

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

1/2010

S. 1-64

7. Jahrgang

Herausgegeben von

Achim Berg
Andreas Böwing
Michael Hann
Bernhard Heitzer
Martin Henke
Roger Kohlmann
Wolfgang Kopf
Matthias Kurth
Walter Maschke
Bernd W. Pill
Alfred Richmann
Franz Jürgen Säcker

Geschäftsführender
Herausgeber
Christian Koenig

Schriftleitung
Institut für das Recht
der Netzwirtschaften,
Informations- und
Kommunikations-
technologie (IRNIK)
www.nundr.net

- | | |
|---|----|
| ■ <i>Jochen Homann</i> | |
| Zukunft der Netze – Netze der Zukunft | 1 |
| ■ <i>Thomas Höppner</i> | |
| Zeitliche Grenzen für die Rückforderung
überhöhter Infrastrukturentgelte | 2 |
| ■ <i>Robert Klotz/Alexandra Brandenburg</i> | |
| Entwicklungen des Gemeinschaftsrechts
in den Netzwirtschaften im Jahr 2009 | 8 |
| ■ <i>Hartmut Weyer</i> | |
| Das Energiewirtschaftsrecht im Jahr 2009 | 18 |
| ■ <i>Tobias Bühlmeier</i> | |
| Wunschlos glücklich? Formale und materielle
Anforderungen an eine Mitteilung über die
beabsichtigte Ablehnung des Zugangs zu einer
Serviceeinrichtung (§ 14d S. 1 Nr. 3 AEG) | 27 |
| ■ <i>Urs Kramer</i> | |
| Anmerkung zum Urteil des VG Köln:
Vorabprüfung von Schienennetz-
Benutzungsbedingungen | 57 |

Verlag Recht und Wirtschaft GmbH
Frankfurt am Main

Aufsätze

Zeitliche Grenzen für die Rückforderung überhöhter Infrastrukturentgelte

von Dr. Thomas Höppner

Im Jahr 2005 bestätigte der BGH die generelle Anwendbarkeit von § 315 BGB auf Stromnetznutzungsentgelte. Das führte zu einer Klagewelle auf Rückzahlung von Entgelten für verschiedenste Infrastrukturen. Vier Jahre später zentrieren sich in der Strom- und Gaswirtschaft viele Rechtsstreite auf die Verjährung und Verwirkung der Bereicherungsansprüche von Netznutzern. Die Frage nach den zeitlichen Grenzen für die Rückforderung unbilliger oder missbräuchlicher Infrastrukturentgelte stellt sich allerdings nicht nur im Energiebereich, sondern in allen Netzsektoren.

I. Einleitung

Nachdem die Anwendbarkeit von § 315 BGB auf Tarife für Leistungen der Daseinsvorsorge schon länger geklärt war,¹ befürwortete der BGH im Jahr 2005² auch die Anwendung von § 315 BGB auf Energienetznutzungsentgelte. Das hat viele Nutzer von Infrastrukturen (im Folgenden „Nutzer“), nicht nur von Strom- und Gasnetzen, sondern auch von anderen essentiellen Einrichtungen wie Schienenwegen oder Flughäfen, dazu veranlasst, Entgelte nur noch unter Vorbehalt zu zahlen und bei Zweifeln an der Angemessenheit im Klagewege zurückzufordern. Ein häufiger Streitpunkt in allen Sektoren ist die Verjährung oder die Verwirkung der Rückforderungsansprüche. Hinsichtlich der Verjährung werden vor allem der Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs (dazu unten, unter II. 1. a)) sowie die maßgeblichen Tatsachen für seine subjektive Kenntnis diskutiert (unten, unter II. 1. b)). Hinsichtlich der Verwirkung ist umstritten, welches Ereignis das sog. Zeitmoment in Gang setzt und ob die Unbilligkeit nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB „alsbald“, ggf. analog § 124 BGB binnen eines Jahres geltend zu machen ist (unten, unter II. 2. a) aa)). Ebenso ist die Bedeutung eines Rückforderungsvorbehalts für das sog. Umstandsmoment der Verwirkung unklar (unten, unter II. 2. a) bb)). Ähnliche Fragen stellen sich, wenn Entgelte nicht über § 812 i. V. m. § 315 BGB, sondern wegen eines (sonder-) kartellrechtlichen Preishöhenmissbrauchs zurückgefordert werden (unten, unter III.).

II. Rückforderung bei unbilliger Entgeltbestimmung i. S. v. § 315 BGB

Werden Infrastrukturentgelte nicht wie auf regulierten Telekommunikationsmärkten behördlich festgesetzt³ und genießen die Infrastrukturbetreiber ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht oder gilt § 315 Abs. 1 BGB wegen der Monopolstellung des Betreibers und der Daseinsrelevanz der Leistung ana-

log, was zumindest hinsichtlich der Leistungen von Elektrizitäts-,⁴ Gas-,⁵ Fernwärme-,⁶ Eisenbahn-,⁷ Wasser-⁸ und Flughafeninfrastrukturen⁹ naheliegt, kann der Nutzer einen Teil seiner geleisteten Entgelte über § 812 BGB kondizieren, wenn das Entgelt nicht nach billigem Ermessen bestimmt worden und daher gemäß § 315 Abs. 3 S. 1 BGB unverbindlich ist.

Der zentrale Vorteil einer Klage nach § 812 i. V. m. § 315 BGB liegt in der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast für die Angemessenheit des Entgelts. Sie liegt bei dem zur einseitigen Entgeltbestimmung Berechtigten.¹⁰ Ist dies aufgrund vertraglicher oder gesetzlicher Regelung der Infrastrukturbetreiber, muss dieser seine gesamte Kalkulation offenlegen. Entgegen den sonst im Bereicherungsrecht geltenden Grundsätzen gilt diese Beweislastverteilung auch in Rückzahlungsklagen, vorausgesetzt der Schuldner hat lediglich unter Vorbehalt oder eine Abschlagszahlung geleistet.¹¹ Darum haben sich viele Nutzer schon früh bei Zweifeln an der Billigkeit eine Rückforderung vorbehalten. Der Vorbehalt soll zugleich dem Einwand vorbeugen, spätere Zahlungen bedeuteten eine konkludente Annahme der einseitigen Entgeltfestsetzung, aufgrund derer – zumindest nach der Rechtsprechung des 8. Zivilsenats¹² – das festgesetzte Entgelt zum vertraglich vereinbarten wird und die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB nicht mehr eröffnet sei. Das auf eine unbillige Leistungsbestim-

1 Vgl. BGH, WM 1978, 1097, 1098 f. (Urt. v. 24.11.1977 – Az. III ZR 27/76).

2 BGHZ 164, 336, 339 (Urt. v. 18.10.2005 – Az. KZR 36/04) (= N&R 2006, 72, 73) – *Stromnetznutzungsentgelte I*.

3 Dann ist § 315 BGB nicht anwendbar, BGH, NJW 2007, 3344, 3345 f. (Urt. v. 24.5.2007 – Az. III ZR 467/04); NJW 1998, 3188, 3190 ff. (Urt. v. 2.7.1998 – Az. III ZR 287/97).

4 BGH, N&R 2008, 129, 131 (Urt. v. 4.3.2008 – Az. KZR 29/06) – *Stromnetznutzungsentgelte III*.

5 Dafür jedenfalls der Kartellsenat des BGH, vgl. BGHZ 176, 244, 247 ff. (Urt. v. 29.4.2008 – Az. KZR 2/07) (= N&R 2008, 132, 134) – *Erdgassondervertrag*; a. A. – allerdings nur bezogen auf Endkundentarife – der 8. Zivilsenat, vgl. BGHZ 178, 362, 365 ff. (Urt. v. 19.11.2008 – Az. VIII ZR 138/07).

