

Kritik am Kartellrechts-Verständnis des VIII. Zivilsenats am Bundesgerichtshof

Übersicht

0. Überblick.....	2
1. Urteil VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008.....	3
1.1 Leitsatz.....	3
1.2 Urteilsbegründung.....	3
1.3 Zitat in Gaspreis-Urteil VIII ZR 314/07 vom 8.7.2009.....	5
2. Sinn von § 29 GWB.....	6
2.1 Wortlaut.....	6
2.2 Gesetzesbegründung.....	7
2.2.1 Gesetzentwurf vom 27.6.2007.....	7
2.2.2 Beschlussempfehlung vom 14.11.2007.....	8
2.2.3 Plenarprotokoll vom 15.11.2007.....	10
2.3 unzulässige Rechtsfortbildung.....	11
2.3.1 allgemeine Funktion des Kartellrechts.....	11
2.3.2 Nichtanwendbarkeit von BVerfG 82, 6, 12 f. auf § 29 GWB.....	12
2.3.3 Begriff Preisregulierung.....	14
2.3.4 übrige BGH-Rechtsprechung.....	16
2.4 Verhältnis von § 29 GWB zu § 315 BGB.....	17
2.4.1 Allgemeine Unterschiede zwischen Kartellrechtswidrigkeit und Unbilligkeit.....	17
2.4.2 Gegenüberstellung von § 315 BGB und § 29 GWB.....	18
3. Wertung des Urteils vom 19.11.2008.....	21
3.1 Justiz-Willkür.....	21
3.1.1 Historischer Wille des Gesetzgebers.....	21
3.1.2 Qualität der Rechtsverstöße im Urteil VIII ZR 138/07.....	22
3.1.3 Verfassungswidrigkeit des Urteils VIII ZR 138/07.....	23
3.2 Einfluss der Energieversorger.....	24
3.3 Schutzlosigkeit der Energieverbraucher.....	26
Quellen.....	27

0. Überblick

Stark gestiegene Energiepreise waren in den letzten Jahren Gegenstand zahlreicher gerichtlicher Auseinandersetzungen zwischen Verbrauchern und Energieversorgern. Wegen der Schäden für Wettbewerb und Verbraucher wurde 2007 sogar der Gesetzgeber aktiv und verabschiedete ein Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung mit § 29 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im Zentrum. Daraufhin stellte z. B. der Bund der Energieverbraucher im Dezember 2007 unter http://www.energieverbraucher.de/files_db/dl_mg_1198241843.doc einen Musterbrief bereit, um den überhöhten Energiepreisen auch mit kartellrechtlichen Argumenten zu widersprechen. Die Verbraucher wandten gegenüber ihren Energieversorgern die Unbilligkeit der Preiserhöhungen nach § 315 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) ein oder auch die Kartellrechtswidrigkeit der Preisgestaltung nach § 19 GWB oder § 29 GWB. Entsprechend kürzten viele Verbraucher ihre Energierechnungen.

Wie der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes (BGH) in seinem Urteil VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 den neu eingeführten § 29 GWB interpretierte, ist bemerkenswert. Der VIII. Zivilsenat des BGH entwickelte zu seiner Gesetzesinterpretation ein seltsames Verständnis vom Kartellrecht in Zivilprozessen, das sich unter keinen Umständen mit dem Gesetz vereinbaren lässt. Dadurch gelang es dem VIII. Zivilsenat, § 315 BGB für zivile Streitigkeiten um Energiepreise noch weiter zu entwerten, als er es bereits mit der sogenannten Preissockel-Theorie getan hatte.

Aus einer völlig unhaltbaren Deutung vom Willen des Gesetzgebers leitete der VIII. Zivilsenat ab, dass Gerichte die Energiepreise nicht als Ganzes inklusive Preissockel nach § 315 BGB kontrollieren dürften. Denn dies käme nach Auffassung des Senats einer Preisregulierung gleich. So gelang dem VIII. Zivilsenat unter Vorsitz des Richters Wolfgang Ball das juristische Kunststück, aus der Kartellrechtsänderung 2007 einen schwerwiegenden Nachteil für Energieverbraucher zu konstruieren: nach dem 1. Leitsatz des Urteils vom 19.11.2008 unterliegen allgemeine Tarife eines Gasversorgers keiner umfassenden gerichtlichen Billigkeitskontrolle, obwohl die Leistung jederzeit einseitig im Sinne von § 315 BGB bestimmt wird. Anders als bei der Preissockel-Theorie betreibt der VIII. Zivilsenat mit seiner seltsamen Gesetzesauslegung im Urteil VIII ZR 138/07 nicht nur eine einfache Rechtsbeugung, sondern er begeht sogar offenen Rechtsbruch.

In Kapitel 1 wird aus dem Gaspreis-Urteil VIII ZR 138/07 vom VIII. Zivilsenat des BGH der Teil vorgestellt, der sich mit der Kartellrechtsnovelle vom 18.12.2007 und den Schlussfolgerungen des Senats daraus befasst. In Kapitel 2 wird geprüft, ob Wortlaut und Zweck von § 29 GWB das Kartellrechts-Verständnis des VIII. Zivilsenats stützen und in wie weit das Gericht das Gesetz unzulässig fortgebildet hat. Ferner beleuchtet Kapitel 2 das Verhältnis von § 315 BGB zu § 29 GWB. Kapitel 3 bewertet das Urteil als Willkür-Entscheidung, die nicht im Namen des Volkes, sondern im Namen der Energiekonzerne ergangen ist.

1. Urteil VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008

In diesem Kapitel wird nicht das gesamte [BGH-Urteil vom 19.11.2008](#) vorgestellt. Vielmehr geht es nur um den Ausschnitt, der sich mit dem Kartellrechts-Verständnis des VIII. Zivilsenats unter dem Vorsitz des Richters Wolfgang Ball beschäftigt, und darum, wie der Senat darauf aufbauend den § 315 BGB einschränkte. Nach dem Kartellrechts-Verständnis des VIII. Zivilsenats am BGH ist in zivilrechtlichen Auseinandersetzungen um überhöhte Energiepreise kein Raum für Kartellrechtsfragen. Aus der „Absicht des Gesetzgebers“ bei Einführung des § 29 GWB leitet der VIII. Zivilsenat sogar eine Einschränkung von § 315 BGB ab. Die Begründung ist unabhängig von der Preissockel-Theorie, die vom VIII. Zivilsenat 2007 – 2008 entwickelt worden war und die am 14.1.2010 bereits einer eigenen Kritik unterzogen wurde, siehe http://www.cleanstate.de/Preissockel_Energiepreise.html.

1.1 Leitsatz

Am Bundesgerichtshof ging es im Verfahren [VIII ZR 138/07](#) vom 19.11.2008 um Erdgaspreise zwischen einem Privatverbraucher als Kläger und der Stadtwerke Dinslaken GmbH als Beklagter. Die Gasentgelte betrafen die Grundversorgung mit Erdgas, also das Vertragsverhältnis eines Tarifkunden. Streitgegenstand war nur eine Tarifierhöhung, nicht der Gesamtpreis des Erdgases. Der 1. Leitsatz des Urteils vom 19.11.2008 lautet:

„Allgemeine Tarife eines Gasversorgers im Sinne von § 10 EnWG 1998, § 4 AVBGasV unterliegen, soweit sie Gegenstand einer vertraglichen Einigung zwischen dem Versorger und dem Kunden geworden sind, nicht einer umfassenden gerichtlichen Billigkeitskontrolle in entsprechender Anwendung von § 315 BGB. Die Analogie würde der Entscheidung des Gesetzgebers zuwiderlaufen, von einer staatlichen Regulierung der allgemeinen Tarife für Gas abzusehen.“

Der gesamte folgende Beitrag beschäftigt sich ausschließlich mit der Aussage zur „staatlichen Regulierung“ aus diesem Leitsatz, mit seiner Begründung im Urteil und mit seinen Konsequenzen für die Billigkeitsprüfung in Zivilstreitigkeiten zwischen Energieversorgern und deren Kunden.

1.2 Urteilsbegründung

In Randnummer 18 der Urteilsbegründung äußert der VIII. Zivilsenat des BGH folgende Auffassung zur gerichtlichen Preiskontrolle nach § 315 BGB:

„Einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle von allgemeinen Tarifen (Preisen) eines Gasversorgungsunternehmens im Sinne von § 10 EnWG 1998 (§ 36 EnWG 2005), § 4 Abs. 1 AVBGasV in analoger Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB steht entgegen, dass sie der Intention des Gesetzgebers zuwider liefe, der eine staatliche Prüfung und Genehmigung dieser Tarife wiederholt abgelehnt hat. Auch bei der gerichtlichen Kontrolle der Billigkeit der Tariffestsetzung fände für das betroffene Gasversorgungsunternehmen eine Preisregulierung statt, wenn der Tarif nach Auffassung des Gerichts unbillig überhöht und deshalb durch Urteil zu bestimmen wäre.“

In den Randnummern 19 und 20 seines Urteils erläutert der VIII. Zivilsenat diese Einschätzung. Dazu beruft sich der Senat auf die Absichten des Gesetzgebers bei Erlass der Verordnung über allgemeine Tarife für die Versorgung mit Gas vom 10.2.1959 und auf die

Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24.4.1998. In den Randnummern 21 und 22 seines Urteils setzt sich der VIII. Zivilsenat des BGH mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung vom 18.12.2007 auseinander und kommt zu folgendem Ergebnis:

„Seine Entscheidung, von einer staatlichen Regulierung der allgemeinen Tarife für Gas und (nach dem am 1. Juli 2007 erfolgten Außerkrafttreten der Bundestarifordnung Elektrizität durch das Zweite Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 7. Juli 2005, BGBl. I S. 1970, 2018) auch für Strom abzusehen, hat der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2966) bestätigt. Zwar hat er Defizite bei der Entwicklung funktionierender Wettbewerbsmärkte insbesondere im Haushaltskundengeschäft mit Gas festgestellt (Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/5847, S. 9). Als Konsequenz hat er jedoch lediglich durch Einführung von § 29 GWB das kartellrechtliche Instrumentarium zur Bekämpfung missbräuchlich überhöhter Energiepreise - zeitlich befristet (vgl. § 131 Abs. 7 GWB) - verschärft. Dagegen hat er sich ausdrücklich gegen eine Preisregulierung gewandt (ebenda).

Diese legislative Einschätzung kann bei der Frage, ob die allgemeinen Tarife (Preise) von Gasversorgungsunternehmen im Sinne von § 10 EnWG 1998 (§ 36 EnWG 2005), § 4 Abs. 1 AVBGasV wegen einer Monopolstellung des Anbieters in entsprechender Anwendung von § 315 BGB einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen sind, nicht unberücksichtigt bleiben. Es kann ausgeschlossen werden, dass sie auf der Annahme beruht, es finde jedenfalls eine solche Kontrolle statt; denn der Senat hatte eine umfassende Billigkeitskontrolle der allgemeinen Tarife von Gasversorgern durch die Gerichte mit seiner Entscheidung vom 13. Juni 2007 (BGHZ 172, 315) bereits vor dem Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens abgelehnt.“

Nach diesen relativ umfangreichen Vorbemerkungen diskutiert der VIII. Zivilsenat in Randnummer 23 die Rolle der Zivilgerichte bei der Missbrauchskontrolle von Energiepreisen:

„Zudem hat der Gesetzgeber auch im Übrigen die Einbindung der Zivilgerichte in die Missbrauchskontrolle reduziert. Die in § 29 Nr. 1 GWB in der Fassung des Regierungsentwurfs (BT-Drs. 16/5847, S. 5) vorgesehene Darlegungs- und Beweislast der Energieversorgungsunternehmen dafür, dass im Vergleich zu anderen Versorgungsunternehmen ungünstigere Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen sachlich gerechtfertigt sind, ist im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens auf Verfahren vor den Kartellbehörden beschränkt worden, um eine von den Energieversorgern befürchtete Prozessflut bei den Zivilgerichten zu verhindern (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie vom 14. November 2007, BT-Drs. 16/7156, S. 9 f.; BT-Plenarprotokoll 16/126 vom 15. November 2007, S. 13169 f.). Der Anwendungsbereich der Vorschrift, die in ihrer ursprünglichen Fassung zu einer deutlichen Aufwertung der zivilrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten der Kunden gegenüber der Preisgestaltung von Gasversorgungsunternehmen hätte führen können, ist ausdrücklich so eingeschränkt worden, dass sie keine Grundlage für zivilrechtliche Auseinandersetzungen mehr bieten sollte (vgl. BT-Plenarprotokoll 16/126, S. 13170). Angesichts der erklärten Absicht des Gesetzgebers, überhöhte Preise im Bereich der Versorgung mit Gas und Strom ausschließlich durch eine Verschärfung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht und nicht im Wege

zivilrechtlicher Auseinandersetzungen bekämpfen zu wollen, sind die Zivilgerichte zu einer entsprechender Anwendung von § 315 BGB und einer darauf gestützten umfassenden Billigkeitskontrolle allgemeiner Tarife von Gasversorgungsunternehmen nicht legitimiert (vgl. BVerfGE 82, 6, 12 f.).“

Dem VIII. Zivilsenat des BGH gelingt es mit dieser Begründung, die Anwendung des § 315 BGB erheblich einzuschränken und eine umfassende Billigkeitskontrolle von Energiepreisen zu verhindern. Die Argumentation besteht neben der sogenannten Preissockel-Theorie, die bereits in einer umfangreichen Schrift vom 14.1.2010 kritisiert wurde, siehe http://www.cleanstate.de/Preissockel_Energiepreise.html.

