

## ABHANDLUNGEN

### Vom Privatrecht zum Wirtschaftsrecht

– Die Verdrängung der Monopolpreisrechtsprechung zu § 315 BGB durch Kartellrecht –\*

Von Prof. Dr. Gunther Kühne, LL.M., Clausthal/Göttingen\*\*

#### I. Einleitung

Seit geraumer Zeit häufen sich in der Öffentlichkeit die Klagen aus Kreisen der Privatverbraucher über wirklich oder angeblich überhöhte Energiepreise. Im achten Jahr nach dem Beginn der Energiemarktliberalisierung ist dies eigentlich überraschend, war dieser Paradigmenwechsel doch von hohen Erwartungen auf sinkende Energiepreise begleitet. Von der Preissteigerungsentwicklung sind tendenziell alle Energiearten (Strom, Gas, Fernwärme) betroffen, insbesondere aber die Gaspreise, was im Zusammenhang mit dem rasanten Anstieg der Rohölpreise stehen dürfte. Als überhöht werden unter den für die Strom- und Gaspreisbildung relevanten Faktoren außerdem gesondert die Netznutzungsentgelte gebrandmarkt. Die Ursache der wohl auch wegen der guten Ertragslage der großen Energieversorger<sup>1</sup> so heftig kritisierten Preiserhöhungen wird vor allem in der vom Wettbewerb nicht oder nicht genügend kontrollierten Marktmacht der Energieanbieter und – hinsichtlich der Netznutzungsentgelte – der Betreiber der Transportnetze gesehen. Nicht zuletzt auch im Hinblick auf das keineswegs mehr ungetrübte Vertrauen, der Wettbewerb werde gerade auch im Zeichen des nunmehr regulierten Systems in absehbarer Zeit für einen Rückgang der Preise auf breiter Front sorgen, hat sich die Suche nach rechtlicher Abhilfe auf konventionelle Rechtsbereiche konzentriert. Zu diesen gehört zunächst die Bestimmung des § 315 BGB, nach dessen Abs. 1 in den Fällen, in denen die Leistung durch einen der Vertragsschließenden bestimmt werden soll, im Zweifel anzunehmen ist, daß die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. Bejahendenfalls ist die Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht (Abs. 3 S. 1). Tut sie dies nicht, wird die Bestimmung durch Urteil getroffen (Abs. 3 S. 2). Dementsprechend sind in jüngster Zeit in einer Reihe von Fällen Amtsgerichte, Landgerichte, Oberlandesgerichte<sup>2</sup> und vermutlich demnächst auch der BGH auf dieser Grundlage auf der Suche nach »billigen« Gaspreisen, Strompreisen, Fernwärmepreisen und Netznutzungsentgelten. Gleichzeitig haben Kartellbehörden in etlichen Fällen jüngst Mißbrauchsverfahren gegen mehrere Gasversorgungsunternehmen<sup>3</sup> und neuestens auch Stromversorger<sup>4</sup> wegen überhöhter Energiepreise wie schon zuvor gegen Netzbetreiber<sup>5</sup> wegen mißbräuchlich überhöhter Netznutzungsentgelte eingeleitet.

Es stellt sich die Frage, ob dieses Nebeneinander zivilrechtlicher Billigkeitskontrolle und kartellrechtlicher Mißbrauchskontrolle eine sinnvolle und funktionsadäquate Aufgabenzuweisung zwischen den privatrechtlichen und den wirtschaftsrechtlichen Teilsegmenten derselben Rechtsordnung darstellt.

#### II. Zwecke des § 315 BGB und Anwendungsbereich der Bestimmung in Praxis und Wissenschaft

§ 315 Abs. 1 BGB enthält nach seinem Wortverständnis einen zweigliedrigen Tatbestand, an den sich als Rechtsfolge eine Auslegungsregel knüpft. Die beiden Glieder des Tatbestandes sind zum einen eine vertragliche Vereinbarung (»Vertragsschließenden«) als regelmäßige Grundlage für das Bestimmungsrecht und zum anderen das Bestimmungsrecht einer Vertragspartei hinsichtlich der Leistung. In den Fällen, in denen der Maßstab der Billigkeit entweder schon kraft Vereinbarung oder aufgrund der Auslegungsregel des § 315 Abs. 1 BGB gilt, sieht § 315 Abs. 3 BGB eine gerichtliche Kontrollmöglichkeit vor: Bei Verfehlung des Billigkeitsmaßstabes und damit unverbindlicher Bestimmung erfolgt die Bestimmung durch Urteil.

Diesem Regelungssystem lassen sich drei Zwecke zuordnen:

1. Anerkanntermaßen gehört es zu den Funktionen des § 315 BGB, über die nach § 154 BGB eintretende Rechtsfolge des

\* Die folgende Untersuchung geht auf eine Anfrage aus der Praxis zurück.

\*\* Professor und Direktor des Instituts für deutsches und internationales Berg- und Energierecht, Technische Universität Clausthal; Honorarprofessor an der Universität Göttingen, www.gunther.kuehne@tu-clausthal.de.

1 Vgl. z.B. Handelsblatt v. 11. 8. 2005, S. 13.

2 Vgl. dazu die Nachw. in Fn. 18, 21, 22.

3 Vgl. die vom Hessischen Wirtschaftsministerium gegen 12 Stadtwerke eingeleiteten Untersagungsverfahren (Handelsblatt v. 4. 7. 2005, S. 14).

4 Vgl. FAZ v. 17. 8. 2005, S. 11 (»Kartellamt prüft Strompreise«).

5 Vgl. statt aller das kürzlich durch den Beschluß des BGH vom 28. 6. 2005 – KVR 17/04, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt – in der Sache »Stadtwerke Mainz« beendete Preismißbrauchsuntersagungsverfahren.

mangelnden Vertragsschlusses in den Fällen hinwegzuhelfen, in denen die Parteien sich über wesentliche Leistungspflichten (»essentialia negotii«) (noch) nicht geeinigt haben.<sup>6</sup> Hier ermöglicht die Vereinbarung eines in der Regel nachträglich auszuübenden einseitigen Leistungsbestimmungsrechts die Vermeidung der Folge des Nichtabschlusses des Vertrages.

2. Durch die Vereinbarung eines nach Vertragsschluß auszuübenden Leistungsbestimmungsrechts eröffnet sich den Parteien die Möglichkeit, nachträglich eintretenden Veränderungen durch Anpassung der Leistungspflichten Rechnung zu tragen. Insoweit enthält die Regelung des § 315 eine Nähe zu den in § 313 BGB niedergelegten Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage.<sup>7</sup>

3. Die in § 315 Abs. 3 BGB vorgesehene gerichtliche Leistungsbestimmung am Maßstab der Billigkeit verfolgt den Zweck, die wegen der Einseitigkeit der Leistungsbestimmung hier nicht obwaltende Richtigkeitsgewähr des Vertragsschließungsmechanismus ersatzweise durch den Maßstab des »billigen Ermessens« und dessen Kontrolle durch das Gericht herzustellen.<sup>8</sup> Ziel ist die Gewährleistung ausgleichender Gerechtigkeit.<sup>9</sup>

§ 315 BGB greift nach seinem Wortlaut in zwei Fällen nicht ein: Zum einen, wenn es an einem Vertrag zwischen den Parteien fehlt, mithin die vertragliche Grundlage für ein Bestimmungsrecht fehlt; zum anderen dann, wenn zwar eine vertragliche Regelung vorhanden ist, diese allerdings kein einseitiges Bestimmungsrecht gewährt, die Leistungsbestimmung also ihrerseits bereits innerhalb des Vertrages selbst erfolgt ist.