6 Vgl. OLG Brandenburg, ZNER 2007, 215, 215 f. (Urt. v. 19.9.2006 – Az. 6 U 132/05) für Endtarife.

7 LG Berlin, N&R 2009, 70 (Urt. v. 21.8.2008 – Az. 91 O 95/06 Kart); LG Düsseldorf, Urt. v. 25.8.2009 – Az. 14c O 104/08; a. A. LG Berlin, WuW/E DE-R 2561 (Urt. v. 17.3.2009 – Az. 98 O 25/08); ausführlich hierzu *Bremer/Höppner*, N&R-Beilage 1/2010, 1 (in diesem Heft).

8 Vgl. OLG Koblenz, RdE 2009, 187, 188 f. (Urt. v. 12.2.2009 – Az. U 781/08 Kart) für Endtarife.

9 BGHZ 174, 48, 55 (Urt. v. 18.10.2007 – Az. III ZR 277/06).

10 BGHZ 164, 336, 343 (Urt. v. 18.10.2005 – Az. KZR 36/04) (= N&R 2006, 72, 74) – *Stromnetznutzungsentgelte I*.

11 BGH, N&R 2008, 129, 131 (Urt. v. 4.3.2008 – Az. KZR 29/06) – *Stromnetznutzungsentgelte III*; BGHZ 164, 336, 343 (Urt. v. 18.10.2005 – Az. KZR 36/04) (= N&R 2006, 72, 74).

12 BGHZ 178, 362, 368 (Urt. v. 19.11.2008 – Az. VIII ZR 138/07); 172, 315, 320 (Urt. v. 13.6.2007 – Az. VIII ZR 36/06) (= N&R 2007, 163, 167).

mung gezahlte Entgelt kann kondiziert werden. Einschlägig ist die Leistungskondition nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.¹³

1. Verjährung

Für den Bereicherungsanspruch aus § 812 i. V. m. § 315 BGB gilt gemäß § 195 BGB die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren. Gemäß § 199 Abs. 1 BGB beginnt die Frist mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (dazu unten, unter a)) und der Gläubiger Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste (dazu unten, unter b)). Ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis verjährt der Anspruch spätestens in zehn Jahren von seiner Entstehung an (§ 199 Abs. 4 BGB).

a) Entstehung des Anspruchs

Der Rückforderungsanspruch entsteht nicht erst mit der rechtskräftigen gerichtlichen Entgeltbestimmung, sondern bereits mit Zahlung des Entgelts.¹⁴ Das folgt aus dem allgemeinen Grundsatz, dass ein Anspruch aus § 812 BGB in dem Moment entsteht, in dem rechtsgrundlos geleistet wird. Ist eine Entgeltbestimmung unbillig i. S. v. § 315 Abs. 1 BGB, fehlt für alle Zahlungen ein Rechtsgrund, die vor einer etwaigen gerichtlichen Entgeltbestimmung geleistet werden. Denn nach § 315 Abs. 3 S. 1 BGB ist eine unbillige Leistungsbestimmung für den anderen Teil „nicht verbindlich“. Die Unverbindlichkeit muss nicht gesondert geltend gemacht werden, sie tritt automatisch ein.¹⁵ Dann ist der andere Teil auch nicht etwa „vorläufig“ zur Zahlung verpflichtet,¹⁶ sondern eine Leistungspflicht ist niemals entstanden.¹⁷ Eine gerichtlich durchsetzbare Forderung entsteht erst, wenn ein Gericht auf Antrag einer Partei nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB die Leistung neu bestimmt. Erst mit Rechtskraft dieses Gestaltungsurteils wird die Entgeltforderung fällig und verbindlich.¹⁸

Zwar beginnt die „Verjährung eines Anspruches, der von gerichtlicher Leistungsbestimmung abhängt, nicht vor seiner Bestimmung durch Urteil“.¹⁹ Der Bereicherungsanspruch hängt aber gerade nicht von einer gerichtlichen Leistungsbestimmung ab.²⁰ Die gerichtliche Bestimmung des billigen Entgelts ist die das Vertragsverhältnis gestaltende Stufe einer gerichtlichen Prüfung nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB. Sie ist von der – denknotwendig vorgelagerten – gerichtlichen Feststellung zu unterscheiden, dass die Leistungsbestimmung des Berechtigten generell unbillig war.²¹ Feststellung (1. Stufe) und Gestaltung (2. Stufe) können, müssen aber nicht in ein und demselben Verfahren erfolgen. Vermag das Gericht in einem Rückforderungsprozess das Entgelt mangels hinreichender Offenlegung der Kalkulation nicht festzusetzen oder zu schätzen (§ 287 ZPO), kann der Bereicherungsgläubiger alle bisher geleisteten Zahlungen ohne Abzug zurückfordern.²² Dies zeigt, dass der Rückforderungsanspruch allein von der gerichtlichen Feststellung der Unbilligkeit der Leistungsbestimmung (1. Stufe) abhängt. Die Unbilligkeit ist Tatbestandsvoraussetzung für die Unverbindlichkeit der Leistungsbestimmung (§ 315 Abs. 3 S. 1 BGB) und damit für das Fehlen eines rechtlichen Grundes i. S. v. § 812 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB. Die gerichtliche Bestimmung des „billigen“ Preises ist für die Durchsetzung des Bereicherungsanspruchs hingegen nicht zwingend. Die Bestimmung ist nur für die Bezifferung der An-

spruchshöhe relevant, indem sie den genauen Umfang des rechtsgrundlos Geleisteten festsetzt. Die Bezifferbarkeit eines Anspruchs ist jedoch weder Voraussetzung für dessen Entstehen, noch für dessen Fälligkeit.²³ Auch unbezifferte Zahlungsansprüche können prozessual durchgesetzt werden, sofern dem Kläger die Ermittlung der Höhe seines Anspruchs unmöglich oder unzumutbar ist.²⁴ Das ist bei der Rückforderung unbillig bestimmter Entgelte jedenfalls dann der Fall, wenn der Leistungsschuldner keinen Einblick in die für die Entgeltbestimmung maßgebliche Kalkulation des Bestimmungsberechtigten hat, weil dieser sie nicht offenlegt.

Von der gerichtlichen Bestimmung der Leistung durch Urteil nach § 315 BGB hängt nur die Fälligkeit des Anspruchs der Partei ab, die die Leistung unbillig festgesetzt hat, da die Partei vorher überhaupt keine Leistung verlangen kann.²⁵ Allein diese Konstellation hatte der BGH in der zitierten Rechtsprechung vor Augen.²⁶

b) Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände

Die Verjährung beginnt erst, wenn der Gläubiger Kenntnis von den seinen Anspruch begründenden Umständen erlangt oder dies grob fahrlässig unterlässt (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Hierfür ist keine Kenntnis aller Einzelheiten erforderlich. Es genügt, dass dem Gläubiger aufgrund der ihm bekannten oder erkennbaren Tatsachen eine hinreichend aussichtsreiche, wenn auch nicht risikolose Klage zumutbar ist.²⁷

aa) Rechtskenntnis – das BGH-Urteil „Stromnetznutzungsentgelte I“

Aus Gründen der Rechtssicherheit setzt die Verjährung grundsätzlich nicht voraus, dass der Gläubiger aus den ihm vorliegenden Tatsachen auch die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht.²⁸ Darum überzeugt es nicht, die subjektive Kenntnis von Ansprüchen auf Rückzahlung unbilliger Infrastrukturentgelte an das Urteil des BGH „Stromnetznutzungsentgelte I“ vom

13 OLG Naumburg, Beschl. v. 12.6.2008 – Az. 1 U 48/08 (Kart), S. 3; *Hempel*, ZIP 2007, 1196, 1198.

14 OLG Düsseldorf, ZNER 2009, 46, 47 (Urt. v. 26.11.2008 – Az. VI-2 U [Kart] 12/07); OLG Brandenburg, Urt. v. 11.3.2008 – Az. Kart U 2/07, Rn. 113 f. (juris); OLG Jena, ZNER 2008, 82, 83 (Urt. v. 26.9.2007 – Az. 2 U 227/07); LG Aachen, N&R 2007, 71, 72 (Urt. v. 26.7.2006 – Az. 11 O 112/06); *Wollschläger/Telschow*, IR 2008, 221, 222; a. A. *Schwintowski*, ZIP 2006, 2302, 2303 f.