1.3 Zitat in Gaspreis-Urteil VIII ZR 314/07 vom 8.7.2009

Im Verfahren [VIII ZR 314/07](#) vom 8.7.2009 stritten die Parteien vor dem Bundesgerichtshof um die Wirksamkeit von Gaspreiserhöhungen, die von den Stadtwerken Delmenhorst als der Beklagten einseitig vorgenommen wurden. Mit ihrer Klage haben die klagenden Privathaushalte die Feststellung begehrt, dass die Erhöhungen des Arbeitspreises Erdgas vom 1.10.2004, 1.10.2005 und 1.1.2006 unbillig und unwirksam seien. In Randnummer 17 seiner Leitsatzentscheidung vom 8.7.2009 führt der VIII. Zivilsenat des BGH aus:

„Einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle von allgemeinen Tarifen (Preisen) eines Gasversorgungsunternehmens in analoger Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB steht entgegen, dass sie der Intention des Gesetzgebers zuwider liefe, der eine staatliche Prüfung und Genehmigung dieser Tarife wiederholt abgelehnt hat. Auch bei der gerichtlichen Kontrolle der Billigkeit der Tariffestsetzung fände für das betroffene Gasversorgungsunternehmen eine Preisregulierung statt, wenn der Tarif nach Auffassung des Gerichts unbillig überhöht und deshalb durch Urteil zu bestimmen wäre (dazu im Einzelnen Senatsurteil vom 19. November 2008, aaO, Tz. 17 - 23).“

Damit bestätigt der VIII. Zivilsenat seine Rechtsprechung vom 19.11.2008. Die zitierte Passage findet sich so oder in ähnlicher Form in vielen Urteilen unterer Instanzen und in Schriftsätzen von Versorgern wieder. Denn sie nimmt § 315 BGB die Kraft, die der Gesetzeswortlaut und der Gesetzgeber dem Paragraphen verliehen haben.

2. Sinn von § 29 GWB

Das Kartellrechts-Verständnis aus dem BGH-Urteil VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 lässt sich nicht mit dem Wortlaut von § 29 GWB zur Energiewirtschaft vereinbaren, vgl. Abschnitt 2.1. Die Gesetzesbegründung gibt keinerlei Anhaltspunkte für die Auffassung des VIII. Zivilsenates, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des § 29 GWB am 18.12.2007 die zivilrechtlichen Handlungsmöglichkeiten von Energieverbrauchern reduzieren wollte, siehe Abschnitt 2.2. Der VIII. Zivilsenat hat mit seinem Urteil vom 19.11.2008 das Recht in unzulässiger Form fortgebildet und mit § 29 GWB ein erst 11 Monate altes Gesetz für veraltet erklärt, wie Abschnitt 2.3 darlegt. Weder den Begriff der Preisregulierung noch das Verhältnis von § 29 GWB zu § 315 BGB erfasst der VIII. Zivilsenat unter Vorsitz von Richter Wolfgang Ball in gesetzeskonformer Art und Weise, siehe Abschnitt 2.4.

2.1 Wortlaut

Am 18.12.2007 wurde in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) der § 29 zur Energiewirtschaft eingefügt, der nach § 131 Absatz 7 GWB nur bis zum 31.12.2012 anzuwenden ist. Der Gesetzestext lautet:

Einem Unternehmen ist es verboten, als Anbieter von Elektrizität oder leitungsgebundenem Gas (Versorgungsunternehmen) auf einem Markt, auf dem es allein oder zusammen mit anderen Versorgungsunternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat, diese Stellung missbräuchlich auszunutzen, indem es

- 1. Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die ungünstiger sind als diejenigen anderer Versorgungsunternehmen oder von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten, es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, dass die Abweichung sachlich gerechtfertigt ist, wobei die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast nur in Verfahren vor den Kartellbehörden gilt, oder*
- 2. Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten*
Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, dürfen bei der Feststellung eines Missbrauchs im Sinne des Satzes 1 nicht berücksichtigt werden. Die §§ 19 und 20 bleiben unberührt.

Dem reinen Wortlaut nach handelt es sich bei § 29 GWB um eine Verbotsnorm, die sich an Unternehmen der Energieversorgung richtet. Die Preise der Versorgungsunternehmen dürfen nach Nr. 2 die Kosten nicht in „unangemessener Weise“ überschreiten. Es sind nur Kosten zu berücksichtigen, die sich auch bei funktionierendem Wettbewerb einstellen. Im Hinblick auf den 1. Leitsatz des BGH-Urteils VIII ZR 138/07 sind drei Dinge hervorzuheben:

1. Dem reinen Gesetzestext von § 29 GWB ist nicht zu entnehmen, dass die Verbotsnorm in Zivilverfahren ohne Beteiligung einer Kartellbehörde nicht anwendbar wäre. Vielmehr wird im Falle von § 29 Nr. 1 GWB in Verfahren vor den Kartellbehörden die Darlegungs- und Beweislast umgekehrt, während in anderen Kartellrechtsstreitigen, sogenannten Kartellzivilprozessen, die Beweislast wie sonst üblich verteilt ist.
2. Die §§ 19 und 20 GWB bleiben völlig unberührt von § 29 GWB und sind ohne jede Einschränkung wie bisher anwendbar.
3. Der § 315 BGB zur „Bestimmung der Leistung durch eine Partei“ wird nicht durch § 29 GWB eingeschränkt. Die Kartellrechtsnovelle ändert insbesondere nichts daran, dass im Falle von Unbilligkeiten ein Gericht nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB den billigen Preis bestimmt.

In der folgenden Tabelle ist nochmals zusammengestellt, was sich mit Inkrafttreten des „Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels“ zum 18.12.2007 änderte, soweit es die §§ 1, 19 und 29 GWB sowie § 315 BGB betrifft:

	Gesetzeslage bis 17.12.2007	Gesetzeslage ab 18.12.2007
§ 1 GWB	existiert	unverändert
§ 19 GWB	existiert	unverändert
§ 29 GWB	nicht vorhanden	neu eingeführt
§ 315 BGB	existiert	unverändert

Vor dem Hintergrund erscheint die folgende Aussage aus Randnummer 23 des Urteils VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 völlig unverständlich: „Zudem hat der Gesetzgeber auch im Übrigen die Einbindung der Zivilgerichte in die Missbrauchskontrolle reduziert.“

2.2 Gesetzesbegründung

2.2.1 Gesetzentwurf vom 27.6.2007

Die Bundesregierung sah Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und erkannte mit der Bundestagsdrucksache 16/5847 vom 27.6.2007 den Bedarf für eine Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Ursprünglich sollte § 29 GWB nach Seite 5 in <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/058/1605847.pdf> wie folgt lauten:

§ 29 Energiewirtschaft

Einem Unternehmen ist es verboten, als Anbieter von Elektrizität oder Gas (Versorgungsunternehmen) auf einem Markt, auf dem es allein oder zusammen mit anderen Versorgungsunternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat, diese Stellung missbräuchlich auszunutzen, indem es

- 1. Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die ungünstiger sind als diejenigen anderer Versorgungsunternehmen oder von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten, es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, dass die Abweichung sachlich gerechtfertigt ist, oder*
- 2. Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten.*

Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, dürfen bei der Feststellung eines Missbrauchs im Sinne des Satzes 1 nicht berücksichtigt werden. Die §§ 19 und 20 bleiben unberührt.

In der Begründung für den Gesetzentwurf stellt die Bundesregierung fest, vgl. Seite 9 in <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/058/1605847.pdf>:

„Die den Energienetzen vor- und nachgelagerten Märkte haben sich seit der mehr als acht Jahre zurückliegenden rechtlichen Marktöffnung noch nicht zu funktionierenden Wettbewerbsmärkten entwickelt. Defizite sind insbesondere im Erzeugungsbereich von Elektrizität und – u. a. bedingt durch bislang nur unzureichend funktionierende Durchleitungsmodelle – im Haushaltskundengeschäft mit Gas festzustellen. Die Energiemärkte sind von einer starken vertikalen Integration und zunehmender Konzentration geprägt. Die Energiepreise sind auf ein volkswirtschaftlich bedenkliches Niveau gestiegen, das mit der Entwicklung der Primärenergiekosten nicht mehr begründbar erscheint und industrielle Abnehmer sowie Endverbraucher über Gebühr belastet.“

In den Erwägungen zu Satz 1 Nr. 1 heißt es auf Seite 11 der Bundestagsdrucksache 16/5847:

„Die materielle Beweislast für die sachliche Rechtfertigung ist entsprechend der gängigen Praxis den marktbeherrschenden Unternehmen auferlegt.“ Diese Verteilung der Darlegungs- und Beweislast sollte laut der ursprünglichen Fassung von § 29 GWB für alle Verfahren gelten, unabhängig davon, ob eine Kartellbehörde daran beteiligt war oder nicht. Insbesondere hätten auch Privatverbraucher in gerichtlichen Auseinandersetzungen einen Verstoß ihres Energieversorgers gegen § 29 Nr. 1 GWB behaupten können, und das betroffene Unternehmen hätte beweisen müssen, dass die Preisabweichungen sachlich gerechtfertigt sind.

In den Erwägungen zu Satz 1 Nr. 2 heißt es auf Seite 11 der Bundestagsdrucksache 16/5847: *„Nach Satz 1 Nr. 2 kann auch der absolut überhöhte Preis einen Missbrauchsvorwurf rechtfertigen. Damit wird die Möglichkeit, einen Ausbeutungsmisbrauch mit einer unangemessenen Kosten-Preis-Relation zu begründen, für den Bereich der Energiewirtschaft ausdrücklich klargelegt. § 29 kodifiziert insoweit die Prüfungskonzepte der Kostenkontrolle und Gewinnbeschränkung für die Anwendung von § 19 Abs. 1, 4 Nr. 2 GWB und Artikel 82 EG-Vertrag, die die Rechtsprechung insbesondere zu Artikel 82 EG-Vertrag bereits anerkannt hat (EuGH vom 14. Februar 1978, United Brands, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207).“*

Die Prüfung des Verhältnisses von Gewinn und Kosten orientiert sich an den üblichen Preisbildungsmechanismen im Wettbewerb. Maßstab der Angemessenheitsprüfung ist neben den Ordnungsprinzipien einer Wettbewerbswirtschaft, wie sie sich aus dem GWB ergeben, gerade auch – mit Blick auf die Nachfrager – das im EnWG normierte Ziel der preisgünstigen Energieversorgung.

Hohe Preis-Kosten-Abstände können zwar ein Indiz für ein unangemessenes Preis-Kosten-Verhältnis sein. Bei der Prüfung der Angemessenheit sind jedoch gegebenenfalls Sonderfaktoren zu berücksichtigen. So kann beispielsweise ein hoher Preis-Kosten-Abstand auf außerordentliche Effizienzsteigerungen zurückgehen oder dadurch zu erklären sein, dass in die Folgeperiode verschobene Investitionen zu einer außerplanmäßigen Minderung der Aufwendungen in der betrachteten Periode geführt haben. Für die Beurteilung, ob ein Missverhältnis zwischen Preis und Kosten gegeben ist, können auch Erfahrungswerte aus Branchen außerhalb der Energiewirtschaft herangezogen werden.

Satz 2 stellt klar, dass das für den Ausbeutungsmisbrauch geltende Als-ob-Wettbewerbskonzept auch den Maßstab für die Ansetzbarkeit der Kosten bildet. Kosten, die ein Unternehmen bei funktionierendem Wettbewerb vermeiden oder nicht geltend machen würde bzw. nicht über die Preise abwälzen könnte, dürfen bei der Anwendung von § 29 nicht zugunsten des Normadressaten berücksichtigt werden. Das Gesetz verwendet keinen bestimmten Kostenbegriff etwa im Sinne von Durchschnittskosten. Die Kartellbehörden haben bei Anwendung des § 29 anerkannte ökonomische Theorien zu beachten, z. B. den Grundsatz, dass bei vollkommenem Wettbewerb die Preise den Grenzkosten entsprechen. Die Kartellbehörde kann nach § 59 das Versorgungsunternehmen auffordern, Kosten, deren Aufschlüsselung und Kalkulationsgrundlagen darzulegen.“

2.2.2 Beschlussempfehlung vom 14.11.2007

Der Ausschuss des Deutschen Bundestages für Wirtschaft und Technologie (9. Ausschuss) nimmt Stellung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Bundestagsdrucksache 16/5847 – Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismisbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels. Die Stellungnahme des Ausschusses findet sich in der Bundestagsdrucksache 16/7156 vom 14.11.2007, Seite 10-11, im Internet unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/071/1607156.pdf>. Der Gesetzestext für § 29 GWB wurde so geändert, wie er sich heute im Gesetz findet und wie er oben in Abschnitt 2.1

angegeben wurde. In der Beschlussempfehlung und in dem Bericht des Bundestagsausschusses heißt es:

A. Allgemeiner Teil

V. Beratungsverlauf und Beratungsergebnisse im federführenden Ausschuss

...

Die Koalitionsfraktionen der CDU/CSU und SPD hoben hervor, der Gesetzentwurf gebe dem Bundeskartellamt stärkere Möglichkeiten an die Hand, um gegen Machtmissbrauch in den leitungsgebundenen Energiemärkten vorzugehen. Es gebe keine Alternative, um kurzfristig zu einer Verschärfung der Missbrauchsaufsicht im Strombereich zu gelangen. Der Gesetzentwurf schließe neue Investitionen in diesem Bereich nicht aus, denn die Kosten für Investitionen könnten bei der Untersuchung des Bundeskartellamts berücksichtigt werden. Der Preiswettbewerb werde erhalten bleiben, da der Erheblichkeitszuschlag nicht, wie ursprünglich vorgesehen, gestrichen werde. Der Gesetzentwurf werde nicht zu einer zivilrechtlichen Klageflut führen, da der Gesetzentwurf keine Grundlage für zivilgerichtliche Auseinandersetzungen mehr biete. Das Verbot unter Einstandspreis zu verkaufen sei ausdrücklich nicht auf solche Plattformen wie z. B. ebay bezogen, die u. a. davon lebten, dass unter Einstandspreis verkauft werde.

