

Professor Dr. Gunther Kühne, LL. M., Clausthal/Göttingen

Billigkeitskontrolle und Verbotsgesetze*

Im Zusammenhang vor allem mit den zahlreichen zivilgerichtlichen Verfahren gegen die jüngsten Energiepreiserhöhungen auf der Grundlage des § 315 BGB (Billigkeitskontrolle) wird in der Rechtsprechung und Schrifttum das Verhältnis dieser Bestimmung zu der seit 1999 als Verbotsgesetz ausgestalteten kartellrechtlichen Preismissbrauchsaufsicht (§ 19 GWB) kontrovers beurteilt. Entgegen der bisherigen Rechtsprechung des BGH verdrängt § 19 GWB als Verbotsgesetz (§ 134 BGB) mit zusätzlichen kartelldeliktsrechtlichen Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen (§ 33 GWB) die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB.

I. Das Problem

In seinem Urteil vom 18. 10. 2005¹ hatte der *Kartellsenat* des BGH unter anderem über die Frage zu befinden, ob im Falle missbräuchlicher einseitiger Preisbestimmung (Netznutzungsentgelte) durch ein Versorgungsunternehmen neben dem kartellrechtlichen Sanktionsinstrumentarium, insbesondere Schadensersatzansprüchen geschädigter Abnehmer nach §§ 19, 33 GWB, noch eine zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle in unmittelbarer oder zumindest analoger Anwendung des § 315 III BGB Platz greifen kann. Der *Kartellsenat*

hat diese Frage unter Hinweis auf die gefestigte höchststrichterliche Rechtsprechung ohne zusätzliche Begründung in der Sache bejaht. In zwei weiteren Entscheidungen vom 7. 2. 2006² hat der *Kartellsenat* des BGH diese Auffassung ebenfalls ohne weitere Begründung bestätigt. Dessen ungeachtet wird die Frage in der jüngsten instanzgerichtlichen Rechtsprechung weiterhin kontrovers beurteilt³, von den fortbestehenden Meinungsverschiedenheiten im Schrifttum⁴ einmal ganz abgesehen. Beim BGH sind gegenwärtig einschlägige Revisionsverfahren anhängig. In aller Kürze seien daher

* Der Autor ist Professor und Direktor des Instituts für deutsches und internationales Berg- und Energierecht der Technischen Universität Clausthal und Honorarprofessor an der Universität Göttingen.

1 BGHZ 164, 336 = NJW 2006, 684; dazu Kühne, NJW 2006, 654; vgl. auch dens., RdE 2005, 241 (246 ff.).

2 NJW-RR 2006, 915 = WRP 2006, 768 (771); BeckRS 2006, 05023.

3 Für Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB z. B. OLG Karlsruhe, Urt. v. 28. 6. 2006 – 7 U 194/04; LG Verden, Urt. v. 29. 6. 2006 – 5 O 118/06; für Verdrängung des § 315 BGB durch § 19 GWB z. B. LG Karlsruhe, Urt. v. 3. 2. 2006 – 9 S 300/05; LG Potsdam, Urt. v. 15. 5. 2006 – 3 S 147/05.

4 Vgl. insb. Kühne, NJW 2006, 655, für Verdrängung des § 315 BGB; Markert, RdE 2006, 84 (85); Säcker, RdE 2006, 65 (70 f.); Bork, JZ 2006, 682 (685), gegen Verdrängung.

im Folgenden einige bisher nicht hinreichend wahrgenommene Gesichtspunkte erörtert.

