

Zur Zulässigkeit der zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle von regulierten Entgelten nach § 315 BGB – ein Streifzug durch Zivil-, Kartell- und öffentliches Recht

ZHR 184 (2020) 253–258

Die gerichtliche Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB dient dem Schutz der schwächeren Vertragspartei und soll einem Missbrauch privatautonomer Gestaltungsmacht entgegenwirken. Sie setzt eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung voraus, dass einer Partei ein Leistungsbestimmungsrecht zustehen soll. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH unterliegen der Billigkeitskontrolle auch Tarife von Unternehmen, die Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf deren Inanspruchnahme der andere Teil im Bedarfsfall angewiesen ist. Dabei handelt es sich vor allem um die Tarife von Monopolunternehmen und die Fälle eines Anschluss- und Benutzungszwangs.¹ Nach der – was man inzwischen betonen muss – „früheren“ Rechtsprechung des BGH hinderte eine behördliche Genehmigung der Tarife die Billigkeitskontrolle nicht, weil die Genehmigung an dem privatrechtlichen Charakter der einseitigen Leistungsbestimmung nichts ändert.² Ebenso wird die zivilrechtliche Billigkeitskontrolle der Tarife von Monopolisten nicht durch die kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften der § 19 Abs. 1, 2 Nr. 2 bis 4, § 33 GWB verdrängt; vielmehr ist beides – § 315 als Regelung des Vertragsrechts und §§ 19, 33 GWB als deliktische Anspruchsgrundlage – jeweils nach ihren Voraussetzungen, ihrem Inhalt und ihrer Durchsetzung selbstständig zu beurteilen und folgt ihren eigenen Regeln.³ Die gerichtliche Billigkeitskontrolle diene daher (auch) der Beseitigung eines Rechtsschutzdefizits, weil zum einen die kartellrechtlichen Ansprüche aufgrund ihrer deliktsrechtlichen Natur eine Gestaltungsmöglichkeit auf vertraglicher Ebene nicht unmittelbar bereitstellen⁴ und zum anderen die kartellrechtliche Preiskontrolle nach § 32 GWB einem Aufgreiferfesseln der Kartellbehörde unterliegt.

Auf der Grundlage seiner „Monopolrechtsprechung“⁵ hat der BGH daher die einseitigen Preisfestsetzungen für Strom- und Gaslieferungen,⁶ für die

1 Weitergehend BGHZ 73, 114, 116 für Tarife von Krankenhäusern.

2 Vgl. BGHZ 73, 114, 116; 115, 311, 317 f.; 164, 336, 343 f.

3 Vgl. BGHZ 172, 315, Rdn. 18 m.w.N.; BGHZ 176, 244, Rdn. 15.

4 BGHZ 172, 315, Rdn. 18.

5 BGHZ 176, 244, Rdn. 12.

6 So noch BGHZ 154, 5, 8 (aufgegeben durch BGHZ 171, 374; 178, 362).

Nutzung von Strom- und Gasnetzen,⁷ für den Hausanschluss an die Gasversorgung,⁸ für die Wasserversorgung,⁹ die Abwasserbeseitigung,¹⁰ die Abfallentsorgung,¹¹ für die Fernwärmelieferung,¹² für die Trassennutzung von Eisenbahninfrastrukturunternehmen¹³ oder für die Benutzung eines Verkehrsflughafens¹⁴ in entsprechender Anwendung des § 315 BGB der gerichtlichen Billigkeitskontrolle unterworfen.¹⁵