...

B. Besonderer Teil, Zu Artikel 1, Zu Nummer 4 (§ 29 GWB)

Durch die Einfügung des Wortes „leitungsgebundenem“ in § 29 Satz 1 wird klargestellt, dass nur leitungsgebundene Gas-Versorgungsunternehmen Normadressaten sind.

Nach Satz 1 Nr. 1 handelt das Versorgungsunternehmen – trotz des Angebots niedrigerer Preise durch ein Vergleichsunternehmen – nicht missbräuchlich, wenn es nachweist, dass die Abweichung sachlich gerechtfertigt ist. Für das Vorliegen von sachlichen Rechtfertigungsgründen ist somit das Versorgungsunternehmen beweispflichtig. Ungeachtet dessen gilt jedoch im Kartellverwaltungsverfahren der Amtsermittlungsgrundsatz. Danach hat die Kartellbehörde auch von sich aus Umstände zu ermitteln, die das Versorgungsunternehmen entlasten können, soweit letztere nicht im Zugriffsbereich des Versorgungsunternehmens liegen.

Etwas anderes gilt im Rahmen des Kartellzivilprozesses. In diesem ist der Amtsermittlungsgrundsatz nicht einschlägig. Das verklagte Versorgungsunternehmen hätte im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung z. B. nachzuweisen, dass das zum Vergleich herangezogene (Versorgungs-)Unternehmen nicht vergleichbar ist. Um zu verhindern, dass die vorgesehene Beweislastverteilung in Kartellzivilverfahren die Versorgungsunternehmen über Gebühr belastet, sieht die neue Fassung von Satz 1 Nr. 1 vor, dass die Beweislastumkehr nur in Verfahren vor den Kartellbehörden und den gerichtlichen Kontrollverfahren gilt. Im Kartellzivilprozess gilt die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast dagegen nicht.

Die Beschränkung der vorgesehenen Beweislastumkehr betrifft nur Satz 1 Nr. 1. Für die Frage, ob und inwieweit die Voraussetzungen eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Satz 1 Nr. 2 erfüllt sind, gelten die allgemeinen Beweisregeln. Entsprechend haben z. B. die Kartellbehörden nachzuweisen, dass die geforderten Entgelte die Kosten in unangemessener Weise überschreiten. Bei der Überprüfung der Kosten und somit der inhaltlichen Ausfüllung des Kostenbegriffs haben die Kartellbehörden insbesondere anerkannte ökonomische Theorien zu beachten, z. B. den Grundsatz, dass bei vollkommenem Wettbewerb die Preise den Grenzkosten entsprechen.

In dieser Beschlussempfehlung fällt der Satz auf *„Der Gesetzentwurf werde nicht zu einer zivilrechtlichen Klageflut führen, da der Gesetzentwurf keine Grundlage für zivilgerichtliche Auseinandersetzungen mehr biete.“* Aus dem Zusammenhang und aus dem Wortlaut des vorgeschlagenen Gesetzestextes geht jedoch eindeutig und ohne jeden Zweifel hervor, dass der Gesetzgeber sehr wohl Prozesse mit Bezug auf § 29 GWB für möglich hält, an denen keine Kartellbehörde beteiligt ist, nämlich so genannte *„Kartellzivilprozesse“*. Für solche Kartellzivilprozesse soll die übliche Verteilung der Beweislast gelten und nicht eine umgekehrte, wie sie eine Kartellbehörde in Anspruch nehmen kann. Die oben zitierte Diskussion zum Ablauf eines Kartellzivilprozesses endet mit der unmissverständlichen Formulierung *„Im Kartellzivilprozess gilt die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast dagegen nicht.“* Die Beweislastverteilung ist eine der wesentlichen Änderungen, die § 29 GWB mit Inkrafttreten gegenüber dem Entwurf vom 27.6.2007 erfahren hat.

Diese klassische Beweislastverteilung ist das Instrument, mit dem der Gesetzgeber die befürchtete *„zivilrechtliche Klageflut“* eindämmen wollte. Wenn z. B. ein Haushaltskunde in einem Zivilprozess um die Billigkeit von Energiepreisen dem Versorgungsunternehmen auch Kartellrechtsverstöße vorwirft und speziell überhöhte Preise im Sinne von § 29 GWB, dann obliegt dem Haushaltskunden die Beweislast für die Kartellrechtswidrigkeit. Während der Nachweis der Billigkeit im Sinne von § 315 BGB Aufgabe des Versorgungsunternehmens ist, muss der Haushaltskunde dem Gericht Beweise für den Preismissbrauch vorlegen. Diese Beweislastverteilung ist eine hohe Hürde, die der von Energieversorgungsunternehmen und vom Gesetzgeber befürchteten zivilrechtlichen Klageflut entgegenwirkt.

2.2.3 Plenarprotokoll vom 15.11.2007

Am 15.11.2007 fand im Deutschen Bundestag die zweite und dritte Beratung des von der Bundesregierung eingebrachten Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels (Drucksachen 16/5847, 16/7156) statt. Laut BT-Plenarprotokoll 16/126 vom 15. November 2007, Seite 13169 – 13170 (Quelle im Internet: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btp/16/16126.pdf>), hat der CSU-Abgeordnete Albrecht Rupprecht aus Weiden in seiner Funktion als stellvertretender Vorsitzender des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie im Bundestag u. a. folgendes gesagt:

Eine große Sorge der Energieversorger war, dass es zu einer Prozessflut kommen könnte, wenn das Gesetz nicht nur für die Kartellbehörden gilt, sondern auch zivilrechtlichen Auseinandersetzungen als Grundlage dient. Das war und ist nicht unsere Intention. Wir wollen keine Prozessflut bei den Zivilgerichten, sondern wir wollen ein scharfes Schwert für die Kartellbehörden. Deswegen haben wir beschlossen, die Novelle ausschließlich auf kartellrechtliche Verfahren zu begrenzen.

Diese Aussage darf aber nicht isoliert betrachtet werden, sondern muss im Zusammenhang mit den beiden Bundestagsdrucksachen 16/5847 vom 27.6.2007 und 16/7156 vom 14.11.2007 gesehen werden, die Gegenstand der Bundestagsdebatte waren. Das Instrument zur Eindämmung der *„Prozessflut bei den Zivilgerichten“* ist die oben ausführlich diskutierte Änderung der Beweislastverteilung in Kartellzivilprozessen. Der Gesetzentwurf wurde am 15.11.2007 mit den Stimmen von CDU/CSU, SPD und der Linken gegen die Stimmen von FDP und Grünen angenommen.

Weder der Gesetzesbegründung noch der Debatte im Bundestag zu § 29 GWB ist die vom VIII. Zivilsenat des BGH in Randnummer 23 seines Urteils behauptete *„Absicht des Gesetzgebers“* zu entnehmen, dass im Zusammenhang mit Billigkeitsprozessen überhaupt keine

kartellrechtlichen Fragen erörtert werden dürfen. Auch der Berliner Rechtsprofessor Kurt Markert hält in seinen Anmerkungen zum Urteil VIII ZR 138/07 in der Zeitschrift Recht der Energiewirtschaft (RdE), Heft 2/2009, auf Seite 62 fest: „Auch hier fehlt in den Gesetzesmaterialien jeder Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des § 29 GWB zugleich die bestehenden Kundenschutzmöglichkeiten des allgemeinen Zivilrechts einschränken wollte.“ In der zugehörigen Fußnote wird Professor Markert wesentlich deutlicher: „Man kann sich deshalb des Eindrucks nicht erwehren, dass, nachdem sich der Ausschluss der analogen Anwendung des § 315 BGB auf die Gaspreise wegen der entgegenstehenden Rechtsprechung des BGH-Kartellsenats nicht mehr auf die vom VIII. Zivilsenat im Urteil vom 13.6.2007 (Fn. 3) vertretene »Wärmemarktthese« stützen ließ, der Senat an seiner die umfassende Billigkeitskontrolle des gesamten Preises verhindernden Position unbedingt festhalten wollte, und sei es auch nur durch Berufung auf einen nicht belegbaren, imaginären Willen des Gesetzgebers.“

2.3 unzulässige Rechtsfortbildung

Wie die ausführliche Diskussion zur Gesetzesbegründung zu § 29 GWB im vorigen Abschnitt 2.2 zeigt, ist im Übrigen der „erkennbare Wille des Gesetzgebers“ nicht darauf ausgerichtet, das gesamte Kartellrecht aus Zivilprozessen zu verbannen. Der Gesetzgeber hat mit § 29 GWB eine bis heute eindeutige Entscheidung getroffen, die in völlig unvertretbarer Weise vom Bundesgerichtshof in seinem Urteil VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 missachtet wird. Die Fortbildung des Rechts durch das BGH-Verfahren VIII ZR 138/07 ist auch insofern erstaunlich, als der VIII. Zivilsenat entgegen [§ 132 Absatz 4 des Gerichtsverfassungsgesetzes](#) (GVG) nicht den Großen Senat zur Entscheidung angerufen hat.

2.3.1 allgemeine Funktion des Kartellrechts

Das Kartellrecht ist ein Teil des Wirtschaftsrechts und beinhaltet Regelungen bezüglich wirtschaftlicher Kartelle, die zwischen Unternehmen und sonstigen Marktakteuren getroffen werden. Im weiteren Sinne zielt das Kartellrecht auf den Erhalt eines ungehinderten und möglichst vielgestaltigen Wettbewerbs. Rechtlich gesehen ist ein Kartell eine Vereinbarung oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise zwischen Unternehmen, mit dem Ziel oder der Wirkung, den Wettbewerb zu beschränken, zu verfälschen oder zu verhindern. Flankierende Normen wenden sich gegen die Erringung und den Missbrauch von Marktmacht sowie gegen die Koordination und Begrenzung des Wettbewerbsverhaltens unabhängiger Marktteilnehmer. Gegenstände des Kartellrechts sind insbesondere:

- das Verbot bzw. die Überprüfung von Kartellen,
- das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung,
- die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Zusammenschlusskontrolle).

So verbietet z. B. § 19 GWB den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. § 19 GWB soll zum einen „andere Unternehmen bzw. private Wirtschaftssubjekte auf vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen vor der ‚Ausbeutung‘ durch den/die marktbeherrschenden Anbieter des relevanten Marktes“ schützen. Zum anderen soll § 19 GWB „direkte Konkurrenten sowie Unternehmen auf vor- und/oder nachgelagerten Märkten vor ‚Behinderungspraktiken‘ des/der marktbeherrschenden Anbieter/s“ bewahren. Der neue § 29 GWB zur Energiewirtschaft „verfolgt primär das erste Ziel und stellt somit eine Spezifikation des § 19 Abs. 4 Nr. 2 und Nr. 3 GWB dar.“ So drückt es die Monopolkommission in Randnummer 6 ihres 47. Sondergutachtens „Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB“ vom 22.3.2007 aus, siehe online auf Seite 9 unter http://www.monopolkommission.de/sg_47/text_s47.pdf.

Das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist die Zentralnorm des deutschen Kartell- und Wettbewerbsrechts. Das Gesetz ist der Erhaltung eines funktionierenden, ungehinderten und möglichst vielgestaltigen Wettbewerbs verschrieben. Das GWB reglementiert und bekämpft daher vor allem die Akkumulation und den Missbrauch von Marktmacht sowie die Koordination und Begrenzung des Wettbewerbsverhaltens unabhängiger Marktteilnehmer.

Die Durchsetzung des Kartellrechts ist in erster Linie Aufgabe der Wettbewerbsbehörden, in Deutschland sind dies das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden. Daneben können gegen Kartelle in der Regel auch Zivilgerichte angerufen werden. Als Kläger kommen Wettbewerber, Lieferanten oder Kunden in Frage, die sich von Kartellverstößen geschädigt fühlen.

2.3.2 Nichtanwendbarkeit von BVerfG 82, 6, 12 f. auf § 29 GWB

In seiner Urteilsbegründung stützt sich der BGH in seinem Urteil VIII ZR 138/07 ganz wesentlich auf „BVerfG 82, 6, 12 f.“. Der alles entscheidende Satz aus dem BGH-Urteil vom 19.11.2008 lautet: *„Angesichts der erklärten Absicht des Gesetzgebers überhöhte Preise im Bereich der Versorgung mit Gas und Strom ausschließlich durch eine Verschärfung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht und nicht im Wege zivilrechtlicher Auseinandersetzungen bekämpfen zu wollen, sind die Zivilgerichte zu einer entsprechenden Anwendung von § 315 BGB und darauf gestützten umfassenden Billigkeitskontrolle allgemeiner Tarife etwa von Gasversorgungsunternehmen nicht legitimiert (vergl. BVerfG 82, 6, 12 f.)“*

In „BVerfG 82, 6, 12 f.“ geht es um eine Verfassungsbeschwerde unter Aktenzeichen 1 BvR 1186/89 des Bundesverfassungsgerichts vom 3.4.1990. Die Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen ein Urteil, in dem der nichteheliche Lebenspartner der verstorbenen Mieterin als „anderer Familienangehöriger“ im Sinne des § 569 a Abs. 2 S. 1 BGB angesehen worden ist. Das Bundesverfassungsgericht urteilte damals, dass es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, den Anwendungsbereich des Merkmals „anderer Familienangehöriger“ in § 569 a BGB auf den überlebenden Partner einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft auszuweiten.

