

Kartellrechtliche Abwehrmöglichkeiten für Haushaltskunden gegen überhöhte Strom- und Gaspreise

Gutachten im Auftrag des Bundes der Energieverbraucher e.V.
gefördert mit Mitteln des Bundesministeriums für Verbraucherschutz,
Ernährung, und Landwirtschaft

Prof. Dr. Kurt Markert

I. Vorbemerkung

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Frage, welche Möglichkeiten nach dem deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) für Haushaltskunden von Strom und Gas¹ bestehen, sich gegen als überhöht empfundene Preise oder Preiserhöhungen zur Wehr zu setzen. Die dafür in Betracht kommenden Vorschriften des GWB sind § 19 Abs. 1 und Abs. 4 Nrn. 2 und 3 sowie der neue § 29. Außer Betracht bleibt hier das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen in § 1 GWB, weil jedenfalls deren Nachweisbarkeit in aller Regel sehr schwierig ist. Auch auf das in Art. 82 des EG-Vertrages geregelte Verbot des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung wird nicht eingegangen, weil dessen Möglichkeiten nicht weiter reichen als nach den §§ 19 und 29 GWB und die Anforderungen an das Vorliegen von Marktbeherrschung in der EU oder einem wesentlichen Teil davon sowie an den Missbrauchs nachweis in der Tendenz höher sind als nach diesen GWB-Vorschriften.²

¹ Nach § 3 Nr. 22 EnWG sind Haushaltskunden Letztverbraucher, die Strom und Gas überwiegend für den Eigenverbrauch im Haushalt oder für den einen Jahresverbrauch von 10.000 Kwh nicht übersteigenden Eigenverbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke kaufen. Die in der Kartellrechtspraxis für die Marktabgrenzung verwendete Bezeichnung „Gaskleinkunden (HuK-Kunden und Heizgaskunden)“ ist damit praktisch deckungsgleich. Für die kartellrechtliche Beurteilung macht es keinen Unterschied, ob diese Kunden energierechtlich Tarif- bzw. Grundversorgungs- oder Sondervertragskunden sind.

² Zur Preishöhenkontrolle nach Art. 82 EG z. B.: *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, S. 409 ff.

Im Folgenden werden zunächst die einschlägigen Vorschriften des GWB dargestellt (II.). Anschließend wird, da die Anwendung dieser Vorschriften das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung voraussetzt, unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Anwendungspraxis (Rechtsprechung, Verwaltungspraxis der Kartellbehörden) auf die gesetzlichen Anforderungen an eine solche Stellung eingegangen (III.). Danach wird dargelegt, unter welchen Voraussetzungen nach diesen Vorschriften ein verbotener Missbrauch durch das Fordern überhöhter Preise angenommen werden kann (IV.). Schließlich folgt eine Darstellung der kartellrechtlichen Möglichkeiten eines direkten Vorgehens betroffener Verbraucher und von Verbraucherverbänden gegen verbotene Preishöhenmissbrauche marktbeherrschender Versorger (V.). Diese Möglichkeiten bestehen neben denen des allgemeinen Zivilrechts (§§ 305c, 307, 315 BGB) und können daher gleichzeitig mit diesen geltend gemacht werden.³

II. Die gesetzliche Situation

1. § 19 GWB

Nach § 19 Abs. 1 GWB ist marktbeherrschenden Unternehmen die missbräuchliche Ausnutzung ihrer Marktstellung verboten. Nach Abs. 4 Nr. 2 liegt ein Missbrauch i. S. des Abs. 1 insbesondere vor, wenn Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen gefordert werden, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, wobei insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen sind. Gleiches gilt nach Abs. 4 Nr. 3 für das Fordern von Preisen und Geschäftsbedingungen, wenn diese ungünstiger sind als sie das marktbeherrschende Unternehmen auf vergleichbaren Märkten von

³ Die Frage, ob die Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Abwehrmöglichkeiten dadurch verdrängt wird, dass dem betroffenen Verbraucher im Einzelfall auch zivilrechtliche Abhilfemöglichkeiten zur Verfügung stehen, ist von vornherein zu verneinen. Nur umgekehrt ist vereinzelt geltend gemacht worden, dass § 19 GWB § 315 BGB verdränge. Dem entgegen steht jedoch die ständige BGH-Rechtsprechung, zuletzt Urteil v. 13.6.2007, NJW 2007, 2540 = RdE 2007, 258, 260 mit Anmerkung von *Markert*.

gleichartigen Abnehmern fordert, es sei denn, der Unterschied ist sachlich gerechtfertigt (räumliche Preisspaltung).