Von diesem Grundsatz hat der BGH allerdings Ausnahmen zugelassen, deren Begründungswege nicht immer geradlinig und widerspruchsfrei verlaufen. Aufgrund der im Jahr 1998 begonnenen Liberalisierung des Telefonmarktes in Deutschland hat der III. Zivilsenat des BGH eine Billigkeitskontrolle der Telefontarife der Deutschen Telekom AG nach § 315 BGB abgelehnt, weil die Preisgestaltung nicht einseitig durch einen Monopoldienstleister festgesetzt werde, sondern zur Wirksamkeit einer behördlichen Genehmigung vorbehalten sei. Mangels eines privatautonomen Spielraums des Monopolunternehmens bei der Preisfestsetzung sei eine Überprüfung der genehmigten Tarife durch die ordentlichen Gerichte nach den Maßstäben des § 315 BGB nicht mehr gerechtfertigt.¹⁶ Demgegenüber hat der VIII. Zivilsenat des BGH – unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung – im Jahr 2007 eine gerichtliche Billigkeitskontrolle der Strom- und Gaspreise verneint, zunächst mit der Begründung, es fehle an einer Monopolstellung des Versorgers,¹⁷ sodann aber mit der weiteren Begründung, eine zivilrechtliche Billigkeitskontrolle würde der Entscheidung des Gesetzgebers zuwiderlaufen, von einer staatlichen Regulierung der allgemeinen Tarife für Strom und Gas auch eines Monopolisten abzusehen.¹⁸ Mit nämlicher Begründung hat der VIII. Zivilsenat des BGH wenig später auch eine gerichtliche Billigkeitskontrolle von Fernwärmepreisen abgelehnt.¹⁹ Dagegen hat der Kartellsenat des BGH im Jahr 2012 für die Strom- und Gasnetzentgelte an der zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB festgehalten, auch nachdem diese seit dem Jahr 2005 der kostenbasierten Entgeltgenehmigung nach § 21 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 23a EnWG

7 BGHZ 164, 336, 339ff.; BGH NJW 2012, 3092 (*Stromnetznutzungsentgelt V*); siehe dazu auch BVerfG NJW 2017, 3507.

8 BGH NJW 1987, 1828, 1829; EnWZ 2013, 227, Rdn. 16.

9 BGH NJW 2003, 3131, 3132; NJW-RR 2006, 133, 134.

10 BGHZ 115, 311, 316ff.; BGH NJW 2003, 3131, 3132.

11 BGH NJW 2005, 2919, 2920.

12 BGH NJW 1987, 1622, 1625 (insoweit in BGHZ 100, 1 nicht abgedruckt); BGH NJW 2007, 210, Rdn. 19.

13 BGH WM 2012, 622, Rdn. 11ff.; WM 2016, 2047, Rdn. 9ff.

14 BGHZ 174, 48, Rdn. 19 m.w.N.

15 Soweit der Preis mit dem Monopolisten individuell vereinbart ist, scheidet eine Billigkeitskontrolle allerdings regelmäßig aus; vgl. BGH NJW-RR 1990, 1204.

16 BGH NJW 1998, 3188, 3192.

17 BGHZ 171, 374, Rdn. 17; BGHZ 172, 315, Rdn. 33ff.

18 BGHZ 178, 362, Rdn. 18.

19 BGHZ 195, 144, Rdn. 23.

durch die Regulierungsbehörden unterlagen. Dies hat der Kartellsenat vor allem mit dem Gebot eines effektiven Rechtsschutzes für die Netznutzer begründet.²⁰ Denn der Netznutzer hat nach § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG nur dann einen Rechtsanspruch auf Beiladung zu dem Regulierungsverfahren und kann deshalb in diesem Verfahren nur dann die Entgeltfestsetzung zu seinen Gunsten beeinflussen, sofern er in seinen wirtschaftlichen Interessen erheblich berührt wird; dies ist aber regelmäßig zu verneinen, wenn nur eine verhältnismäßig geringfügige Entgeltabsenkung erreichbar ist.²¹