II. Die Reichweiten beider Tatbestände

Die Beurteilung der Konkurrenzfrage setzt die Klärung der Tatbestandsreichweiten voraus. Es geht mit anderen Worten um das Verhältnis von „Missbräuchlichkeit“ (§ 19 GWB) und „Unbilligkeit“ (§ 315 BGB). Die Rechtsprechung rechtfertigt die parallele Anwendung der beiden Vorschriften mit der Unterschiedlichkeit der tatbestandlichen Voraussetzungen, hebt die praktische Relevanz dieser Aussage jedoch weitgehend durch den Zusatz wieder auf, dass beide Vorschriften oft zum gleichen Ergebnis führen werden⁵. Dogmatisch-systematischer Hintergrund des Festhaltens an der Anwendungsparallelität ist offenbar die Ansicht, dass der Beurteilungsbezugspunkt bei § 19 GWB die überindividuellen Marktverhältnisse, bei § 315 BGB dagegen die privatautonom gestaltete bilaterale Leistungsaustauschbeziehung sei. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass in Anbetracht der gestörten Vertragsparität („Marktbeherrschung“ in § 19 GWB) und standardisierter Inhalte gerade in Versorgungsverträgen individual-privatautonom gesetzte Billigkeitsmaßstäbe regelmäßig fehlen und damit auch im Rahmen des § 315 BGB die wettbewerbsrechtliche Vergleichsmarktbetrachtung weithin praktiziert wird⁶. Missbräuchlichkeit in § 19 GWB und Unbilligkeit in § 315 BGB sind mithin deckungsgleich⁷.

III. Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB und Verbots-gesetze (§ 19 GWB)

Die Funktion des § 315 BGB wird nach überkommenem Verständnis unter anderem darin gesehen, im Vorfeld der auf die Wahrung der Grundprinzipien der Rechts- und Sittenordnung beschränkten Grobkontrolle mit Nichtigkeitsfolge nach § 138 BGB ein Instrument zur Feinkontrolle privatautonom-vertraglicher Austauschgerechtigkeit zur Verfügung zu stellen⁸. Dementsprechend sind unbillige Leistungsbestimmungen bis zur richterlichen Gestaltung nach § 315 III BGB zwar für den anderen Teil „unverbindlich“, gleichwohl aber nicht unwirksam⁹. Diese zivilrechtliche Arbeitsteilung ist in neuerer Zeit durch die Tendenz verwischt worden, auch im Bereich der Feinkontrolle mehr und mehr Verbotsgesetze mit Nichtigkeitsfolge (§ 134 BGB) vorzusehen¹⁰. § 19 GWB, der im Jahre 1999 zu einem Verbotstatbestand umgestaltet wurde, ist dafür ein Beispiel. Hier erhebt sich ein logisches Problem: Soweit Leistungsbestimmungen missbräuchlich (§ 19 GWB) und damit verboten und nichtig (§ 134 BGB) sind, ist für die bloße „Unverbindlichkeit“ i. S. des § 315 III BGB bereits denkgesetzlich kein Raum mehr¹¹.

Die parallele Anwendbarkeit von § 315 BGB und § 19 GWB lässt sich dann nur noch vertreten, wenn man der schon 1911 von Kipp¹² insbesondere am Beispiel der Anfechtbarkeit nichtiger Rechtsgeschäfte entwickelten und insoweit im Ergebnis von der heute herrschenden Meinung¹³ auch gebilligten These von den „Doppelwirkungen im Recht“ folgt. Es fragt sich allerdings, um welcher teleologischen Gesichtspunkte willen es gerechtfertigt sein soll, von der logischen Vorrangigkeit der § 19 GWB, § 134 BGB abzuweichen. Selbst die herrschende Meinung, die § 315 BGB gegenüber § 19 GWB noch einen in seiner Abgrenzung gänzlich unklaren eigenständigen tatbestandlichen Randbereich erhalten will, müsste Gründe finden, weshalb eine solche, in ihrer praktischen Handhabbarkeit höchst zweifelhafte „Feinstkontrolle“ über § 315 BGB noch sinnvoll sein soll. Das ursprünglich gegenüber § 315 BGB bei § 19 GWB bestehende Defizit an zivilrechtlichem Individualschutz ist durch

die 6. Kartellnovelle seit dem 1. 1. 1999 und noch verstärkt durch die 7. Kartellnovelle seit dem 1. 7. 2005 beseitigt, so dass nunmehr durch die missbräuchliche Preisgestaltung geschädigte Abnehmer nach §§ 19, 33 GWB Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche geltend machen können.