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts hat in juristischen Kreisen dadurch Bekanntheit erlangt, dass es die analoge Rechtsanwendung unter bestimmten Rahmenbedingungen für verfassungsrechtlich zulässig erklärt hat. Vor dem Hintergrund ist ein Blick in die Urteilsgründe von BVerfG 82, 6, 12 f. erforderlich. Darin heißt es, vgl. http://www.ejura-examensexpress.de/online-kurs/entsch_show_neu.php?Alp=1&dok_id=901:

„Die tatsächliche oder rechtliche Entwicklung kann jedoch eine bis dahin eindeutige und vollständige Regelung lückenhaft, ergänzungsbedürftig und zugleich ergänzungsfähig werden lassen. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Lückensuche und -schließung findet ihre Rechtfertigung unter anderem darin, daß Gesetze einem Alterungsprozeß unterworfen sind. Sie stehen in einem Umfeld sozialer Verhältnisse und gesellschaftspolitischer Anschauungen, mit deren Wandel sich auch der Norminhalt ändern kann (vgl. BVerfGE 34, 269, 288). In dem Maße, in dem sich aufgrund solcher Wandlungen Regelungslücken bilden, verliert das Gesetz seine Fähigkeit, für alle Fälle, auf die seine Regelung abzielt, eine gerechte Lösung bereit zu halten. Die Gerichte sind daher befugt und verpflichtet zu prüfen, was unter den veränderten Umständen »Recht« im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG ist.

c) Die Methode der Analogie wird diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht. Sie geht zwar über die Auslegung im engen Sinne hinaus, indem sie den Anwendungsbereich einer Norm auf einen Fall erstreckt, der von ihrem Wortlaut nicht erfaßt wird. Diese Rechtsfortbildung geschieht jedoch innerhalb des beschriebenen verfassungsrechtlichen

Rahmens. Sie stellt nicht die Äußerung unzulässiger richterlicher Eigenmacht dar, durch die der erkennbare Wille des Gesetzgebers beiseite geschoben und durch eine autark getroffene richterliche Abwägung der Interessen ersetzt wird. Vielmehr wird aus den Wertungen des Gesetzes entnommen, ob eine Lücke besteht und in welcher Weise sie geschlossen werden soll.

2. a) Die fachgerichtliche Beurteilung, ob der Sachverhalt eine Analogie rechtfertigt, unterliegt nur in eingeschränktem Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Die Beantwortung der Frage, ob eine Gesetzeslücke oder eine abschließende Regelung vorliegt, erfordert im gleichen Maße eine rechtliche Wertung wie die Lösung des Problems, in welcher Weise die Lücke zu schließen ist (vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., 1983, § 84 a.E.). Sie setzt eine Betrachtung des einfachen Gesetzesrechts voraus, zu dessen Erforschung das Bundesverfassungsgericht nicht berufen ist (vgl. BVerfGE 18, 85, 93). Es darf daher die fachgerichtliche Wertung grundsätzlich nicht durch eine eigene ersetzen.

Die Beantwortung der Frage, ob sich die tatsächlichen Verhältnisse seit Schaffung der Norm in einer deren analoge Anwendung rechtfertigenden Weise verändert haben, obliegt zunächst ebenfalls den Fachgerichten. Auch wenn sich bei der Rechtsfortbildung in verstärktem Maße das Problem des Umfangs richterlicher Gesetzesbindung stellt, ist die verfassungsgerichtliche Kontrolle analoger Rechtsanwendung darauf beschränkt, ob das Fachgericht in vertretbarer Weise eine einfachgesetzliche Lücke angenommen und geschlossen hat und ob diese Erweiterung des Normenbereichs Wertungen der Verfassung, namentlich Grundrechten widerspricht.“

Im Falle des am 18.12.2007 in Kraft getretenen § 29 GWB ist es völlig ausgeschlossen, dass er schon veraltet ist. Die tatsächlichen Verhältnisse auf den Energiemärkten haben sich „seit Schaffung der Norm“ nicht wesentlich verändert. Eventuelle Lücken und Ergänzungsbedürftigkeiten in der Norm sind noch gar nicht zu erkennen, zumal bislang nur wenige Urteile mit Bezug zu § 29 GWB gefällt wurden. Bis heute hat es praktisch keine tatsächliche oder rechtliche Entwicklung zu § 29 GWB gegeben, wenn man von dem BGH-Urteil VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 einmal absieht. Die neu geschaffene 10. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes hat erstmalig im März 2008 den § 29 GWB bei Gasversorgern angewendet und die zugehörigen Verfahren im Herbst 2008 gegen finanzielle Zusagen eingestellt. Zahlreiche amtliche Feststellungen belegen, dass sich die Verhältnisse auf den deutschen Energiemärkten von Dezember 2007, als § 29 GWB in Kraft trat, bis zum 19.11.2008 nicht wesentlich gewandelt haben. Die Realität auf den deutschen Energiemärkten ist laut zuständiger Fachbehörden und staatlicher Institutionen durch nicht funktionsfähigen Wettbewerb gekennzeichnet:

- Mit dem Amtsblatt C36/8 der Europäischen Union vom 13.2.2009 wurde im Zusammenhang mit einer Entscheidung der EU-Kommission vom 26.11.2008 in Sachen COMP/39.388 – Deutscher Stromgroßhandelsmarkt und COMP/39.389 – Deutscher Regelenergiemarkt bekannt, dass die Preise an der Leipziger Strombörse EEX von E.ON und RWE manipuliert worden seien. Zum Zweck der Preismanipulation wurden angeblich Stromerzeugungskapazitäten mit niedrigeren variablen Kosten zurückgehalten, um den Marktpreis gezielt nach oben zu treiben. Daraufhin hat das Bundeskartellamt eine Sektoruntersuchung zur Stromerzeugung/Stromgroßhandel nach § 32 e GWB eingeleitet, die aber noch nicht abgeschlossen ist. Es existieren nur zwei Präsentationsunterlagen vom Leiter der 10. Beschlussabteilung am Bundeskartellamt, die eine Präsentation datiert vom 9.7.2009 und ist abrufbar unter http://www.gruene-bundestag.de/cms/archiv/dokbin/294/294062_fg_strompreise_vortrag_engelsing.pdf, die andere Präsentation stammt vom 11.9.2009 und findet sich unter <http://www.enreg.de/content/material/2009/11.09.2009.Engelsing.Bundeskartellamt.pdf>.
- Am 8.7.2009 hat die EU-Kommission gegen E.ON und GDF Suez je 553 Millionen Euro Geldbuße verhängt, da sich die beiden Unternehmen beim Bau und Betrieb der MEGAL-

Pipeline, über die russisches Erdgas nach Deutschland und Frankreich importiert wird, eine kartellrechtswidrige Vereinbarung getroffen hatten. Nach der geheimen Absprache hatten sich E.ON und GDF Suez darauf geeinigt, kein über diese Rohrleitung transportiertes Gas im Inlandsmarkt des jeweiligen anderen Unternehmens zu verkaufen. Damit teilten beide Unternehmen die Gasmärkte in Frankreich und Deutschland auf, sie betrieben ein geradezu klassisches Gebietskartell, vgl. zu Details die Pressemitteilung IP/09/1099 der EU-Kommission vom 8.7.2009 unter <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1099&format=HTML&ag=ed=0&language=DE&guiLanguage=de>.

- Stellvertretend für viele Tätigkeitsberichte von [Bundesnetzagentur](#), [Bundeskartellamt](#) und EU-Kommission steht das Sondergutachten „*Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb*“ der Monopolkommission vom 4.8.2009 unter http://www.monopolkommission.de/sg_54/s54_volltext.pdf und als Bundestagsdrucksache 16/14060 vom 15.9.2009 unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/140/1614060.pdf>. Dort wird ausführlich über zahlreiche schwere Wettbewerbsprobleme auf den deutschen Energiemärkten berichtet.
- Am 17.12.2009 veröffentlichte das Bundeskartellamt seinen Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung Gastransport über die Kapazitätssituation in den deutschen Gasfernleitungsnetzen. Die Sektoruntersuchung erfolgte von Februar bis Dezember 2009 gemäß § 32e Abs. 3 GWB und ist auf der Homepage des Bundeskartellamtes abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Stellungnahmen/0912_Abschlussbericht_SU_Gasfernleitungsnetze.pdf. Als Ergebnis wird u. a. festgestellt, dass langfristige Kapazitätsbuchungen in Ferngasnetzen die nachgelagerten Märkte für den Erdgasvertrieb abschotten und durch Buchungen über den eigenen Bedarf hinaus den Wettbewerb beschränken.

Mit Bezug auf die Verfassungsbeschwerde „BVerfG 82, 6, 12 f.“ erklärt der VIII. Zivilsenat des BGH am 19.11.2008 den § 29 GWB als ein 11 Monate altes Gesetz für veraltet. Die ökonomische Realität auf den deutschen Strom- und Gasmärkten sieht jedoch keine Überalterung des § 29 GWB. Offenbar entwickelte der VIII. Zivilsenat unter Vorsitz von Richter Wolfgang Ball das Gesetz eigenmächtig und willkürlich weiter.

2.3.3 Begriff Preisregulierung

Mit seinem 1. Leitsatz „*Die Analogie würde der Entscheidung des Gesetzgebers zuwiderlaufen, von einer staatlichen Regulierung der allgemeinen Tarife für Gas abzusehen.*“ im Urteil VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 offenbart der VIII. Zivilsenat des BGH ein merkwürdiges Verständnis von Preisregulierung. Demnach wäre die gerichtliche Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB eine staatliche Regulierung.

In seinem Urteil vom 19.11.2008 verkennt der VIII. Zivilsenat, dass Regulierung immer eine ganze Klasse von Fällen regelt. Bei einer Regulierung werden die Geschäftspraktiken der Wettbewerber durch eine staatliche Behörde kontrolliert, die als Teil der Verwaltung der Exekutive zugeordnet ist. Die behördlichen Auflagen gelten im Allgemeinen automatisch für alle Kunden des regulierten Energieversorgers, ohne dass die Kunden aktiv werden müssten. Die Regulierung kann das Verhältnis des Energieversorgers zu seinen Endkunden, zu seinen Vorlieferanten oder zu Wettbewerbern betreffen, letzteres besonders dann, wenn die Wettbewerber Vorleistungen wie z. B. Netzkapazitäten von dem marktbeherrschenden Unternehmen benötigen.

Regulierung im engeren Sinne bezeichnet „*nur staatliche Interventionen in die Prozesse des Markts*“. In einer exakten Definition fasst Regulierung nur die Regelungen, „*die Marktzu-*

trittsbeschränkungen, staatliches Preisrecht, Ausübungsregeln und in Ansätzen Kartellrecht enthalten und durch eine staatliche Behörde überwacht werden.“ So drückt es Mathias Schmoeckel, Bonner Professor für Rechtsgeschichte, in Randnummer 66 seines Artikels „Dauerhaft engpassfreie Märkte durch ‚Regulierung‘?“ vom 6.2.2009 aus, der unter <http://www.forhistiur.de/zitat/0902schmoeckel.htm> bei der Internetzeitschrift „forum historiae iuris“ abgerufen werden kann.

Dagegen behandeln Zivilprozesse an Gerichten, seien es Kartellzivilprozesse oder Billigkeitsprozesse, stets nur einen Einzelfall. D. h. das Gerichtsurteil klärt das individuelle Vertragsverhältnis zwischen einem Energieversorgungsunternehmen und einem Kunden. Eine gerichtliche Entscheidung gilt ausschließlich für die streitenden Parteien, also den Energieversorger und den Kunden, die vor Gericht stehen. Wenn der Tatbestand eines Urteils auch für andere Kunden des Energieversorgers zutrifft, dann ist es Sache der betroffenen Kunden oder des Energieversorgers, ebenfalls Klage zu erheben und ihre Ansprüche durchzusetzen. Im Allgemeinen gilt ein Gerichtsurteil eben nicht automatisch für alle Kunden des Energieversorgers. Zum einen könnte der Sachverhalt bei dem einen Kunden anders liegen als bei dem Kunden, dessen Streit gerade entschieden wurde. Zum anderen könnten die streitenden Parteien vor Gericht anders argumentieren, als es in dem scheinbar vergleichbaren Vorgängerfall geschah. Das angerufene Gericht wägt die Argumente im Einzelfall unter Einbeziehung aller möglicherweise individuellen Umstände ab.

Ein gerichtliches Urteil erlaubt keine pauschalierende Betrachtung, die alle Versorgungsfälle zwischen Unternehmen und Kunden ohne Rücksicht auf spezielle Gegebenheiten gleich macht. Deshalb entfaltet ein Zivilprozess auch keine flächendeckende Wirkung im gesamten Versorgungsgebiet des Energieversorgers. Barbara Ambrosius, Richterin am BGH, hat beim Deutschen Mietgerichtstag 2006 in einem Referat über die Rechtsprechung des BGH zur Billigkeitskontrolle von Versorgerpreisen folgendes vorgetragen, vgl. Seite 27 unter <http://www.mietgerichtstag.de/download/43083601/vortrag06ambrosius.pdf>: *„Denn nach dem derzeitigen Zivilprozessrecht entscheiden die Gerichte jeweils nur über ein einzelnes konkretes Vertragsverhältnis des Versorgungsunternehmens mit einem einzigen Kunden. Das die unbillige Preisgestaltung ersetzende Gestaltungsurteil des Gerichts erzeugt Rechtskraft nur zwischen den Parteien des jeweiligen einzelnen Rechtsstreits.“*

Auch der Gesetzgeber lässt in der Gesetzesbegründung zu § 29 GWB ein deutlich weiteres Verständnis von Preisregulierung erkennen, als es der VIII. Zivilsenat des BGH seinem Urteil VIII ZR 138/07 zu Grunde legt. In der Bundestagsdrucksache 16/7156 vom 14.11.2007 heißt es, vgl. <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/071/1607156.pdf>, in der linken Spalte von Seite 8,: *„Mit § 29 soll eine Schärfung des kartellrechtlichen Instrumentariums zur Bekämpfung missbräuchlich überhöhter Energiepreise mittels einer auf den Energiesektor zugeschnittenen Ausprägung der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB erreicht werden. Es soll keine Preisregulierung auf bisher nicht regulierten Märkten eingeführt werden, sondern es soll bei der in das Aufgreifermessen der Kartellbehörden gestellten Ex-post-Kontrolle über marktbeherrschende Unternehmen im Einzelfall bleiben.“* Ähnlich formulierte es bereits der Regierungsentwurf in der Bundestagsdrucksache 16/5847 vom 27.6.2007, siehe linke Spalte von Seite 9 in <http://dip.bundestag.de/btd/16/058/1605847.pdf>. Damit drückt der Gesetzgeber aus, dass er Einzelfall-Anwendungen von § 19 GWB oder § 29 GWB nicht als Preisregulierung ansieht. Ein Gerichtsverfahren zwischen einem Energieverbraucher und einem Energieversorger regelt eben nur einen Einzelfall. Demnach beinhalten weder die kartellrechtliche Preiskontrolle nach § 19 GWB oder nach § 29 GWB noch die zivilrechtliche Billigkeitsprüfung nach § 315 BGB eine Preisregulierung.

