung des § 315 BGB	458
I. Gang der Darstellung	458
II. Die sog. Schutzlücke	459
1. Überblick	459
2. Zur Rolle des Erheblichkeitszuschlags	459
3. Zur Berücksichtigung individueller Belange	462
4. Zum Kostenmaßstab als Inhalt des Billigkeitsmaßstabs	463
a) Überblick	463
b) Die Bedeutung des Kostenprinzips für den Analogieschluss	464
c) Identität der Prüfkonzpte von § 315 BGB und § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB	467
5. Zur Beweislast	472
a) Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast	472
b) Anpassung der Beweislast bei § 315 BGB an die bei § 19 GWB	473
c) Anpassung der Beweislast bei § 19 GWB an die bei § 315 BGB	474
III. Vergleich zwischen faktischer Bestimmungsmacht und vertraglichem Bestimmungsrecht	476
1. Überblick	476

3.	Die Urteile des 8. Zivilsenats des BGH vom 19. Januar 1983 und vom 2. Oktober 1991	509
4.	Heutiger Stand	510
III.	Analyse	512
D.	Die Bewertung der Lehre in der jüngeren Literatur	513
I.	Die Befürworter der Lehre	513
1.	Zustimmende Argumente	513
2.	Erweiterung der Lehre auf weitere Fallgruppen der Energieversorgung	515
3.	Ausweitung der Lehre auf sonstige Infrastrukturentgelte	516
II.	Kritik an der Lehre vom Interimsverhältnis	517
1.	Widersprüchliche Rechtsanwendung	517
2.	Kritik an der Begründung des Zustandekommens des Interimsvertrags	518
3.	Wegfall der Lehre vom Interimsvertrag nach der Liberalisierung	520
4.	Kritik am Füllen der Vertragslücke durch §§ 315, 316 BGB	520
E.	Stellungnahme	522
I.	Unvereinbarkeit mit der Rechtsgeschäftslehre	522
1.	Zwischen Beachtlichkeit und Unbeachtlichkeit des Widerspruchs	522
2.	Unerheblichkeit des Widerspruchs (<i>protestatio facto contraria</i>)	523
a)	Überblick	523
b)	Kritik an der <i>protestatio facto contraria</i>	524
c)	Stellungnahme	526
3.	Folgen für die Lehre vom Interimsvertrag	531
II.	Bestimmungsrecht kompensiert nicht Bestimmungsmacht	535
III.	Fazit	537
F.	Konsequenzen der <i>protestatio facto contraria</i> für Energieverträge	538
I.	Netznutzungsverträge	538
1.	Verhandelter Netzzugang	538
2.	Regulierter Netzzugang	539
II.	Strom- und Gasversorgungsverträge	540
1.	Grundversorgungsverträge	540
2.	Sonderkundenverträge	541
3.	Besonderheiten beim konkludenten Vertragsschluss	542
III.	Fernwärmeversorgungsverträge	543

3.	Die Urteile des 8. Zivilsenats des BGH vom 19. Januar 1983 und vom 2. Oktober 1991	509
4.	Heutiger Stand	510
III.	Analyse	512
D.	Die Bewertung der Lehre in der jüngeren Literatur	513
I.	Die Befürworter der Lehre	513
1.	Zustimmende Argumente	513
2.	Erweiterung der Lehre auf weitere Fallgruppen der Energieversorgung	515
3.	Ausweitung der Lehre auf sonstige Infrastrukturentgelte	516
II.	Kritik an der Lehre vom Interimsverhältnis	517
1.	Widersprüchliche Rechtsanwendung	517
2.	Kritik an der Begründung des Zustandekommens des Interimsvertrags	518
3.	Wegfall der Lehre vom Interimsvertrag nach der Liberalisierung	520
4.	Kritik am Füllen der Vertragslücke durch §§ 315, 316 BGB	520
E.	Stellungnahme	522
I.	Unvereinbarkeit mit der Rechtsgeschäftslehre	522
1.	Zwischen Beachtlichkeit und Unbeachtlichkeit des Widerspruchs	522
2.	Unerheblichkeit des Widerspruchs (<i>protestatio facto contraria</i>)	523
a)	Überblick	523
b)	Kritik an der <i>protestatio facto contraria</i>	524
c)	Stellungnahme	526
3.	Folgen für die Lehre vom Interimsvertrag	531
II.	Bestimmungsrecht kompensiert nicht Bestimmungsmacht	535
III.	Fazit	537
F.	Konsequenzen der <i>protestatio facto contraria</i> für Energieverträge	538
I.	Netznutzungsverträge	538
1.	Verhandelter Netzzugang	538
2.	Regulierter Netzzugang	539
II.	Strom- und Gasversorgungsverträge	540
1.	Grundversorgungsverträge	540
2.	Sonderkundenverträge	541
3.	Besonderheiten beim konkludenten Vertragsschluss	542
III.	Fernwärmeversorgungsverträge	543