Die Voraussetzungen der Marktbeherrschung sind in § 19 Abs. 2 und 3 näher erläutert. Nach Abs. 2 Satz 1 ist ein einzelnes Unternehmen marktbeherrschend, wenn es als Anbieter oder Nachfrager auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt entweder ohne Wettbewerber ist (Monopolfall) oder keinem wesentlichen Wettbewerb durch die anderen Wettbewerber ausgesetzt ist oder im Verhältnis zu diesen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung hat. Für die Feststellung einer solchen Stellung eines Unternehmens sind insbesondere sein Marktanteil, seine Finanzkraft, sein Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, rechtliche und tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen, der tatsächliche oder potentielle Wettbewerb durch innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs des GWB ansässige Unternehmen, die Fähigkeit, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen, sowie die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen, zu berücksichtigen. Nach Abs. 2 Satz 2 sind mehrere Unternehmen zusammen marktbeherrschend, wenn zwischen ihnen auf dem relevanten Markt kein wesentlicher Wettbewerb besteht und sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Abs. 2 Satz 1 erfüllen (Oligopol- oder kollektive Marktbeherrschung). Nach Abs. 2 Satz 3 kann der räumlich relevante Markt für die Beurteilung von Marktbeherrschung über den Geltungsbereich des GWB (Inland) hinausgehen.

§ 19 Abs. 3 enthält sowohl für die Einzel- als auch für die Oligopolmarktbeherrschung auf die Marktanteile der Unternehmen auf dem relevanten Markt abstellende gesetzliche Vermutungen. Nach Abs. 3 Satz 1 wird Einzelmarktbeherrschung eines Unternehmens vermutet, wenn es auf dem relevanten Markt einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat. Nach Abs. 3 Satz 2 gelten mehrere Unternehmen zusammen als marktbeherrschend, wenn die zwei oder drei führenden Unternehmen auf dem relevanten Markt einen Marktanteil von mindestens 50 % oder die vier oder fünf führenden Unternehmen einen Anteil von mindestens zwei Dritteln haben, es sei denn, die

Unternehmen weisen nach, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen oder die Unternehmen in ihrer Gesamtheit im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung i. S. des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 haben.

2. § 29 GWB

Der neue § 29 Satz 1 GWB verbietet einem Unternehmen, 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 entweder 1. Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die ungünstiger sind als diejenigen anderer Versorgungsunternehmen oder von Unternehmen auf anderen vergleichbaren Märkten, es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, dass die Abweichung sachlich gerechtfertigt ist, wobei die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast nur für das Verfahren vor den Kartellbehörden gilt, oder 2. Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten. Nach Satz 2 dürfen dabei Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, nicht berücksichtigt werden. Nach Satz 3 bleiben die §§ 19 und 20 GWB unberührt und sind daher neben § 29 anwendbar.

3. § 33 GWB

Nach Abs. 1 haben die von einem Verstoß gegen Vorschriften des GWB Betroffenen Anspruch auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung. Betroffener ist, wer als Wettbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist, d. h. auch Haushaltskunden als Abnehmer von Strom oder Gas. Der Anspruch nach Abs. 1 kann auch von Verbraucherverbänden geltend gemacht werden (§ 33 Abs. 2). Im Falle eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Gesetzesverstoßes ist nach Abs. 3 der Verstoßende den Betroffenen außerdem zum Schadenersatz verpflichtet. Das mit einer Schadenersatzklage nach Abs. 3 befasste Zivilgericht ist nach Abs. 4 an die Feststellung des in Betracht stehenden Gesetzesverstoßes

gebunden, die in einer bestandskräftigen kartellbehördlichen Entscheidung oder einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung im Rechtsmittelverfahren getroffen wurde. Zuständig für Zivilklagen, die die Anwendung des GWB betreffen, sind nach § 87 Abs. 1 GWB unabhängig von der Höhe des Streitwerts in erster Instanz die Kartellkammern der Landgerichte und im Rechtsmittelverfahren die Kartellsenate der Oberlandesgerichte und des Bundesgerichtshofs (BGH). Dies gilt auch, wenn die Klage oder die Gegenwehr außerdem auf Vorschriften anderer Gesetze, z. B. auf § 315 BGB, gestützt ist.