Insbesondere diese Situationen sind es, die die höchststrichterliche Rechtsprechung seit längerem veranlaßt haben, § 315 BGB analog anzuwenden und damit dieser Vorschrift die Funktion einer Kontrolle einseitiger Ausnutzung von Verhandlungsmacht zuzuweisen. Anknüpfungspunkte für die Ungleichheit der Verhandlungsmacht sind in der Rechtsprechung zum einen die Monopolstellung der einen Partei und die Angewiesenheit der anderen, sehr oft des Verbrauchers, bei sog. Leistungen der Daseinsvorsorge.<sup>10</sup>

Im Anschluß an das Urteil des RG vom 29. 9. 1925<sup>11</sup> hat der BGH die gerichtliche Kontrolle von Energiepreisen in entsprechender Anwendung des § 315 Abs. 3 schon früh im Stromsektor in Fällen der Versorgung bei mangelnder Einigung über den Preis eingesetzt.<sup>12</sup> Diese Rechtsprechung ist dann übertragen worden auf die Kontrolle von Kaufpreisen für den Ankauf von Milch durch eine kontrahierungspflichtige Molkerei.<sup>13</sup> Nachfolgend hat der BGH die gerichtliche Kontrollmöglichkeit nach § 315 Abs. 3 BGB über den Strombereich hinaus auf die Kontrolle behördlich genehmigter Tarifpreise in anderen Daseinsvorsorgebereichen (z.B. Krankenhauspflegesätze<sup>14</sup>, Wasser- und Abwasserentgelte<sup>15</sup>) ausgeweitet und zu einem allgemeinen Rechtsprinzip erhoben. Diese Verallgemeinerung hat dazu geführt, daß in der jüngsten Rechtsprechung des BGH eine methodisch-dogmatische Begründung (unmittelbare/analoge Anwendung des § 315 BGB?) unterbleibt.<sup>16</sup> Der BGH hat dabei im Milchgeld-Urteil ausdrücklich die Entgeltkontrolle über das Zivilrecht ungeachtet der konkurrierenden Rechtsbe-

hilfe des Kartellrechts (§ 26 Abs. 2 GWB i.d.F. von 1964) bejaht.<sup>17</sup>

Die Rechtsprechung der Instanzgerichte ist dem BGH in der Vergangenheit überwiegend gefolgt.<sup>18</sup> In neuerer und verstärkt in jüngster Zeit mehren sich allerdings in der Rechtsprechung die Judikate, die sich jedenfalls gegen eine entsprechende Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB auf die Energiepreise (Gas-, Strompreise, Netznutzungsentgelte) wenden<sup>19</sup>, wobei in diesen Entscheidungen auch wieder deutlicher zwischen unmittelbarer und analoger Anwendung unterschieden wird. Als Hauptargument für die Ablehnung der Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB wird darauf verwiesen, daß das Kartellrecht mit der Preismißbrauchsaufsicht (§ 19 GWB) ein Instrument zum Schutze der Marktgegenseite gegenüber mißbräuchlich überhöhten Energiepreisen zur Verfügung stelle, weshalb für eine zivilrechtliche Parallelkontrolle kein Bedürfnis bestehe.<sup>20</sup> Außerdem spiegeln verschiedene neue Entscheidungen eine Tendenz wider, die Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB (analog) nicht aus Konkurrenzgründen, sondern aus Gründen des Mangels am Tatbestand abzulehnen. Zum einen wird bei unmittelbarer Anwendung teilweise die die Billigkeitskontrolle ausschließende vertragliche

6 Vgl. *MünchKommBGB/Gottwald*, 4. Aufl. 2003, § 315 Rdnr. 1; *Soergel/M. Wolf*, BGB, 12. Aufl. 1990, Rdnr. 4 zu § 315.

7 Vgl. *Soergel/M. Wolf*, a.a.O. (Fn. 6), Rdnr. 5 zu § 315; *Kronke*, AcP 183 (1983), S. 113 ff. (118 ff.).

8 Vgl. *Soergel/M. Wolf*, a.a.O. (Fn. 6), Rdnr. 6 zu § 315; *Larenz*, Schuldrecht, Allg. Teil, 12. Aufl. 1979, S. 68.

9 *G. Hueck*, Gedächtnisschrift Dietz, 1973, S. 241 ff. (253); *Zöllner*, AcP 176 (1976), S. 221 ff. (245).

10 Eine ähnliche Aufgabe der Kontrolle überlegener Verhandlungsmacht ist dem § 315 BGB im Arbeitsrecht, z.B. bei Betriebsvereinbarungen, und insbesondere früher zuweilen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugewiesen worden: *Staudinger/Rieble*, BGB, Bearbeitung 2004, Rdnr. 43 zu § 315 m.w.N. (Arbeitsrecht); *MünchKommBGB/Basedow*, a.a.O. (Fn. 6), Rdnr. 9 Einl. AGBG m.w.N. (Allgemeine Geschäftsbedingungen).

11 RGZ 111, 310 ff. (313).

12 BGH, BB 1971, 1175 f.; NJW 1983, 1777; ebenso: NJW-RR 1992, 183 = RdE 1992, 74.

13 BGHZ 41, 271 ff. (276).

14 Behördlich genehmigte, nicht aber – wie im Entscheidungssachverhalt – durch Verwaltungsakt behördlich festgesetzte Sätze: BGHZ 73, 114 ff. (116).

15 BGHZ 115, 311 ff. (316 f.); neuestens Urt. v. 5. 7. 2005 – X ZR 60/04 – (bisher unveröffentlicht).

16 BGHZ 154, 1 ff. (8).

17 BGHZ 41, 271 ff. (276).

18 OLG Köln, RdE 1995, 77 ff. (78); AG Heilbronn, RdE 2005, 176 ff.; AG Karlsruhe, Urt. v. 27. 5. 2005 – 1 C 262/04 –, S. 7 ff.; unter Anerkennung des Rechtsgrundsatzes, im Einzelfall aber wegen Mangels am Tatbestand ablehnend: Thüringer OLG, RdE 1998, 121 (122 f.), Vorhandensein individueller Preisvereinbarung; AG Potsdam, RdE 2005, 207 f. (208), keine Monopolstellung des Versorgers; OLG Düsseldorf, RdE 2005, 169 ff. (170 f.), ausgehandelte Preisvereinbarung; vgl. auch Fn. 21, 22.

19 So schon LG Hannover, RdE 1992, 194 ff.; LG Rostock, RdE 2004, 175 ff. (177); LG Bremen, RdE 2004, 304 f.; LG Köln, RdE 2004, 306; LG Magdeburg, RdE 2005, 22 f.; OLG Stuttgart, RdE 2005, 237 ff. (238).

20 LG Hannover, RdE 1992, 194 ff. (196); LG Rostock, RdE 2004, 175 ff. (177); LG Bremen, RdE 2004, 304 f. (305); LG Köln, RdE 2004, 306.

Vereinbarung ohne Leistungsbestimmungsrecht sehr formalisiert verstanden<sup>21</sup>, zum anderen wird im Hinblick auf die entsprechende Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB das Schutzbedürfnis des Kunden verneint.<sup>22</sup>

Auch im Schrifttum mehren sich seit einiger Zeit die Stimmen, die die Billigkeitskontrolle auf der Grundlage der »Monopolpreisrechtsprechung« des BGH ablehnen, überwiegend ebenfalls unter Hinweis auf die kartellrechtlichen Kontrollmöglichkeiten.<sup>23</sup>

Diese Tendenzen erwecken den Verdacht, daß hinter der Entwicklungslinie, die von der seinerzeitigen Begründung der Monopolpreisrechtsprechung durch das RG über ihre Verfestigung durch die jahrzehntelange Rechtsprechung unter Führung des BGH bis zu ihrer gegenwärtigen Erosion in der jüngsten instanzgerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur reicht, normbildende Gestaltungskräfte von einer gewissen Gesetzmäßigkeit im Verhältnis zwischen Privatrecht und Wirtschaftsrecht am Werk sind. Dieser Frage soll im folgenden näher nachgegangen werden.

### III. Funktionen des Privatrechts und des Wirtschaftsrechts

#### 1. Funktion des Privatrechts

Eine der beiden zentralen Aufgaben der Privatrechtsordnung ist es, den natürlichen und juristischen Personen das rechtliche Instrumentarium zur eigenverantwortlichen Gestaltung ihrer Lebens-, Erwerbs- und Wirtschaftsverhältnisse zur Verfügung zu stellen (Privatautonomie).<sup>24</sup> Instrumentell wird dies durch das Institut der Vertragsfreiheit mit den beiden Hauptaspekten der Abschluß- und der Inhaltsfreiheit<sup>25</sup> bewirkt.

Daneben kommt dem Privatrecht die Aufgabe der normativen Ausformung der den natürlichen und juristischen Personen zugeordneten subjektiven Rechte (Rechtsgüter) und des Schutzes derselben gegenüber Beeinträchtigungen durch Dritte zu (Bestandsschutz).<sup>26</sup> Der Einzelne wird hinsichtlich der ihm zugeordneten Rechtsgüter geschützt. Instrumentalisiert wird diese Funktion des Privatrechts insbesondere durch das Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB). Privatautonomie und subjektives Recht sind die Fixsterne des Privatrechts.<sup>27</sup>

Das Privatrecht zielt damit vornehmlich auf den Schutz der Einzelperson. Gemeinwohlbelange sind demgegenüber von sekundärer, d.h. begrenzender Bedeutung. Ihre Wahrung ist nicht Ziel, sondern wesentlich Grenze der Funktion privatrechtlicher Normen. Die sekundären Gemeinwohlbezüge des Privatrechts treten in erster Linie in den unbestimmten Rechtsbegriffen (»gute Sitten«) der Generalklauseln in Erscheinung (§§ 138, 826 BGB).