Als Rechtfertigung für die parallele Anwendbarkeit von § 19 GWB und § 315 BGB werden in den jüngsten Meinungsäußerungen zwei Gesichtspunkte benannt: Die grundsätzliche Selbstständigkeit der den § 315 BGB einschließenden vertraglichen gegenüber der (sonder-)deliktsrechtlichen Haftungsordnung und die unterschiedliche Beweislastverteilung.

IV. Vertragliche und (sonder-)deliktsrechtliche Haftungsordnung

Zu Gunsten der Anwendung von § 315 BGB neben § 19 GWB ist jüngst von Säcker¹⁴ geltend gemacht worden, die Selbstständigkeit der vertragsrechtlichen und der deliktsrechtlichen Normkomplexe geböten die parallele Anwendung beider Entgeltkorrekturnormen. In der Tat kann unter Konkurrenz Gesichtspunkten eine vertragsrechtliche Sonderbeziehung nicht durch eine deliktsrechtliche gestört oder beseitigt werden. Im Gegenteil gibt es Beispiele für eine Einwirkung in umgekehrter Richtung (Haftungsmaßstäbe!)¹⁵. Hier ist die Lage jedoch anders: Die Leistungsbestimmung selbst, das heißt das Fordern des missbräuchlich überhöhten Entgelts, unterliegt ihrerseits unstreitig den Regeln für Rechtsgeschäfte¹⁶ und damit auch § 134 BGB. Im Umfang der Missbräuchlichkeit der Entgeltforderung ist damit auch die Leistungsbestimmung unwirksam. Dadurch wird insoweit den vertragsrechtlichen Normenkomplexen einschließlich § 315 III BGB der Boden entzogen, so dass es zu einem Nebeneinander vertrags- und deliktsrechtlicher Korrekturbefehle gar nicht kommen kann.

V. Die Verteilung der Beweislast bei § 315 BGB und § 19 GWB

Der einzig erkennbare praktische Unterschied zwischen Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB und Missbrauchskontrolle nach § 19 GWB liegt in der von der herrschenden Meinung vertretenen Beweislastverteilung: Bei § 315 BGB muss der

5 BGH, NJW-RR 1992, 183 (185).

6 Vgl. etwa BGH, NJW-RR 1992, 183, wo zusätzlich energiewirtschaftsrechtliche Prinzipien in die Bestimmung des „billigen“ Preises einbezogen werden; LG Landau, NJOZ 2006, 1708 = NJW 2006, 1677 L.

7 So auch Säcker, RdE 2006, 70; Bork, JZ 2006, 685; der verschiedentlich als Unterscheidungsmerkmal zwischen § 19 GWB und § 315 BGB angesehene, von der Kartellrechtspraxis eingeräumte Erheblichkeitszuschlag in Preismisbrauchsfällen leitet seine Rechtfertigung aus kartellverwaltungsrechtlichen (behördliche Untersuchung!), insb. bußgeldrechtlichen Gesichtspunkten ab. Für die zivilrechtlichen Folgen (Schadensersatzansprüche nach §§ 19, 33 GWB) ist er irrelevant.

8 Vgl. Köhler, ZHR 137 (1973), 237 (254 f.).

9 OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 1999, 379; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. (2006), § 315 Rdnr. 16, Erman/J. Hager, BGB, 11. Aufl. (2004), § 315 Rdnr. 20; Gottwald, in: MünchKomm, BGB, 4. Aufl. (2003), § 315 Rdnr. 43; a. A. Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2004, § 315 Rdnr. 149.

10 So jetzt auch in Parallele zu § 19 GWB die Bestimmung des § 30 I 1 EnWG.

11 Bei nach § 138 BGB nichtigen Leistungsbestimmungen gilt § 315 III BGB deshalb ebenfalls nicht, Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 9), § 315 Rdnr. 16.