15 *Rieble*, in: Staudinger, BGB, 13. A., 2004, § 315 Rn. 149; *Schwintowski*, ZIP 2006, 2302, 2304.

16 So aber OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 1999, 379 (Urt. v. 3.12.1998 – Az. 3 U 257/97); *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 68. A., 2009, § 315 Rn. 16.

17 BGH, NJW 2003, 3131, 3132 (Urt. v. 30.4.2003 – Az. VIII ZR 279/02).

18 BGH, NJW 2005, 2919, 2920 (Urt. v. 5.7.2005 – Az. X ZR 60/04) (= N&R 2005, 172, 173).

19 Vgl. den ersten Leitsatz in der Entscheidung des BGH, NJW 1996, 1054 (Urt. v. 24.11.1995 – Az. V ZR 174/94).

20 LG Aachen, N&R 2007, 71, 72 (Urt. v. 26.7.2006 – Az. 11 O 112/06).

21 *Rieble* (Fn. 15), § 315 Rn. 134, 292.

22 OLG Düsseldorf, ZNER 2009, 46, 47 (Urt. v. 26.11.2008 – Az. VI-2 U [Kart] 12/07).

23 BGHZ 79, 176, 178 (Urt. v. 18.12.1980 – Az. VII ZR 41/80).

24 BGH, NJW 1967, 1420, 1421 (Urt. v. 13.3.1967 – Az. III ZR 8/66).

25 OLG Düsseldorf, ZNER 2009, 46, 47 (Urt. v. 26.11.2008 – Az. VI-2 U [Kart] 12/07); LG Aachen, N&R 2007, 71 (Urt. v. 26.7.2006 – Az. 11 O 112/06).

26 OLG Brandenburg, Urt. v. 11.3.2008 – Az. Kart U 2/07, Rn. 113 (juris); OLG Jena, ZNER 2008, 82, 83 (Urt. v. 26.9.2007 – Az. 2 U 227/07).

27 Ständige Rechtsprechung, vgl. BGHZ 170, 260, 271 (Urt. v. 11.1.2007 – Az. III ZR 302/05) m. w. N.

28 BGHZ 170, 260, 271 (Urt. v. 11.1.2007 – Az. III ZR 302/05).

18. Oktober 2005 zu knüpfen.²⁹ Zwar bestätigte dieses Urteil erstmals die Anwendbarkeit von § 315 BGB auf Netznutzungsentgelte im Energiebereich. Ihm ging jedoch keine außerordentlich „unübersichtliche und verwickelte Rechtslage“³⁰ voraus, die eine Ausnahme von dem Grundsatz legitimieren könnte, dass rechtliche Zweifel für den Beginn der Verjährung unerheblich sind.³¹ Die wesentlichen Fragen der Darlegungs- und Beweislast sowie die analoge Anwendung von § 315 BGB auf Monopoleistungen waren schon vorher geklärt worden. Auch die Rückforderung überhöhter Entgelte nach § 812 BGB i. V. m. §§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV (ehemals Art. 82 EG) war bekannt. Der Beginn der Verjährung hängt daher primär von der Kenntnis der die Unbilligkeit begründenden *Tatsachen* ab.

bb) Vorbehalte und Vermutungen

Nach Ansicht einiger Gerichte ist der Beweis für eine positive Kenntnis des Anspruchs erbracht, wenn ein Nutzer lediglich unter Vorbehalt gezahlt hat.³² Der Vorbehalt zeige, dass der Nutzer eine Überhöhung des Entgelts vermutet habe. Das müsse für den Verjährungsbeginn genügen.³³

Die Argumentation ist nicht unproblematisch.³⁴ Eine Partei, die sich eine Rückforderung vorbehält, aber gleichwohl zahlt, ist sich ihrer Leistungspflicht offenbar nicht sicher. Fordert der Erklärende zugleich den Infrastrukturbetreiber zur Offenlegung seiner Kalkulationsgrundlage auf, ist noch deutlicher, dass er gerade keine hinreichenden Daten für einen schlüssigen Vorwurf hat und weitere Informationen benötigt. Zumindest sagt ein allgemein wegen rechtlicher Bedenken erklärter Vorbehalt nichts über die tatsächliche Kenntnis relevanter *Tatsachen* aus.³⁵ Ein Vorbehalt wird häufig allein präventiv zur Sicherung der eigenen Rechtsposition für den Fall erklärt, dass später bekanntwerdende *Tatsachen* die Unbilligkeit offenbaren. Namentlich soll ein Vorbehalt einer Umkehr der Beweislast und dem Eindruck einer konkludenten Annahme der einseitigen Leistungsbestimmung vorbeugen (siehe oben, unter II.), da beides eine spätere Rückforderung von vornherein faktisch ausschließen würde. Die Prävention ergibt schon bei einem bloßen Verdacht Sinn. Der Erklärung eines Vorbehalts lässt sich daher nicht entnehmen, der Erklärende habe bereits tatsächlich Kenntnis von der Unbilligkeit der Entgelte. Träfe dies zu, wäre von ihm zu erwarten, die (nicht fällige) Zahlung nach § 315 Abs. 3 S. 1 BGB zu verweigern und eine Leistungsklage des Infrastrukturbetreibers zur gerichtlichen Leistungsbestimmung abzuwarten. Das wäre der sicherere Weg, da bei einer späteren Rückforderung das Risiko einer zwischenzeitigen Insolvenz des Infrastrukturbetreibers besteht. Wer etwas lediglich vermutet oder befürchtet, weiß es noch nicht. Vermutungen mit Kenntnis gleichzusetzen würde das subjektive Verjährungselement bei Monopolanbietern aushöhlen. Bei ihnen vermutet jeder überhöhte Preise.

cc) Zugang zu Marktdaten im Einzelfall

Maßgebend ist vielmehr, ab wann dem Gläubiger jenseits aller Mutmaßungen im Einzelfall auch wirklich die *Tatsachen* bekannt oder erkennbar waren, die für Bestand und Durchsetzbarkeit eines Rückzahlungsanspruchs erforderlich sind. Letztlich entscheidend ist damit die Kenntnis der die „Billigkeit“ der einseitigen Leistungsbestimmung i. S. v. § 315 Abs. 3 S. 1 BGB begründenden *Tatsachen*. Die Rückforderungsklage steht und fällt mit der gerichtlichen Feststellung, dass die einseitige Leistungsbestimmung unbillig und damit nicht verbindlich

war. Von der gerichtlichen Neufestsetzung der präzisen Entgelthöhe hängt der Bestand des Rückforderungsanspruchs hingegen nicht ab.³⁶ Die Festsetzung ist nur für die Anspruchshöhe relevant (siehe oben, unter a)). Deren Kenntnis ist aber keine Voraussetzung für den Verjährungsbeginn.³⁷

