

Privatdozent Dr. Dan Wielsch, LL.M., Frankfurt am Main*

Die Kontrolle von Energiepreisen zwischen BGB und GWB

Der Beitrag nimmt die jüngste Rechtsprechung zur Billigkeitskontrolle von Energiepreisen zum Anlass, nach dem Verhältnis von allgemein-privatrechtlicher Rechtsfortbildung und kartellrechtlichen Instrumenten beim Schutz von Letztverbrauchern zu fragen. Insbesondere wird erörtert, unter welchen Voraussetzungen eine Verdrängung des Privatrechts durch das Wirtschaftsrecht stattfindet.

I. Die Billigkeitskontrolle von Energiepreisen

Die in den letzten Jahren erheblich gestiegenen Preise für den Bezug von Strom und Gas setzen private Haushalte ebenso wie mittelständische Unternehmen unter einen finanziellen Druck, gegen den sich die Betroffenen zunehmend dadurch zu wehren suchen, dass sie die Tarife oder deren Erhöhung gerichtlich überprüfen lassen.¹ Dadurch erhöht sich auch der Druck auf das Recht, die vorhandenen Instrumente zur Preiskontrolle schlüssig anzuwenden und aufeinander abzustimmen. Dass die Pflicht zur Genehmigung der Tarife (nach den Grundversorgungsordnungen [GVV] jetzt „Allgemeine Preise“) durch die Energieaufsichtsbehörden nunmehr auch für den Strombereich weggefallen ist und die privaten Versorger den Preis frei bilden können, macht die Problematik nur noch drängender.²

Sicherlich liegen die grundlegenden wettbewerbspolitischen Probleme der Energiewirtschaft in ihrer hohen horizontalen und vertikalen Konzentration. Damit der Wettbewerb das Preisverhalten der Energieversorgungsunternehmen (im Folgenden: EVU) effektiv kontrollieren kann, sind strukturelle Maßnahmen zu seiner Förderung notwendig.³ Die Existenz von Instrumenten der Preiskontrolle einerseits und die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes andererseits machen es aber in der Zeit bis zur Herstellung wirksamen Wettbewerbs erforderlich, dass das Instrument der Preiskontrolle konsistent angewendet wird.

Der einzelne Haushaltskunde kann den Preis für den Energiebezug im Rahmen der Grundversorgung auf zwei Wegen gerichtlich überprüfen lassen.⁴ Ganz im Vordergrund

steht bisher die vertragliche Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB (analog). Nachdem § 19 GWB im Zuge der 6. GWB-Novelle in einen Verbotstatbestand umgewandelt wurde, kann sich der Letztverbraucher auch auf den kartellrechtlichen Preismissbrauchstatbestand nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB berufen.

1. Anwendung von § 315 Abs. 3 S. 2 BGB auf Preiserhöhungen

In seinen jüngsten Entscheidungen hat der achte, für das Kaufrecht zuständige Senat des *BGH* wiederholt die Ansicht vertreten, dass sich bei Abschluss eines Energielieferungsvertrages die Höhe des geschuldeten Tarifs nicht aus einem einseitigen Bestimmungsrecht zugunsten des EVU ergebe, sondern vertraglich vereinbart sei.⁵ Der Kunde nehme ein durch den vom EVU veröffentlichten allgemeinen Tarif betragsmäßig bestimmtes Angebot an. Danach ist der jeweilige Anfangspreis einer Überprüfung nach § 315 BGB nicht zugänglich, weil er bereits vor Vertragsschluss einseitig festgesetzt ist und sich nicht – wie von der Vorschrift vorausgesetzt – als Ergebnis eines vereinbarten und nach Vertragsschluss ausgeübten einseitigen Bestimmungsrechts darstellt (vgl. die Auslegungsregel in § 315 Abs. 1 BGB). Etwas anderes soll jedoch für spätere Preiserhöhungen durch öffentliche Bekanntmachung gemäß § 4 Abs. 2 AVB (jetzt § 5 Abs. 2 GVV) gelten, bei denen das EVU von einem gesetzlich zugewiesenen einseitigen Leistungsänderungsrecht Gebrauch mache, für das der Schutzgedanke des § 315 BGB gleichermaßen wie bei einem rechtsgeschäftlich eingeräumten Bestimmungsrecht gelte.

Eine solche Zerlegung des Vertragsinhalts in einen konsentierten (und damit nicht nach § 315 BGB überprüfbar) Anfangspreis und einseitig festgesetzte (und damit nach § 315 BGB überprüfbar) Preiserhöhungen könnte dagegen mit dem Kartellsenat als künstliche Aufspaltung eines von Vertragsbeginn an geltenden Verfahrens zur Preisbestimmung erscheinen.⁶ Dieser argumentiert, dass auch dann, wenn das Entgelt betragsmäßig feststellbar sei, dieser Betrag nicht als Preis vereinbart werde, sondern nur das in einem bestimmten Zeitpunkt ermittelte Ergebnis des Preisbestimmungsverfahrens wiedergebe, das dem EVU auch für die Zukunft zustehen soll. Daran ist richtig, dass auch der „vereinbarte“ Anfangspreis faktisch als Produkt einer einseitigen Bestimmung und nicht zweiseitiger Verhandlung anzusehen ist.⁷ Daraus ergibt sich jedoch nicht schon dessen Überprüfbarkeit nach § 315 BGB. Die Vorschrift schützt in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich nicht vor der Eingehung einer machtmisbräuchlichen Vereinbarung,⁸ sondern er-

* Der Autor ist derzeit Lehrstuhlvertreter am Institut für Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt/M.

¹ Besondere Aufmerksamkeit unter der Vielzahl der anhängigen Gerichtsverfahren hatte die Klage des „Gasrebell von Heilbronn“ erregt, die der *BGH* mit Urteil v. 13. 6. 2007 – VIII ZR 36/06 abgewiesen hat. Näher dazu sogleich.

² Laut F. A. Z. v. 1. 8. 2007, Nr. 176, S. 12 hatten Anfang Juli 2007 bereits 91 Versorger den Wegfall der staatlichen Preisaufsicht genutzt, um ihre Tarife bis zu 34 Prozent anzuheben.