III. Die Marktbeherrschung bei der Belieferung von Haushaltskunden

Ob Versorgungsunternehmen allein oder mehrere zusammen marktbeherrschend sind, setzt zunächst die Bestimmung des in dem zu beurteilenden Einzelfall sachlich und räumlich relevanten Marktes voraus. Danach ist zu prüfen, ob auf diesem Markt die gesetzlichen Marktbeherrschungsvoraussetzungen erfüllt sind und zwar in dem Zeitraum, für den ein verbotener Marktbeherrschungsmissbrauch geltend gemacht wird.

1. Die sachliche Marktabgrenzung

Das Angebot von Strom an Haushaltskunden ist nach einhelliger Ansicht aller Kartellbehörden und –gerichte einschließlich des BGH innerhalb des Gesamtspektrums des Stromangebots ein eigener sachlich relevanter Markt.⁴ Dass Strom in einzelnen Verwendungsarten, z. B. für Kraft- oder Heizzwecke, durch andere Energieträger substituierbar ist, wird übereinstimmend nicht als Grund für eine erweiterte sachliche Marktabgrenzung angesehen.

Die Belieferung von Haushaltskunden mit Erdgas ist ebenfalls innerhalb des Gesamtspektrums des Gasangebots ein eigener sachlich relevanter Markt. Zwar gibt es dazu direkt noch keine BGH-Entscheidung. Der Kartellsenat des BGH hat aber im Fall „Stadtwerke Dachau“ entschieden, dass die Belieferung

⁴ So z. B. BGH v. 4.11.2003, WuW/E DE-R 1206, 1207 – Strom und Telefon I = RdE 2004, 109. Ebenso z. B. OLG Düsseldorf, v. 6.6.2007, VI-2 Kart 7/04 (V), BA S. 8 ff. - EAM/Stadtwerke Eschwege, und die ständige Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes, z. B. Beschluss v. 12.3.2007, WuW/E DE-V 1357, 1363 – RWE/Saar Ferngas; BKartA-Tätigkeitsbericht 2005/2006, BT-Drucks. 16/5710, S.125.

lokaler Gasverteilerunternehmen als eigener sachlich relevanter Markt anzusehen ist.⁵ Seine Ausführungen zur Marktbeherrschung in dem entschiedenen Fall lassen wenig Zweifel, dass er auch für die Belieferung von Haushaltskunden mit Erdgas einen eigenen sachlich relevanten Markt annehmen würde.⁶ Dies wird auch durch die folgende Feststellung in seinem Urteil im Fall Fernwärme für Börnsen bestätigt: „Ein einheitlicher Markt für Wärmeenergie... besteht nicht, weil für die Marktgegenseite, also die Hausbesitzer, die sich entweder für Fernwärme oder für eine Ölheizung entschieden haben, die beiden Formen der Wärmeenergie nicht austauschbar sind.“⁷ Gleiches gilt wegen der ähnlich hohen Umstellungskosten (schätzungsweise zwischen 5000 und 8000 €) für die Austauschbarkeit mit Erdgas als Heizenergie. Die gegenteilige Annahme des VIII. Zivilsenats des BGH im Urteil v. 13.6.2007, wonach Erdgas nur Teil eines alle für die Wärmeerzeugung geeigneten Energieträger einschließenden breiteren „Wärmemarktes“ sei⁸, ist schon deshalb nicht haltbar, weil das Landgericht Heilbronn als letzte Tatsacheninstanz in dem entschiedenen Fall keine diesbezüglichen Feststellungen getroffen hat⁹ und der Senat auch keine eigene Begründung für seine Ansicht gegeben hat. Auch das OLG Düsseldorf hat in seiner Entscheidung vom 23.11.2005 im Fusionsfall „Mainova/Stadtwerke Aschaffenburg“¹⁰ einen eigenen sachlich relevanten Markt für die Belieferung von Haushaltskunden mit Erdgas angenommen. Im gleichen Sinne hat das OLG Dresden entschieden.¹¹ Dem stehen die Entscheidungen der Oberlandesgerichte Düsseldorf vom 23.2.2005¹² und München vom

⁵ Beschluss v. 13.12.2005, WuW/E DE-R 1726, 1728.