2.3.4 übrige BGH-Rechtsprechung

Die Argumentation in diesem Abschnitt geht zurück auf die Anmerkungen des Berliner Rechtsprofessors Kurt Markert zum BGH-Urteil VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008, wie sie in der Zeitschrift Recht der Energiewirtschaft (RdE) in Heft 2/2009 auf Seite 61/62 zu finden ist. In seinem Urteil vom 19.11.2008 lehnt der VIII. Zivilsenat die sogenannte „Monopol-Rechtsprechung des BGH“ oder „analoge Anwendung von § 315 BGB“ auf allgemeine Gastarife ab, wie der 1. Leitsatz beweist, vgl. Abschnitt 1.1. Damit widerspricht der Senat unter Vorsitz des Richters Wolfgang Ball seiner eigenen bisherigen Rechtsprechung als auch der Rechtsprechung anderer BGH-Senate:

- Noch im eigenen Urteil [VIII ZR 36/06](#) vom 13.6.2007 hielt der VIII. Zivilsenat - auch unter Vorsitz von Richter Wolfgang Ball - die Monopol-Rechtsprechung bei Gaspreisen für anwendbar. In Randnummer 35 der Urteilsgründe weist der VIII. Zivilsenat auf das Urteil VII ZR 77/86 vom 4.12.1986 hin (NJW 1987, 1828) und führt aus: *„In dem dort entschiedenen Fall hatte das beteiligte Gasversorgungsunternehmen nach den Feststellungen des dortigen Berufungsgerichts eine Monopolstellung inne, so dass § 315 BGB nach der so genannten Monopol-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entsprechend anzuwenden war.“*
- Der VIII. Zivilsenat wandte die Monopol-Rechtsprechung lange Zeit auch auf die Versorgung mit Fernwärme an, so im Verfahren VIII ZR 37/86 vom 28.1.1987 (NJW 1987, 1622), im Verfahren VIII ZR 8/89 vom 6.12.1989 (NJW-RR 1990, 689) und im Verfahren VIII ZR 270/05 vom 11.10.2006 (NJW 2007, 210). Dabei hatte der Gesetzgeber in der Fernwärmeversorgung genauso wie in der Gasversorgung auf eine staatliche Preisregulierung verzichtet und sich damit begnügt, die allgemeinen Versorgungsbedingungen zu regeln.
- Der III. Zivilsenat des BGH hat im Urteil III ZR 100/90 vom 10.10.1991 (NJW 1992, 171) die Monopol-Rechtsprechung auf Abwasserentgelte angewandt, obwohl Abwasserentgelte nicht staatlich reguliert wurden.
- Der X. Zivilsenat des BGH wandte im Verfahren X ZR 99/04 vom 5.7.2005 (NJW 2005, 2919) die Monopol-Rechtsprechung auf Gebühren zur Abfallentsorgung und Straßenreinigung an, obwohl dafür eine staatliche Entgeltregulierung fehlte.
- Der Kartellsenat des BGH hat im Urteil [KZR 29/06](#) vom 4.3.2008 die Monopol-Rechtsprechung angewandt, vgl. besonders Randnummer 24 der Urteilsgründe. Diese Leitsatzentscheidung zu Stromnetznutzungsentgelten basierte auf dem Energiewirtschaftsgesetz 1998, in der vom Gesetzgeber keine Preisregulierung vorgesehen war. Das Urteil KZR 29/06 betraf also eine Zeit, bevor mit dem EnWG 2005 eine staatliche Entgeltregulierung für die Netznutzung in Kraft trat.

Professor Markert beschließt den Überblick zur BGH-Rechtsprechung in seinen Anmerkungen zum Urteil VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 mit der Feststellung: *„Es wäre auch geradezu grotesk, den Schutz der Monopol-Rechtsprechung gerade in den Fällen zu verweigern, in denen es keine Vorkontrolle durch eine staatliche Preisregulierung gibt, ihn aber dort zu gewähren, wo diese auch zum Vorteil der Kunden wirkende Kontrolle stattfindet.“* In der zugehörigen Fußnote erläutert Professor Markert seine Wertung: *„Diesem Vorteil trägt die Rechtsprechung in der Weise Rechnung, dass die Entgeltgenehmigung der regulierenden Behörde als Indiz für die Billigkeit des Entgelts i.S. des § 315 BGB angesehen wird. So z.B. BGH v. 18.10.2005, RdE 2006, 81, 83 – Stromnetznutzungsentgelt. Diese Indizwirkung ist umso größer, je intensiver die Prüfung der Behörde ist und sich auch auf Aspekte und Argumente erstreckt, die für die Beurteilung der Billigkeit relevant sind. So z.B. Hirsch in: FS Baudenbacher S. 405, 409.“*

2.4 Verhältnis von § 29 GWB zu § 315 BGB

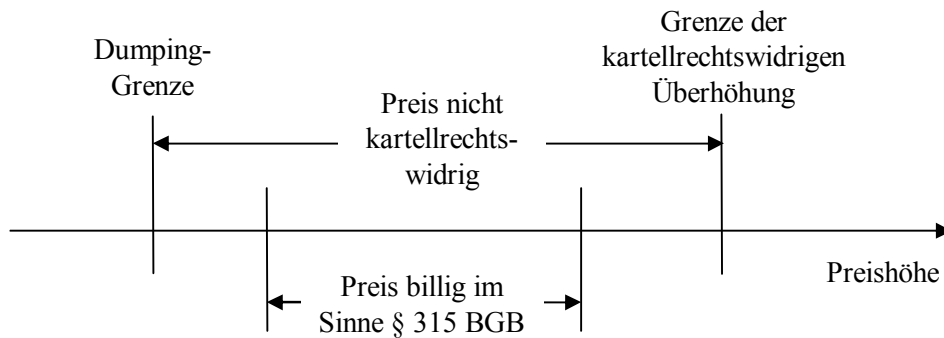
Bereits in Abschnitt 2.3.2 wurde folgender Satz im Hinblick auf die „Absicht des Gesetzgebers“ diskutiert: „Angesichts der erklärten Absicht des Gesetzgebers, überhöhte Preise im Bereich der Versorgung mit Gas und Strom ausschließlich durch eine Verschärfung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht und nicht im Wege zivilrechtlicher Auseinandersetzungen bekämpfen zu wollen, sind die Zivilgerichte zu einer entsprechender Anwendung von § 315 BGB und einer darauf gestützten umfassenden Billigkeitskontrolle allgemeiner Tarife von Gasversorgungsunternehmen nicht legitimiert (vgl. BVerfGE 82, 6, 12 f.).“ Der Satz aus Randnummer 23 des BGH-Urteils VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 enthält in seinem Konsequenzteil „sind ... nicht legitimiert“ einen Bezug auf § 315 BGB.

Dieser Schluss des VIII. Zivilsenats ist überraschend, denn § 315 BGB wird vom Gesetzgeber weder im Gesetzestext noch in den Gesetzesbegründungen vom 27.6.2007 und 14.11.2007 erwähnt, siehe die beiden Bundestagsdrucksachen [16/5847](#) und [16/7156](#). Nicht einmal in der Debatte des Deutschen Bundestages zur Reform des GWB taucht § 315 BGB auf, wie eine Suche im Plenarprotokoll 16/126 des Deutschen Bundestages vom 15.11.2007 unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btp/16/16126.pdf> belegt. Der Zusammenhang von Kartellrecht und Billigkeitsprüfung wird vom VIII. Zivilsenat des BGH künstlich erzeugt und ist sachlich nicht zu rechtfertigen. Mit seiner Folgerung zerstört der VIII. Zivilsenat den Schutz, den das Kartellrecht dem Energieverbraucher gewährt. Darüber hinaus entwertet der VIII. Zivilsenat damit § 315 BGB, ganz unabhängig von seiner Preissockel-Theorie. Im Folgenden soll das Verhältnis von § 29 GWB zu § 315 BGB näher beleuchtet werden.

2.4.1 Allgemeine Unterschiede zwischen Kartellrechtswidrigkeit und Unbilligkeit

Das BGH-Urteil [VIII ZR 111/02](#) vom 5.2.2003 (auch NJW 2003, 1449) befasst sich mit der Rückforderung eines Berliner Privathaushaltes von einem Elektrizitätsversorgungsunternehmen. In Abschnitt II 2. der Urteilsgründe heißt es: „denn die Grenzen des allgemeinen kartellrechtlichen Mißbrauchs- und Diskriminierungsverbotes fallen nicht mit den Grenzen der Billigkeitsentscheidung nach § 315 BGB zusammen (Senat, Urteil vom 2. Oktober 1991 aaO unter III 2 d).“ Das Urteil des VIII. Zivilsenats vom 2. Oktober 1991 besitzt das Aktenzeichen [VIII ZR 240/90](#) und beschäftigt sich mit Strompreisen; die streitenden Parteien waren die RWE Energie AG und die Elektrizitätsgenossenschaft Hagen am Teutoburger Wald.

Ein kartellrechtswidriger Preis ist stets unbillig. Doch nicht jeder Preis, der im Sinne des § 315 BGB unbillig ist, muss zugleich kartellrechtswidrig sein. Eine Preiserhöhung kann zu einem kartellrechtlich zulässigen Entgelt führen, das im Wettbewerb als „wettbewerbsanaloger Preis“ üblich ist. Kartellrechtlich beginnt ein Preishöhenmissbrauch erst, wenn der geforderte Preis erheblich von dem Vergleichspreis abweicht. Neben dem „Erheblichkeitszuschlag“ wird auch ein „Sicherheitszuschlag“ gegenüber dem Wettbewerbspreis kartellrechtlich toleriert, vgl. das BGH-Urteil [KVR 12/98](#) vom 22.7.1999 („Flugpreisspaltung“) und das BGH-Urteil [KVR 17/04](#) vom 28.6.2005 („Stadtwerke Mainz“). Mit dem Sicherheitszuschlag soll Unwägbarkeiten wie z. B. preissteigernden Besonderheiten in der Marktstruktur Rechnung getragen werden, die maßgeblichen Tatsachen festzustellen. Die kartellrechtlich erlaubte Preiserhöhung kann jedoch unbillig im Sinne von § 315 BGB sein, nämlich dann, wenn der Gewinnanteil, der im ursprünglich vereinbarten Preis enthalten ist, steigt und die Interessen einer Vertragspartei nicht angemessen berücksichtigt. Das zeigen die BGH-Urteil [KZR 2/07](#) vom 29.4.2008 unter Randnummer 18 und sogar das BGH-Urteil [VIII ZR 138/07](#) vom 19.11.2008 unter Randnummer 25. Trotzdem können die Prüfungen eines kartellrechtswidrigen Preismissbrauchs oder einer kartellrechtswidrigen Preisdiskriminierung oft zu dem gleichen Ergebnis führen wie die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB, vgl. das BGH-Urteil [VIII ZR 240/90](#) vom 2.10.1991 unter III 2 d). Die Verhältnisse veranschaulicht die folgende Grafik.



Richterin am Bundesgerichtshof Barbara Ambrosius hat auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2006 ein Referat gehalten zu dem Thema „Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Billigkeitskontrolle von Tarifen der Versorgungsunternehmen“. Eine erweiterte Fassung des Referates findet sich unter <http://www.mietgerichtstag.de/downloads/vortrag06ambrosius.pdf> im Internet. In Abschnitt 3 heißt es: „3. Der BGH hat auch entschieden, dass das Kartellrecht keine spezialgesetzlichen Regelungen enthält, die § 315 BGB verdrängen. Der Kartellsenat hat in seinem Urteil vom 18. Oktober 2005 abschließend gesagt, das Berufungsgericht müsse außer § 315 BGB auch § 19 GWB prüfen. Schon 2001 hatte er entschieden, dass der Schuldner einseitig bestimmter Entgelte diese sowohl kartellrechtlich als auch entsprechend § 315 BGB überprüfen lassen könne. Demnach schließt weder ein etwaiger Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung des Versorgungsunternehmens noch umgekehrt die wettbewerbsgerechte Preisgestaltung eines marktbeherrschenden Versorgungsunternehmens die Prüfung der Tarife nach § 315 BGB aus.“ Bei dem BGH-Urteil vom 18.10.2005 handelt es sich um das Verfahren [KZR 36/04](#), bei dem Prozess aus 2001 um das BGH-Urteil [KZR 37/99](#) vom 6.3.2001.

2.4.2 Gegenüberstellung von § 315 BGB und § 29 GWB

Während die Billigkeitsprüfung nach § 315 BGB das Recht zur einseitigen Leistungsbestimmung voraussetzt, knüpft die kartellrechtliche Prüfung des Preises an eine marktbeherrschende Stellung des Energieversorgers an. Weitere Merkmale zur Unterscheidung beider Prüfungen zeigt die folgende Tabelle.