Aus dieser Perspektive erweist sich § 315 BGB als Ausfluß des Prinzips der Privatautonomie (Vertragsfreiheit): Die Vereinbarung eines Leistungsbestimmungsrechts und dessen Ausübung (§ 315 Abs. 1, 2 BGB) sind dessen Anwendungsfälle und die Kontrolle der Bestimmung nach § 315 Abs. 3 dient der Sicherung gegen die wegen der Einseitigkeit der Leistungsbestimmung drohende Verfehlung der der Vertragsfreiheit ebenfalls immanenten Austauschgerechtigkeit (Richtigkeitsgewähr).<sup>28</sup>

#### 2. Funktion des Wirtschaftsrechts

Unter Wirtschaftsrecht versteht man im Kern übereinstimmend die Gesamtheit der Rechtsnormen, welche der Verwirklichung der gesamtwirtschaftlichen Ordnung dienen sollen.<sup>29</sup> Diese Normen können privatrechtlicher (Wirtschaftsprivatrecht) oder öffentlich-rechtlicher (öffentliches Wirtschaftsrecht) Natur sein. Ihre gemeinsame Funktion besteht darin, daß sie auf den Rechtsgedanken der gesamtwirtschaftlichen Richtigkeit hin orientiert und damit gemeinwohlbezogen sind. Daneben können wirtschaftsrechtliche Normen sekundär individualschützende Funktion entfalten, was sie in neuerer Zeit auch gehäuft tun, insbesondere um die Durchsetzung und den Vollzug der Normen (»Effektuiierung« z.B. des Kartellrechts) zu verstärken.<sup>30</sup>

Beispiele wirtschaftsrechtlicher Normkomplexe liefern etwa das GWB und das UWG mit ihren auf die Gemeinwohlziele der Freiheit bzw. der Lauterkeit des Wettbewerbs ausgerichteten Teleologien. Daneben kommen diesen Materien auch individualschützende Funktionen (Schutz von Mitbewerbern, Marktteilnehmern, Verbrauchern, § 1 UWG!) zu, teils mit einem Nebeneinander von behördlichem und privatem (§ 32, 33 GWB), teils mit rein privatem (UWG) Vollzug.

Im Hinblick auf die zumindest gleichrangige Verwirklichung des Allgemeinwohlzieles der Wettbewerbsfreiheit sind die Vorschriften der §§ 19, 20 GWB betr. die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und das Diskriminierungsverbot Beispiele wirtschaftsrechtlicher Normen. Ihr teleologischer Gehalt orientiert sich

21 OLG Karlsruhe, RdE 2005, 51 ff. (52) = ZNER 2004, 397 f. m. krit. Anm. Boos; OLG Stuttgart, RdE 2005, 237 ff. (238); OLG Düsseldorf, RdE 2005, 169 ff. (170 f.).

22 OLG Karlsruhe, RdE 2005, 51 ff. (52) = ZNER 2004, 397 f. (398) m. krit. Anm. Boos; OLG Stuttgart RdE 2005, 237 ff. (238); LG Frankenthal, RdE 2005, 115 ff. (116); LG Ulm, Urt. v. 8. 4. 2005 – 10 O 23/04 KfH – S. 15 f.: Billigkeitskontrolle nicht anwendbar auf Streit zwischen zwei gewerblichen Unternehmen; AG Euskirchen, Urt. v. 5. 8. 2005 – 17 C 260/05 – S. 6: Billigkeitskontrolle nicht anwendbar, weil Verbraucher im Hinblick auf andere Versorgungsmöglichkeiten auf die Gaslieferung nicht angewiesen.

23 Staudinger/Rieble, a.a.O. (Fn. 10), Rdnr. 51 zu § 315; Büdenbender/Wesche, EuroHeat & Power, 2005, Heft 3, 24, 33 f.; Salje, ET 2005, 278 ff. (281 f.); Schulz-Gardyan, Netzwirtschaften und Recht, 2005, 97 ff. (101); tendenziell auch Ebricke, JZ 2005, 599 ff. (602).

24 Vgl. MünchKommBGB/Kramer, a.a.O. (Fn. 6), Rdnr. 2 vor § 145.

25 Vgl. MünchKommBGB/Kramer, a.a.O. (Fn. 6), Rdnr. 8 vor § 145.

26 Vgl. Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 14 Rdnr. 3 ff.

27 Mestmäcker, Recht und ökonomisches Gesetz, 2. erg. Aufl. 1984, S. 371.

28 Vgl. Staudinger/Rieble, a.a.O. (Fn. 10), Rdnr. 24 ff. zu § 315.

29 Vgl. Rittner, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 1987, § 1 Rdnr. 42 (S. 15); Rinck/Schwark, Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 1986, Rdnr. 26 ff. mit detaillierterer Aufschlüsselung der typologischen Bestimmungsfaktoren.

30 Vgl. Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangnormen, 1996, S. 11.

schwerpunktmäßig am Gedanken der gesamtwirtschaftlichen Richtigkeit der Bekämpfung wettbewerbsinadäquater, nur marktmachtbedingter bzw. unlauterer Verhaltensweisen von Marktteilnehmern am Markt. Dies gilt auch für das Preisverhalten als dem wichtigsten Wettbewerbsparameter.

#### IV. Wechselseitige Einwirkungen im Verhältnis Privatrecht – Wirtschaftsrecht aus entwicklungsgeschichtlicher Sicht

Das Verhältnis zwischen Privatrecht und Wirtschaftsrecht ist nach der Dominanz des Privatrechts im 19. Jahrhundert mit dem Aufkommen komplexerer wirtschaftlicher Sachverhalte und dem nachfolgenden Einsetzen neben das Privatrecht tretender wirtschaftsrechtlicher Normgebung in einer Abfolge verschiedener Stadien zu einer komplexen Wechselbeziehung geworden.

##### 1. Lückenfüllende Funktion des Privatrechts für wirtschaftsrechtlich (noch) nicht normativ verfestigte Tatbestände

Im Zuge der Herausbildung wirtschaftlicher Machtstellungen als Folge fehlender<sup>31</sup> oder ineffektiver<sup>32</sup> Kartellrechtspflege in den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts kam es in Deutschland vermehrt zu Monopolstellungen und deren Ausnutzung durch die Monopolisten. Als normative Grundlage zur Bekämpfung von Monopolmißbräuchen stand nur das Privatrecht mit seinen Generalklauseln zur Verfügung.<sup>33</sup> Das RG entwickelte aus § 826 BGB, zuweilen auch § 138 BGB, seine Lehre vom allgemeinen Kontrahierungszwang als Folge eines in der Monopolausnutzung zu sehenden Sittenverstoßes.<sup>34</sup> In diesen entwicklungsgeschichtlichen Zusammenhang gehört auch die Entscheidung des RG vom 29. 9. 1925<sup>35</sup>, in der die Rechtsprechungslinie der Indienstnahme des § 315 BGB für die Billigkeitskontrolle von Monopolpreisen am Beispiel der Stromversorgung eröffnet wurde.

##### 2. Normkonkretisierende Funktion des Wirtschaftsrechts für das Privatrecht

Hat der Gesetzgeber einmal wirtschaftsrechtliche Sondernormen erlassen, die sich mit Tatbeständen oder einzelnen Tatbestandselementen insbesondere in Generalklauseln des Privatrechts berühren oder gar überschneiden, entsteht das Problem des Verhältnisses zwischen beiden Normbereichen. Hier ist verschiedentlich zu beobachten, daß in der Vergangenheit die wirtschaftsrechtliche Sondernorm ihrerseits maßstabformend auf die Auslegung der privatrechtlichen Generalklauseln (insbesondere den Begriff der »guten Sitten«) zurückgewirkt hat. Nachweisbar ist dies z.B. für das Verhältnis des § 826 BGB zu § 26 Abs. 2 GWB a.F. (Diskriminierungsverbot).<sup>36</sup> In einem Urteil vom 26. 6. 1979 zur Frage der sittenwidrigen Ausnutzung der Monopolstellung eines EVU bei Preisverhandlungen vertrat der BGH die Auffassung, daß für die Frage, ob Leistung und Gegenleistung in einem gegenseitigen Vertrag in einem auffälligen Mißverhältnis stehen und ob eine Monopolstellung i.S. des § 826 BGB in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise ausge-

nutzt wird, auch bedeutsam sein kann, ob der Tatbestand des § 104 Abs. 1 Nr. 1 GWB a.F. (spezieller Mißbrauchstatbestand für die Versorgungswirtschaft) vorliegt.<sup>37</sup> Ferner hat das OLG Frankfurt<sup>38</sup> die Wertungen des GWB (Diskriminierungsverbot) als Maßstab für die Billigkeitsentscheidung des § 315 Abs. 3 BGB herangezogen. In der Literatur hat insbesondere *Mestmäcker*<sup>39</sup> der Tendenz zum Einbau von Wertungen des Kartellrechts in die Generalklauseln vorgearbeitet. Diese Beeinflussung der Generalklauseln durch wettbewerbsrechtliche Sondernormen ändert grundsätzlich noch nichts an der parallelen Anwendbarkeit beider Normbereiche.