Kapitel 11: Kompensation energierechtlicher Bestimmungsrechte	545
A. Kompensation des Bestimmungsrechts durch Stromtarifgenehmigung	545
I. Überblick	545
II. Das Regelungskonzept der BTOElt	546
1. Der Normzweck der BTOElt	546
2. Das Kostengünstigkeitsprinzip als Maßstab der Tarifgenehmigung	547
a) Unbestimmter Rechtsbegriff	547
b) Die Ausfüllung des Kostengünstigkeitsprinzip durch die Praxis	548
c) Kritik an der Leistungsfähigkeit der behördlichen Stromtarifaufsicht	549
d) Stellungnahme	550
III. Tarifgenehmigung als <i>lex specialis</i> zu § 315 BGB?	550
1. Das Konzept von <i>Lukes</i> : Die BTOElt als spezielle Regelung	550
2. Das Konzept des BGH: Die BTOElt konkretisiert das billige Ermessen	552
3. Stellungnahme	552
IV. Die Tarifgenehmigung als Indiz für die Billigkeit des Stromtarifs	553
1. Das Konzept des KG	553
2. Reaktionen der Literatur auf das Konzept des KG	555
3. Stellungnahme	555
a) Zu den Bedenken der Literatur	555
b) Zum prozessualen Problem der Indizwirkung	557
V. Kompensation des Bestimmungsrechts durch die Tarifgenehmigung	557
1. Überblick	557
2. Die Rechtspraxis	559
3. Die Diskussion der Rechtspraxis in der Literatur	560
a) Überblick	560
b) Die drittschützende Wirkung der Tarifgenehmigung	561
c) Vorrang des Maßstabs der Genehmigung vor dem Billigkeitsmaßstab	562
d) Zur Umsetzungsbedürftigkeit der Tarifgenehmigung	563
e) Zum mittelbaren Schutz des Tarifkunden über den Zivilrechtsweg	563
4. Stellungnahme	564

a)	Drittbetroffenheit des Tarifikunden	564
b)	Gruppenbezogene Kalkulation der Tarife nimmt nicht Drittbetroffenheit	565
c)	Unzulässigkeit des Ausweichens auf zivilgerichtlichen Rechtsschutz	566
d)	Resümee	569
VI.	Folgen für die Anwendung des § 315 BGB auf Stromtarife	570
B.	Kompensation des Bestimmungsrechts des Netzbetreibers durch Regulierung	570
I.	Überblick	570
II.	Die Debatte in der Literatur	572
1.	Eine These: Die Parallelität von Billigkeitskontrolle und Regulierung	572
2.	Eine Gegenthese: Das Kontrollmonopol der Regulierungsbehörde	575
3.	Synthese: Indizwirkung der Regulierungsentscheidung für § 315 BGB	578
III.	Die Position des BGH	579
IV.	Stellungnahme	581
1.	Rechtsanalogie der §§ 30, 111 EnWG	581
a)	Der Regelungsplan des Gesetzgebers	581
b)	Fehlt eine den §§ 111, 30 EnWG ähnliche Regelung für § 315 BGB?	584
2.	Zur zivilrechtlichen Umsetzung der Regulierungsentscheidung	586
3.	Zur Beteiligung des Netznutzers am Regulierungsverfahren	588
a)	Überblick	588
b)	Zur Beiladung des Netznutzers zum Regulierungsverfahren	589
c)	Zur Beschwerdebefugnis des Netznutzers	590
d)	Zur Überprüfung der Regulierungsentscheidung durch § 315 BGB	591
4.	Rechtspolitische Betrachtung	593
a)	§ 315 BGB dient nicht der Aufdeckung von Regulierungsfehlern	593
b)	Zivilgericht prüft das Netzentgelt nicht besser als Regulierungsbehörde	595
c)	Gefährdung der Rechtssicherheit	596
V.	Folgen für die Anwendung des § 315 BGB auf regulierte Netzentgelte	598