In diese Rechtsprechung des BGH hat nun der EuGH mit zwei Urteilen frischen Wind gebracht. Mit Urteil vom 9. 11. 2017 hat der *EuGH* zu Trassenentgelten im Eisenbahnverkehr entschieden, dass die Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 2. 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur (ABl. L 75, S. 29) in der durch die Richtlinie 2004/49/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004 geänderten Fassung (ABl. L 164, S. 44) der Anwendung einer nationalen Regelung wie der des § 315 BGB entgegensteht, wonach solche Wegeentgelte von den ordentlichen Gerichten im Einzelfall auf Billigkeit überprüft und gegebenenfalls unabhängig von der in der Richtlinie vorgesehenen Überwachung durch die Regulierungsstelle abgeändert werden können. Dies hat der *EuGH* im Wesentlichen damit begründet, dass die Richtlinie 2001/14 einen diskriminierungsfreien Zugang zu den Fahrwegen sicherstellen will und deshalb die Trassenentgelte anhand einheitlicher Kriterien von einer unabhängigen Regulierungsbehörde festgelegt werden und für alle Nutzer gleich sein müssten.²² Zugleich sollen die Entgeltregelungen eine effiziente Nutzung der ein Monopol begründenden Eisenbahninfrastruktur sicherstellen und Anreize geben, die Nutzung der Fahrwege zu optimieren und wirtschaftlich sinnvolle Investitionen vorzunehmen.²³ Dazu stehe eine individuelle Entgeltüberprüfung in einem Zivilrechtsstreit in Widerspruch, weil der verbindliche Charakter der – *erga omnes* wirkenden – Regulierungsentscheidung missachtet würde und eine Begünstigung des klagenden Nutzers nicht gerechtfertigt sei.²⁴ Insoweit bestünden nämlich praktisch unüberwindbare Schwierigkeiten der Integration zivilgerichtlicher Entscheidungen in ein nicht diskriminierendes System.²⁵ Mit im Kern ganz ähnlichen, wenngleich etwas holzschnittartigen Überlegungen hat der *EuGH* mit Urteil vom 21. 11. 2019 zu Flughafenentgelten entschieden, dass die Richtlinie 2009/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 3. 2009 über Flughafenentgelte (ABl. L 70, S. 11) der

20 BGH NJW 2012, 3092 (*Stromnetznutzungsentgelt V*), Rdn. 24 ff.

21 Vgl. BGH RdE 2009, 185 (*citiworks*), Rdn. 17; BGH NJW 2012, 3092 (*Stromnetznutzungsentgelt V*), Rdn. 27.

22 EuGH EuZW 2018, 74 (*CTL Logistics*), Rdn. 36 ff.

23 EuGH EuZW 2018, 74 (*CTL Logistics*), Rdn. 39 ff.

24 EuGH EuZW 2018, 74 (*CTL Logistics*), Rdn. 94 ff.

25 EuGH EuZW 2018, 74 (*CTL Logistics*), Rdn. 88 ff.

Anwendung einer nationalen Regelung wie der des § 315 BGB entgegensteht, wonach solche Entgelte von den ordentlichen Gerichten im Einzelfall auf Billigkeit überprüft werden können.²⁶ Man muss kein Prophet sein, um die Voraussage zu treffen, dass der EuGH in Bezug auf die ebenfalls europarechtlich fundierte Regulierung von Strom- und Gasnetzentgelten²⁷ nichts anderes judizieren wird.

Quo vadis BGH? Der Kartellsenat des BGH hat die Vorgaben des EuGH zu Trassenentgelten im Eisenbahnverkehr inzwischen in seiner Entscheidung „Stationspreissystem“ insoweit umgesetzt, als er eine zivilrechtliche Billigkeitskontrolle von Eisenbahninfrastrukturentgelten „jedenfalls dann“ hinter die Überprüfung der Entgelte durch die Regulierungsbehörde zurücktreten lässt, wenn diese Überprüfung eine effektive Durchsetzung des Anspruchs der Eisenbahnverkehrsunternehmen auf einen diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur ermöglicht und einen fairen Wettbewerb bei der Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen sicherstellt.²⁸ Für die Entgeltkontrolle von Flughafenentgelten oder Strom- und Gasnetzentgelten wird der BGH ebenfalls nicht umhinkommen, von seiner bisherigen Rechtsprechung Abstand zu nehmen. Die tragende Begründung des EuGH für die Vorgeiflichkeit der behördlichen Entgeltprüfung, die Beachtung des Diskriminierungsverbots für den Zugang zu der jeweiligen Infrastruktur und die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs, gilt auch hier. Nimmt man die Rechtsprechung des EuGH ernst, kann es auch nicht bei dem einschränkenden „jedenfalls dann“-Passus des BGH bleiben, weil die zivilrechtliche Billigkeitskontrolle ausnahmslos von der behördlichen Entgeltüberprüfung verdrängt wird.