³ Sei es durch das „harte“ strukturpolitische Instrument der Entflechtung oder das „weiche“ des Abbaus von Marktzutrittschranken (etwa durch den erleichterten Netzanschluss von neuen Kraftwerken oder ein verbessertes Engpassmanagement an den Grenzkuppelstellen); vgl. etwa die Übersicht in Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 47 (2007), S. 20 ff. Die Initiativen der Bundesregierung zur Schaffung von Rahmenbedingungen für marktgerechte Energiepreise beschreibt *Wuermeling* RdE 2007, 33 ff.

⁴ Keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegen dabei die nach EnWG regulierten Netznutzungsentgelte als Bestandteil der Energiepreise. Die Fiktion des § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 Hs. 3 EnWG gilt im Rahmen einer Überprüfung nach § 19 GWB in direkter und im Rahmen einer Überprüfung nach § 315 BGB in analoger Anwendung; vgl. *Säcker*, Zum Verhältnis von § 315 BGB zu §§ 19, 29 GWB nach der Entscheidung des Achten Senats des *BGH* vom 28. 3. 2007 (Vortrag v. 11. 6. 2007 beim IWW, Berlin), 6.

⁵ Vgl. *BGH*, 28. 3. 2007 = JZ 2007, 839 mit Anm. *Ebricke*; RdE 2007, 158 m. Anm. *Markert*, bestätigt durch *BGH*, 13. 6. 2007 – VIII ZR 36/06 Rn. 32.

⁶ Vgl. *BGH*, 18. 10. 2005 = JZ 2006, 679, 680 m. Anm. *Bork*.

⁷ Die tatsächliche Unverhandelbarkeit des Preises ergibt sich schon daraus, dass er für eine bestimmte Zeitdauer sämtlichen Vertragsbeziehungen mit gleichen Nutzungsprofilen unabhängig davon zugrundeliegen soll, wann der einzelne Vertrag geschlossen wird, da der Versorger zur Gleichbehandlung von Kunden verpflichtet ist (§ 36 Abs. 1 S. 1 EnWG und bei Marktbeherrschung nach § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB).

⁸ Zutreffend *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB, 2004, § 315 Rn. 38 m. w. N.

möglicht die Kontrolle von einseitigen dynamischen Änderungen des Inhalts der einmal eingegangenen Vertragspflichten. Ihr kommt so eine wichtige Funktion bei der rechtlichen Stabilisierung langfristiger Lieferbeziehungen zu, die von dem Druck entlastet werden, mögliche künftige Kostensteigerungen bereits bei Vertragsschluss durch Risikozuschläge vorwegnehmen zu müssen.⁹

Freilich gehen die bei der Anwendung von § 315 BGB zu Tage tretenden – entscheidungserheblichen¹⁰ – Differenzen zwischen beiden Senaten nicht auf unterschiedliche Sachverhaltskonstellationen zurück, wie der wenig überzeugende Versuch zur Abgrenzung durch den achten Senat nahe legen möchte,¹¹ sondern beruhen auf grundlegend unterschiedlichen Betrachtungsweisen. Während der achte Senat einer formalen Sicht folgt, nach der der Konsens der Parteien jede einseitige Determiniertheit des Vertragsinhalts in sich aufnimmt, weist die materielle Betrachtung des Kartellsenats darauf hin, dass eine einseitige Preisbestimmung auch im Moment der Zustimmung zu ihrem Ergebnis keine Richtigkeitsgewähr in sich tragen kann. Entscheidend ist, wie das Recht den Umstand berücksichtigt, dass der Verhandlungsmechanismus des Vertrages bereits anfänglich nicht eingreifen kann.

2. Kontrolle des Anfangspreises nach § 315 Abs. 3 BGB analog

Nach der maßgeblichen Rechtsansicht des achten Senats kommt für eine umfassende Billigkeitskontrolle des Preises allein die analoge Anwendung von § 315 Abs. 3 S. 2 BGB in Betracht, die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit langem in Fällen bejaht wird, in denen der Kunde auf die Inanspruchnahme der Leistung angewiesen ist (Daseinsvorsorge) und der Anbieter eine Monopolstellung innehat.¹² Der Sachverhalt, den die Norm regeln will – die fehlende Richtigkeitsgewähr des Vertrages, wenn der Verhandlungsmechanismus infolge der Einseitigkeit der Leistungsbestimmung aufgehoben ist – ist ähnlich bei einer *faktisch* einseitigen Bestimmungsmacht bei Vertragsschluss von Kunden mit einem monopolistischen EVU. Hier ist dem Kunden das Aushandeln von Vertragsbedingungen versperrt. Weil er gezwungen ist, Energie abzunehmen, selbst wenn er den Preisen ausdrücklich widersprochen hat, ist er nicht in der Lage, seine Präferenzen durch marktlichen Druck in das Spiel der Kräfte beim Aushandeln des Vertrages einzubringen. Deswegen soll es in wertender Hinsicht gerechtfertigt sein, die faktische gegenüber der rechtsgeschäftlich eingeräumten Bestimmungsmacht gleich zu behandeln.¹³ Dass eine solche extensive Anwendung der Norm auf faktische Bestimmungsrechte unter Berufung auf dem ihr zugrunde liegenden „Schutzgedanken“ nur ausnahmsweise in Frage kommt, scheint angesichts der weit zurückreichenden Rechtsprechungslinie freilich in Vergessenheit zu geraten.¹⁴

Maßgeblich für die Eröffnung der Billigkeitskontrolle ist somit, ob der Kunde wegen einer Monopolstellung des Versorgers auf dessen Energielieferung angewiesen war oder ob er auf einen anderen Anbieter hätte ausweichen können. Nachdem der *BGH* die Angewiesenheit im Falle eines Stromkunden verneint hat, für dessen Versorgung – wie nach der Liberalisierung des Strommarktes typischerweise – mehrere Stromlieferanten zur Wahl standen,¹⁵ geht das Gericht jetzt auch bei Gaskunden von einer Wahlmöglichkeit aus, obwohl in casu das EVU – wiederum typischerweise¹⁶ – der einzige Anbieter war. Das wird mit der Annahme eines einheitlichen Wärmemarkts begründet, auf dem Gas in Substitutionswettbewerb zu Öl und Heizstrom stünden. Weil Neukunden zwischen alternativen Energieträgern wählen könnten, entstehe ein Wettbewerbsdruck auf Gasanbieter, der wegen der Einheitlichkeit der Versorgungstarife jedenfalls langfristig auch Altkunden zugute komme.