C. Kompensation des Bestimmungsrechts des Grundversorgers durch Wettbewerb	599
I. Überblick	599
II. Die Debatte in Literatur und Rechtsprechung	599
1. Der Stand der Rechtsprechung	599
a) Die instanzgerichtliche Rechtsprechung	599
b) Die Rechtsprechung des 8. Zivilsenats des BGH	600
2. Der Streitstand in der Literatur	601
a) Argumente für die Kompensation durch Wettbewerb	601
b) Argumente gegen die Kompensation durch Wettbewerb	606
III. Stellungnahme	607
1. Zu den in Literatur und Rechtsprechung ausgetauschten Argumenten	607
a) Die Debatte gründet auf ungesicherten Prämissen	607
b) Zum Ausschluss der Anwendung des § 315 BGB durch Wettbewerb	608
c) Zum rechtsmissbräuchlichen Verhalten des Kunden	609
d) Zum Konzept der konkludenten Vereinbarung des Preises	610
e) Zum Gleichlauf von Änderungskündigung und Preisanpassung	610
f) Zur Abbedingung des § 315 BGB	611
g) Zum Schutzzweck des § 315 BGB	612
h) Zur Pflicht des Grundversorgers, zu allgemeinen Preisen zu versorgen	613
2. Kompensation durch effektives Vertragslösungsrecht des Kunden	614
a) Der Wille des Gesetzgebers: Schutz durch Wettbewerb	614
b) Gerichtliche Kontrolle der Preisanpassung konterkariert Wettbewerb	617
c) Zur Position des 8. Zivilsenats des BGH	618
d) Zur Kumulativität von § 315 BGB und Disziplinierung durch Wettbewerb	619
IV. Effektives Vertragslösungsrecht	621
1. Überblick	621
2. Grundlegende Positionen zum Vertragslösungsrecht	622
a) Die Position der Literatur	622
b) Die Entwicklung der Rechtsprechung	623

3. Anforderungen an ein effektives Vertragslösungsrecht	624
a) Überblick	624
b) Zur Unzumutbarkeit der detaillierten Beschreibung der Preisfaktoren	625
c) Zu fehlenden Bezugsalternativen	626
d) Zu den wegen Vertragslösung anfallenden Kosten	627
e) Zur Vertragsamortisation	628
f) Zur Vermeidung der Preisanpassung	629
g) Zur Transparenz des Vertragslösungsrechts	630
h) Zur Kompensation im Falle »willkürlicher« Preisanpassungen	631
aa) Überblick	631
bb) Wahl zwischen Preisanpassung oder Vertragslösung ist kein Zwang	632
cc) Wettbewerb diszipliniert Ausübung des Preisanpassungsrechts	634
dd) Kein schützenswertes Bestandsinteresse des Kunden	634
i) Zur Provokation des Vertragslösungsrechts	637
4. Fazit	639
V. Konsequenzen	639
D. Ausschluss des § 315 BGB wegen Einigung, Verwirkung oder Bestätigung	639
I. Überblick	639
II. Nachträgliche Einigung über den zunächst einseitig erhöhten Preis	640
1. Überblick über die Rechtsprechung	640
a) Die Argumentation des 8. Zivilsenats des BGH	640
b) Der Abgrenzungsversuch des Kartellsenats des BGH	641
2. Der Streitstand in der Literatur	642
a) Überblick	642
b) Zum Angebot des Grundversorgers auf Vertragsänderung	643
c) Zur Annahme des Angebots auf Vertragsänderung durch den Kunden	644
3. Stellungnahme	646
a) Zum konkludenten Angebot des Grundversorgers	646