Der Umstand, dass der Rückforderungsanspruch von der generellen Unbilligkeit der einseitigen Leistungsbestimmung abhängt, aber nicht von einer Neubestimmung durch das Gericht, wirkt sich auch auf die Frage aus, welcher Kenntnisstand beim Nutzer für den Beginn der Verjährung nötig ist. Aus der Unterscheidung folgt, dass die Kenntnis des Nutzers von allen für die konkrete Bestimmung eines billigen Infrastrukturentgeltes erforderlichen Daten, einschließlich der Kostenkalkulation, für den Verjährungsbeginn nicht erforderlich ist. Eine solche umfassende Kenntnis wird ein Nutzer, der nicht zugleich Betreiber einer vergleichbaren Infrastruktur ist, aus eigener Kraft kaum erlangen können. Die Umkehr der Beweislast im Rahmen des § 315 BGB existiert nicht ohne Grund. Für den Verjährungsbeginn ist es vielmehr ausreichend, aber auch erforderlich, dass der Nutzer Kenntnis von den *Tatsachen* hat, die zur generellen Unbilligkeit der konkreten einseitigen Entgeltbestimmung führen (d. h. ungeachtet der tatsächlich angemessenen Höhe). Insoweit ist daran zu erinnern, dass sich in den meisten Fällen die Unbilligkeit nicht etwa aus einer umfassenden Detailprüfung aller Kosten ergibt, sondern aus der Verletzung ganz konkreter sektorspezifischer Entgeltvorgaben, da diese den allgemeinen Maßstab des „billigen Ermessens“ konkretisieren.³⁸ Sie ergeben sich im Energiebereich z. B. aus § 21 EnWG (bzw. in Altfällen aus §§ 6, 6a EnWG 1998/2003 i. V. m. den Verbändevereinbarungen), im Eisenbahnsektor aus § 14 Abs. 4 und 5 AEG i. V. m. den Vorgaben der EIBV und im Luftverkehr aus § 6 Abs. 3 und § 9 BADV. Folglich beginnt die Verjährung spätestens, sobald dem Nutzer *Tatsachen* bekanntwerden, aus denen sich die Verletzung einer spezialgesetzlichen Entgeltvorgabe ergibt. Das kann z. B. im Fordern von Entgelten liegen, die nicht denen eines strukturell vergleichbaren Infrastrukturbetreibers entsprechen (vgl. § 21 EnWG) oder ungünstiger sind als die anderen Nutzern in Rechnung gestellten (vgl. § 21 Abs. 6, § 24 Abs. 4 EIBV, § 9 Abs. 3 BADV).

Bei diesem Prüfungsmaßstab kommt es für den Nachweis der Verjährung entscheidend auf die Marktinformationen an, die dem Nutzer für die einzelnen Zahlungsperioden zugänglich waren. Die Verjährung beginnt unproblematisch, wenn der Infrastrukturbetreiber seine Kalkulation und damit alle relevanten *Tatsachen* offengelegt und erläutert hat. Gleiches gilt, wenn sich aus repräsentativen Datenveröffentlichungen von Verbänden oder Behörden die Verletzung einer Entgeltvorgabe durch einzelne Anbieter ergibt, z. B. weil die Daten erheblich niedrigere Preise vergleichbarer Infrastrukturbetreiber darlegen. Bei behördlichen Verfahren gegen den Infra-

29 BGH, Beschl. v. 23.6.2009 – Az. EnZR 49/08, S. 4; OLG Brandenburg, Urt. v. 11.3.2008 – Az. Kart U 2/07, Rn. 118 (juris); a. A. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.4.2007 – Az. VI-2 U (Kart) 9/06, S. 2.

30 BGH, NJW-RR 2008, 1237 (Urt. v. 19.3.2008 – Az. III ZR 220/07).

31 Vgl. *Wollschläger/Telschow*, IR 2008, 221, 223.

32 OLG Brandenburg, Urt. v. 11.3.2008 – Az. Kart U 2/07, Rn. 117 (juris); OLG Jena, ZNER 2008, 82, 83 (Urt. v. 26.9.2007 – Az. 2 U 227/07).

33 So explizit *Wollschläger/Telschow*, IR 2008, 221, 223.

34 Kritisch bereits *Götz*, ZNER 2009, 48, 49.

35 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.4.2007 – Az. VI-2 U (Kart) 9/06, S. 2.

36 *Hempel*, ZIP 2007, 1196, 1199.

37 OLG Brandenburg, Urt. v. 11.3.2008 – Az. Kart U 2/07, Rn. 117 (juris).

38 Vgl. BGHZ 164, 336, 341 (Urt. v. 18.10.2005 – Az. KZR 36/04) (= N&R 2006, 72, 73) – *Stromnetznutzungsentgelte I*.

strukturbetreiber wegen eines Preishöhenmissbrauchs wird man erwarten können, dass sich der Nutzer, soweit zulässig, beiladen lässt und so Kenntnis von Tatsachen erlangt.

Hat der Infrastrukturbetreiber eine Offenlegung seiner Kalkulation hingegen verweigert und waren dem Nutzer hinsichtlich eines bestimmten Zeitraums auch keine anderen verlässlichen Informationsquellen zur Kostenstruktur zugänglich, aus denen sich eine Rechtsverletzung ableiten ließe, so kann man dem Nutzer auch keine grob fahrlässige Unkenntnis der die Unbilligkeit begründenden Tatsachen vorwerfen.³⁹ Stehen keine Daten zur Verfügung, kann der Nutzer nicht mehr tun, als sie vom Infrastrukturbetreiber zu erfragen. Der Infrastrukturbetreiber hat es dann selbst in der Hand, die Verjährung etwaiger Rückzahlungsansprüche in Gang zu setzen. Es ist auch nur sachgerecht, dass der zur Leistungsbestimmung Berechtigte, der die Billigkeit seiner Bestimmung am besten kennt, und nicht der Unterworfenen das Risiko einer einstweiligen Unaufklärbarkeit des Sachverhalts trägt.

2. Verwirkung

Eine weitere zeitliche Grenze für die Rückforderung von Infrastrukturentgelten gemäß §§ 812, 315 BGB bildet die Verwirkung. Als treuwidrige Rechtsausübung verwirkt ein Recht nach § 242 BGB, wenn der Berechtigte es längere Zeit nicht geltend gemacht hat (sog. Zeitmoment) und der Verpflichtete sich darauf einrichten durfte und tatsächlich eingerichtet hat, der Berechtigte werde das Recht nicht mehr geltend machen (sog. Umstandsmoment).⁴⁰ Insoweit ist streng zwischen der Verwirkung des Klagerechts aus § 315 Abs. 3 S. 2 BGB und der Verwirkung des eigentlichen Bereicherungsanspruchs aus § 812 BGB zu unterscheiden.

a) Verwirkung des Gestaltungsrechts aus § 315 Abs. 3 S. 2 BGB

Entspricht eine einseitige Leistungsbestimmung nicht der Billigkeit, „so wird“ die Bestimmung durch Gericht getroffen (§ 315 Abs. 3 S. 2 BGB). Das darin liegende Gestaltungsrecht ist weder an eine besondere Präklusionsfrist gebunden, noch unterliegt es der Verjährung. Der Betroffene kann jedoch durch illoyale Verzögerung der Klageerhebung sein eigenständiges materielles Recht auf Gestaltung des Vertragsverhältnisses verwirken.⁴¹

aa) Zeitmoment

Hinsichtlich des Zeitmoments der Verwirkung kann der Beginn der relevanten Zeitspanne unklar sein. Hat der Leistende unter Vorbehalt gezahlt, könnte auf den Zeitpunkt der erstmaligen Erklärung des Vorbehalts abzustellen sein, da der Leistende durch den Vorbehalt erstmals auf sein etwaiges Recht hinweist. Dagegen spricht allerdings, dass es nicht um die Verwirkung eines erklärten Vorbehalts, sondern um die Verwirkung des Gestaltungsrechts aus § 315 Abs. 3 BGB geht. Der Erklärung eines Vorbehalts lässt sich noch nicht entnehmen, später werde auch tatsächlich eine Klage nach § 315 BGB erhoben (siehe oben, unter 1. b) bb)).⁴² Die Anrufung des Gerichts setzt eine höhere Gewissheit über das eigene Recht voraus als eine präventive Erklärung, eine Leistung noch nicht verbindlich anzunehmen. Die Klage hängt regelmäßig von einer komplexen Überprüfung des Wertverhältnisses von Leis-

tung und Gegenleistung ab, auch im Vergleich zu den Leistungen anderer Anbieter. Es liegt daher nahe, das relevante Zeitmoment an die auch für den Beginn der Verjährung maßgebliche Kenntnis der Unbilligkeit zu knüpfen (siehe oben, unter 1. b) cc)). Damit beginnt die Verwirkungsphase frühestens mit Zahlung und spätestens mit Offenlegung der Kalkulation.