Dies darf aber nicht dazu führen, den einzelnen Nutzer rechtsschutzlos zu stellen. Mit Art. 19 Abs. 4 GG wäre es grundsätzlich nicht zu vereinbaren, bei staatlich regulierten Entgelten sowohl eine verwaltungsrechtliche als auch eine zivilgerichtliche Kontrolle der materiellen Rechtmäßigkeit der Entgelte gegenüber denjenigen zu versagen, die diese zu entrichten haben.²⁹ Aufgrund dessen hat der Gesetzgeber dafür zu sorgen, dass die Nutzer – wo dies nicht bereits möglich ist (z.B. nach § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG) – an dem behördlichen Regulierungsverfahren zu beteiligen sind und ihnen auch ein Rechtsbehelf zusteht (z.B. § 75 Abs. 2, § 88 Abs. 1 EnWG). An die tatbestandlichen Voraus-

26 EuGH NVwZ 2020, 48 (*Deutsche Lufthansa/Land Berlin*), Rdn. 67 ff.; siehe dazu den Vorlagebeschluss des BVerwG BeckRS 2018, 10153.

27 RL 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 7. 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der RL 2003/54/EG (ABl. L 211 S. 55) und RL 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 7. 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der RL 2003/55/EG (ABl. L 211 S. 94).

28 BGH EuZW 2019, 248 (*Stationspreissystem*), Rdn. 11 ff.

29 Vgl. nur BVerfG DVBl. 2000, 556; BGH EuZW 2019, 248 (*Stationspreissystem*), Rdn. 28; BVerwGE 117, 93, 104 f.; jew. m.w.N.

setzungen dürfen keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Andererseits darf die Handhabbarkeit des Verfahrens nicht aus dem Blick verloren werden, so dass nicht jeder Nutzer (Verbraucher) einen Anspruch auf Beiladung hat. Als Vorbild kann § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG dienen, der die Wahrnehmung der Interessen der Verbraucher in die Hände der Verbraucherzentralen und anderer Verbraucherverbände legt.³⁰