12 In: Festschr. f. v. Martitz, 1911, S. 211 (224 ff.).

13 Vgl. Mayer-Maly/Busche, in: MünchKomm, 4. Aufl. (2001), § 142 Rdnr. 11 m. w. Nachw. auch zu den Bedenken.

14 RdE 2006, 65 (70).

15 Beispiele für die Übertragung vertragsrechtlicher Haftungsmaßstäbe auf das Deliktsrecht: BGHZ 46, 313 (316 f.) = NJW 1967, 558 (zu § 708 BGB); BGHZ 93, 23 (29) = NJW 1985, 794 (796) (zu § 521 BGB).

16 So bereits Mot. II S. 192; Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 9), § 315 Rdnr. 11 („allgemeine Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe“).

die Leistung Bestimmende im Streitfall die Billigkeit der getroffenen Bestimmung dartun und beweisen und hierzu auch die Kostenstruktur und Gewinnsituation offen legen¹⁷, während bei §§ 19, 33 GWB der Geschädigte die Anspruchsvoraussetzungen und mithin auch die Missbräuchlichkeit des verlangten Entgelts dartun und beweisen muss¹⁸. Angesichts der Erschwernisse beim Zugang des Geschädigten zu den die Missbräuchlichkeit stützenden Beweismitteln einerseits und des gebotenen Schutzes der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des marktbeherrschenden Unternehmens andererseits hat der BGH¹⁹ in einem §§ 35, 26 II GWB a. F. (Diskriminierung durch unbillige Behinderung) betreffenden Fall den Umfang der Substanziierungspflicht der Parteien nach den Umständen des Einzelfalls bestimmt: Diese Pflicht finde ihre Grenze im subjektiven Wissen der Partei und in der Zumutbarkeit weiteren Vorbringens, welche bei der Offenlegung wettbewerbsrelevanter Betriebsinterna zu verneinen sei.

Die Zuweisung der vollen Offenlegungslast an den die Leistung Bestimmenden in § 315 BGB dürfte ihre Wurzel in der materiellen Erwägung haben, dass die Partei, der sich die andere aus freien Stücken durch Einräumung des Leistungsbestimmungsrechts anvertraut hat, dieses in Anspruch genommene Vertrauen nicht mit der Überwälzung des Prozessrisikos durch Zurückhaltung von Aufklärungsmöglichkeiten soll „honorieren“ dürfen²⁰. In den Fällen des § 19 GWB handelt es sich um Situationen gestörter Vertragsparität, bei denen nicht die Rede davon sein kann, dass die strukturell unterlegene Partei durch Einräumung des Leistungsbestimmungsrechts eine privatautonome Vertrauensinvestition in die andere Vertragspartei vornimmt.

Bei solchen nicht vertrauensinduzierten Fallgestaltungen verträgt sich die Zuweisung der nur durch Offenbarung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen zu erfüllenden Beweislast an die bestimmungsberechtigte Partei nicht mit dem verfassungsrechtlich (Art. 12 GG) gebotenen Schutz von Betriebsgeheimnissen. Dies gilt insbesondere im Lichte des kürzlichen Beschlusses des BVerfG vom 14. 3. 2006²¹, in dem das Gericht den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (Nachweise über Kosten) der marktbeherrschenden Deutsche Telekom AG in einem Verwaltungsrechtsstreit über die Genehmigung von Netzzugangsentgelten nach dem TKG verstärkt und die Offenlegungspflicht unter das Gebot einer die Verhältnisse des Einzelfalls berücksichtigenden Abwägung zwischen den Verfassungsprinzipien des effektiven Rechtsschutzes einerseits und des Geheimnisschutzes andererseits (praktische Konkordanz) gestellt hat. Diese verfassungsrechtliche Wertung erheischt Beachtung nicht nur für das verwaltungsgerichtliche, sondern auch für das zivilgerichtliche Verfahren nach § 315 BGB²². Die vom BGH für Klagen aus §§ 19, 20, 33 GWB vertretenen Abwägungsregeln für die

Beweislastverteilung stehen jedenfalls den Grundsätzen der neuesten Rechtsprechung des BVerfG wesentlich näher als die bisherige Praxis zu § 315 BGB und sollten deshalb auch dort praktiziert werden, wenn man denn an der Anwendung des § 315 BGB überhaupt festhalten will.