Hinsichtlich der erforderlichen Zeitspanne wird teilweise gefordert, der Benachteiligte müsse die Gestaltungsklage binnen „angemessener Frist“⁴³ bzw. „zeitnah“⁴⁴ erheben. Dies ergebe sich aus dem speziellen Klagerecht nach Halbsatz 2 des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB für verzögerte Leistungsbestimmungen. Ihm sei ein Beschleunigungsgebot zu entnehmen, das zu einer zeitnahen Klärung des geschuldeten Entgelts zwingt. Der Gesetzgeber habe den Schwebezustand aufgrund Angreifbarkeit einer Leistungsbestimmung möglichst rasch beenden wollen. Wegen der vergleichsweise kurzen Fristen anderer Gestaltungsrechte in § 121 BGB (i.V.m. §§ 119, 120 BGB), § 174 BGB und § 318 Abs. 2 BGB wollen einige Gerichte für die Verwirkung die in § 124 BGB normierte Jahresfrist einer Anfechtung nach § 123 BGB analog heranziehen.⁴⁵

Überzeugen kann das nicht. Es gibt keinen allgemeinen Grundsatz, dass Gestaltungsrechte bereits nach einem kurzen Zeitablauf verwirken.⁴⁶ Die Ausschlussfristen der §§ 121, 124, 174, 318 Abs. 2 BGB erweisen sich als Ausnahmen von der Regel. Sie lassen auch deshalb keine Analogie zu, weil sie nicht Ausdruck treuwidrigen Verhaltens, sondern des Gebots der Rechtssicherheit sind. Die Fristen rechtfertigen sich aus der klar vorrissenen Entscheidungssituation des Rechteinhabers.⁴⁷ Das Vorliegen eines Irrtums, einer Täuschung oder Drohung bzw. das Fehlen einer Vollmachtsurkunde kann der Betroffene typischerweise eindeutig aus eigener Perspektive feststellen. Das „Entdecken“ eines entsprechenden Umstandes sendet einen deutlichen Appell, dass ein sofortiges Handeln geboten und gerechtfertigt ist. Aufgrund der klaren Rechtsposition kann die Gegenseite eine zeitnahe Entscheidung erwarten, zumal sie den Schwebezustand nicht selbst durch Klage beenden kann und sich die Ausübung des Gestaltungsrechts nicht prognostizieren lässt, von ihr aber – zumindest bei §§ 121, 124, 174 BGB – die Wirksamkeit des gesamten Vertrages abhängt.

Bei § 315 Abs. 3 S. 2 BGB liegt es anders.⁴⁸ Die (Un-) Billigkeit einer Leistungsbestimmung ist für die andere Partei – selbst bei Kenntnis aller Tatsachen – nicht immer sofort ersichtlich, geschweige denn eindeutig. Vielmehr setzt die Beurteilung regelmäßig umfangreiche kaufmännische und rechtliche Analysen voraus, z. B. zur Verletzung spezialgesetzlicher Entgeltvorgaben, zur Kostendeckung oder zum marktüblichen Preis. Auch angesichts des mit der Klage verbundenen Pro-

39 Vgl. OLG Düsseldorf, ZNER 2009, 46, 48 (Urt. v. 26.11.2008 – Az. VI-2 U [Kart] 12/07) m. zustimmender Anm. Götz.

40 Ständige Rechtsprechung, vgl. BGHZ 105, 290, 298 (Urt. v. 20.10.1988 – Az. VII ZR 302/87) m. w. N.

41 BGHZ 97, 212, 220 (Urt. v. 6.3.1986 – Az. III ZR 195/84).

42 LG Stuttgart, Urt. v. 28.1.2009 – Az. 41 O 168/06 KfH, S. 8.

43 LG Köln, Urt. v. 27.3.2009 – Az. 90 O 71/08, S. 9; LG Kiel, RdE 2005, 53, 54 (Urt. v. 6.10.2004 – Az. 14 O Kart 191/02); LG Hannover, NJW-RR 1992, 1198, 1199 (Urt. v. 12.3.1992 – Az. 21 O 119/91 [Kart]).

44 LG Saarbrücken, ZNER 2008, 255 (Urt. v. 16.5.2008 – Az. 7 KfH O 52/08).

45 OLG Jena, ZNER 2008, 82, 84 (Urt. v. 26.9.2007 – Az. 2 U 227/07); LG Saarbrücken, ZNER 2008, 255 (Urt. v. 16.5.2008 – Az. 7 KfH O 52/08).

46 BGH, NJW 2002, 669, 670 (Urt. v. 18.10.2001 – Az. I ZR 91/99).

47 Vgl. für § 124 BGB OLG Nürnberg, Urt. v. 26.5.2009 – Az. 1 U 1422/08, S. 13 f.

48 OLG Nürnberg, Urt. v. 26.5.2009 – Az. 1 U 1422/08, S. 13 f.; vgl. auch BGH, NJW 1996, 1054, 1055 (Urt. v. 24.11.1995 – Az. V ZR 174/94).

zesskostenrisikos, welches bei den anderen erwähnten Gestaltungsrechten nicht besteht, ist dem Berechtigten hier eine hinreichende Prüfungs- und Bedenkfrist zu gewähren. Die Gegenseite kann keine sofortige Entscheidung erwarten. Der die Leistung Bestimmende kann – zumindest bei Zahlung unter Vorbehalt – ebenso wie der andere Teil durch Klage auf Feststellung der Billigkeit den Schwebezustand beenden.⁴⁹ Daher besteht für ihn auch kein hohes Maß an Rechtsunsicherheit. Da er selbst am besten weiß, welche Leistung tatsächlich angemessen ist, kann er bis zu einem bestimmten Grad auch das Ergebnis einer etwaigen gerichtlichen Neufestsetzung prognostizieren.