Als Konsequenz dieser Rechtsprechung ist § 315 BGB als Instrument zur Preiskontrolle weitestgehend entschärft. Der Kunde kann nicht den Gesamtpreis, sondern immer nur den jeweils letzten Erhöhungsschritt auf seine Billigkeit überprüfen lassen; vorangegangene Erhöhungen sollen – soweit nicht in angemessener Zeit gemäß § 315 BGB beanstandet – nicht mehr überprüfbar sein, weil mit dem Weiterbezug die entsprechende Jahresabrechnung akzeptiert und der einseitig erhöhte Preis nunmehr (konkulent) zum vereinbarten Preis geworden sei.¹⁷ Damit setzt sich freilich nur die in den unteren Instanzen feststellbare Tendenz fort, die vielfach im Energiepreisprozess angerufene Billigkeitskontrolle leerlaufen zu lassen.¹⁸ Angesichts ihrer rechtstatsächlichen Handhabung durch die Gerichte könnte man von einem „verbraucherrechtlichen Placebo“ sprechen.

Indessen ist aber schon fraglich, ob jener vergleichbare Fall der faktisch einseitigen Preisbestimmung heute tatsächlich ungeregt ist und im Moment der Entscheidung eine Lücke im Gesetz vorliegt, weil es am Schutz des Kunden durch eine kompensierende Preiskontrolle fehlt. Wenn das im Folgenden verneint wird, so ist im Ergebnis zwar ebenfalls eine Billigkeitskontrolle des Anfangspreises ausgeschlossen. Problematisch an der Sicht des *BGH* ist jedoch, dass sie vom Effekt her zu einer Derogation der richterrechtlichen Anwendung von § 315 BGB führt, indem das Gericht behauptet, Gaspreise würden auf dem Wärmemarkt im Wettbewerb mit anderen Energieträgern gebildet. Diese Argumentation ist nicht nur hochkontrovers und sieht sich mit dem Einwand konfrontiert, dass die Altkunden infolge der hohen Wechselkosten in Wirklichkeit keine Wahlmöglichkeiten haben.¹⁹ Sie verdeckt vielmehr auch die entscheidende Grundsatzfrage, wie die Phase des Übergangs des Energiesektors in den Wettbewerb eigentlich rechtsmethodisch zu bewältigen ist. Dem gegenüber soll vorliegend begründet

9 Vgl. die Überlegung in *BGH*, 13.6.2007 – VIII ZR 36/06 Rn. 22.

10 Denn während nach dem achten Senat immer nur eine Billigkeitskontrolle der jeweiligen Erhöhung in Betracht kommt – die dem EVU regelmäßig gelingen dürfte, wenn und weil es die bloße Weitergabe von Steigerungen der Bezugskosten darlegen kann –, wäre nach den Überlegungen des Kartellsenats auch der Sockelbetrag des geltenden Energiepreises unmittelbar nach § 315 BGB überprüfbar, ohne dass es auf weitere Voraussetzungen ankäme.

11 Kritisch auch *Markert RdE* 2007, 161, 162, der die Abgrenzung für eine nur scheinbare hält.

12 Vgl. *BGHZ* 73, 114; *BGH NJW* 1983, 659; 1987, 1828; 1992, 171; 2003, 3131; 2005, 2919; *NJW-RR* 2006, 133; siehe bereits *RGZ* 111, 310, 313.

13 Gute Darstellung bei *Ehrlicke JZ* 2005, 599, 601 f.

14 Dass § 315 BGB auf faktische Bestimmungsrechte grundsätzlich keine

Anwendung findet, stellen aber klar *Heinrichs*, in: *Palandt*, BGB, 66. Aufl. 2007, § 315 Rn. 4; *Wolf*, in: *Soergel*, BGB, 12. Aufl. 1990, § 315 Rn. 30.

15 In *BGH JZ* 2007, 839 mit Anm. *Ehrlicke*; *RdE* 2007, 158, 160.

16 Trotz Liberalisierung auch des Gasmarktes und vorhandener Netz Zugangsregulierung mangelt es beim Gas noch an Durchleitungen für die Belieferung durch Alternativenanbieter. Die meisten Anbieter sind auf regionale Märkte beschränkt.

17 So jetzt *BGH*, 13.6.2007 – VIII ZR 36/06 Rn. 36.

18 So scheidet die Feststellung einer Unbilligkeit (aus unterschiedlichen Gründen) etwa in den jüngeren Entscheidungen *OLG Hamm RdE* 2007, 132; *OLG Stuttgart ZNER* 2005, 71; *LG Heilbronn*, 19.1.2006 – 6 S 16/05 (als Vorinstanz zu *BGH VIII ZR 36/06*); *LG Potsdam*, 15.5.2006 – 3 S 147/05 (als Vorinstanz zu *BGH VIII ZR 144/06*); *LG Karlsruhe RdE* 2006, 134; *LG Bonn*, 7.9.2006 – 8 S 146/05; *BeckRS* 2006 10998.

19 Vgl. etwa *Deveder/Rott WuM* 2005, 423, 425 f.

werden, dass es zu einer normativen Verdrängung der allgemeinprivatrechtlichen Billigkeitskontrolle durch das GWB kommt.