Dogmatisch dürfte es richtig sein, die sich aus der behördlichen Regulierungsentscheidung ergebenden Entgelte im Wege einer für den einzelnen Nutzer unwiderleglichen Vermutung als billig i.S.d. § 315 BGB anzusehen. Als Vorbild kann insoweit die gesetzliche Regelung in § 33 Abs. 2 S. 3, § 45 Abs. 2 S. 3 ERegG dienen. Dies hätte den Vorteil, dass im Fall einer nachträglichen Herabsetzung der Entgelte aufgrund einer behördlichen Entscheidung der überhöhte Teil des bereits gezahlten Entgelts als unbillig anzusehen wäre und damit nach § 812 Abs. 1 S. 1 HS. 1 BGB ohne weiteres zurückgefordert werden könnte. Eine solche unwiderlegliche Vermutung ist allerdings im Hinblick auf die mit ihr verbundene Einschränkung des Rechtsschutzes nur dann gerechtfertigt, wenn die Regulierungsentscheidung auf einer hinreichenden Prüftiefe beruht, diese von der Regulierungsbehörde auch wahrgenommen wird und dem Nutzer, dessen wirtschaftliche Interessen erheblich berührt werden, im Regulierungsverfahren eine Beteiligungs- und Rechtsbehelfsmöglichkeit offensteht. Diese Voraussetzungen dürften etwa bei der Anreizregulierung der Strom- und Gasnetzentgelte nach der Anreizregulierungsverordnung erfüllt sein, möglicherweise auch bei der Entgeltregulierung im Schienenverkehr seit dem am 2. 9. 2016 in Kraft getretenen Eisenbahnregulierungsgesetz, nicht dagegen – mangels ausreichender Prüftiefe – bei der Entgeltüberprüfung im Schienenverkehr nach § 14f AEG in der bis zum 1. 9. 2016 geltenden Fassung. Dagegen greifen weder eine widerlegliche oder unwiderlegliche Vermutung noch eine Indizwirkung der Billigkeit des verlangten Entgelts ein, wenn das Nutzungsentgelt nicht auf der Grundlage einer Regulierungsentscheidung in Form einer – für Dritte anfechtbaren – Festlegung oder eines Verwaltungsakts festgesetzt worden ist, sondern – was in der Regulierungspraxis in der Vergangenheit durchaus zu beobachten war – auf der Grundlage eines zwischen dem Netzbetreiber und der Regulierungsbehörde zustande gekommenen öffentlichen-rechtlichen Vertrags.³¹

Zum Schluss stellt sich die Frage, was aus den kartellrechtlichen Ansprüchen, insbesondere dem Schadensersatzanspruch aus § 33 Abs. 3 S. 1 GWB i.V.m. Art. 102 S. 2 Buchst. a AEUV wird. Dazu hat der EuGH kein Wort ver-

30 Diese müssen die Aufgabe allerdings auch wahrnehmen, was im Rahmen der Strom- und Gasnetzentgeltregulierung in der Vergangenheit nur selten der Fall war.

31 Vgl. dazu etwa BGH NJW 2020, 1436 (*Trassenentgelte*). Insoweit stellt sich die Frage, ob im Regulierungsverfahren im Hinblick auf die stets vorliegende Drittbetroffenheit der Nutzer der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags überhaupt rechtlich zulässig ist.

loren, obwohl dessen grundsätzliche Anwendbarkeit in den von ihm entschiedenen Fällen auf der Hand lag, handelt es sich bei den Netzbetreibern stets um natürliche Monopolisten, und eine in diesem Rahmen zu erfolgende, auf europäischem Primärrecht beruhende Preismissbrauchskontrolle der behördlichen Regulierungsentscheidung, von der sekundärrechtlichen sektorspezifischen Entgeltkontrolle nicht verdrängt werden kann. Dies hat der Kartellsenat des BGH erst jüngst in seiner Entscheidung „Trassenentgelte“ zu Recht klargestellt.³² Den Nutzer trifft allerdings die Darlegungs- und Beweislast für ein missbräuchliches Verhalten des Unternehmers (Art. 2 S. 1 VO (EG) Nr. 1/2003).³³ Folgt man dem hiesigen Ansatz, unter den oben skizzierten Voraussetzungen das behördlich regulierte Entgelt als billig i.S.d. § 315 BGB anzusehen, stellt dessen Geltendmachung kein missbräuchliches Verhalten i.S.d. § 33 Abs. 3 S. 1 GWB i.V.m. Art. 102 S. 2 Buchst. a AEUV und erst recht keinen Schaden dar. Die effektive Durchsetzung des Missbrauchsverbots hat daher auch insoweit auf dem verwaltungsrechtlichen Weg und im Rahmen der gerichtlichen Kontrolle der behördlichen Regulierungsentscheidung zu erfolgen.

Christian Grüneberg

32 BGH NJW 2020, 1436 (*Trassenentgelte*), Rdn. 36 f.

33 Vgl. BGH WM 2016, 2047, Rdn. 49; BGH NJW 2012, 3092 (*Stromnetznutzungsentgelt V*), Rdn. 41.