Für eine kurze Verwirkungsfrist lässt sich auch nichts aus dem Beschleunigungsgebot des § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BGB herleiten. Es wendet sich lediglich an den Bestimmungsberechtigten. Vor dessen erstmaliger Leistungsbestimmung besteht für die andere Partei erhebliche Rechtsunsicherheit. Mangels Kenntnis der Kalkulation des Bestimmenden kann die andere Partei noch nicht einmal grob einschätzen, welche Leistung sie erbringen muss. Das begründet ein offensichtlich schutzwürdiges Interesse an einer zeitnahen Bestimmung. Die umgekehrte Konstellation, in der der Leistende eine gerichtliche Überprüfung der Leistungsbestimmung erwägt, ist damit nicht vergleichbar. Die Klage nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB dient „nur“ noch der gerichtlichen Feinjustierung einer im Groben feststehenden Leistung. Das Ergebnis der Neufestsetzung kann der Bestimmungsberechtigte viel besser prognostizieren als der andere Teil die erstmalige Bestimmung. Aufgrund der überragenden Kenntnis seiner eigenen Kalkulation weiß der Berechtigte am besten, welche Leistung tatsächlich „billig“ ist. Er ist insoweit nicht schutzwürdig. Immerhin hat auch erst seine unbillige Leistungsbestimmung das Gestaltungsrecht des anderen begründet. Das Verzögerungsverbot nach § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BGB findet seine Rechtfertigung in der besonderen Loyalitätspflicht, die den durch ein einseitiges Bestimmungsrecht Privilegierten gegenüber dem anderen Teil trifft. Es wäre grotesk, hieraus ein Argument gegen den Geschützten zu ziehen.⁵⁰

Der Schutzzweck des § 315 BGB spricht im Gegenteil für strenge Anforderungen an das Zeitmoment der Verwirkung. § 315 Abs. 3 S. 2 BGB adressiert eine für das Vertragsrecht atypische Überlegenheit des zur einseitigen Leistungsbestimmung Berechtigten und eine besondere Schutzbedürftigkeit des anderen Teils. Konträr zur Prämisse einer Eigenverantwortung beider Vertragsparteien, die für die Privatautonomie tragend ist, unterliegt in der Konstellation des § 315 BGB eine Partei einer Fremdbestimmung. In der Fremdbestimmung der zu erbringenden Leistung liegt eine einseitige Benachteiligung. Sie soll durch die Einräumung der Gestaltungsklage nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB relativiert werden. Damit dient die Klage der Sicherung elementarer Vertragsgerechtigkeit.⁵¹ Ihr kommt ein nicht abdingbarer Gerechtigkeitsgehalt⁵² im Vorfeld des § 138 BGB zu.⁵³ Diesem Schutzzweck liefe es konträr, unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung besonders strenge Anforderungen an die Klageerhebung zu stellen.

Auch angesichts der Komplexität der Entscheidungsfindung wird man als Maßstab für das geringste Zeitmoment für einen Verwirkungstatbestand die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren heranziehen können. Vor ihrem Ablauf kann eine Verwirkung des Klagerechts aus § 315 Abs. 3 BGB nur bei Hinzutreten ganz besonderer Umstände angenommen werden.⁵⁴

bb) Umstandsmoment

Neben dem Zeitablauf erfordert eine Verwirkung, dass die verspätete Rechtsdurchsetzung infolge eines vertrauensbildenden Vorverhaltens des Berechtigten für den Verpflichteten eine unzumutbare Härte darstellen würde (sog. Umstandsmoment).

Das setzt zunächst ein Verhalten des Nutzers voraus, dem der Infrastrukturbetreiber bei objektiver Betrachtung entnehmen durfte, das Gestaltungsrecht aus § 315 Abs. 3 BGB werde nicht mehr ausgeübt. Hieran wird man strenge Anforderungen stellen müssen, da sich ein Schuldner zur Abwehr eines gegen ihn gerichteten Anspruchs nicht auf die Grundsätze von Treu und Glauben berufen kann, wenn er sich selbst unredlich verhalten und zur verspäteten Geltendmachung des Anspruchs beigetragen hat.⁵⁵ So aber liegt es, wenn ein Netzbetreiber trotz überragender Kenntnis aller Entgeltfaktoren ein unbilliges Entgelt festsetzt und ggf. durch die Verweigerung der Offenlegung seiner Kalkulation die rechtzeitige Geltendmachung des gegen ihn gerichteten Gestaltungsanspruchs aus § 315 Abs. 3 BGB weiter erschwert.

Schon nach allgemeinen Grundsätzen genügt es für das Umstandsmoment jedenfalls nicht, dass der Berechtigte sein Recht längere Zeit nicht wahrgenommen hat.⁵⁶ Das bloße Unterlassen ist bereits notwendiges Element des Zeitmoments und kann daher nicht gleichzeitig das Umstandsmoment begründen. Allein die Zahlung der Entgelte ist damit für sich noch nicht geeignet, einen Vertrauenstatbestand zu bilden.⁵⁷ Auch aus Sicht des Infrastrukturbetreibers kommt der Nutzer damit lediglich seinen vertraglichen Pflichten nach. Ebenso schwer fällt es, in dem Umstand, dass der Nutzer noch längere Zeit nach der Erklärung eines Rückforderungsvorbehaltes und ggf. dessen fortlaufender Wiederholung weiter zahlt, ein relevantes Umstandsmoment zu sehen. Denn in einem Vorbehalt und dessen jeweiliger Erneuerung kann kein Signal für ein Abstandnehmen von den aus § 315 Abs. 3 BGB fließenden Rechten gesehen werden. Hiermit vermittelt der Leistende gerade seine Skepsis an der Leistungsbestimmung, was jedem Vertrauen in deren Anerkennung die Grundlage entzieht.⁵⁸ Vertrauensbildend kann es hingegen wirken, wenn ein Nutzer trotz Kenntnis seiner Rechte auf jeden Vorbehalt verzichtet oder lediglich pauschal unter Vorbehalt zahlt, ohne seine Bedenken an der Billigkeit bzw. Angemessenheit der Entgelte zum Ausdruck zu bringen.⁵⁹ Gleiches gilt, wenn der Nutzer eine gerichtliche Klärung „in naher Zukunft“ ankündigt⁶⁰ oder einen einmal erklärten Vorbehalt trotz weiterer Endrechnungen nicht mehr erneuert. Auch wenn Nutzer nicht gehalten sind, einen Vorbehalt bei jeder Abrechnung zu wiederholen,⁶¹ wird man doch eine regelmäßige Erneuerung des Unbillig-

49 BGH, NJW 1996, 1054, 1056 (Urt. v. 24.11.1995 – Az. V ZR 174/94).

50 Vgl. auch Rieble (Fn. 15), § 315 Rn. 150.

51 BGHZ 174, 56 (Urt. v. 18.10.2007 – Az. III ZR 277/06).

52 BGHZ 126, 109, 120 (Urt. v. 17.5.1994 – Az. X ZR 82/92).

53 LG Hannover, NJW-RR 1992, 1198, 1199 (Urt. v. 12.3.1992 – Az. 21 O 119/91 [Kart]).

54 OLG Koblenz, RdE 2009, 187, 189 (Urt. v. 12.2.2009 – Az. U 781/08 Kart).

55 BGHZ 25, 47, 53 (Urt. v. 27.6.1957 – Az. II ZR 15/58).

56 BGH, NJW 2002, 669, 670 (Urt. v. 18.10.2001 – Az. I ZR 91/99); BGHZ 105, 290, 298 (Urt. v. 20.10.1988 – Az. VII ZR 302/87).

57 OLG Naumburg, Urt. v. 12.6.2008 – Az. 1 U 48/08 (Kart), S. 3 f.

58 OLG Nürnberg, Urt. v. 26.5.2009 – Az. 1 U 1422/08, S. 14; OLG Celle, Beschl. v. 3.7.2008 – Az. 13 U 106/08, S. 5 f.

59 LG Hannover, Urt. v. 27.11.2008 – Az. 21 O 76/08, S. 4.

60 LG München, Urt. v. 8.11.2007 – Az. 17 HKO 20985/06, S. 5.

61 OLG Nürnberg, Urt. v. 26.5.2009 – Az. 1 U 1422/08, S. 14.

keitseinwandes erwarten können. Letztlich kommt es insoweit aber auf die Umstände des Einzelfalls an.