Umstritten ist die Rechtsfolge bei Verstoß gegen die Vorschriften der § 19 GWB und § 29 GWB. Professor Dr. Kurt Markert vertritt folgende Ansicht, vgl. Abschnitt V 1. auf Seite 19/20 in seinem Gutachten „Kartellrechtliche Abwehrmöglichkeiten für Haushaltskunden gegen überhöhte Strom- und Gaspreise“ vom 24.11.2007 unter http://www.energieverbraucher.de/files_db/dl_mg_1196269074.pdf:

„In Fällen eines Verstoßes gegen diese Verbote stellt sich deshalb zunächst die Frage, in welchem Umfang das Rechtsgeschäft des Liefervertrages, in dem eine verbotswidrige Preisforderung ausdrücklich oder konkludent vereinbart oder vom Versorger aufgrund eines gesetzlichen oder vertraglichen Preisbestimmungsrechts einseitig bestimmt wurde, der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB unterliegt. Diese Folge erfasst nicht den gesamten Liefervertrag, da dies nicht dem Zwecke der beiden Verbotsnormen entsprechen würde, den Verbraucher vor missbräuchlich überhöhten Preisen zu schützen, sondern beschränkt sich auf die Preisforderung (Teilnichtigkeit). Allerdings ist bisher in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt, ob danach die gesamte Preisforderung als nichtig anzusehen ist oder nur ihr die Missbrauchsgrenze übersteigender Teil. Es spricht viel dafür, diese Frage ähnlich zu entscheiden wie für die Unbilligkeit nach § 315 BGB. Dies würde bedeuten, dass sich der Zahlungsanspruch des Versorgers im Falle eines verbotswidrigen Preishöhenmissbrauchs von vornherein um den Missbrauchsbetrag reduziert und der Kunde nur zur Zahlung des

entsprechend reduzierten Preises vertragsrechtlich verpflichtet ist. Dies gilt auch für den sachlich nicht gerechtfertigten höheren Preis im Falle des § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB, Die für Fälle des sittenwidrigen Preiswuchers geltende Totalnichtigkeit der Preisvereinbarung ist auf den kartellrechtlichen Preishöhenmissbrauch nicht übertragbar.“

Dagegen argumentiert der Jenaer Rechtsanwalt Thomas Fricke in einem Kommentar zum Rechtsgutachten von Prof. Markert im Forum des Bundes der Energieverbraucher am 30.11.2007, siehe <http://forum.energienetz.de/thread.php?threadid=8348>: „Ich bin, anders als Markert, der Auffassung, dass § 134 BGB die Nichtigkeit der gesamten Preisforderung zur Folge hat. Nichtigkeit bedeutet eben Nichtigkeit und nicht Teilnichtigkeit. Sonst wäre der zur Nichtigkeit führende Gesetzesverstoß schon relativ risikolos. Bei Nichtigkeit der Preisforderung besteht deshalb kein vertraglicher Zahlungsanspruch, sondern hinsichtlich der vom Kunden zu erbringenden Gegenleistung nur ein bereicherungsrechtlicher Anspruch gem. § 812 BGB (vgl. Palandt, BGB, § 134 Rn. 13). Dieser kann dann gem. § 817 BGB ausgeschlossen sein, wenn das leitende Unternehmen den Gesetzesverstoß kannte. Nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB ist eine unbillige Leistungsbestimmung für den anderen Teil unverbindlich und auf Antrag kann vom Gericht gem. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB eine der Billigkeit entsprechende Leistungsbestimmung getroffen werden. Bei § 134 BGB geht es hingegen um den Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, so dass das Unwerturteil und die daran knüpfenden Rechtsfolgen schwerer wiegen (müssen).“

	§ 315 BGB	§ 29 GWB
Voraussetzung	Recht des Energieversorgers zur einseitigen Leistungsbestimmung	marktbeherrschende Stellung des Energieversorgers
Ziel	Kontrolle und Eingrenzung der einseitigen Vertragsmacht, insbesondere den Preis festzusetzen, vgl. Seite 12 im BGH-Urteil VIII ZR 240/90 vom 2.10.1991	Ausgleich der Nachteile aus fehlendem Wettbewerb, vgl. Seite 12 im BGH-Urteil VIII ZR 240/90 vom 2.10.1991
Kriterien für Preiskontrolle	<ul style="list-style-type: none"> wirtschaftliche Interessen beider Vertragspartner sind zu berücksichtigen, vgl. Seite 8 im BGH-Urteil VIII ZR 240/90 vom 2.10.1991 Preis ist nach „billigem Ermessen“ zu bestimmen, wobei der Grundsatz der Preisgünstigkeit aus dem Energiewirtschaftsrecht zu berücksichtigen ist, insbesondere ist eine reine Gewinnmaximierung unzulässig, vgl. Seite 8/9 im BGH-Urteil VIII ZR 240/90 vom 2.10.1991 keine Erhöhung des Gewinnanteils, vgl. juris-Randnummer 18 im BGH-Urteil KZR 2/07 vom 29.4.2008 und Randnummer 25 im BGH-Urteil VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 keine Verringerung der Gewinnspanne, vgl. juris-Randnummern 25 und 30 im BGH-Urteil VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 	laut Gesetzeswortlaut <ul style="list-style-type: none"> Preisvergleich: Entgelte dürfen ohne sachliche Rechtfertigung nicht ungünstiger sein als von anderen Energieversorgern Gewinnbegrenzung: Entgelte dürfen Kosten nicht in „unangemessener Weise“ überschreiten Notwendigkeit von Kosten: vermeidbare, nicht betriebsnotwendige Kosten, die sich „ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden“, sind in der Preiskalkulation unzulässig
Rechtsfolge bei Verstoß	+ Unverbindlichkeit der Preisfindung nach § 315 Abs. 3 BGB + Bestimmung eines billigen Preises durch Gerichtsurteil	Nichtigkeit der Preisbestimmung wegen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot nach § 29 GWB und § 33 GWB in Verbindung mit § 134 BGB

Bemerkenswert ist, dass der heutige Vorsitzende Richter des VIII. Zivilsenates am BGH, Wolfgang Ball, seit 16.07.1991 Richter am Bundesgerichtshof in Karlsruhe ist und auch schon an dem hier viel zitierten Urteil [VIII ZR 240/90](#) vom 2.10.1991 mitwirkte. Ebenso gehörte Richter Ball am 18.10.2005 dem Kartellsenat an, als das Urteil [KZR 36/04](#) gesprochen wurde, vgl. auch Abschnitt 2.2.3 auf Seite 16/17 in der Kritik an der Preissockeltheorie unter http://www.cleanstate.de/Preissockel_Energiepreise.html. Seltsamerweise hat Richter Ball in dem Urteil [VIII ZR 138/07](#) vom 19.11.2008 vergessen, was und aus welchen Gründen in den früheren BGH-Verfahren mit seiner Beteiligung zu Streitigkeiten um Energiepreise entschieden wurde.

3. Wertung des Urteils vom 19.11.2008

Im Stile eines Winkeladvokaten missbraucht das höchste deutsche Zivilgericht die Macht, die ihm vom Volke im Rahmen der Gewaltenteilung verliehen wurde. Das in Kapitel 1 vorgestellte Kartellrechts-Verständnis des VIII. Zivilsenats passt nicht zum Wortlaut und zum Zweck der Kartellrechts-Novelle vom 18.12.2007. Unter Vorsitz des Richters Wolfgang Ball erfindet der VIII. Zivilsenat des BGH in seinem Urteil [VIII ZR 138/07](#) vom 19.11.2008 eine nicht belegbare Intention des Gesetzgebers, überhöhte Energiepreise nicht umfassend zivilrechtlich nach § 315 BGBG überprüfen zu wollen, vgl. Kapitel 2. In geradezu unglaublicher Form definiert der BGH-Senat das Verhältnis von GWB zu BGB. In diesem abschließenden Kapitel soll aufgezeigt werden, dass das Urteil VIII ZR 138/07 von Justizwillkür geprägt ist (Abschnitt 3.1) und wahrscheinlich von den Energieversorgern beeinflusst wurde (Abschnitt 3.2). Das Urteil hinterlässt weitgehend schutzlose Energieverbraucher und verrät die grundlegenden Prinzipien unseres Grundgesetzes, vgl. Abschnitt 3.3. An den Deutschen Bundestag richtet sich die Frage, wann eigentlich eine Richteranklage nach [Artikel 98 Absatz 2 des Grundgesetzes](#) angemessen ist. Bei der Staatsanwaltschaft Karlsruhe ist zu prüfen, ob sie in dem BGH-Urteil vom 19.11.2008 keine Rechtsbeugung im Sinne von [§ 339 des Strafgesetzbuches](#) erkennen kann. Wenn die Staatsanwaltschaft Karlsruhe das verneint, sind die Gründe darzulegen und zu diskutieren.

3.1 Justiz-Willkür

Das Willkürverbot aus Artikel 3 Abs. 1 Grundgesetz verbietet objektiv willkürliche Entscheidungen eines Gerichts. Die Rechtsanwendung im Verfahren VIII ZR 138/07 ist offenkundig unrichtig. In völlig unvertretbarer Weise hat der VIII. Zivilsenat des BGH § 29 GWB gegen den deutlich erkennbaren Willen des Gesetzgebers zu einem grundsätzlichen Verbot von kartellrechtlichen Fragen in Billigkeitsprozessen zu Energiepreisen fortentwickelt, wie in Kapitel 2 ausführlich hergeleitet wurde. Der Richterspruch ist willkürlich, weil er unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht. Willkür liegt vor, weil der VIII. Zivilsenat des BGH den Inhalt von § 29 GWB in krasser Weise missdeutet und das gesamte Kartellrecht aus Zivilprozessen zu Energiepreisen verbannt.

3.1.1 Historischer Wille des Gesetzgebers

Wie der VIII. Zivilsenat in seinem Urteil VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 den Willen des Gesetzgebers zu erkennen suchte, wird durch folgendes Beispiel nochmals illustriert. Da der Gesetzgeber wiederholt eine staatliche Prüfung und Genehmigung der allgemeinen Gastarife abgelehnt habe, sei nach Randnummer 18 der Urteilsgründe zum Verfahren [VIII ZR 138/07](#) eine umfassende gerichtliche Billigkeitskontrolle nicht zulässig, vgl. auch Abschnitt 1.2. In Randnummer 19 des Urteils VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 begründet der Senat das wie folgt:

„Schon bei Erlass der Verordnung über allgemeine Tarife für die Versorgung mit Gas vom 10. Februar 1959 (Bundestarifordnung Gas, BGBl. I S. 46, aufgehoben durch Art. 5 Abs. 2 Nr. 4 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998, BGBl. I S. 730) hat der Gesetzgeber bewusst die Entscheidung getroffen, die allgemeinen Tarife der Gasversorger - anders als diejenigen der Stromwirtschaft - keiner behördlichen Genehmigung mehr zu unterwerfen (BGHZ 172, 315, Tz. 34).“

In den Anmerkungen zum Urteil VIII ZR 138/07 hält der Berliner Rechtsprofessor Kurt Markert sehr treffend fest, vgl. Seite 62 in RdE 2/2009: „Die Entscheidung des Gesetzgebers von 1959, bei Erlass der BTOGas auf eine behördliche Genehmigungspflicht für die Gstarife zu verzichten, kann schon deshalb diese Folgerung nicht rechtfertigen, weil Erdgas als Heizenergie für Haushaltskunden damals noch gar nicht verfügbar war.“ Laut Professor Markert war der Gesetzgeber nach der Markteinführung dieser Gasart in der zweiten Hälfte der sechziger Jahre des vorigen Jahrhunderts keineswegs der Ansicht, in der Gasversorgung von Haushaltskunden gebe es anders als in der Stromversorgung kein mit Sonderregelungen zu kontrollierendes Marktmachtproblem. Das zeigt nach den Anmerkungen von Professor Markert besonders deutlich die 1979 im Rahmen der 4. GWB-Novelle auch für Gas eingeführte kartellrechtliche Preismissbrauchsaufsicht nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 a.F., die durch eine Umkehr auch der förmlichen Beweislast für vergleichsweise höhere Preise verschärft war und die nach Abs. 7 auch für diejenigen Gasversorger galt, die das Freistellungsprivileg des Abs. 1 für Gebietsschutzvereinbarungen nicht in Anspruch nahmen.

Der VIII. Zivilsenat unter Vorsitz von Richter Wolfgang Ball fährt in Randnummer 19 seiner Urteilsgründe zum Verfahren [VIII ZR 138/07](#) fort, wobei mit „er“ der Gesetzgeber gemeint ist:

„Er hielt die Aufrechterhaltung von Preisbindungsvorschriften für Gas in einer nach den Grundsätzen des Wettbewerbs ausgerichteten sozialen Marktwirtschaft für systemwidrig (Tegethoff/Büdenbender/Klinger, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Stand Juni 2000, Präambel BTO Gas Anm. II 1), weil er davon ausging, dass Gas anders als Strom insofern in einem (Substitutions-)Wettbewerb steht, als Gasversorgungsunternehmen mit den Anbietern anderer Heizsysteme und Heizenergeträger um Neukunden konkurrieren, die erstmals oder im Rahmen einer Renovierungsmaßnahme vor der Entscheidung über die Art der Beheizung ihres Gebäudes stehen.“

Das kommentiert Professor Markert in seinen Urteilsanmerkungen in RdE 2/2009 auf Seite 62 wie folgt: „Versuche der Gaswirtschaft, mit dem Argument des Substitutionswettbewerbs seitens anderer Energieträger die Kontrollintensität nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 a.F. für die Gaspreise zu reduzieren, hat der Kartellsenat des BGH ausdrücklich zurückgewiesen.“ Zum Beleg verweist Professor Markert auf das Gaspreis-Urteil KvR 9/96 vom 6.5.1997, vgl. RdE 1998, 24, 25 oder WuW 1997, Seite 724 – 728. Das BGH-Urteil vom 6.5.1997 befasst sich mit der Befugnis, eine Preisobergrenze festzusetzen.