II. Schutz durch kompensierende Preiskontrolle

1. Methodische Vorüberlegungen

In ihrer Grundversion verneint die „Verdrängungsthese“ das Bestehen einer Regelungslücke in Fällen faktischer Preisbestimmungsmacht mit dem Argument, dass es durch die erwähnte Umgestaltung des kartellrechtlichen Missbrauchsstatbestandes zu einer Verbotsnorm inzwischen mit § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB eine spezielle Regelung gebe, die dem einzelnen Energiekunden eine effektive Preiskontrolle in Monopolfällen ermögliche. Mag früher eine Regelungslücke bestanden haben, da kein direkter Rechtsbehelf zugunsten des Endkunden eingriff, kann der Preismissbrauch durch einen Marktbeherrscher heute nicht nur vom Kartellamt (§ 32 GWB), sondern auch vom Opfer selbst (§ 33 GWB) angegriffen werden.²⁰ Dem lässt sich nicht einfach entgegenhalten, Ansprüche aus Vertrag und Delikt folgten grundsätzlich jeweils eigenen Regeln, so dass § 315 BGB neben einem deliktischen Anspruch aus §§ 19, 33 GWB anwendbar sei.²¹ Zu bedenken ist nämlich, dass eine gegen § 19 GWB verstoßende Preisforderung verboten und im Umfang ihrer Missbräuchlichkeit unwirksam ist (§ 134 BGB). Damit ist dem vertragsrechtlichen Korrekturinstrument schon formal der Boden entzogen.²² Zu bedenken ist nämlich, dass mit der *analogen* Anwendung von § 315 BGB über den Bereich des Vertragsrechts hinausgetreten wird. Betroffen ist nicht die konsenterte Aufteilung des vertraglichen Regelungsprogramms auf (bilateralen) Vertrag und (unilaterale) Leistungsbestimmung wie in den Fällen von § 315 Abs. 1 BGB. Gerade die Kontroverse über die Konsensualität des Anfangspreises zeigt, wie schwierig es ist, sich auf die Legitimationskraft des Vertrages zu stützen. Betroffen ist vielmehr die einseitige faktische Bestimmungsmacht einer Partei aufgrund ihrer Stellung am Markt. Es geht nicht um die Kontrolle privatautonom begründeter Verhaltensspielräume eines anderen, sondern um die Gewährleistung der *Voraussetzungen* von Privatautonomie. Dazu dienen gesetzliche Verhaltenspflichten, die jedes dominante Unternehmen bei der Teilnahme am Markt zu beachten hat.

Gleichwohl bleibt zu prüfen, ob man unter Hinweis auf besondere Verhaltenspflichten für marktbeherrschende Unternehmen eine Verdrängung der Billigkeitskontrolle annehmen und den Energiekunden auf die Instrumente des Kartellprivatrechts verweisen kann. Immerhin würde eine zum Schutz der auf die Leistung angewiesenen Partei begründete Rechtsfortbildung zurückgenommen und die geschaffene Fallgruppe gleichsam aus der Generalklausel entlassen werden. Es ist deshalb methodisch genauer zu fragen, ob das kartellrechtliche Preismissbrauchsverbot einen abschließenden Schutz für den Letztverbraucher darstellt. Da sich der Gesetzgeber zu einer entsprechenden Spezialisierung des Kartellrechts nicht geäußert hat, wird man eine Verdrängung nur dann bejahen können, wenn die Kontrollmöglichkeiten des GWB dem durch Art. 2 Abs. 1 GG gebotenen Schutz der Privatautonomie als der „Selbstbestimmung des einzelnen im

Rechtsleben“²³ – einschließlich ihrer faktischen Voraussetzungen – genügen.²⁴ Hierbei ist nach der Entscheidung des *BVerfG* im „Bürgerschaftsfall“ insbesondere zu berücksichtigen, dass die Gewährleistung der Privatautonomie „deren justitielle Realisierung gleichsam mitdenkt“ und verlangt, dass „auch im Streitfall durchsetzbare Rechtspositionen begründet“ werden.²⁵ Folglich ist neben den Maßstäben eines kompensatorischen Schutzinstruments (wie beispielsweise die Eingriffsschwelle) auch dessen Durchsetzungsmechanismus zu betrachten.

Gegenstand dieser Prüfung ist an sich allein das Rechtsinstrument des § 19 GWB. Im Folgenden soll aber ein Vergleich der beiden Instrumente aus BGB und GWB vorgenommen werden, weil immer wieder behauptet wird, § 315 BGB stelle eine strengere und deswegen kundenfreundlichere Variante der Preiskontrolle dar. Zugleich dient der Bezug auf die (analog angewendete) Generalklausel als Anhaltspunkt für das erreichte Niveau des grundrechtlich geforderten Schutzes der Privatautonomie bzw. ihrer faktischen Voraussetzungen.

2. Maßstäbe der Preiskontrolle

a) Gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB dürfen marktbeherrschende Unternehmen kein Entgelt fordern, das den Preis übersteigt, der sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würde („Als-Ob-Wettbewerb“). Nach dem Vergleichsmarktkonzept kann der wettbewerbsanaloge Preis anhand des Preisverhaltens von anderen Unternehmen auf einem vergleichbaren Markt ohne Beherrschung ermittelt werden.²⁶ Soweit sich eine Abweichung ergibt, muss diese erheblich sein,²⁷ wobei freilich zu bedenken ist, dass dieser Erheblichkeitszuschlag vom *BGH* selbst verschiedentlich relativiert wurde²⁸ und überdies primär kartellverwaltungsrechtlich motiviert, jedoch für die zivilrechtlichen Folgen unbeachtlich ist.²⁹

Der Nachweis eines Preismissbrauchs kann aber auch auf andere Weise erbracht werden.³⁰ Anerkannt ist – auch vom *EuGH* – das sog. „Gewinnbegrenzungskonzept“, nach dem der Preis die Vollkosten nicht unangemessen übersteigen darf.³¹ Als Teil der anstehenden sog. „kleinen GWB-Novel-

²³ So die Bestimmung in *BVerfGE* 89, 214, 231 – Bürgerschaft.

²⁴ Dass zur Gewährleistung der grundrechtlich verbürgten Privatautonomie die *Bedingungen* freier Selbstbestimmung *tatsächlich* vorliegen müssen, betont *BVerfGE* 81, 242, 254 f. – Handelsvertreter. Dazu dienen auch die Vorschriften des Kartellrechts. Sie haben – wenn auch nicht ausschließlich – die Funktion, die Grundbedingungen wirtschaftlicher Selbstbestimmung gegen die Einschränkung durch wirtschaftliche Macht zu gewährleisten. Vgl. *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, 300.

²⁵ Vgl. *BVerfGE* 89, 214, 231 f. – Bürgerschaft.

²⁶ Fehlt es an einer Vergleichsmöglichkeit mit einem anderen wettbewerbslich ausgerichteten Markt, kommt – mit eingeschränkterem Aussagewert – auch ein Vergleich mit einem anderen Monopolanbieter in Betracht, vgl. *BGH WuW/E* 2309, 2311 – Glockenheide; *WuW/E* 1221, 1223 ff. – Stromtarif.

²⁷ So jedenfalls st. Rspr. seit *BGHZ* 68, 23 – Valium. Kritisch dagegen etwa *Weyer*, in: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht* (Stand 2007), § 19 GWB Rn. 1234 ff.

²⁸ Früher unter dem bis 1998 geltenden Energiekartellrecht des § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 und 2 GWB a. F. (vgl. *BGH ZIP* 1995, 776) und heute bei natürlichen Monopolen (vgl. *BGH ZNER* 2005, 230, 234).