⁶ Vgl. dazu den 1. Leitsatz der BGH-Entscheidung: „Solange nicht davon ausgegangen werden kann, dass für die Gasnetze ein nicht nur rechtlich abgesichertes, sondern auch praktisch handhabbares Durchleitungssystem besteht, das anderen Weiterverteilern die Möglichkeit einräumt, Nachfrager zu Wettbewerbsbedingungen zu beliefern, verfügen Gasversorgungsunternehmen in ihren herkömmlichen Versorgungsgebieten über ein natürliches Monopol.“

⁷ BGH v. 9.7.2002, WuW/E DE-R 1006, 1009.

⁸ RdE 2007, 258, 262 f., mit insoweit kritischer Anm. v. *Markert*

⁹ Das LG hat im Gegenteil verneint, dass der beklagte Gasversorger, der in der maßgeblichen Zeit eine örtliche Alleinstellung für die Erdgasversorgung von Haushaltskunden hatte, aus dem Grunde keine Monopolstellung als Voraussetzung für die analoge Anwendung des § 315 BGB habe, dass Gas mit den anderen für die Wärmeerzeugung geeigneten Energieträgern austauschbar sei.

¹⁰ WuW/E DE-R 1639, 1642 f. Ebenso: LG Frankfurt a M. v. 7.3.2007, RdE 2007, 242, 243 f..

¹¹ Urteil vom 11.12.2006, RdE 2007, 58, 59 f. Gegen dieses Urteil ist vom unterlegenen Versorger Revision zum Kartellsenat des BGH eingelegt worden (Aktenzeichen KZR 2/07), so dass hier mit einer baldigen Stellungnahme dieses Senats zur sachlichen Marktabgrenzung bei der Belieferung von Haushaltskunden mit Erdgas zu rechnen ist.

¹² RdE 2005, 169, 171.

18.10.2006¹³ nicht entgegen, da sie nur das Angebot von Fernwärme betreffen.¹⁴ Die Annahme eines eigenen sachlich relevanten Marktes für die Belieferung von Haushaltskunden mit Erdgas entspricht schließlich auch der ständigen Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes.¹⁵

2. Die räumliche Marktabgrenzung

Bei Strom ist der Haushaltskundenmarkt räumlich nach den (Niederspannungs-)Netzgebieten der früheren Gebietsversorger abzugrenzen. Dies hat der Kartellsenat des BGH in einem Urteil vom 4.11.2003¹⁶ mit folgender Begründung entschieden: „Die typischerweise jahrzehntelangen Gebietsmonopole wirken ersichtlich stark nach, was damit zusammenhängen mag, dass der Verbraucher bei der Stromversorgung und der Energieversorgung überhaupt wegen ihrer elementaren Bedeutung für die Sicherheit der Lebensgrundlagen dazu neigt, am Vertrauten und Bewährten festzuhalten. Im Bewusstsein der privaten Endverbraucher ist die Stromversorgung vielfach noch immer wie selbstverständlich mit dem örtlichen Netzbetreiber verbunden. Das entspricht auch insofern den tatsächlichen Gegebenheiten, als die Alternative der „Durchleitung“ der Energie eines anderen Anbieters tatsächlich nur eine rechtliche Fiktion darstellt, die an der faktischen Versorgung durch den Betreiber des lokalen oder regionalen Netzes nichts ändert. Es kommt hinzu, dass der Verbraucher aufgrund der bestehenden Vertragssituation typischerweise keine Entscheidung darüber treffen muss, ob er das Vertragsverhältnis mit seinem bisherigen Versorger fortsetzen oder zu einem anderen wechseln will. Sofern er nicht, etwa wegen eines Umzugs, ein neues Vertragsverhältnis begründen muss, kann er den Dingen ihren Lauf und es bei der seit jeher bestehenden Versorgung durch den örtlichen Anbieter bewenden lassen. Diese tatsächlichen Marktgegebenheiten können bei der räumlichen Marktabgrenzung nicht außer Acht gelassen

¹³ RdE 2007, 133, 135.