##### 3. Verdrängung des Privatrechts durch Wirtschaftsrecht

Über die Konkretisierung maßstaboffener privatrechtlicher Generalklauseln hinaus kann die Einwirkung wirtschaftsrechtlicher Regelungen auch zur Verdrängung privatrechtlicher Normen in hier nicht zu vertiefender verschiedenster methodischer Einkleidung (Tatbestandsrestriktion, Spezialität, Subsidiarität) führen. Derartige Verdrängungen sind im Verhältnis Privatrecht – Wirtschaftsrecht nicht selten. So ist z.B. der überkommenerweise privatrechtlich in § 138 BGB angesiedelte Schutz eines Vertragspartners vor überlangen vertraglichen Bindungszeiträumen unter Erweiterung des Blickwinkels auf die überindividuelle, wettbewerbliche Betroffenheit Dritter so gut wie gänzlich in das Kartellrecht abgewandert.<sup>40</sup> Die Verdrängungswirkung wirtschaftsrechtlicher Sondernormen kommt insbesondere gegenüber denjenigen zivilrechtlichen Rechtssätzen zum Tragen, die ihrerseits Ergebnis allgemeinprivatrechtlicher schutzfunktioneller Rechtsfortbildung sind. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang z.B. an das Zurücktreten des durch das »Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb« im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB (»sonstiges Recht«) rechtsfortbildend entwickelten zivilrechtlichen Unternehmensschutzes hinter den im UWG verankerten Unternehmensschutz bei Wettbewerbshandlungen (Subsidiarität).<sup>41</sup> Nach der Absicht des Gesetzgebers des neuen UWG sollen

31 Vgl. die berühmte, Kartelle weitgehend tolerierende Holzstoffentscheidung des RG (RGZ 38, 155 ff.), dazu ausführlich *K. W. Nörr*, Die Leiden des Privatrechts, 1994, S. 8 ff.

32 Vgl. *Rittner*, a.a.O. (Fn. 29), § 13 Rdnr. 13 (S. 214).

33 Zur Ersatzfunktion des Privatrechts auch: *Rittner*, a.a.O. (Fn. 29), § 13 Rdnr. 13 (S. 214).

34 Vgl. dazu *Rittner*, a.a.O. (Fn. 29), § 13 Rdnr. 13 (S. 214); umfassend dazu neuerdings *J. Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 162 ff.

35 RGZ 111, 310 ff. (313).

36 Vgl. insbesondere *I. Schmidt-Syaßen*, Zur Wechselwirkung von Wirtschaftsrecht und Bürgerlichem Recht bei der Konkretisierung von freiheitsbeschränkenden Generalklauseln, dargestellt an Hand der Entwicklung und Dogmatik des § 826 BGB und § 26 Abs. 2 GWB, Diss. Bonn 1973, insbes. S. 161 ff.

37 WuW/E BGH 1638, 1640.

38 WuW/E OLG 2179, 2180.

39 AcP 168 (1968), 235 ff., 253 ff.; Betrieb 1968, 787 ff., 835 ff. (836).

40 Früher: §§ 1, 16 GWB; jetzt: Art. 81, 82 EG, § 1 GWB.

41 Vgl. dazu *Staudinger/Hager*, BGB, Bearbeitung 1999, Rdnr. D 20 ff. zu § 823 m.w.N.

die Rechtsfolgenbestimmungen des neuen UWG (§§ 8–11) sogar abschließenden Charakter haben.<sup>42</sup> Ähnliche »Abwanderungsbewegungen« vom allgemeinen Privatrecht in Sondernormkomplexe sind auch innerhalb des Themas »Inhaltskontrolle« festzustellen. Selbstverständlich ist etwa, daß das AGB-Gesetz die *sedes materiae* der allgemeinen Inhaltskontrolle (§§ 138, 242) als *lex specialis* verdrängt.<sup>43</sup> Aber auch im Arbeitsrecht hat etwa das BAG die Billigkeitskontrolle nicht eingreifen lassen, wenn der Betriebsrat von seinem Mitbestimmungsrecht Gebrauch gemacht hat.<sup>44</sup>

Ungeachtet dieser Tendenz der Auslagerung allgemeinzivilrechtlicher Normgehalte in Spezialgesetzgebung wesentlich auch des Wirtschaftsrechts ist bei der Beurteilung konkreter Abgrenzungsfragen immer auf eine Reihe von Faktoren zu achten. Dazu gehören etwa die einzelnen in Beziehung zu setzenden Tatbestandselemente, die Zweckbestimmungen i.S. der gemeinwohlbezogenen oder individual-schützenden Zielrichtungen der Normen und der Ausformungsgrad sowie die Leistungsfähigkeit der jeweiligen Sanktionen.

#### V. Die Einwirkung energiebezogener wirtschaftsrechtlicher Normen, insbesondere des Kartellrechts, auf die privatrechtliche Preishöhenkontrolle nach § 315 BGB

##### 1. Wirtschaftsrechtliche Regelungen

Mit dem EnWG 1935 und dessen § 7 (Ermächtigung zum Erlaß von Regelungen für die Tarifpreise) wurde die Grundlage für das nachfolgende *Energiepreisrecht* und damit energiepreisbezogenes Wirtschaftsrecht gelegt (TarifO Elt 1938, TarifO Gas 1939). Überlagert wurde das energiepreisbezogene Wirtschaftsrecht in der Folgezeit durch allgemeinerwirtschaftsrechtliches Preisrecht (insbes. Preisbildungsgesetz 1936, PreisstoppVO 1936).<sup>45</sup> Nach dem 2. Weltkrieg setzte eine Bewegung in Richtung auf eine Preisfreigabe ein (PreisG 1948, Preisfreigabe-Anordnung 1948, Preisfreigabe-VO 1967, Freigabe der Gaspreise durch die VO PR 1/59 vom 21. 1. 1959).<sup>46</sup> Im Strombereich wurde mit dem Erlaß der Bundestarifordnung Elektrizität (BTOElt) vom 26. 11. 1971<sup>47</sup> das Tarifpreisrecht wieder auf die energiepreisrechtliche Schiene zurückverlagert (§ 7 EnWG 1935).

In der BTO-ÄnderungsVO von 1980 (BTOElt 1980)<sup>48</sup> wurde dann im gesamten Tarifkundenbereich ein umfassender Genehmigungsvorbehalt für Preiserhöhungen eingeführt (§ 12a) und auch unter der BTOElt 1990<sup>49</sup> (§ 12) unverändert fortgeführt.<sup>50</sup>

Neben die energierechtliche Preiskontrolle ist mit Inkrafttreten des GWB am 1. 1. 1958 die *kartellrechtliche Preiskontrolle* getreten. § 104 GWB führte eine spezielle Mißbrauchsaufsicht über die nach § 103 a.F. von zentralen Vorschriften des allgemeinen Kartellrechts freigestellte Versorgungswirtschaft ein, wobei auch eine mißbräuchliche Preisgestaltung von den Kartellbehörden untersagt werden konnte. Die Preismissbrauchsaufsicht wurde parallel zur Intensivierung und Ausdifferenzierung der allgemein-kartellrechtlichen Preismissbrauchsaufsicht<sup>51</sup> auch im Energiebereich insbesondere durch die Rechtsprechung des BGH – vgl. die Entschei-

dungen »Zeitgleiche Summenmessung«<sup>52</sup> und »Stromtarif«<sup>53</sup> – deutlich ausgeformt. Als Ergebnis dieser Entwicklung hat dann die 4. GWB-Novelle im Jahre 1980 eine wesentlich verfeinerte Mißbrauchsregelung in § 103 GWB eingeführt. Die 5. GWB-Novelle 1990 hat nur geringfügige Retouche in die Mißbrauchsregelung des § 103 a.F. eingefügt.