²⁹ Es erfolgt eine Herabsetzung auf den wettbewerbsanalogen Preis, d. h. es gibt keine Missbrauchsprämie zu Lasten der Kunden, vgl. *Säcker RdE* 2006, 65, 70.

³⁰ Siehe den Wortlaut von § 19 IV Nr. 2 HS 2 („insbesondere“).

³¹ Grundlegend *EuGH*, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, 305 f. – *United Brands*. Bedeutung kommt dabei nicht nur der Höhe des geforderten Entgelts als solchem zu. Der Ansatz von Preisbildungsfaktoren, die bei Wettbewerb nicht durchsetzbar wären, kann Indiz für einen Preismissbrauch sein, vgl. *BGH WuW/E DER* 1617, 1621 – *Stadtwerke Mannheim*.

²⁰ Vgl. vor allem *Kühne RdE* 2005, 241 ff.; *ders.* *NJW* 2006, 654, 655; *ders.* *NJW* 2006, 2520.

²¹ Vgl. *BGH*, 13. 6. 2007 – VIII ZR 36/06 Rn. 18. Grundsätzlich bereits *BGHZ* 41, 271, 278 ff., allerdings zu § 26 Abs. 2 GWB a. F.

²² Vgl. *Kühne NJW* 2006, 2520, 2521.

le³² wird es zukünftig in § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB n.F. gesetzlich normiert sein. Maßstab dieser Angemessenheitsprüfung sollen neben den Ordnungsprinzipien der Wettbewerbswirtschaft auch das zugunsten der nachfragenden Letztverbraucher in § 1 Abs. 1 EnWG verankerte Ziel der „preisgünstigen Energieversorgung“ sein.³³ Daraus wird sich eine Verschärfung des Maßstabs der Missbrauchskontrolle für den Energiesektor ergeben, die freilich zeitlich befristet ist.³⁴

Die verschiedenen Messverfahren zur Feststellung eines wettbewerbsanalogen Preises können hier nicht eingehend gewürdigt werden. Hinzuweisen ist aber darauf, dass die Preismissbrauchskontrolle trotz mancher Grundsatzkritik³⁵ heute fester Bestandteil der deutschen und europäischen Kartellrechtspraxis ist, die inzwischen auf einige Erfahrung und gerichtlich bestätigte Konzepte zurückgreifen kann. Wenn es dennoch zu relativ wenigen Gerichtsentscheidungen gekommen ist, so liegt das nicht etwa an einer geringen praktischen Bedeutung des Verbots, sondern daran, dass es eine erhebliche Vorfeldwirkung ohne förmliche Missbrauchsverfügung entfaltet.³⁶

b) Ob eine einseitige Leistungsbestimmung der Billigkeit nach § 315 BGB entspricht, ist unter umfassender Würdigung des Vertragszwecks und der objektiven Interessenlage beider Parteien zu bestimmen.³⁷ Freilich wird die Prüfung oft über den einzelnen Vertrag hinausgetrieben, da die wirtschaftlichen Interessen des bestimmungsberechtigten Teils im Ganzen, also auch hinsichtlich seiner Beziehungen zu anderen Geschäftspartnern zu berücksichtigen sind.³⁸ Das ist zumal bei Verträgen über die Grundversorgung relevant, die das EVU massenhaft mit standardisiertem Inhalt schließt. Jedenfalls speziell für die Kontrolle des Preisverhaltens monopolistischer EVU muss der Maßstab ein überindividueller sein, denn das Unternehmen ist durch die Rechtsordnung zur Gleichbehandlung der Abnehmer verpflichtet. Insofern ist bei der analogen Anwendung von § 315 BGB kein Platz für autonom aus dem einzelnen Vertrag zu entwickelnde Billigkeitsmaßstäbe.

Welchen Inhalt die Darlegung der Billigkeit haben muss, hängt von der Art der leistungsbestimmenden Faktoren ab: Wenn die Leistung in einer Wettbewerbssituation erbracht wird und es sich beim geforderten Entgelt mithin um einen „Wettbewerbspreis“ handelt, so gilt das Entgelt als billig, wenn es im Rahmen des Marktüblichen liegt und dem entspricht, was als Preis für eine vergleichbare Leistung verlangt wird.³⁹ Fehlt es dagegen an einer Wettbewerbssituation, muss das verlangte Entgelt mit den Kosten der Leistungserbringung, ergänzt um Rücklagen für Investitionen und eine angemessene Verzinsung, verglichen werden (sog. „Kostenpreis“), wozu das EVU seine Kalkulationsgrundlagen und Preisgestaltung offenzulegen hat.⁴⁰

Bereits dieser kurze Blick macht deutlich, dass zur Konkretisierung der Billigkeitskontrolle von Preisen auf die kartellrechtlich ausdifferenzierten Konzepte des Marktvergleichs und der Kostenprüfung als Teil des Gewinnbegrenzungskonzepts zurückzugreifen ist. Die Generalklausel des § 315 BGB kann nur durch den Import von kartellrechtlichen Wertungen operationabel gemacht werden.⁴¹ Der sich dadurch ergebende Gleichlauf von billigkeits- und kartellrechtlicher Preiskontrolle folgt nach der Umwandlung von § 19 GWB in eine Verbotsnorm im Übrigen schon daraus, dass jede kartellrechtswidrige Preisforderung immer auch unbillig im Sinne des § 315 BGB sein muss. Denn der Richter kann keinen Preis festsetzen, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (§ 134 BGB i. V. m. § 19 GWB).⁴² Umgekehrt kann niemand als Bezieher einer standardisierten Leistung und als Vertragspartner eines an Gleichbehandlungsgrundsätze gebundenen Unternehmens aus § 315 BGB einen Anspruch auf einen billigeren als den wettbewerbsanalogen Preis ableiten.