Damit nicht lediglich Hoffnungen geschützt werden, muss sich der Infrastrukturbetreiber auch tatsächlich darauf eingerichtet haben, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden.⁶² Das Vertrauen muss sich in wirtschaftlichen Dispositionen manifestiert haben.⁶³ Diese hat der Infrastrukturbetreiber konkret darzulegen. Dass er im Vertrauen auf den Bestand seiner Festsetzung keine Rückstellungen gebildet hat, reicht dafür nicht aus.⁶⁴ Dieses Vertrauen ist bei unbilliger Entgeltfestsetzung nicht schutzwürdig.⁶⁵ Erforderlich sind vielmehr konkrete Nachteile, wie etwa die Auflösung einer Rückstellung oder das Unterlassen der Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber Dritten (z. B. vorgelagerten Netzbetreibern⁶⁶) zur Minderung des Verlustes. Ebenso kann ein Nachteil darin liegen, dass dem Infrastrukturbetreiber infolge Zeitablaufs der Nachweis der Billigkeit der Entgeltfestsetzung erschwert ist.⁶⁷ Hat der Nutzer indessen von vornherein nur unter Vorbehalt gezahlt, so wird sich der Infrastrukturbetreiber nicht darauf berufen können, eine längere Aufbewahrung der relevanten Dokumente und Unterlagen könne nicht erwartet werden.

b) Verwirkung des Bereicherungsanspruchs

Der eigentliche Bereicherungsanspruch kann nur in außergewöhnlichen Fällen verwirken. Das resultiert nicht nur aus dem Schutz des Schuldners über § 818 Abs. 3 BGB,⁶⁸ sondern vor allem aus der kurzen Regelverjährung des Bereicherungsanspruchs nach § 195 BGB, die seit der Schuldrechtsreform gilt. Es wird allgemein davon ausgegangen, einem Gläubiger müsse jedenfalls die Regelverjährung von drei Jahren ungekürzt zur Verfügung stehen.⁶⁹ Die Frist enthält eine objektive Wertentscheidung des Gesetzgebers, nach der ein Schuldner jedenfalls drei Jahre mit der Geltendmachung eines Anspruchs rechnen muss. Diese Wertung darf im Interesse der Rechtssicherheit nicht durch allgemeine Billigkeitserwägungen am Maßstab von Treu und Glauben ausgehebelt werden.⁷⁰ Vor Ablauf der Regelverjährung kann nur in besonders gravierenden Ausnahmefällen auf das Rechtsinstitut der Verwirkung zurückgegriffen werden.⁷¹ Solche Fälle sind im Rahmen von Bereicherungsklagen über § 315 BGB aus den oben (unter a)) skizzierten Gründen nur schwer vorstellbar.

III. Rückforderung missbräuchlich überhöhter Infrastrukturentgelte

Beherrscht der Infrastrukturbetreiber den räumlich relevanten Infrastrukturgestellungsmarkt, was aus netzökonomischen Gründen häufig der Fall ist, und übersteigen die geforderten Entgelte den wettbewerbsanalogen Preis erheblich, kommt eine Rückforderung von Entgelten unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs von Marktmacht in Betracht. Gemäß Art. 102 S. 2 lit. a AEUV, der für alle Sektoren gilt, sowie nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB bzw. dessen sektorspezifischen Präzisierungen in § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 EnWG und § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bzw. § 42 Abs. 1 TKG sind Preishöhenmissbräuche verboten. Ein Verstoß führt grundsätzlich zur Unwirksamkeit der Entgeltforderung gemäß § 134 BGB und damit zu einem Bereicherungsanspruch des Nutzers aus § 812 BGB. Etwas „anderes“ i. S. v. § 134 BGB ergibt sich allerdings im Telekommunikationsrecht aus § 37 Abs. 2, 3 und § 38 Abs. 4 TKG bei einem Verstoß gegen § 28 TKG. Hier bleibt die Entgeltvereinbarung

grundsätzlich bis zur Feststellung des Rechtsverstoßes mit der Maßgabe wirksam, dass an die Stelle des vereinbarten Entgelts das durch die Behörde im Überprüfungsverfahren festgesetzte Entgelt tritt. Das macht bereicherungsrechtliche Rückabwicklungen weitestgehend entbehrlich. Bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit kann der Geschädigte aber auch hier – ebenso wie in den anderen Sektoren (vgl. § 33 Abs. 3 GWB, § 32 Abs. 3 EnWG) – das Geleistete als Schadensersatz zurückfordern (§ 44 Abs. 1 S. 4 TKG i. V. m. § 249 Abs. 1 BGB).

Stützt der Nutzer die Rückforderung auf einen Preishöhenmissbrauch, trägt er die primäre Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung und das Verlangen einer unangemessen hohen Vergütung. Wegen des regelmäßig fehlenden Einblicks in die Kalkulation des Infrastrukturbetreibers ist dieser jedoch seinerseits zur Darlegung und Auskunft über die in seinem Unternehmensbereich liegenden kalkulationsrelevanten Umstände verpflichtet, also insbesondere zur Darlegung seiner Kosten und seiner Kalkulation (sekundäre Darlegungslast).⁷²

1. Verjährung

Grundsätzlich verjähren die Schadensersatzansprüche aus § 33 GWB, § 32 EnWG, § 44 TKG ebenso wie der Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB drei Jahre nach Schluss des Jahres, in dem der Anspruch durch Zahlung entstanden ist und der Geschädigte Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen erlangt hat. Insoweit kann auf die Ausführungen zu § 812 i. V. m. § 315 BGB verwiesen werden (oben, unter II. 1.).

Etwas anderes gilt jedoch, wenn der Schädiger – wie im Falle eines Preishöhenmissbrauchs – durch die unerlaubte Handlung zugleich etwas auf Kosten des Geschädigten erlangt hat. Dann kann der Geschädigte gemäß § 852 S. 1 BGB auch nach Eintritt der Verjährung des originären Schadensersatz- oder Bereicherungsanspruchs Ersatz nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen. Dieser eigenständige⁷³ Anspruch mit Rechtsfolgenver-

62 BGH, NJW-RR 1996, 949, 950 (Urt. v. 13.3.1996 – Az. VIII ZR 99/94); *Kandelhard*, NZM 2005, 43, 47.

63 KG, NZM 2008, 129, 130 (Urt. v. 27.11.2006 – Az. 12 U 182/04) m. w. N.

64 OLG Nürnberg, Urt. v. 26.5.2009 – Az. 1 U 1422/08, S. 16; *Heinrichs*, in: Palandt (Fn. 16), § 242 Rn. 95; a. A. LG Köln, Urt. v. 27.3.2009 – Az. 90 O 71/08, S. 14.

65 OLG Koblenz, RdE 2009, 187, 189 (Urt. v. 12.2.2009 – Az. U 781/08 Kart).

66 LG Köln, Urt. v. 27.3.2009 – Az. 90 O 71/08, S. 14.

67 OLG Koblenz, RdE 2009, 187, 189 (Urt. v. 12.2.2009 – Az. U 781/08 Kart).

68 OLG Düsseldorf, RdE 2008, 25, 26 (Urt. v. 11.4.2007 – Az. VI-2 U 4/06 [Kart]); *Heinrichs* (Fn. 64), § 242 Rn. 99.

69 OLG Koblenz, RdE 2009, 187, 189 (Urt. v. 12.2.2009 – Az. U 781/08 Kart); OLG Naumburg, Urt. v. 12.6.2008 – Az. 1 U 48/08 (Kart), S. 4; KG, NZM 2008, 129, 130 (Urt. v. 27.11.2006 – Az. 12 U 182/04); OLG München, FamRZ 2005, 1120, 1123 (Urt. v. 16.12.2004 – Az. 19 U 4075/00); OLG Frankfurt a. M., MDR 1980, 755 (Urt. v. 25.3.1980 – Az. 5 U 142/79); *Heinrichs* (Fn. 64), § 242 Rn. 97.