3.1.2 Qualität der Rechtsverstöße im Urteil VIII ZR 138/07

Das Urteil VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 ist nicht zufällig entstanden, sondern vollendete die systematisch vorbereitete Preissockel-Theorie. In der umfangreichen Kritik an der Preissockel-Theorie wird dargestellt, wie das Urteil vom 19.11.2008 auf den beiden vorangegangenen Urteilen VIII ZR 144/06 vom 28.3.2007 und VIII ZR 36/06 vom 13.6.2007 des VIII. Zivilsenates aufbaut und sie regelrecht abschließt, siehe Seite 5/6 unter http://www.cleanstate.de/Kritik_an_Preissockeltheorie_des_BGH.pdf. Die Vorbereitung des Urteils vom 19.11.2008 beginnt im Urteil VIII ZR 144/06 vom 28.3.2007 mit einem zum Leitsatz hochstilisierten „obiter dictum“, vgl. Seite 3 in der Kritikschrift zur Preissockel-Theorie, und stützt sich an der entscheidenden Stelle auf eine „Sachverhaltsquetsche“, vgl. Seite 15 unter http://www.cleanstate.de/Kritik_an_Preissockeltheorie_des_BGH.pdf.

Die Einführung von § 29 GWB am 18.12.2007 durch den Gesetzgeber beinhaltet schon nach dem Gesetzeswortlaut nichts, was die „Einbindung der Zivilgerichte in die Missbrauchskontrolle reduziert“, wie es der VIII. Zivilsenat in Randnummer 23 seines Urteils VIII ZR

138/07 vom 19.11.2008 behauptet. Die Aussage des VIII. Zivilsenates ist geradezu widersinnig, wie Abschnitt 2.1 zeigt. Der VIII. Zivilsenat hat zu § 29 GWB einen Willen des Gesetzgebers erfunden, der in der vom VIII. Zivilsenat behaupteten Form nie bestanden hat und sich in den Gesetzesmaterialien nicht belegen lässt, vgl. Abschnitt 2.2.

In Abschnitt 2.3 wurde ausführlich dargelegt, dass der VIII. Zivilsenat das Recht in unzulässiger Weise fortbildete. Die Richter suchten mit „BVerfG 82, 6, 12 f.“ eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die Ihnen scheinbar eine analoge Fortbildung des Rechts erlaubt. Die Argumentation hat nur einen gravierenden Mangel: das am 18.12.2007 verabschiedete Kartellrechtsnovelle müsste nach nur 11 Monaten am 19.11.2008 als veraltet gelten. Diesen gravierenden Mangel deckt Abschnitt 2.3.2 auf, wo die ökonomische Realität auf den deutschen Energiemärkten alles andere als eine Veraltung von § 29 GWB erkennen lässt. Demnach handelt es sich in der Sprache der gleichnamigen Habilitationsschrift von Rechtsprofessor Bernd Rüthers um eine „*unbegrenzte Auslegung*“ durch den VIII. Zivilsenat.

Doch selbst diese hanebüchene Rechtsfortbildung genügte noch nicht, um zu dem Ergebnis zu gelangen, das der VIII. Zivilsenat mit der Preissockel-Theorie und der eingeschränkten Billigkeitskontrolle anstrebte. Dazu musste der Begriff „Preisregulierung“ in einer Form interpretiert werden, die auch ein völlig neues Verständnis von Gerichtsurteilen voraussetzt. In Abschnitt 2.3.3 wurde erläutert, dass nach Ansicht des VIII. Zivilsenats ein Zivilurteil wie eine Preisregulierung wirkt und über das in Streit stehende Vertragsverhältnis der streitenden Parteien hinaus gilt. Das Ergebnis der Argumentation im Urteil VIII ZR 138/07 passt weder zur übrigen BGH-Rechtsprechung, vgl. Abschnitt 2.3.4, noch zum grundsätzlichen Verhältnis vom Kartellrecht zu § 315 BGB, vgl. Abschnitt 2.4.

Der Aufbau des Urteils vom 19.11.2008 und seine Einbindung in die dargelegte „Urteils-Trilogie“ 2007/2008 lassen sich nicht mit Zufall oder einem Versehen erklären. Vielmehr folgt das Urteil einem wohl durchdachten Plan, die Billigkeitskontrolle in Zivilstreitigkeiten zu Energiepreisen drastisch einzuschränken. Ein unpassendes Gesetz wird einfach nach Gutdünken angepasst, ein Gesetzgeber-Wille erfunden, die übrige Rechtsprechung ignoriert, ein paar Grundbegriffe uminterpretiert, schon ist ein Urteil nach Art des VIII. Zivilsenates begründet. Wie schon Professor Markert zum Urteil VIII ZR 138/07 anmerkte, vgl. RdE Heft 2/2009, Seite 62 und oben in Abschnitt 2.2.3, der VIII. Zivilsenat „*wollte unbedingt*“ an seiner Position festhalten, dass der Gesamtpreis von Energie keiner umfassenden Billigkeitskontrolle unterliegt, wie es § 315 BGB fordert. Deshalb sind die Rechtsverstöße im Urteil VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 „schwerwiegend“ und erfolgten „bewusst“. Damit erfüllt das Vorgehen des VIII. Zivilsenats sogar die gesetzwidrig erhöhten Anforderungen, die der BGH mit seinem Urteil 4 StR 353/92 vom 29.10.1992 für den Straftatbestand der Rechtsbeugung nach § 339 StGB aufgestellt hat. In Abschnitt II 1. b) der Urteilsgründe heißt es laut <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/92/4-353-92.php>:

„Rechtsbeugung begeht deshalb nur der Amtsträger, der sich bewußt in schwerwiegender Weise vom Gesetz entfernt und sein Handeln als Organ des Staates statt an Recht und Gesetz an seinen eigenen Maßstäben ausrichtet (vgl. BGHSt 32, 357, 360 f).“

3.1.3 Verfassungswidrigkeit des Urteils VIII ZR 138/07

Gesetze, in dem konkreten Fall das Kartellgesetz und § 315 BGB, werden vom VIII. Zivilsenat des BGH einfach in einer Weise weiterentwickelt, als ob er der Gesetzgeber wäre. Würde man der Argumentation des VIII. Zivilsenats folgen, die in Kapitel 2 und in der [Kritik zur](#)

Preissockeltheorie vom 14.1.2010 ausführlich beschrieben wurde, dann dürfte es in Deutschland überhaupt keine Kartellzivilprozesse zu überhöhten Energiepreisen mehr geben.

Das Urteil VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 beschwört die Gefahr herauf, dass selbst die Aussage „Die §§ 19 und 20 bleiben unberührt“ aus dem Gesetzestext von § 29 GWB Richter in unteren Instanzen dazu veranlasst, schlüssige kartellrechtliche Ausführungen z. B. zu § 19 GWB überhaupt nicht mehr in Zivilprozessen zu Energiepreisen zu erörtern und zu berücksichtigen. Darüber hinaus verkehrte der VIII. Zivilsenat des BGH den Zweck der Kartellrechtsnovelle vom 18.12.2007 in ihr Gegenteil, indem er den angeblichen Willen des Gesetzgebers zum Kartellrecht missbräuchlich fortentwickelte und damit den § 315 BGB einschränkte.

Es ist „*nicht Sache der Gerichte, die bestehende gesetzliche Regelung eigenmächtig im Wege einer Auslegung contra legem zu ändern und eigene rechtspolitische Auffassungen zur Geltung zu bringen*“, so das Bundesverfassungsgericht in dem grundlegenden Urteil 1 BvR 233, 341/81 vom 14. Mai 1985 in dem Verfahren „Demonstrationsverbot Brokdorf“ (BVerfGE 69, 315). Laut Urteil 1 BvR 112/65 des Bundesverfassungsgerichts vom 14.2.1973 im Fall „Prinzessin Soraya“ muss sich ein Richter bei seinem Urteil „*von Willkür freihalten; seine Entscheidung muss auf rationaler Argumentation beruhen*“.

In geradezu verfassungswidriger Weise hat der VIII. Zivilsenat mit seinem Urteil vom 19.11.2008 den Vorrang des Gesetzes aus Artikel 20 Abs. 3 des Grundgesetzes missachtet. Wenn dem VIII. Zivilsenat ein Paragraph wie § 29 GWB oder § 315 BGB oder ein ganzes Gesetz wie das GWB nicht passt, dann entwickelt er das Gesetz in seiner Funktion als Gericht einfach weiter, so als gäbe es die richterliche Bindung an das Gesetz nicht, die ein Kennzeichen der Gewaltenteilung ist. Selbst der Grundgesetzartikel zur richterlichen Unabhängigkeit, Artikel 97, fordert in Absatz 1 eine Unterwerfung des Richters unter das Gesetz. Die Verstöße des VIII. Zivilsenats gegen Recht und Gesetz sind sogar derart schwerwiegend, dass eine Richteranklage nach Artikel 98 Absatz 2 des Grundgesetzes gegen die Mitglieder des VIII. Zivilsenates erhoben werden müsste, um die Verfassung zu schützen.

Wenn sich Gerichte wie der VIII. Zivilsenat des BGH in seinem Urteil VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 gegen die Gesetzesgebundenheit auflehnen, dann liegt darin „*der Übergang vom Rechtsstaat zum Richterstaat, und, wenn man dem Richter dabei die Befugnis einräumt, ungebunden das zu tun, was er für richtig hält, zum Willkürstaat.*“ So formuliert es Professor Dr. Gerhard Wolf in seinem Artikel „Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken?“ in der Zeitschrift Juristische Schulung (JuS) 1996, Seite 189 – 195, im Internet kostenlos verfügbar unter <http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/9-1996/index.html>. Mit juristischen Kunstgriffen wie dem Analogieschluss oder der Lückenfüllung hat sich der Zivilrechtler Prof. Dr. Dres. h.c. Bernd Rütters in seinen Publikationen wie „Die unbegrenzte Auslegung“, 6. Auflage 2005, und „Rechtstheorie“, 4. Auflage 2008, befasst. Darin beschreibt Rütters, wie solch fragwürdige Methoden wie die des VIII. Zivilsenats die Gewaltenteilung und das Demokratieprinzip missachten und wie so die Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus umgewandelt werden konnte.

3.2 Einfluss der Energieversorger

In Abschnitt 2.2.3 war die „*große Sorge der Energieversorger*“ vor einer „*Prozessflut bei den Zivilgerichten*“ aus der Rede des CSU-Abgeordneten Albrecht Rupprecht aus Weiden vom 15.11.2007 im Deutschen Bundestag zitiert worden. Aus dem Munde eines Politikers verwundern solche Aussagen nicht, denn eine gewisse Nähe und Abhängigkeit deutscher Politiker zu Energiekonzernen ist der Öffentlichkeit spätestens seit den spektakulären

Wechseln mehrerer Spitzenkräfte in die Energiewirtschaft bekannt. Dafür stehen die früheren Wirtschaftsminister [Werner Müller](#), vgl. die Bundestagsdrucksache 15/4815 vom 10.02.2005 unter <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/15/048/1504815.pdf>, und [Wolfgang Clement](#), der Wirtschaftsstaatssekretär [Alfred Tacke](#), die Kanzleramtsministerin [Hildegard Müller](#), der Außenminister [Joschka Fischer](#) und der Alt-Bundeskanzler [Gerhard Schröder](#). Greenpeace nennt im „Schwarzbuch Klimaschutzverhinderer – Verflechtungen zwischen Politik und Energiewirtschaft“ vom Februar 2007 zahlreiche weitere Personen und deren Funktion, vgl. http://www.greenpeace.de/fileadmin/gpd/user_upload/themen/klima/Verflechtung_Energiewirtschaft_Politik.pdf.

Der Journalist Götz Hamann publizierte im April 2006 einen Artikel unter der Überschrift „Rot-Grün zwischen Lobby und Korruption“ in der Dokumentation des Wiesbadener Vereins Netzwerk Recherche e. V. mit dem Titel „Dunkelfeld Korruption“, siehe http://www.netzwerkrecherche.de/dokumente/nr_doku_dunkelfeld_korruption.pdf. Der Artikel von Hamann zeigt auf Seite 101, in welchem Ausmaß Lobbyisten der Energiekonzerne das derzeit gültige Energiewirtschaftsgesetz beeinflusst haben. Die politikwissenschaftliche Studie „Die deutsche Stromwirtschaft und der Emissionshandel“ von Matthias Corbach aus dem Jahr 2007 zeigt, wie die Gesetzgebung zum Handel mit CO₂-Zertifikaten von den Stromgiganten manipuliert wurde und der Klimaschutz zu einer „[Gelddruckmaschine für Luftverschmutzer](#)“ umgewandelt werden konnte.