¹⁴ Im einzigen bisher vom BGH zum Preishöhenmissbrauch bei Fernwärmelieferungen an Haushaltskunden entschiedenen Fall (Beschluss v. 21.10.1986, WuW/E BGH 2309 – Glockenheide) ist die von der Vorinstanz (OLG Hamburg v. 2.5.1985, WuW/E OLG 3650) bejahte Marktbeherrschung des Lieferanten auf dem als relevant angenommenen örtlichen Fernwärmemarkt offen gelassen worden.

¹⁵ Neuerdings z. B. Beschluss v. 12.3.2007, WuW/E DE-V 1357, 1361 – RWE/Saar Ferngas; BKartA-Tätigkeitsbericht 2005/2006 (Fn. 5) S. 130.

¹⁶ WuW/E BGH 1206, 1207 f. – Strom und Telefon I = RdE 2004, 109.

werden; sie rechtfertigen es, bei der Stromversorgung von Kleinkunden weiterhin von einem regionalen Teilmarkt auszugehen, solange – wie im Streitfall mit mehr als 90 % - der weit überwiegende Teil der abgenommenen Energiemenge von dem Netzbetreiber geliefert wird.“ Der BGH hat damit zugleich die ständige Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes bestätigt.¹⁷

Zur Gasversorgung hat der Kartellsenat des BGH mit den gleichen Erwägungen entschieden, dass der Markt für die Belieferung lokaler Gasverteiler durch regionale Verteiler ebenfalls netzbezogen abzugrenzen ist, hier nach dem Gebiet des Verteilernetzes des vorgelagerten früheren Gebietsversorgers.¹⁸ Da bei der Belieferung von Haushaltskunden noch weniger Wettbewerb herrscht, gilt folglich die netzbezogene räumliche Marktabgrenzung nach den Netzgebieten der früheren Gebietsversorger, hier der Endversorger, erst recht für den Haushaltskundenmarkt. Dies hat das OLG Düsseldorf im Fall „Mainova/Stadtwerke Aschaffenburg“ entschieden¹⁹ und ist ständige Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes.²⁰

3. Die Beherrschungsvoraussetzungen

Auf den nach Maßgabe des vorstehend Dargelegten sachlich und räumlich abzugrenzenden Haushaltskundenmärkten in der Strom- und Gasversorgung sind die früheren Gebietsversorger jedenfalls in der Form einer überragenden Marktstellung im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern in aller Regel marktbeherrschend (§ 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB). Der sich vor allem im Stromsektor nach der Marktliberalisierung von 1998 entwickelnde Wettbewerb Dritter hat daran bisher nichts geändert, da es dadurch nur zu einem geringen Abschmelzen der ursprünglichen Monopolstellungen der Gebietsversorger

¹⁷ Zuletzt Beschluss vom 12.3.2007, V. B. 1. c) dd), insoweit in WuW/E DE-V 1357 – RWE/Saar Ferngas nicht abgedruckt. Dass die übrigen sachlich relevanten Strommärkte in der Kartellrechtspraxis in räumlicher Hinsicht bundesweit abgegrenzt werden, steht dem nicht entgegen.

¹⁸ Beschluss v. 13.12.2005, WuW/E DE-R 1726, 1728 f. – Stadtwerke Dachau.

¹⁹ Beschluss v. 23.11.2005, WuW/E DE-R 1639, 1642. Ebenso LG Frankfurt a. M. v. 7.3.2007, RdE 2007, 242, 244.