b)	Zur konkludenten Annahme des Angebots auf Vertragsänderung	647
c)	Widerspruch zum Regelungskonzept des Gesetzgebers	650
4.	Konsequenzen	651
III.	Die Verwirkung des Unbilligkeitseinwands	652
1.	Überblick über die Rechtsprechung	652
2.	Der Streitstand in der Literatur	654
a)	Überblick	654
b)	Zum Zeitmoment	655
c)	Zum Umstandsmoment	656
3.	Stellungnahme	657
IV.	Die Bestätigung der einseitigen Leistungsbestimmung	658
1.	Das Konzept <i>Riebles</i>	658
2.	Stellungnahme	659
V.	Konsequenzen für energiewirtschaftliche Sachverhalte	659
Kapitel 12:	Der Einfluss des Energierechts auf den Billigkeitsmaßstab	661
A.	Problemstellung	661
I.	Die tradierte Auffassung	661
II.	Überblick über die Entwicklung der Rechtsprechung	662
1.	Urteil des BGH vom 2. Oktober 1991 – <i>EG Hagen</i>	662
2.	Die Rechtsprechung des Kartellsenats des BGH zu Netzentgelten	663
3.	Die jüngere Rechtsprechung des 8. Zivilsenats des BGH zu Energiepreisen	665
III.	Die an § 1 EnWG gebundene Preisbestimmungspflicht des Grundversorgers nach dem Konzept von <i>Th. Fricke</i>	666
IV.	Kernfragen	666
B.	Zur Verbindlichkeit des Preisgünstigkeitsziels	667
I.	Die Rechtsnatur des § 1 EnWG	667
1.	Eine Ansicht: Materiell-rechtliche Geltungskraft	667
2.	Eine andere Ansicht: Unverbindlicher Programmsatz	667
3.	Stellungnahme	669
II.	Die Bedeutung des § 2 Abs. 1 EnWG	669
1.	Eine Ansicht: Anordnung der Verbindlichkeit der Ziele des § 1 EnWG	669
2.	Eine andere Ansicht: Bedeutungslosigkeit des § 2 Abs. 1 EnWG	670
3.	Stellungnahme	671

C. Der Gehalt des Preisgünstigkeitsziels	671
I. Die Offenheit der Mittel zur Erreichung des Preisgünstigkeitsziels	671
II. Das Preisgünstigkeitsziel nach Maßgabe des EnWG 1935	672
1. Die preisspezifischen Regelungen des EnWG 1935	672
2. Die Preissmissbrauchskontrolle gem. § 103 Abs. 5 Nr. 2 GWB a.F.	673
3. Das Preisrecht der Bundestarifordnungen	674
4. Fazit	674
III. Das Preisgünstigkeitsziel nach Maßgabe des EnWG 1998	675
IV. Das Preisgünstigkeitsziel nach Maßgabe des geltenden EnWG	677
D. Bedeutung des Preisgünstigkeitsziels für § 315 BGB	679
I. Zur Maßgeblichkeit des Preisgünstigkeitsziels für § 315 BGB	679
1. Überblick über den Streitstand	679
2. Stellungnahme	680
II. Folgen für die Anwendung des § 315 BGB auf Energiepreise	681
1. Energieversorgungsverträge	681
a) Kostenorientierte Preisbildung nach der ehemaligen BTOelt	681
b) Im Übrigen: Marktorientierte Entgeltbildung	681
2. Netznutzungsverträge	682
a) Verhandelter Netzzugang gem. § 6 Abs. 1 EnWG 1998	682
b) Regulierte Netzentgelte gem. §§ 21 ff. EnWG	683
 Fazit	 685
A. Fazit zur Billigkeitskontrolle von Netzentgelten	685
B. Fazit zur Billigkeitskontrolle von Energiepreisen	687
 Thesen	 691
Thesen zu Kapitel 1	691
Thesen zu Kapitel 2	692
Thesen zu Kapitel 3	693
Thesen zu Kapitel 4	696
Thesen zu Kapitel 5	696
Thesen zu Kapitel 6	698

Inhaltsverzeichnis

Thesen zu Kapitel 7	698
Thesen zu Kapitel 8	700
Thesen zu Kapitel 9	702
Thesen zu Kapitel 10	703
Thesen zu Kapitel 11	705
Thesen zu Kapitel 12	706
 Literaturverzeichnis	 709