Eine wesentliche Weiterentwicklung hat die energiekartellrechtliche Mißbrauchsregelung im Zeichen der Liberalisierung der Versorgungswirtschaft durch die Energierechtsreform im Jahre 1998 erfahren. Mit der Aufhebung der Bereichsausnahmegesetze der §§ 103, 103a GWB a.F. ist die Mißbrauchsaufsicht über die Versorgungswirtschaft voll in die allgemeinen Aufsichtsbestimmungen der §§ 19, 20 GWB (bis zum Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle am 1. 1. 1999 §§ 22, 26 GWB) eingegliedert worden, so daß insoweit auch die ausgefeilten Marktbeherrschungskriterien des § 19 Abs. 2, 3 GWB und die Mißbrauchsregelungen des § 19 Abs. 4 (Nr. 4!) GWB gelten. § 19 GWB ist ferner mit der 6. GWB-Novelle zu einer Verbotsnorm mit der Folge umgestaltet worden, daß einzelne Geschädigte, auch Verbraucher, bereits nach § 33 GWB im Hinblick auf die Folgen mißbräuchlichen Verhaltens selbst Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche geltend machen können.<sup>54</sup> Bis zur 6. GWB-Novelle wurde dies von der h.M. mit Rücksicht auf den (angeblich) fehlenden Schutzgesetzcharakter des § 22 GWB a.F. verneint.<sup>55</sup>

Eine erneute Weiterentwicklung gerade mit dem erklärten Ziel einer erheblichen Erweiterung der privaten Durchsetzung des Kartellrechts ist durch die am 1. 7. 2005 in Kraft getretene 7. GWB-Novelle<sup>56</sup> eingetreten. Elemente dieser Erweiterung sind<sup>57</sup>:

- Verzicht auf das einengende Erfordernis einer Schutzgesetzverletzung. Es genügt konkrete Betroffenheit z.B. als Abnehmer (§ 33 Abs. 1 GWB);

42 Begr. BT-Drucks. 15/1587, S. 22 (I. Sp. »Zu § 8« 2. Abs.); kritisch: *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, 7. Aufl. 2004, S. 489.

43 Vgl. dazu *Palandt/Heinrichs*, BGB, 64. Aufl. 2005, Rdnr. 15 ff. vor § 307.

44 BAG AP Nr. 170 zu § 242 BGB Ruhegehalt. Zu dem Problem vgl. *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 193 ff.

45 Vgl. *Franke*, in: *Schneider/Theobald* (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 2003, § 16 Rdnr. 1; *Borggrefe*, Betrieb 1973, 605 f.

46 Vgl. *Franke*, a.a.O. (Fn. 45), § 16 Rdnr. 1; *Borggrefe*, a.a.O. (Fn. 45), 606.

47 In Kraft getreten am 1. 1. 1974, BGBl. 1971 I 1865.

48 BGBl. I 122.

49 BGBl. 1989 I 2255.

50 Vgl. *Franke*, a.a.O. (Fn. 45), § 16 Rdnr. 1.

51 Vgl. etwa BGHZ 68, 23 ff. – Valium I; 76, 142 ff. – Valium II.

52 WuW/E BGH 655 ff.

53 BGHZ 59, 42 ff. = WuW/E BGH 1221 ff.

54 Vgl. *Möschel* und *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Kommentar z. GWB, 3. Aufl. 2001, Rdnr. 249 f. zu § 19 bzw. Rdnr. 24 zu § 33.

55 Vgl. *Möschel*, a.a.O. (Fn. 54), Rdnr. 249 zu § 19.

56 BGBl. 2005 I 1954.

57 Vgl. den Überblick bei *Kahlenberg/Haellmigke*, Betriebs-Berater 2005, 1509 ff. (1514 f.).

- Befugnis des Richters zur Schadensschätzung unter Berücksichtigung des anteiligen Gewinns, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat (§ 33 Abs. 3 GWB);
- Verbesserung der Schadensersatzterlangung auf vorgelegten Marktstufen (z.B. Verhältnis Verbundstufe – Verteilerstufe) durch Abschneiden des Einwands der Vorteilsausgleichung bei Weiterveräußerung zu überhöhtem Kaufpreis (§ 33 Abs. 3 S. 2 GWB);
- Besondere Vorteilsabschöpfungsmöglichkeiten durch Verbände und Einrichtungen (§ 34a GWB).

Bis heute umstritten ist allerdings für den *Strombereich*, ob die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht für nach der BTO/Elt genehmigte Tarifpreise überhaupt anwendbar ist, da dies eine Überprüfung von Entscheidungen einer Behörde durch eine andere bedeuten würde. Die kartellrechtliche Praxis bejaht eine solche Anwendbarkeit des Kartellrechts.<sup>58</sup> Es scheint, daß diese Auffassung die Oberhand gewinnen wird, nicht zuletzt auch angesichts der Tatsache, daß die Tarifpreisaufsicht im Stromsektor ein Auslaufmodell sein dürfte.<sup>59</sup> Im *Gassektor* dagegen besteht dieser Streit mangels einer Tarifaufsicht nicht.

Insgesamt läßt sich feststellen, daß das kartellrechtliche Instrumentarium der Preishöhenkontrolle inzwischen einen Entwicklungsstand erreicht hat, der hinsichtlich des Vollzuges (behördlicher, privater, kollektiver) sowohl den gemeinwohlbezogenen als auch den berechtigten individualschutzbezogenen Gesichtspunkten und Interessen in vollem Umfange Rechnung trägt.

## 2. Einwirkung auf die privatrechtliche Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB

a) Die dargelegte Entwicklung der (energie-)wirtschaftsrechtlichen Preishöhenkontrolle zeigt den weiten Weg, den das Wirtschaftsrecht seit dem Jahre 1925, dem Jahr der Reichsgerichtsentscheidung in RGZ 111, 310 ff. (313), zurückgelegt hat. In diesem Lichte besehen mag die Monopolpreisrechtsprechung wie ein Fossil wirken. Ihre zähe Verteidigung gerade auch durch den BGH dürfte allerdings auch darauf beruhen, daß sie in einem zentralen Bereich ihres Anwendungsspektrums, der gerichtlichen Überprüfung von Stromtarifen, im Hinblick auf die *Vermeidung von Schutzlücken* einen berechtigten Kern hatte. Die Verwaltungsgerichte unter Führung des BVerwG haben Klagen von Betroffenen gegen Tarifgenehmigungen wegen fehlender Klagebefugnis (keine Verletzung »eigener Rechte« i.S. des § 42 Abs. 2 VWGO) in ständiger Rechtsprechung als unzulässig zurückgewiesen und die Kläger wegen der Überprüfung der Angemessenheit der Tarifhöhe auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen.<sup>60</sup> Die kartellrechtliche Überprüfung scheiterte ihrerseits daran, daß vielfach lange Zeit in der Praxis Tarifpreise für kartellrechtlich nicht überprüfbar gehalten wurden.<sup>61</sup>

b) Diese Umstände stellen indes in keinem Falle eine Legitimation dar, die Monopolpreisrechtsprechung auf der Grundlage des § 315 Abs. 3 BGB auch dort anzuwenden, wo nach inzwischen erreichter kartellrechtlicher Entwicklung überhaupt keine Schutzlückengefahr besteht, wie

bei der Kontrolle über die *Gaspreise*. Gaspreise sind seit langem vom Tarifizwang befreit und daher bei marktbeherrschender Stellung des Unternehmens kartellrechtlich überprüfbar.

Eine andere, hier nicht zu vertiefende Frage ist, ob die Monopolrechtsprechung ihrem Tatbestand nach (»Monopol«) seit der Liberalisierung der leitungsgebundenen Energieversorgung überhaupt noch einschlägig ist. Hiergegen obwalten erhebliche Bedenken.<sup>62</sup> Wegen der umfassenden Einwirkung der kartellrechtlichen Kontrollinstrumente besteht jedenfalls kein Bedürfnis für eine zusätzliche zivilrechtliche Kontrolle wettbewerbsdefizitärer Energiepreisstände. Dies spricht im übrigen auch gegen die von *Rieble* vertretene These, die von ihm zutreffend unter Hinweis auf die kartellrechtlichen Kontrollinstrumente abgelehnte Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB könne durch eine verschärfte Anwendung von § 138, ggf. mit § 826 BGB, i.S. einer Angemessenheitskontrolle abgelöst werden. Operationabel könnten diese Generalklauseln wiederum nur durch den »Import« kartellrechtlicher Maßstäbe gemacht werden. Über diese bloße normkonkretisierende Wirkung<sup>63</sup> ist die Entwicklung des Kartellrechts jedoch längst hinausgegangen.

c) Teilweise wird die Anwendung des § 315 BGB neben dem Kartellrecht damit gestützt, daß die *Maßstäbe und Zweckrichtungen unterschiedlich* sein sollen (§ 315 BGB: Billigkeit; Kartellrecht [§ 19]: Mißbrauch; Diskriminierung [§ 20]).

Klarheit über die Zielrichtung der gerichtlichen Billigkeitskontrolle (§ 315 Abs. 3 BGB) besteht insoweit, als darunter nicht die Ermittlung eines *iustum pretium* i.S. der Austauschgerechtigkeit zu verstehen ist. Dies hat der BGH bereits in der Milchgeld-Entscheidung<sup>64</sup> zum Ausdruck gebracht. Ziel der gerichtlichen Kontrolle ist vielmehr, ob sich die Leistungsbestimmung durch den Bestimmungsberechtigten in den von § 315 BGB gezogenen Grenzen hält.<sup>65</sup> Dies erfordert die Prüfung und Abwägung der wirtschaftlichen Interessen der Parteien unter Anlegung eines objektiven Maßstabs.<sup>66</sup> Als billig soll eine einseitige Preisbestimmung i.S. des § 315 BGB anzusehen sein, wenn das verlangte Entgelt im Rahmen des Marktüblichen liegt und dem entspricht, was regelmäßig als Preis für eine vergleichbare

58 Vgl. *Engelsing*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, 2004, Rdnr. 106 ff. zu § 19 GWB m.w.N., einerseits und *Franke*, a.a.O. (Fn. 45), § 16 Rdnr. 2 andererseits.