²⁰ Zuletzt Beschluss v. 12.3.2007, WuW/E DE-V 1357, 1358 f. – RWE/Saar Ferngas.

gekommen ist. Deshalb ist in den von der neueren Rechtsprechung entschiedenen Fällen, z. B. in dem vom BGH entschiedenen Fall „Strom und Telefon I“,²¹ stets Marktbeherrschung des früheren Gebietsversorgers angenommen worden.²²

Bei einem auf § 19 oder künftig auf § 29 GWB gestützten zivilrechtlichen Vorgehen von Haushaltskunden gegen als missbräuchlich angesehene Strom- oder Gaspreise können sich diese Kunden bei dem von ihnen zu führenden Marktbeherrschungsnachweis auf die Vermutung des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB stützen. Danach wird Marktbeherrschung bereits ab einem Marktanteil von einem Drittel auf dem relevanten Markt vermutet. Der BGH hat zwar bisher offen gelassen, ob darin zivilprozessrechtlich eine Umkehr der Darlegungs- und Beweisführungslast zu sehen ist. Er hat aber entschieden, dass sich die Vermutung jedenfalls mittelbar auch in Zivilrechtsstreitigkeiten insoweit auswirkt, „als das in Anspruch genommene Unternehmen sich nicht auf ein unsubstantiiertes Bestreiten zurückziehen kann, sondern substantiiert darlegen muss, warum es trotz Erfüllung der Vermutungstatbestände des § 22 Abs. 3 (jetzt § 19 Abs. 3) GWB nicht marktbeherrschend ist.“²³ Der Nachweis des für das Eingreifen der Vermutung erforderlichen Marktanteils des früheren Gebietsversorgers von mindestens einem Drittel dürfte im Einzelfall nicht schwierig sein, denn es ist nach allem, was bisher über die Entwicklung des Wettbewerbs in der Versorgung von Haushaltskunden mit Strom und Gas bekannt ist, auszuschließen, dass die bis 1998 bestehenden Monopolstellungen der Gebietsversorger inzwischen bis unter diese Grenze abgeschmolzen sind.²⁴

²¹ Fn. 16.

²² Ebenso OLG Düsseldorf im Fall Mainova/Stadtwerke Aschaffenburg (Fn. 19) und BKartA im Fall RWE/Saar Ferngas (Fn. 20).

²³ BGH v. 23.2.1989, WuW/E BGH 2483, 2489 – Sonderungsverfahren. Für uneingeschränkte Anwendbarkeit der Vermutung im Zivilprozess sowohl als materielle wie auch formelle Beweislastregel z. B. *Ittner*, Die Vermutungen im GWB, S. 258 ff.; *Pohlmann ZHR* 164, 589, 594 ff.

²⁴ Deshalb stellt sich hier auch nicht die bei den in räumlicher Hinsicht bundesweit abzugrenzenden anderen sachlich relevanten Strommärkten auftretende Frage, ob der frühere Gebietsversorger nur zusammen mit einem oder mehreren anderen Versorgern marktbeherrschend ist (Oligopolfall) und welche Bedeutung dabei die Oligopolvermutungen des § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB haben.

IV. Der Preishöhenmissbrauch

1. Vorbemerkung

§ 19 Abs. 1 GWB verbietet als Generalklausel allgemein den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Dieses Verbot wird in Abs. 4 durch eine Reihe von Beispielen konkretisiert, in denen ein nach Abs. 1 verbotener Missbrauch „insbesondere“ vorliegt, darunter die „Ausbeutung“ der anderen Marktseite durch überhöhte Preise und ungünstige Konditionen (Nrn. 2 und 3). Das Beispiel der Nr. 2 Halbs. 1 ist die generellere Regelung. Sie stellt auf die Abweichung von den Preisen und Konditionen ab, die sich auf dem beherrschten Markt bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden (Als-ob-Wettbewerbsmaßstab). Der in Nr. 2 Halbs. 2 genannte Vergleich mit den Preisen und Konditionen auf vergleichbaren anderen Märkten mit wirksamem Wettbewerb ist nur eine, allerdings durch das Wort „insbesondere“ hervorgehobene Methode für die Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises auf dem beherrschten Markt. Eine Sonderregelung für den Preishöhenmissbrauch enthält das Beispiel der Nr. 3, das ebenfalls auf einen Vergleich mit anderen vergleichbaren Märkten abstellt, allerdings beschränkt auf die Preise und Konditionen des in Betracht stehenden Unternehmens selbst einschließlich der mit ihm kartellrechtlich verbundenen Unternehmen, aber ohne dass es dabei darauf ankommt, ob auf dem zum Vergleich herangezogenen anderen Märkten wirksamer Wettbewerb herrscht. Auf einen Vergleich mit den Preisen und Konditionen anderer Versorger stellt auch der neue § 29 GWB in Satz 1 Nr. 1 ab. Zu § 19 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 keine Parallele hat § 29 Satz 1 Nr. 2, wonach Preise auch dann ein verbotener Marktbeherrschungsmissbrauch sind, wenn sie die Kosten in unangemessener Weise überschreiten.