3. Rechtsfolgen

Als Rechtsfolge einer erfolgreichen Beanstandung des Preises tritt nach beiden Instrumenten keine Vernichtung, sondern eine Anpassung des Vertrages ein. Nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB wird der vom Gericht ermittelte billige Preis durch Gestaltungsurteil zum Inhalt des Vertrages. Die nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB i. V. m. § 134 BGB eintretende Nichtigkeit erfasst nicht die gesamte Vereinbarung, sondern wird im Wege einer geltungserhaltenden Reduktion auf den überhöhten Teil des Preises beschränkt, da das Missbrauchsverbot nicht das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts überhaupt, sondern nur ein solches zu missbräuchlich überhöhten Preisen verhindern will.⁴³ Weil das gesetzliche Verbot in diesem Fall nur den einen Partner des Rechtsgeschäfts belastet, wird teilweise die Anwendung des § 134 BGB überhaupt für ausgeschlossen erachtet und stattdessen die Sanktionen der §§ 32 ff. GWB für ausreichend gehalten.⁴⁴ Danach könnte der Endkunde mit einem Schadensersatzanspruch aus § 33 Abs. 3 i. V. m. § 19 GWB gegen den Entgeltanspruch des EVU aufrechnen, der entsprechend gekürzt würde. Berücksichtigt man, dass die Aufrechnung als Gestaltungsrecht eine Vollstreckungsfunktion besitzt, nach der der Aufrechnende unmittelbar Befriedigung für seine Gegenforderung erlangt, geht die vom BGH vorgenommene Betonung der Gestaltungsfunktion von § 315 BGB gegenüber einem deliktischen Anspruch ohne direkte Gestaltungsmöglichkeit ins Leere.⁴⁵

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass eine Schutzlücke durch die Beschränkung des Endkunden auf die Preiskontrolle nach Kartellrecht in materieller Hinsicht nicht erkennbar ist, da § 315 BGB der Entgeltforderung keine weitergehenden Schranken zieht als § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB und § 29 GWB n.F.

4. Darlegungs- und Beweislast

Divergenzen zwischen beiden Instrumenten bestehen dagegen hinsichtlich der für die Rechtsdurchsetzung entscheidenden Frage der Beweislast. Während bei § 315 BGB die

32 BReg. Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandel/handels, 27.6.2007, BT-Drucks. 16/5847.

33 Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 16/5847, 17.

34 Gemäß § 131 Abs. 7 GWB/Reg-E wird die Vorschrift des § 29 GWB/Reg-E nach dem 31. 12. 2012 nicht mehr angewendet.

35 Vgl. die Nachweise bei Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2007, § 19 Rn. 130, jüngst kritisch Kühn WuW 2006, 578 ff.

36 Vgl. Badenbender ZWeR 2006, 233, 234.

37 Vgl. BGH NJW-RR 1992, 183, 184.

38 So BGHZ 41, 271, 279. Vgl. auch Kronke AcP 1983, 113, 143 und Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 258 (nur so lasse sich eine verobjektivierungsfähige Beurteilungsbasis für die Interessenlage des Anbieters finden).

39 Vgl. BGH NJW-RR 1992, 183, 184.

40 Ausführlicher vgl. Ehrliche JZ 2005, 599, 604.

41 Vgl. schon Mestmäcker AcP 168 (1968), 235, 248 ff.

42 Vgl. Säcker RdE 2006, 65, 70.

43 Vgl. Kühne RdE 2005, 241, 248.

44 Vgl. Leo, in: Gemeinschaftskommentar-GWB, 5. Aufl. (Stand 2006), § 19 Abs. 1 GWB Rn. 172 f.

45 Vgl. BGH, 13. 6. 2007 – VIII ZR 36/06 Rn. 18.

bestimmungsberechtigte Partei die volle Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit des geforderten Preises trägt,⁴⁶ muss bei §§ 19, 33 GWB der Geschädigte die behauptete Missbräuchlichkeit beweisen.⁴⁷ Angesichts dieses Unterschiedes kann man in zwei Richtungen weiter denken.

Für eine Verschärfung von § 315 BGB tritt ein, wer die Übertragung der Darlegungs- und Beweislastgrundsätze zu §§ 19, 20 GWB auf die analoge Anwendung von § 315 BGB mit dem Argument fordert, die Zuweisung der vollen Offenlegungslast im Rahmen des § 315 BGB unterlaufe den von Art. 12 GG gebotenen Schutz von Betriebsgeheimnissen auf Seiten der beklagten Versorger.⁴⁸ Notwendig sei vielmehr eine einzelfallorientierte Abwägung zwischen effektivem Rechtsschutz einerseits und Geheimnisschutz andererseits.

Obwohl eine solche differenzierende Bestimmung der Darlegungslast im Ergebnis durchaus zu begrüßen ist, lässt sich mit Rücksicht auf den von Art. 2 Abs. 1 GG gebotenen effektiven Schutz der Privatautonomie der Endkunden genau umgekehrt eine Verschärfung der Darlegungslastgrundsätze bei § 19 GWB fordern. Berücksichtigt man, dass die Darlegungslast bei § 19 GWB formal so gelagert ist wie bei der Geltendmachung der Unbilligkeit eines Preises in einem Rückforderungsprozess nach § 812 BGB, dort aber die Rechtsprechung dem darlegungspflichtigen Kunden mit dem Grundsatz der sekundären Behauptungslast hilft, weil er außerhalb des Geschehensablaufs steht und keine Kenntnis von den maßgeblichen Kostengrößen hat,⁴⁹ bietet sich eine entsprechende Modifikation der Darlegungslast auch bei § 19 GWB an.

Auf diese Weise würde das Missbrauchsverbot an die Aufgabe seiner Durchsetzung durch Verbraucher angepasst. Das impliziert nicht zwangsläufig eine Verpflichtung des Kartellrechts auf Individualschutz – obgleich § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB durchaus individualschützende Wirkung beizulegen ist⁵⁰ –, sondern betrifft zunächst nur die Ebene seiner effektiven Durchsetzung. Der Zusammenhang zwischen Individual- und Institutionenschutz, der hinter einem solchen Ansatz sichtbar wird, beruht auf dem Gedanken einer konsequenten Bindung des Einzelnen an die Ergebnisse des Wettbewerbs im Wirtschaftssystem, aber eben auch einer konsequenten Bindung des Systems an eine effektive Rechtskontrolle. Weil wirksamer Wettbewerb die faktische Voraussetzung dafür ist, dass die Marktteilnehmer von ihrer Privatautonomie Gebrauch machen können, hat der Einzelne ein verfassungsrechtlich begründetes „Recht auf effektiven Systemschutz“. Durch die Ausgestaltung von § 19 GWB als Verbotsnorm wurde inzwischen sogar das Tor zur individuellen Durchsetzung dieses Systemsschutzes aufgestoßen.