59 Nach Art. 5 Abs. 3 des 2. Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts v. 7. 7. 2005 (BGBl. I 1970) bleibt die BTO/Elt bis zum 1. 7. 2007 in Kraft; vgl. *Kühnel/Brodowski*, NVwZ 2005, 849 ff. (857).

60 BVerwG NVwZ 1994, 999 f.; BVerwGE 75, 147 ff. (154) betr. Genehmigung von Kfz-Haftpflichtversicherungsstarifen.

61 Vgl. die Nachw. in Fn. 45.

62 Vgl. *Stappert*, NJW 2003, 3177 ff. (3179); *Ebricke*, a.a.O. (Fn. 23), 602 f.

63 Vgl. oben unter IV.2.

64 BGHZ 41, 271 ff. (280); *Staudinger/Rieble*, a.a.O. (Fn. 10), Rdnr. 120 zu § 315.

65 BGHZ 41, 271 ff. (280); BGH, Betriebs-Berater 1971, 1175 (1176).

66 BGH, Betriebs-Berater 1971, 1176.

Leistung verlangt wird. Grundsätzlich sei eine umfassende Würdigung des Vertragszwecks erforderlich.<sup>67</sup>

Auf dieser Grundlage hat der BGH seit der Milchgeld-Entscheidung in BGHZ 41, 271 ff. an der konkurrierenden Anwendbarkeit von § 315 Abs. 3 BGB und kartellrechtlichen Vorschriften festgehalten. In BGHZ 41, 271 ff. (279) handelte es sich um die Konkurrenz zwischen § 315 Abs. 3 und dem Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB a.F. Das Gericht sieht den Unterschied in den Tatbeständen darin, daß § 315 Abs. 3 lediglich darauf abstelle, ob die von dem einen Vertragspartner getroffene Bestimmung der vertraglichen Leistung »der Billigkeit« entspricht, was im wesentlichen eine Prüfung und Abwägung der objektiven Interessenlage nur bei den beiden Vertragspartnern erfordere, während dagegen § 26 Abs. 2 Alt. GWB a.F. eine unterschiedliche Behandlung des »Diskriminierten« gegenüber gleichartigen Unternehmen voraussetze, weshalb für die Prüfung, ob die unterschiedliche Behandlung des »Diskriminierten« gegenüber gleichartigen Unternehmen »ohne sachlich gerechtfertigten Grund« erfolgt, die Einbeziehung auch des Verhaltens des »diskriminierenden« Unternehmens gegenüber den anderen »gleichartigen Unternehmen« erforderlich sei. Der BGH fügt jedoch an, daß angesichts der Notwendigkeit, die wirtschaftlichen Verhältnisse des die Leistung bestimmenden Teils im ganzen, also auch zu Dritten, zu berücksichtigen, die Prüfung unter beiden Vorschriften im einzelnen Fall oft zu dem gleichen Ergebnis führen könne. Das OLG Frankfurt wollte denn auch in einer Entscheidung aus dem Jahre 1979 den Grundgedanken des Diskriminierungsverbots als Maßstab für die Billigkeitsentscheidung des § 315 Abs. 3 BGB heranziehen.<sup>68</sup>

In seinen Urteilen vom 2. 10. 1991<sup>69</sup> und 5. 2. 2003<sup>70</sup> hat der BGH die konkurrierende Anwendbarkeit von § 315 BGB und den kartellrechtlichen Vorschriften etwas anders begründet: Die kartellrechtliche Mißbrauchsbestimmung des § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB a.F. verfolge nicht den Zweck, die Frage der Billigkeit der Leistungsbestimmung i.S. des § 315 BGB zu regeln. § 315 BGB solle im Unterschied zu der kartellrechtlichen Bestimmung die der einen Vertragspartei übertragene Rechtsmacht, den Inhalt des Vertrages, d.h. etwa die Höhe des Strompreises, einseitig festzulegen, eingrenzen. Für die Anwendung des § 315 BGB sei die Tatsache, daß die zur Leistungsbestimmung berufene Partei eine marktbeherrschende Stellung innehat, jedenfalls insofern ohne Belang, als dieser Umstand die Grenzen ihres Ermessens nicht erweitern könne. Aus den gleichen Gründen fielen die Grenzen des allgemeinen kartellrechtlichen Mißbrauchs – § 22 Abs. 4 Nr. 2, 3 GWB a.F. = § 19 Abs. 4 GWB n.F. – und Diskriminierungsverbots – § 26 Abs. 2 GWB a.F. = § 20 GWB n.F. – nicht mit den Grenzen der Billigkeitsentscheidung nach § 315 BGB zusammen.<sup>71</sup>

Hieran anknüpfend wird in dem die konkurrierende Anwendbarkeit des § 315 BGB und der §§ 19, 20 GWB verteidigenden Teil der Literatur<sup>72</sup> eine zweistufige Prüfungsfolge vorgeschlagen: Die kartellrechtlichen Verbote der §§ 19, 20 GWB sollen die äußere Grenze der Billigkeitskontrolle bilden. Jenseits (oder diesseits?) des kartellrechtlichen Mißbrauchsverbots erfolge dann die Festsetzung nach billigem Ermessen gem. § 315 Abs. 3 BGB. Dies werde häufig dazu

führen, daß ein Entgelt festgesetzt werde, welches gerade noch kartellrechtlich zulässig sei. »Billig« könne aber auch möglicherweise nur ein Entgelt sein, welches deutlich unterhalb der äußersten kartellrechtlichen Mißbrauchsschranke liege, etwa weil nur ein solches Entgelt den beiderseitigen Interessen der Parteien unter Berücksichtigung der üblicherweise verlangten Entgelte in vergleichbaren Fällen entspreche.<sup>73</sup>

Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Sowohl die Ausführungen des BGH als auch der die konkurrierende Anwendung befürwortende Teil des Schrifttums lassen konkrete Beispiele für einen eigenständigen Anwendungsbereich des § 315 BGB innerhalb der tatbestandlichen Voraussetzungen der kartellrechtlichen Verbotstatbestände vermissen. Nach den Maßstäben der BGH-Rechtsprechung zur Monopolpreisregelung innerhalb des § 315 BGB besteht für den Bestimmenden ein Abwägungsspielraum – nur die Einhaltung der Grenzen des Ermessensspielraums wird kontrolliert<sup>74</sup> –. Bedenkt man ferner, daß auch die Billigkeitskontrolle einen Markt- und Vergleichsaspekt umfaßt<sup>75</sup>, sind Fallgestaltungen, bei denen Preise kartellrechtlich beanstandungsfrei, zivilrechtlich aber »unbillig« sind, nicht recht vorstellbar. Davon abgesehen steht die Funktion der Monopolpreisrechtsprechung des § 315 Abs. 3 BGB – Eingrenzung der – monopolistischen – Rechtsmacht zur einseitigen Preisfestsetzung – zur Funktion der Mißbrauchsaufsicht nach § 19 GWB nicht im Gegensatz, sondern fügt sich in letztere bruchlos ein.<sup>76</sup>

Insgesamt ist daher der neueren instanzgerichtlichen Rechtsprechung<sup>77</sup> und den Teilen der Literatur<sup>78</sup>, die die Monopolpreisrechtsprechung als durch die kartellrechtlichen Vorschriften der §§ 19, 20 GWB verdrängt ansehen, auch unter dem Gesichtspunkt von Zweckrichtung und Tatbestandsausformung der Normen beizupflichten. Es handelt sich hierbei um einen Fall der Verdrängung privatrechtlicher Normen durch Wirtschaftsrecht, hier Kartellrecht.

d) Es bleibt zu untersuchen, ob eine Verdrängung der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB auch im Hinblick auf die *Rechtsfolgen* gerechtfertigt ist. In der Vergangenheit ist die Monopolpreisregelung auf der Grundlage des § 315 Abs. 3 BGB z.T. mit Rücksicht darauf positiv gewürdigt worden,

67 BGH NJW-RR 1992, 183 = RdE 1992, 74 ff. (75).

68 WuW/E OLG 2179, 2180.

69 RdE 1992, 74 ff.

70 NJW 2003, 1449 f. (1450).

71 RdE 1992, 74 ff. (76). In seinem Urteil vom 6. 3. 2001, KZR 37/99 – Kabel-Hausverteileranlagen, BGHZ 147, 81 ff. (93 f.), stellt der BGH die Preismißbrauchsaufsicht nach GWB und §§ 315, 316 BGB analog als Schutzinstrumente gegenüber Monopolpreisüberhöhungen nur nebeneinander, ohne auf die Tatbestände und die Sinnhaftigkeit der Anspruchskonkurrenz einzugehen.