70 *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2005, § 242 Rn. 314, 567.

71 OLG Koblenz, RdE 2009, 187, 189 (Urt. v. 12.2.2009 – Az. U 781/08 Kart); KG, NZM 2008, 129, 130 f. (Urt. v. 27.11.2006 – Az. 12 U 182/04).

72 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.4.2007 – Az. VI-2 U (Kart) 9/06, Rn. 25 (juris).

73 *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 2. A., 2007, § 852 Rn. 1.

weisung auf das Bereicherungsrecht⁷⁴ verjährt gemäß § 852 S. 2 BGB grundsätzlich erst in zehn Jahren von seiner Entstehung an. § 852 BGB gilt, sofern nichts anderes bestimmt ist, auch ohne eine explizite Verweisungsnorm (wie z. B. in § 20 S. 2 MarkenG) für alle Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung – einerlei, ob diese ihre Regelung im BGB oder in anderen Gesetzen gefunden haben.⁷⁵ Für den Schadensersatzanspruch aus § 33 GWB ist die analoge Anwendung von § 852 BGB seit langem anerkannt.⁷⁶ Für die sonderdeliktischen Ansprüche aus § 32 EnWG und § 44 TKG kann nichts anderes gelten, da sie § 33 GWB nachgebildet wurden. Der Höhe nach ist der Anspruch allerdings durch den Schaden des Nutzers und die Bereicherung des Infrastrukturbetreibers doppelt limitiert.⁷⁷

Nach § 33 Abs. 5 GWB und § 32 Abs. 5 EnWG wird die Verjährung gehemmt, wenn die Kartell- bzw. die Regulierungsbehörde wegen desselben Verhaltens ein Verfahren einleitet. § 44 TKG enthält keine entsprechende Regelung. Angesichts der gleichen prozessualen Interessenlage liegt jedoch eine entsprechende Anwendung dieses allgemeinen Rechtsgedankens nahe.⁷⁸

2. Verwirkung

Hinsichtlich der Verwirkung der aus einem Preishöhenmissbrauch resultierenden Ansprüche gelten die zu § 315 BGB dargelegten Wertungen entsprechend (oben, unter II. 2.). Wegen der gegenüber § 195 BGB längeren Verjährungsfrist kommt der Verwirkung im Rahmen von § 852 BGB eine tendenziell größere Bedeutung zu. Allerdings ist zu sehen, dass ein deliktischer Preishöhenmissbrauch eine gravierendere Überschreitung des marktkonformen Preises voraussetzt als für die Annahme einer unbilligen Preisfestsetzung erforderlich ist.⁷⁹ Aus Wertungsgründen sind daher tendenziell strengere Maßstäbe an eine Verwirkung als im Rahmen von § 315 Abs. 3 BGB zu setzen. Eine Verwirkung vor Ablauf der Verjährungsfrist des § 852 S. 2 BGB wird man nur unter besonderen Umständen annehmen können.⁸⁰

IV. Ergebnis

Der Anspruch auf Rückzahlung von Infrastrukturentgelten entsteht sowohl im Fall einer nach § 315 BGB unbilligen Entgeltbestimmung als auch im Fall eines (sonder-) kartellrechtlichen Preishöhenmissbrauchs mit Zahlung der Entgelte. Das subjektive Verjährungselement hängt von der Kenntnis der konkret zur Unbilligkeit bzw. Missbräuchlichkeit der Entgeltforderung führenden Umstände ab. Hierfür genügt die Kenntnis von Tatsachen, aus denen sich eine Verletzung sozialgesetzlicher Entgeltvorgaben ergibt, sofern diese Vorgaben den Billigkeitsmaßstab nach § 315 BGB konkretisieren. Die Erklärung eines Rückforderungsvorbehalts lässt noch keinen Schluss auf eine hinreichende Tatsachenkenntnis zu. Die Kenntnis der Unbilligkeit einer einseitigen Entgeltfestsetzung ist auch für den Beginn der eigenständigen Verwirkung des Klagerechts nach § 315 Abs. 3 BGB maßgeblich. Wegen seines Schutzzwecks kann das Recht frühestens nach Ablauf von drei Jahren verirken, wobei strenge Anforderungen an das Umstandsmoment zu stellen sind; die kurzen Fristen der §§ 124, 174, 318 Abs. 2 BGB gelten nicht. Die Verjährung und Verwirkung der Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche wegen eines Preishöhenmissbrauchs unterliegen keinen Besonderheiten. Allerdings ist § 852 BGB zu beachten, über den auch nach Ablauf der regelmäßigen Verjährung, bis zu zehn Jahren nach Anspruchentstehung, eine verbleibende Bereicherung zurückgefordert werden kann.

74 BGHZ, 130, 288, 297 (Urt. v. 12.7.1995 – Az. I ZR 176/93); 71, 86, 98 ff. (Urt. v. 14.2.1978 – Az. X ZR 19/76) – *Fahrradgepäckträger II*.

75 BGH, JZ 1966, 451 (Urt. v. 27.1.1966 – Az. KZR 8/64) – *Glühlampen*; Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 5. A., 2009, § 852 Rn. 4; Spindler, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. A., 2008, § 852 Rn. 2.

76 BGHZ 133, 177, 183 (Urt. v. 2.7.1996 – Az. KZR 31/95) – *Kraft-Wärme-Kopplung*; OLG Düsseldorf, ZNER 2009, 46, 48 (Urt. v. 26.11.2008 – Az. VI-2 U [Kart] 12/07); OLG Jena, Urt. v. 23.2.2000 – Az. 2 U 1159/99, Rn. 50 (juris).

77 Vgl. Spindler (Fn. 75), § 852 Rn. 3; Ebert, NJW 2003, 3035, 3037.

78 Behr/Gorn, N&R 2009, 2, 7.

79 Das beruht auf dem kartellrechtlichen Erheblichkeitszuschlag (dazu BGHZ 163, 282, 294 [Urt. v. 28.6.2005 – KVR 17/04] [= N&R 2005, 156, 160] – *Stadwerke Mainz*); wie hier v. Hammerstein, ZNER 2005, 9, 14; Metzger, ZHR 172 (2008) 458, 474 f.; a. A. Säcker, N&R 2008, 134, 137 Fn. 24.

80 Wagner (Fn. 75), § 852 Rn. 7.

Entwicklungen des Gemeinschaftsrechts in den Netzwirtschaften im Jahr 2009

von Robert Klotz und Dr. Alexandra Brandenberg

Der Beitrag enthält einen Überblick über wesentliche Entwicklungen des Gemeinschaftsrechts im Bereich der netzgebundenen Wirtschaftssektoren im Jahr 2009. Er schließt unmittelbar an den Vorgängeraufsatz (N&R 2009, 8) an und zeigt die aktuelle Gesetzgebung, Entscheidungspraxis und Rechtsprechung auf Gemeinschaftsebene in vergleichbarer Weise und Systematik auf. Dadurch ergibt sich über einen längeren Zeitraum hinweg ein umfassendes Bild der Fortentwicklung und der aktuellen Trends des Gemeinschaftsrechts in den Netzwirtschaften.

I. Energie

1. Gesetzgebung

Im Juli 2009 erfolgte nach knapp zweijährigen Verhandlungen zwischen den gesetzgebenden Institutionen die Verabschiedung des sog. dritten Energiebinnenmarktpakets durch den Rat und das Europäische Parlament. Dieses Legislativpaket besteht aus zwei Richtlinien, mit denen die bislang geltenden Gas- und Stromrichtlinien ersetzt werden, zwei Verordnungen, die an die Stelle der bislang geltenden EG-Verordnungen zum Stromhandel und zu Gasfernleitungen treten, so-