Aus der Perspektive effektiver Rechtsdurchsetzung wäre die Verankerung einer Klagebefugnis für Verbraucherverbände – nach dem Vorbild von § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG – auch im Kartellrecht wünschenswert gewesen.⁵¹ Ein entsprechender Vorschlag im Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle (§ 33

Abs. 2 Nr. 2 GWB-RegE) wurde aber vom Vermittlungsausschuss ohne Begründung gestrichen und erlitt damit das gleiche Schicksal wie bereits bei der 4. GWB-Novelle. Auf indirektem Wege wäre eine Verbandsklage gleichwohl möglich, wenn man § 19 IV Nr. 2 GWB als Verbraucherschutzgesetz i. S. v. § 2 Abs. 1 UKlaG ansehen würde.

5. Ergebnis

Die Beschränkung des Rechtsschutzes von Endkunden gegen die Höhe von Preisen für den Energiebezug auf die kartellrechtlichen Vorschriften zum Preismissbrauch ist mit dem Schutzgebot aus Art. 2 Abs. 1 GG vereinbar. Diesem wird entsprochen, weil jedenfalls das mit der analogen Anwendung von § 315 BGB bestehende Schutzniveau gewährleistet ist.

Eine normative Verdrängung der Billigkeits- durch die Missbrauchskontrolle erscheint zudem rechtspolitisch vorzugswürdig, weil das Kartellrecht mit den §§ 87 ff. GWB wenigstens Minimalsicherungen enthält, um das erforderliche Maß an Einheitlichkeit des Normvollzugs sicherzustellen,⁵² während bei der Billigkeitsrechtsprechung differierende Urteile kaum vermieden werden können.⁵³

III. Wechselseitige Einwirkungen im Verhältnis von Privat- und Wirtschaftsrecht

Die eigentliche Aufgabe von § 315 BGB besteht darin, die rechtlichen Konsequenzen für eine den Parteien erlaubte Aufspaltung des vertraglichen Regelungsprogramms festzulegen. Ihnen wird gestattet, die Bestimmung des Vertragsinhalts vom Abschlusszeitpunkt zu lösen und auf den späteren Konkretisierungsakt der Leistungsbestimmung zu übertragen.⁵⁴ Damit verzweigt sich aber auch die Kontrolle des Vertragsinhalts. Während die zweiseitig behandelten, konsentierten Regelungsfragen von der Richtigkeitsgewähr des Verhandlungsmechanismus erfasst werden, ist in der von der Leistungsbestimmung erfassten Regelungsfrage die eine Partei der Entscheidung der anderen unterworfen. Deshalb wird die dem Bestimmungsberechtigten eingeräumte Gestaltungsmacht an den Maßstab der Billigkeit gebunden und seinerseits einer repressiven Richtigkeitskontrolle durch den Richter unterworfen. Dieser agiert dabei in erster Linie als Vertragshelfer der Parteien, deren bereits zum Ausdruck gekommenen Vertragswillen er zu respektieren und „von innen heraus“, aber eben unter Berücksichtigung *beider* Interessen weiterzudenken hat.⁵⁵

Als Instrument zur Ermöglichung und Kontrolle dynamischer Verweisungen in Verträgen leistet § 315 BGB unverzichtbare Dienste. Hier kommt der Vorschrift jener vom

46 Vgl. BGH JZ 2006, 679, 681 mit Anm. Bork, st. Rsp. Siehe Gottwald, in: MünchKommBGB, 4. Aufl., 2003, § 315 Rn. 54 m. w. N.

47 Vgl. Knöpfle/Leo, in: Gemeinschaftskommentar GWB (Fn. 44), § 19 Rn. 2036.

48 So Kühne RdE 2005, 241, 249 und ders. NJW 2006, 2520, 2522.

49 Vgl. BGH NJW 2003, 1449, 1450.

50 Vgl. Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 19 Rn. 249. Teilweise wurde die Vorgängerregelung des § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 GWB a. F. sogar als Instrument des kompensatorischen Verbraucherschutzes gesehen, etwa von Drexel (Fn. 24), S. 446.

51 Für eine Rechtsdurchsetzung des Kartellrechts durch Verbandsklagen vgl. schon Steindorff ZHR 138 (1974), 504, 516 f. und jüngst Kestler WRP 2006, 1061, 1070. Ablehnend dagegen Säcker, Die Einordnung der Verbandsklage in das System des Privatrechts, 2006, passim.

52 Vgl. Kühne RdE 2005, 241, 248.

53 Zum einen macht der dem Bestimmungsberechtigten zustehende Ermessensspielraum (vgl. Rieble [Fn. 8], § 315 Rn. 133 ff.) verschieden hohe Tarife gleichermaßen angemessen, zum anderen ist die Billigkeitsprüfung eine Tatsachenfeststellung, so dass auch der BGH als Revisionsgericht nur prüfen kann, ob der Rechtsbegriff der Billigkeit nicht verkannt wurde (vgl. BGHZ 115, 311, 321).

54 Dass ein Vertrag wirksam ist, obwohl ein *essentiale negotii* zunächst unbestimmt bleibt, ist keineswegs selbstverständlich. Zur ablehnenden Haltung des römischen Rechts vgl. Gai. D. 18, 1, 35, 1. Die moderne Doktrin hat sich bei den Pandektisten im 19. Jahrhundert gebildet. Vgl. Zimmermann, The Law of Obligations, 1996, S. 254 f.

55 Für eine streng immanente, auf das jeweilige Schuldverhältnis verpflichtete Sichtweise von § 315 BGB vgl. Rieble (Fn. 8), § 315 Rn. 38 und 125.

BGH attestierte „hohe Gerechtigkeitsgehalt“ zu.⁵⁶ Hier besteht aber auch keinerlei Anlass, über ihre mögliche Subsidiarität im Verhältnis zum Wirtschaftsrecht nachzudenken.⁵⁷ Dieses Anwendungsgebiet wird jedoch verlassen, wenn die Norm auch herangezogen wird, um eine auf Störungen des Wettbewerbs beruhende faktische Bestimmungsmacht beim Zustandekommen von Verträgen zu kompensieren. Insofern geht es um die Gewährleistung der Voraussetzungen von Privatautonomie durch den Schutz von Wettbewerb – eine Aufgabe, mit der § 315 BGB strukturell überfordert ist und für die das Kartellrecht bewährte Konzepte bereithält und ständig weiterentwickelt. Aus diesem Grunde war es zwar gerechtfertigt, die in einer Rechtsordnung ohne ausdifferenziertes Kartellrecht bestehende Schutzlücke durch eine Inpflichtnahme des § 315 BGB zu schließen, und auch bis zur 6. GWB-Novelle ließ sich die parallele Anwendung der Billigkeitskontrolle neben dem Preismissbrauchstatbestand vertreten,⁵⁸ weil es an privaten Durchsetzungsmöglichkeiten gefehlt hat.