72 Vgl. v. Hammerstein, ZNER 2005, 9 ff. (13 f.).

73 V. Hammerstein, a.a.O. (Fn. 72), 14.

74 Vgl. oben Fn. 65 und den dazugehörigen Text.

75 Vgl. oben Fn. 67 und den dazugehörigen Text.

76 Vgl. zu den Schutzrichtungen des § 19 GWB Möschel, a.a.O. (Fn. 54), Rdnr. 11 zu § 19.

77 Vgl. oben Fn. 19.

78 Vgl. oben Fn. 23.

daß sie im Vorfeld der harten Sanktion einer Vertragsvernichtung eine mildere und daher auch – modern ausgedrückt – dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besser Rechnung tragende Abhilfemöglichkeit darstelle.<sup>79</sup> Seit dem 1. 1. 1999 ist der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 GWB) ebenso wie schon zuvor das Diskriminierungsverbot (§ 20 GWB n.F., § 26 Abs. 2 GWB a.F.) als Verbotstatbestand ausgestaltet. Dies hat grundsätzlich auch die Anwendbarkeit des § 134 BGB zur Folge<sup>80</sup>, so daß die beschriebenen Überlegungen auch im Verhältnis § 315 BGB – §§ 19, 20 GWB i.V.m. § 134 BGB relevant würden. Die Relevanz hängt damit davon ab, ob man in Fällen des Preismißbrauchs (§ 19 Abs. 4 Nr. 2, 3 GWB) die Nichtigkeitsfolge auf die Preisüberhöhung – in der Terminologie des § 315 BGB: den »unbilligen« Teil – beschränkt (geltungserhaltende Reduktion) oder nicht. Die Frage ist umstritten.<sup>81</sup> Die Annahme einer Gesamtnichtigkeit wäre mit dem Schutzzweck der §§ 19, 20 GWB nicht vereinbar: Ziel der §§ 19, 20 GWB ist nicht die Verhinderung des Liefergeschäfts überhaupt, sondern nur eines solchen zu mißbräuchlich überhöhten oder diskriminierenden Preisen.<sup>82</sup> Wie bei Verstößen gegen Preisvorschriften allgemein, würde die Nichtigkeit nur den wettbewerbswidrigen Teil der Preisbestimmung erfassen (geltungserhaltende Reduktion).<sup>83</sup> Hält man die Nichtigkeitsfolge generell nicht für einschlägig, weil sich das Verbot nur gegen eine Vertragspartei richtet<sup>84</sup> – hier den Marktbeherrscher –, so verkürzt sich das Entgelt um den nach § 33 Abs. 3 GWB i.V.m. §§ 19, 20 GWB Platz greifenden Schadensersatzanspruch.<sup>85</sup>

Insgesamt besteht daher im Ergebnis auch bei Anwendbarkeit nur der kartellrechtlichen Vorschriften der §§ 19, 20 GWB keine Rechtsfolgendiskrepanz zu § 315 BGB.

e) Nicht zuletzt ruft die Anwendung des § 315 BGB als Grundlage für die Monopolpreiskontrolle durch die Zivilgerichte auch *Bedenken im Hinblick auf die angemessene Berücksichtigung der überindividuellen Aspekte*, also des *Gemeinwohlbezuges*, der Preishöhenkontrolle gerade im Energiebereich wie auch im Hinblick auf die damit zusammenhängende *sachgerechte Rechtsschutzgestaltung* hervor.

§ 315 BGB und die darauf gegründete gerichtliche Billigkeitskontrolle ist auf rechtliche Vorgänge zugeschnitten, die der Verfolgung von Individualinteressen als Ausfluß der Privatautonomie zuzuordnen sind.<sup>86</sup> Bei der Monopolpreiskontrolle handelt es sich demgegenüber gerade auch im Energiebereich um eine Aufgabe, die auch einen Bezug zu überindividuellen Aspekten aufweist, die durch das Kartellrecht abgedeckt werden. Die mit der 7. Kartellnovelle deutlich verstärkte privatrechtliche Rechtsverfolgung gefährdet zwar das zur Wahrnehmung der überindividuellen Gesichtspunkte erforderliche Maß an Einheitlichkeit und Zentralisation.<sup>87</sup> Der Gesetzgeber hat dies jedoch im Interesse der Effektivierung der Kartellrechtspflege hingenommen. Das Kartellrecht hat allerdings in den §§ 87 ff. GWB organisatorische und verfahrensrechtliche Minimalsicherungen zur Wahrung der überindividuellen Belange der Kartellrechtspflege vorgesehen. Sie zielen auf eine Konzentration der zivilprozessualen Kartellrechtssachen bei besonders fachkundigen Gerichten und Spruchkörpern und eine Koor-

ordination der Gerichtszuständigkeit auch in Kartellzivilprozessen (§ 87: ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte, Kammern für Handelssachen, § 90: Benachrichtigung und Beteiligung des Bundeskartellamts bei Rechtsstreitigkeiten über die Anwendung des GWB).<sup>88</sup> In den Fällen der Monopolpreiskontrolle auf der Grundlage des § 315 BGB kommen diese verfahrensrechtlichen und organisatorischen Sicherungen nicht zur Anwendung. Dieser Einbuße an Einheitlichkeit und Zentralisation steht kein erkennbarer Mehrwert an Rechtsschutzgewährung gegenüber. Auch aus diesem Grunde erscheint es geboten, die Monopolpreiskontrolle über § 315 BGB als durch §§ 19, 20 GWB verdrängt anzusehen.

Im übrigen legen es in einer Zeit allgemeiner Ressourcenknappheit bei der Justizgewährung (Bsp.: Pläne zur Konzentration von Gerichtsbarkeiten) auch allgemeine ressourcenökonomische Gesichtspunkte nahe, die Rechtsverfolgung durch Ausschaltung praktisch überflüssiger Rechtsbehelfskonkurrenzen zu straffen.

### 3. Darlegungs- und Beweislast

Die Verdrängung des § 315 BGB in dem ihm durch die Monopolpreisrechtsprechung zugewachsenen Anwendungsbereich durch die kartellrechtlichen Vorschriften der §§ 19, 20 GWB hat auch Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast bei Rechtsbehelfen gegen Monopolpreisbestimmungen:

a) Bei der Parteileistungsbestimmung im Rahmen des § 315 BGB muß nach h.M.<sup>89</sup> die bestimmende Partei die ihre Leistungsbestimmung tragenden und deren Billigkeit rechtfertigenden Umstände dartun und beweisen. In dem Regelfall der vertraglichen Einräumung des Leistungsbestimmungsrechts ist dies schon mit Rücksicht auf die dem Bestimmenden von der anderen Partei eingeräumte Sachwal-

79 Köhler, ZHR 137 (1973), 237 ff. (254 ff.); Futter, Betriebs-Berater 1978, 935 ff. (937, 939).

80 Vgl. Bechtold, GWB, 3. Aufl. 2002, Rdnr. 92 zu § 19.

81 Vgl. Leo, in: Gemeinschaftskommentar, 5. Aufl. 2001, Rdnr. 171 ff. m.w.N. zu § 19 GWB.

82 Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 54), Rdnr. 248 zu § 19; unzutreffend für Nichtigkeit der Preisvereinbarung Salje, a.a.O. (Fn. 23).

83 Vgl. Staudinger/Sack, BGB, Bearbeitung 2003, Rdnr. 269 zu § 134.

84 Vgl. Leo, a.a.O. (Fn. 81), Rdnr. 172 m.w.N.

85 Möschel, a.a.O. (Fn. 54), Rdnr. 248, sieht umgekehrt für die Einschränkung der Nichtigkeitsfolge (geltungserhaltende Reduktion) kein Bedürfnis, da der Betroffene einen Anspruch auf Abschluß eines Vertrages zu wettbewerbsanalogen Preisen gem. § 33 i.V.m. § 19 habe.

86 Vgl. statt vieler: Staudinger/Rieble, a.a.O. (Fn. 10), Rdnr. 24 ff. zu § 315.

87 In diese Richtung bringen auch LG Köln, ZNER 2004, 400, und Salje, a.a.O. (Fn. 23), 278 f., Bedenken gegen die Monopolpreisrechtsprechung vor.