Die Interessen der Energieversorger spielen sowohl in der Bundestagsdebatte vom 15.11.2007, vgl. mit dem Zusammenhang der Gesetzgebung Abschnitt 2.2.3, als auch in den Gründen zum BGH-Urteil VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 eine wesentliche Rolle:

<p>BT-Plenarprotokoll 16/126 vom 15.11.2007, Seite 13169 – 13170, CSU-Abgeordneter Albrecht Rupprecht</p>	<p>BGH-Urteil VIII ZR 138/07 des VIII. Zivilsenats vom 19.11.2008, Randnummer 23</p>
<p><i>Eine große Sorge der Energieversorger war, dass es zu einer Prozessflut kommen könnte, wenn das Gesetz nicht nur für die Kartellbehörden gilt, sondern auch zivilrechtlichen Auseinandersetzungen als Grundlage dient.</i></p>	<p><i>Zudem hat der Gesetzgeber auch im Übrigen die Einbindung der Zivilgerichte in die Missbrauchskontrolle reduziert. Die in § 29 Nr. 1 GWB in der Fassung des Regierungsentwurfs (BT-Drs. 16/5847, S. 5) vorgesehene Darlegungs- und Beweislast der Energieversorgungsunternehmen dafür, dass im Vergleich zu anderen Versorgungsunternehmen ungünstigere Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen sachlich gerechtfertigt sind, ist im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens auf Verfahren vor den Kartellbehörden beschränkt worden, um eine von den Energieversorgern befürchtete Prozessflut bei den Zivilgerichten zu verhindern (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie vom 14. November 2007, BT-Drs. 16/7156, S. 9 f.; BT-Plenarprotokoll 16/126 vom 15. November 2007, S. 13169 f.)</i></p>

Der VIII. Zivilsenat des BGH hat durch seinen ersten Leitsatz und durch die nicht nachvollziehbare „Begründung“ zu dem Urteil VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 die „von den Energieversorgern befürchtete Prozessflut bei den Zivilgerichten“ noch weiter eingedämmt, als es die von Lobbyisten beeinflussten Politiker vermochten. Denn der VIII. Zivilsenat erließ ein Verbot, kartellrechtliche Fragen in Zivilprozessen überhaupt zu erörtern, und er reduzierte die Kraft

des § 315 BGB zur Billigkeitsprüfung erheblich. In der hier diskutierten Urteils- passage zum Kartellrechts-Verständnis des VIII. Zivilsenats ist keine Abwägung der Interessen von Energieverbrauchern und Energieversorgern zu erkennen. Völlig einseitig betonen die Urteils- gründe die Befürchtungen der Energieversorger. Die Schutzfunktion, die selbst das Kartell- recht laut Abschnitt 2.3.1 den Energieverbrauchern gewährt, wird einfach aufgegeben. Mit Hilfe eines imaginären Willen des Gesetzgebers überträgt der VIII. Zivilsenat ohne jeden nachvollziehbaren sachlichen Grund die Reduktion des Schutzes auf § 315 BGB.

Das von Recht und Gesetz nicht mehr gedeckte Urteil des VIII. Zivilsenats kann nur verstehen, wer an die Korrektheit der Gleichung Energieversorger = Parteimitglied = Bundesregierung = Bundestag = Gesetzgeber = Volk glaubt. Dann ist nachvollziehbar, warum eine willkürliche Rechtsprechung zu Gunsten der Energieversorger „*im Namen des Volkes*“ ergeht. In Kapitel 5 des Beitrags „Kritik an der Preissockel-Theorie des Bundesgerichtshofes zu § 315 BGB“ vom 14.1.2010 werden mit der Vortragstätigkeit des Senatsvorsitzenden Wolfgang Ball mögliche Motive für die willkürlich erscheinende Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats erörtert, siehe Seite 32-33 unter http://www.cleanstate.de/Preissockel_Energiepreise.html.

3.3 Schutzlosigkeit der Energieverbraucher

Sogar die EU-Kommission sieht die Schwierigkeiten der deutschen Verbraucher, die Vorteile des europäischen Binnenmarktes für Strom und Erdgas zu genießen. Die EU-Kommission bemängelt, dass Streitbeilegungsverfahren für Verbraucher in Deutschland fehlen. In der Pressemitteilung [IP/09/1035](#) der EU-Kommission vom 25.6.2009 heißt es: „*Es ist eine Grund- prämissse der Strom- und der Erdgasrichtlinie, dass alle Bürger, denen die wirtschaftlichen Vorteile des Binnenmarktes zugute kommen, auch ein hohes Verbraucherschutzniveau genie- ßen sollten. Ohne transparente, einfache und wenig kostenaufwändige Verfahren für den Umgang mit den Beschwerden kann es jedoch dazu kommen, dass die Verbraucher zögern, die Möglichkeiten des Binnenmarkts aktiv zu nutzen. Die Elektrizitäts- und die Erdgasricht- linie enthalten eindeutig die Verpflichtung, dass solche Verfahren vorhanden sein und den Verbrauchern tatsächlich Alternativen zur Verfügung stehen müssen.*“

U. a. wegen dieses schweren Verstoßes gegen den Verbraucherschutz eröffnete die EU- Kommission am 25.6.2009 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland. Das BGH- Urteil VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 würde demnach auch gegen das sogenannte zweite Legislativpaket von 2003 verstoßen, in dem die geltenden Gemeinschaftsvorschriften über den Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt definiert sind.

Die Energieverbraucher sind ohnehin schon schlecht vor Ausbeutung durch Preissmissbrauch geschützt. Das betrifft nicht nur Privatkunden, sondern auch industrielle Verbraucher, wie die vielfältigen Aktivitäten des Verbandes der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft e.V. (VIK) belegen. So hatte sich der VIK Mitte 2005 beim Bundeskartellamt darüber beschwert, dass marktbeherrschende Stromanbieter wie RWE und E.ON die unentgeltlich zugeteilten CO₂-Emissionszertifikate als sogenannte Opportunitätskosten voll in die Strompreise einkal- kulierten. In seiner Abmahnung vom 18.12.2006 stellte das Bundeskartellamt fest, dass die Strompreise der Stromerzeuger im Sinne der § 19 GWB und Art. 82 EG missbräuchlich waren, soweit der Börsenwert der CO₂-Zertifikate nach dem TEHG vollständig eingepreist wurde, siehe ausführlich im Beschluss B8-88/05-2 unter http://www.ponte- press.de/pdf/U13_200704.pdf. Am 26.9.2007 stellte die 8. Beschlussabteilung des Bundes- kartellamtes jedoch das Verfahren gegen RWE nach bestimmten Verpflichtungszusagen von RWE gemäß § 32 b Absatz 1 Satz 2 GWB ein, vgl. Details unter <http://cms.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell07/B8-88-05-2.pdf>. Der VIK drückte sein Unverständnis in einer [Pressemitteilung vom 27.9.2007](#) wie folgt aus: „*Im*

Wege dieser Einstellungsentscheidung des BKartA erfolgt keine Kritik an der Marktmacht von RWE, unangetastet bleiben auch die CO2-Sondergewinne bei RWE. Außerdem wird keinerlei Missbilligung des Verhaltens von RWE bei der CO2-Einspeisung mehr festgestellt, obwohl die Strompreise in der Abmahnung 2006 „vorläufig“ noch als missbräuchlich überhöht eingeschätzt wurden.“ Wenn sich nun der VIK oder eines seiner Mitgliedsunternehmen wegen der eingepreisten CO2-Zertifikate zivilrechtlich z. B. mit § 29 GWB oder mit § 315 BGB gegen überhöhte Strompreise wehren wollte, so wäre das nach dem Kartellrechts-Verständnis des VIII. Zivilsenats wenig erfolgversprechend.

Die wenigen Schutzmechanismen aus dem Kartellrecht und dem BGB wie z. B. § 315 BGB zur Billigkeitskontrolle werden vom VIII. Zivilsenat unter Vorsitz des Richters Wolfgang Ball systematisch ausgehöhlt – gegen den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers. *„Ein Grundsatz des Zivilrechts ist es aber, dass der Bürger gegen die Übermacht eines Vertragspartners effektiven Rechtsschutz genießen muss. Wenn das Verwaltungsrecht ihm diesen Rechtsschutz nicht bietet, dann muss er eben über § 315 BGB gewährleistet werden.“* So formuliert es die BGH-Richterin Barbara Ambrosius in ihrem Referat mit dem Titel *„Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Billigkeitskontrolle von Tarifen der Versorgungsunternehmen“* auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2006, siehe Seite 15 unter <http://www.mietgerichtstag.de/download/43083601/vortrag06ambrosius.pdf>. Nach Ansicht von Richterin Ambrosius haben *„Kunden von privatrechtlichen agierenden Versorgungsunternehmen“* Anspruch auf zivilrechtlichen Schutz, vgl. Seite 26/27 ihres Referats. Das begründet sie mit dem Urteil 1 BvR 2203/98 des Bundesverfassungsgerichts vom 28.12.1999, vgl. http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk19991228_1bvr220398.html. In Randnummer 11 führt das Bundesverfassungsgericht aus: *„Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ist aus dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes die Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes abzuleiten. Dieser muss die grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes ermöglichen. Die Beteiligten müssen die Möglichkeit haben, sich im Prozess mit tatsächlichen und rechtlichen Argumenten zu behaupten.“* Der VIII. Zivilsenat des BGH verweigert die Gewährung effektiven Rechtsschutzes und verstößt gegen einen verfassungsrechtlichen Grundsatz, indem er mit seiner willkürlichen Rechtsprechung zu § 315 BGB die Energiepreise einer wirkungsvollen richterlichen Kontrolle entzieht.

Soweit der BGH über die Billigkeit von Energiepreisen am VIII. Zivilsenats unter dem Vorsitz von Richter Wolfgang Ball urteilt, verschwimmen die Grenzen zwischen Richter und Gesetzgeber. Dabei gefährdet die Aufhebung der Gewaltenteilung den Rechtsstaat. Die Einseitigkeit der hier kritisierten BGH-Urteile zu Gunsten mächtiger Energiekonzerne ist eine Ungleichbehandlung und erweckt bei vielen Energieverbrauchern die Besorgnis der Befangenheit. Das schürt Misstrauen in die Unparteilichkeit der Richter des BGH und erschüttert letztlich das Vertrauen der Bevölkerung in die Funktionsfähigkeit der Justiz.

Quellen

- 1: *Ambrosius, Barbara*: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Billigkeitskontrolle von Tarifen der Versorgungsunternehmen, Erweiterte Fassung eines auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2006 gehaltenen Referats, 28 Seiten, online abrufbar unter <http://www.mietgerichtstag.de/download/43083601/vortrag06ambrosius.pdf> oder mit gleichem Titel auch in der Zeitschrift für Neues Energierecht (ZNER), Heft 2/2007, Seite 95 - 102, im Internet abrufbar unter http://www.energienetz.de/file.php?PHPSESSID=h6s3qk3pga0aip916gc71ld4t3&time=1250001711&mmg_file_id=905&attach=1&

- 2: *Corbach, Matthias*: Die deutsche Stromwirtschaft und der Emissionshandel, 210 Seiten, [Verlag Ibdem](#), Stuttgart 2007, ISBN 978-3-89821-816-0
- 3: *Fricke, Thomas*: Kommentar zu „Rechtsgutachten von Prof. Markert zum Kartellrecht“ im Forum des Bundes der Energieverbraucher, 30.11.2007 17:37 Uhr, Thread „Rechtsgutachten von Prof. Markert zum Kartellrecht“ unter <http://forum.energienetz.de/thread.php?threadid=8348>
- 4: *Greenpeace e. V.*: Schwarzbuch Klimaschutzverhinderer – Verflechtungen zwischen Politik und Energiewirtschaft, 18 Seiten, Februar 2007, online abrufbar unter http://www.greenpeace.de/fileadmin/gpd/user_upload/themen/klima/Verflechtung_Energie_wirtschaft_Politik.pdf
- 5: *Gutsche, Lothar*: Kritik an der Preissockel-Theorie des Bundesgerichtshofes zu § 315 BGB, 33 Seiten, 14.1.2010, online abrufbar unter http://www.cleanstate.de/Preissockel_Energiepreise.html
- 6: *Hamann, Götz*: „Rot-Grün zwischen Lobby und Korruption“, Seite 92 – 104 in „nr-Werkstatt: Dunkelfeld Korruption“, im April 2006 herausgegeben von netzwerk recherche e. V. unter Vorsitz von Dr. Thomas Leif, online abrufbar unter http://www.netzwerkrecherche.de/dokumente/nr_doku_dunkelfeld_korruption.pdf
- 7: *Markert, Kurt*: Anmerkungen zum BGH-Urteil VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 zur Billigkeitskontrolle von Gaspreisen, Zeitschrift Recht der Energiewirtschaft (RdE), Heft 2/2009, Seite 60 – 63
- 8: *Markert, Kurt*: „Kartellrechtliche Abwehrmöglichkeiten für Haushaltskunden gegen überhöhte Strom- und Gaspreise“, 23 Seiten vom 24.11.2007, Gutachten im Auftrag des Bundes der Energieverbraucher e. V., gefördert mit Mitteln des Bundesministeriums für Verbraucherschutz, Ernährung, und Landwirtschaft, online verfügbar unter http://www.energieverbraucher.de/files_db/dl_mg_1196269074.pdf
- 9: *Rüthers, Bernd*: Die unbegrenzte Auslegung - Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 521 Seiten, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 6. Auflage 2005, ISBN 978-3-16-148473-5
- 10: *Rüthers, Bernd*: Rechtstheorie - Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 618 Seiten, Beck-Verlag, München, 4. Auflage 2008, ISBN 978-3-406-58065-9
- 11: *Rüthers, Bernd*: „Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?“ in: Juristenzeitung, Band 57 (2002) Nr. 8, S. 365-371, ähnlicher Beitrag online verfügbar unter http://www.irp.uni-trier.de/typo3/fileadmin/template/pdf/15_Ruethers.pdf
- 12: *Schmoeckel, Mathias*: „Dauerhaft engpassfreie Märkte durch ‚Regulierung‘? Erfolgsgeschichte eines Begriffs“, europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte „forum historiae iuris“ vom 6.2.2009, ISSN 1860-5605, online verfügbar unter <http://s6.rewi.hu-berlin.de/online/fhi/articles/0902schmoeckel.htm> und <http://www.forhistiur.de/zitat/0902schmoeckel.htm>
- 13: *Verband der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft e.V. (VIK)*: „VIK: RWE-Entscheidung des Bundeskartellamtes ist sehr bedauerlich“, Pressemitteilung vom 27.9.2007, vgl. http://www.vik-online.de/index.php?id=71&backPID=71&tt_news=123
- 14: *Wolf, Gerhard*: „Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken?“, Zeitschrift Juristische Schulung (JuS) 1996, Seite 189 – 195, im Internet kostenlos verfügbar unter <http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/9-1996/index.html>