VI. Schlussbemerkungen

Insgesamt besteht mithin weder aus normsystematischen (Verhältnis vertragliche-[sonder-]deliktische Haftungsordnung) noch aus praktisch-ergebnisbezogenen (Beweislastverteilung) Gesichtspunkten ein Grund, neben kartellzivilrechtlichen Ansprüchen nach §§ 19, 33 GWB noch die allgemeinzivilrechtliche Billigkeitskontrolle nach § 315 III BGB fortzusetzen, nachdem durch Erhebung des § 19 GWB zu einem Verbotstatbestand mit zivilrechtlicher Nichtigkeitsfolge (§ 134 BGB) der Anwendung des § 315 BGB die tatbestandliche Grundlage entzogen worden ist²³. Das hier behandelte Problem weist schließlich einen weitergehenden grundsätzlichen Aspekt auf. In jüngerer Zeit hat sich in Teilen des Wirtschaftsrechts, nicht selten unter europarechtlichen Vorgaben zur Effektuierung des Rechtsschutzes, die Tendenz herausgebildet, inkriminierte Verhaltensweisen zu Verbotsstatbeständen auszugestalten und mit privatrechtlichen Sanktionen, vor allem Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen, zu bewehren. Die jüngste Entwicklung des Kartell(zivil-)Rechts ist dafür ein Beispiel (§§ 19, 33 GWB). Auf den ersten Blick erweckt dies den Eindruck des Vormarsches des Privatrechts. Bei näherem Hinsehen können daraus jedoch erhebliche Friktionen mit überkommenen privatrechtlichen Instituten erwachsen. Die Auseinandersetzungen um das Verhältnis zwischen § 315 BGB und §§ 19, 20 GWB zeigen dies deutlich. Auch insoweit ist in der Tat das Wirtschaftsrecht (Kartellrecht) die „Nagelprobe des Zivilrechts“²⁴. ■

17 So statt vieler BGHZ 164, 336 (343) = NJW 2006, 686; *Erman/J. Hager* (o. Fußn. 9), § 3315 Rdnr. 21 m. w. Nachw.

18 BGHZ 116, 47 (56) = NJW 1992, 1817 (1819) zu § 26 GWB a. F. (Diskriminierung durch unbillige Behinderung); *Knöpfle/Leo*, Gemeinschaftskomm. z. GWB, 5. Aufl. (2001), § 19 Rdnr. 2036.

19 BGHZ 116, 47 (56) = NJW 1992, 1817 (1819).

20 In diesem Sinne bereits *Kühne*, NJW 2006, 654 (656).

21 BVerfG, DVBl 2006, 694 (697) = BeckRS 2006, 22998.

22 In diese Richtung auch *Bork*, JZ 2006, 683, der hinsichtlich der aus dem Beschluss des BVerfG v. 14. 3. 2006 zu ziehenden Folgerungen insb. im Hinblick auf das „in-camera-Verfahren“ mit Recht weiteren Forschungsbedarf sieht. Zur verfassungsrechtlichen Relevanz der Beweislastverteilung im Kartellzivilprozess im Zusammenhang mit den Vermutungen im GWB vgl. *Ittner*, Die Vermutungen des GWB, 1998, S. 260.

23 Nicht gänzlich aus dem Blickfeld verschwinden sollte in einer derartigen Konstellation auch der Gedanke der Rücksichtnahme auf die Begrenztheit der justiziellen Ressourcen.

24 So jüngst der Titelbegriff einer Abhandlung von *Karsten Schmidt*, AcP 206 (2006), 169.