88 Karsten Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 54), Rdnr. 2 vor § 87.

89 BGHZ 41, 271 ff. (279); 154, 5 ff. (8 f.); Staudinger/Rieble, a.a.O. (Fn. 10), Rdnr. 288 m.w.N.; Bedenken aber bei Palandt/Heinrichs, a.a.O. (Fn. 43), Rdnr. 19 zu § 315.



terstellung (vgl. die Auskunfts- und Rechenschaftspflicht nach § 666 BGB) sachgerecht. In der Praxis wird diese Beweislastverteilung indes auf alle Anwendungsfälle des § 315 (analog) BGB übertragen.<sup>90</sup> Wie der Bestimmende seiner Darlegungs- und Beweislast genügen muß (z.B. durch Offenlegung der Kostenkalkulation<sup>91</sup>, Nachweis der Marktüblichkeit der geforderten Leistung<sup>92</sup>), hängt von der Art der leistungsbestimmenden Faktoren ab. Bei kostenbestimmten Preisen sind es die Kosten, bei markt-, d.h. wettbewerbsbestimmten, Leistungen ist es dagegen die Marktüblichkeit.<sup>93</sup>

Bei der hier in Rede stehenden, der Monopolpreisrechtsprechung zuzuordnenden Sachverhaltsgruppe empfiehlt sich aus Gründen der inneren normativen Stimmigkeit die Übernahme der Darlegungs- und Beweislastgrundsätze zu §§ 19, 20 GWB selbst dann, wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung an der Anwendbarkeit von § 315 BGB (analog) festhalten will.

b) Bei Geltendmachung von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen nach § 33 GWB i.V.m. §§ 19 Abs. 1, 4, 20 GWB trägt der Kläger (Betroffene) die Darlegungs- und Beweislast für die marktbeherrschende Stellung und den in diesem Zusammenhang besonders interessierenden Preismißbrauch bzw. Diskriminierung (§ 33: Verstoß gegen ein Schutzgesetz des GWB [6. GWB-Novelle], gegen eine Vorschrift des GWB [7. GWB-Novelle]).<sup>94</sup> Der betroffene Kläger muß in Preismißbrauchsfällen nachweisen und dabei darlegen und beweisen, daß die Preise sich bei einem sachgerecht durchgeführten Vergleichsmarkttest unter Hinzufügung eines Erheblichkeitszuschlages<sup>95</sup> als mißbräuchlich darstellen.<sup>96</sup>

Inwieweit der betroffene Kläger seine Darlegungen zu substantiieren hat, hängt vom Einzelfall ab. Die Substantiierungspflicht findet ihre Grenze im subjektiven Wissen der Partei und in der Zumutbarkeit weiteren Vorbringens.<sup>97</sup> Die Schwierigkeiten des Klägers, sich Kenntnis über die seinen Anspruch begründenden Tatsachen zu verschaffen, bewirkt keine allgemeine Aufklärungspflicht der nicht darlegungs- und beweisbelasteten Partei mit der Folge, daß das unsubstantiierte Vorbringen des betroffenen Klägers als zugestanden gilt.<sup>98</sup> Bei anderer Ansicht könnte das beklagte Unternehmen in die unzumutbare Lage geraten, detaillierte Auskünfte über kaufmännische Interna sowie seine Erlös- und Gewinnsituation erteilen zu müssen.<sup>99</sup> Zwar handelte es sich in den zu § 26 Abs. 2 GWB a.F. entschiedenen Fällen um Klagen von Wettbewerbern der beklagten Unternehmen. Aber die Breitenwirkung der Auseinandersetzungen um die Höhe der Energiepreise setzt das beklagte Unternehmen bei Rechtsmitteln von Verbrauchern keinen geringeren Risiken aus als bei Klagen von Wettbewerbern. Die Klärung der mißbräuchlichen (diskriminierenden) Preisgestaltung kann daher nur auf der Ebene der Beweiserhebung (Testat von Wirtschaftsprüfern, Sachverständigenbeweis) erfolgen.

## VI. Zusammenfassende Schlußbemerkungen

1. Die vom RG im Jahre 1925 entwickelte und vom BGH bis heute fortgeführte Monopolpreisrechtsprechung auf der

Grundlage von § 315, insbesondere Abs. 3 BGB, sowie die für den Energiebereich gegenwärtig stattfindende Auseinandersetzung um deren Weiterbestand sind im Gesamtzusammenhang der rechtsgeschichtlichen Entwicklung in der normativen Ausbildung von Wirtschaftsrecht zu sehen.

2. Die Monopolpreisrechtsprechung hat ihren Ursprung in der Phase der Indienstnahme privatrechtlicher Normen für normativ nicht erfaßte wirtschaftsrechtliche Tatbestände (Monopolrechtsprechung des RG). In der ersten Phase der wirtschaftsrechtlichen Normbildung ist diese dann zur Konkretisierung der privatrechtlichen Generalklauseln herangezogen worden. Im weiteren Verlauf dieser Entwicklung vervollständigt sich das normative wirtschaftsrechtliche Instrumentarium in einer Weise, die zur Verdrängung der privatrechtlichen Kontrollnormen führt (Beispiel: UWG).

3. Im Energiebereich ist diese Entwicklung für die von der Monopolpreisrechtsprechung erfaßten Fallgestaltungen spätestens seit Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle i.S. einer Verdrängung des § 315 BGB durch die kartellrechtlichen Vorschriften der §§ 19, 20 GWB zum Abschluß gekommen. Der gelegentlich im Schrifttum anzutreffende Vorschlag, die Preisangemessenheitskontrolle durch eine verschärfte Anwendung von §§ 138, 826 BGB zu bewirken, würde daher einen entwicklungsgeschichtlichen Rückschritt bedeuten.

– Der vielfach behauptete Unterschied in den Schutzrichtungen von § 315 BGB einerseits und §§ 19, 20 GWB andererseits ist nicht erkennbar. Es sind keine Situationen erkennbar, bei denen Entgelte kartellrechtlich i.S. der §§ 19, 20 GWB beanstandungsfrei, zivilrechtlich i.S. des § 315 BGB aber »unbillig« sind.

– Hinsichtlich der Rechtsfolgen führt auch – wie im Falle der Anwendung des § 315 BGB – die Anwendung der §§ 19, 20 i.V.m. § 33 GWB nicht zur Vernichtung des Vertrages, sondern im Ergebnis zu dessen Aufrechterhaltung mit einem kartellrechtlich beanstandungsfreien Entgelt.

– Die Verdrängung der Monopolpreisrechtsprechung auf der Grundlage des § 315 BGB durch die Anwendung der §§ 19, 20 GWB ist auch im Hinblick auf die durch Allgemeininteressen gestützte Einheitlichkeit des kartellrechtlichen Normvollzuges geboten.

90 Ob der vom BGH (BGHZ 154, 5, 8 f.) hervorgehobene Grund der Sachnähe (Erreichbarkeit der Beweismittel) die Auferlegung der vollen Beweislast zum Nachteil des Bestimmenden auch außerhalb der »Sachwalter«-konstellation trägt, erscheint sehr zweifelhaft.

91 BGHZ 115, 311 ff. (322 f.) betr. tarifliche Abwasserentgelte; AG Heilbronn, RdE 2005, 176 (180) betr. Gaspreise.

92 LG Hannover, RdE 1992, 194 ff. (196 f.).

93 Dazu näher *Kunth/Tüngler*, NJW 2005, 1313 ff. (1315).

94 Vgl. WuW/E BGH 2762 Amtsanzeiger, WuW/E BGH 2195 Abwehrblatt II, zu § 26 Abs. 2 A.F. GWB; *R. Knöpfle/H.-Ch. Leo*, in: Gemeinschaftskommentar zum GWB, 5. Aufl. 2001, Rdnr. 2036 zu § 19.

95 Vgl. jetzt BGH (oben Fn. 5), S. 15 (Stadtwerke Mainz).

96 Vgl. *R. Knöpfle/H.-Ch. Leo*, a.a.O. (Fn. 94), Rdnr. 2037.

97 BGH WuW/E BGH 2762, 2767 Amtsanzeiger.

98 BGH WuW/E BGH 2762, 2767; OLG Karlsruhe WuW/E OLG 4611, 4617; *R. Knöpfle/H.-Ch. Leo*, a.a.O. (Fn. 94), Rdnr. 2038.

99 BGH WuW/E BGH 2762, 2767.

– Die Verdrängung des § 315 BGB durch die primär wettbewerbs- und nicht kostenorientierten Kriterien der §§ 19, 20, 33 GWB vermeidet auch Diskrepanzen in der Beweislastverteilung. Entsprechend den allgemeinen kartellzivilverfahrensrechtlichen Grundsätzen ist zwar die Substantiierungs-

pflicht des betroffenen Klägers durch die Grenze seiner Wahrnehmung beschränkt, die Kooperationslast des marktbeherrschenden Unternehmens aber ebenfalls durch den Gedanken der Zumutbarkeit (Offenlegung von Betriebsinterna!) eingegrenzt.