Dass im jüngsten Urteil des achten Senats immer noch § 315 BGB analog angewendet wird,⁵⁹ ist angesichts der beschriebenen Entwicklungen im Kartellrecht dagegen nicht mehr überzeugend. Eine solche Rechtsprechung findet kein Verhältnis zum modernen Kartellrecht, das ein Recht der wettbewerbsschützenden Verbote und deren Bewehrung mit privatrechtlichen Sanktionen ist.⁶⁰ Durch die insbesondere vom europäischen Recht vorangetriebene Ausstattung des geschädigten Marktteilnehmers mit subjektiven Klagebefugnissen kommt es insbesondere zu Friktionen bei der Einpassung gemeinschaftsrechtlicher Ansprüche in das nationale Schadensrecht.⁶¹ Die Effektivierung der Kartellrechtsdurchsetzung kann auch auf überkommene Figuren der schutzfunktionellen Rechtsfortbildung des Allgemeinprivatrechts treffen. Zur Vermeidung von Inkonsistenzen kann es dann angezeigt sein, bestimmte Fallgruppen aus privatrechtlichen Generalklauseln zu entlassen. Eine solche Entlassung darf aber nicht unkontrolliert geschehen, sondern muss sich ihrerseits rechtfertigen können vor den grundrechtlichen Schutzgeboten zur effektiven Gewährleistung von verbürgten Freiheiten.

Entsprechend zu ergänzen ist die Entwicklungstypologie, die sich bei der Wechselwirkung von Privat- und Wirtschaftsrecht erkennen lässt: Steht anfänglich als normative Grundlage zur Bekämpfung von Monopolmissbrauch nur das Privatrecht

mit seinen Generalklauseln zur Verfügung und übernimmt eine lückenfüllende Funktion für wirtschaftsrechtlich (noch) nicht ausdifferenzierte Tatbestände, so wirken die im Laufe der Zeit geschaffenen wirtschaftsrechtlichen Sondernormen maßstabsformend auf die Auslegung der Generalklauseln zurück und übernehmen im Folgenden eine normkonkretisierende Funktion für das Privatrecht.⁶² In einer dritten Phase vermag dann ein effektiv durchsetzbares Wirtschaftsrecht zwar prinzipiell zivilrechtliche Normsätze zu verdrängen, die ihrerseits Ergebnis allgemeinprivatrechtlicher schutzfunktioneller Rechtsfortbildung sind. Es kommt dabei aber zu einer *Steuerung der Verdrängung* durch grundrechtliche Schutzgebote und einen Vergleich mit dem durch die Auslegung der Generalklauseln erreichten Schutzniveau, also gleichsam dem schutzrechtlichen „acquis“.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

§ 315 BGB ist unter heutigen Bedingungen kein geeignetes Instrument zur gerichtlichen Kontrolle der Energiepreise für Endkunden. Tatsächlich erweist sich die Anrufung der Norm im Spiegel der Erfahrungen mit jüngster Rechtsprechung durch die Zivilgerichte als „wirkungsloser Placebo“.

Einschlägig ist stattdessen die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle nach § 19 GWB. Dessen individuelle Durchsetzbarkeit ist jedoch zu stärken. Das hat durch eine angemessene Verteilung der Darlegungslast zu geschehen. In Zukunft wird § 29 GWB n.F. zu beachten sein, der das Missbrauchsverbot des § 19 GWB bei der Bekämpfung überhöhter Energiepreise verschärft. Danach kann insbesondere auch eine unangemessene Kosten-Preis-Relation einen Missbrauch begründen (§ 29 S. 1 Nr. 2 GWB). Durch diese Kodifizierung des Prüfungskonzepts der Kostenkontrolle im Wettbewerbsrecht fällt ein weiteres Argument für die analoge Anwendung von § 315 BGB weg, der bisher vornehmlich für die Möglichkeit der Berücksichtigung von Kostengrößen stand.

Es handelt sich hierbei nicht um eine einseitige „parteiliche“ Verdrängung des Privatrechts durch das Wirtschaftsrecht. Vielmehr wird die Verdrängung (a) normativ gesteuert durch grundrechtliche Schutzgebote und (b) methodisch operationalisiert durch das Institut der Analogie und einen Vergleich mit dem im Privatrecht erreichten Schutzniveau.

Nach erfolgter Liberalisierung der Daseinsvorsorge obliegt dem Staat eine Gewährleistungsfunktion. Jedenfalls bei eingeschränktem Wettbewerb ist insofern eine wirksame Preiskontrolle erforderlich. Diesen Druck bekommt derzeit das Zivilrecht zu spüren: es ist mit den Folgen des politischen Entschlusses konfrontiert, Daseinsvorsorge in die Hände von Privaten zu legen – ohne dass freilich der Wettbewerb schon die Kraft hätte, diese ausreichend zu binden.

⁵⁶ BGH, 13. 6. 2007 – VIII ZR 36/06 Rn. 18.

⁵⁷ Der BGH (Fn. 50), verkennt offenbar die Position der Befürworter der Verdrängungsthese, die eben nicht § 315 BGB in unmittelbarer Anwendung gegenüber § 19 GWB zurücktreten lassen wollen, sondern sich gegen eine analoge Anwendung der Vorschrift im Rahmen der Monopolpreisrechtsprechung aussprechen, vgl. Kühne RdE 2005, 241, 249 und Ebricke JZ 2005, 599, 602.

⁵⁸ Grundlegend vgl. BGHZ 41, 271, 278 ff. (zum damaligen § 26 Abs. 2 GWB).

⁵⁹ Und zwar inzident, vgl. BGH, 13. 6. 2007 – VIII ZR 36/06 Rn. 33 ff.

⁶⁰ Vgl. K. Schmidt AcP 206 (2006), 169, 185.

⁶¹ Dazu etwa Keffler WRP 2006, 1061 ff.

⁶² Vgl. die Übersicht bei Kühne RdE 2005, 241, 244.