Bei der Anwendung dieser Vorschriften auf die Endverbraucherpreise für Strom und Gas durch das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden sind nach § 111 Abs. 3 EnWG die in diesen Preisen tatsächlich oder kalkulatorisch eingerechneten Netznutzungsentgelte als rechtmäßig zugrunde zu legen, soweit ihre Rechtswidrigkeit nicht durch eine sofort vollziehbare oder

bestandskräftige Entscheidung der Regulierungsbehörde oder ein rechtskräftiges Gerichtsurteil festgestellt ist. Für ihre Anwendung im Zivilprozess gilt diese Einschränkung jedoch nicht. Es ist aber anzunehmen, dass auch die Zivilgerichte entsprechend verfahren, es sei denn, die Rechtswidrigkeit des in den Energiepreis einkalkulierten Netznutzungsentgelts ist, z. B. wegen Verstoßes gegen das Erfordernis der vorherigen Genehmigung (§ 23a EnWG), offensichtlich. § 111 Abs. 3 EnWG ist im Zusammenhang mit § 111 Abs. 1 und 2 EnWG zu sehen. Danach sind die §§ 19, 20 und 29 GWB auf die der Regulierung des Netzbetriebs nach den §§ 11 ff. EnWG unterliegenden Sachverhalte einschließlich der Netznutzungsentgelte nicht anwendbar. Dies gilt auch im kartellrechtlichen Zivilverfahren.²⁵

In der Kartellrechtspraxis bis 1998 wurde die Missbrauchsaufsicht für die Strom- und Gasversorgung auf die bis dahin geltende Sonderregelung im Rahmen des kartellrechtlichen Ausnahmereichs (§§ 103, 103 a GWB a. F.) gestützt. Auf dieser Rechtsgrundlage sind auch eine Reihe von BGH-Entscheidungen ergangen, in denen der BGH als Maßstab für die Bestimmung des Preishöhenmissbrauchs auch den Vergleich mit nicht in einem wirksamen Wettbewerb gebildeten Preisen anderer Versorger (Monopolpreisvergleich) akzeptiert hat.²⁶ Solche Vergleiche traten in der Kartellrechtspraxis insbesondere ab 1980 nach der Einführung des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a. F. in den Vordergrund.²⁷ Danach lag ein Missbrauch insbesondere auch dann vor, „wenn ein Versorgungsunternehmen spürbar ungünstigere Preise oder Geschäftsbedingungen fordert als gleichartige Versorgungsunternehmen, es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, dass die Abweichung auf Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind.“ Vor allem die damit

²⁵ Für den Zivilrechtsschutz gegen überhöhte Netznutzungsentgelte gilt § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 in Verbindung mit § 32 EnWG. Allerdings gelten nach § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 Halbs. 2 EnWG Entgelte, soweit sie die von der Regulierungsbehörde genehmigte oder im Rahmen der Anreizregulierung festgelegte Höhe nicht überschreiten, als sachlich gerechtfertigt. Der in § 111 Abs. 1 und 2 EnWG nicht ausgeschlossene § 315 BGB bleibt zwar anwendbar (ebenso *Weyer* N&R 2007, 14, 19; anders *Säcker* ZNER 2007, 14, 16). Hierbei dürfte aber der Genehmigung eine stärkere Indizwirkung für die Billigkeit zukommen als im Falle der Stromtarifgenehmigung nach der inzwischen aufgehobenen BTOelt.

²⁶ So schon vor 1980: BGH v. 31.5.1972, BGHZ 59, 42 = WuW/E BGH 1221 – Stromtarif. Ebenso für die Missbrauchsaufsicht nach § 22 (jetzt § 19) über Fernwärmepreise: BGH v. 21.10.1986, WuW/E BGH 2309 – Glockenheide.

²⁷ Vgl. z. B. BGH v. 21.2.1995, WuW/E BGH 2967 – Strompreis Schwäbisch Hall, und v. 6.5.1997, WuW/E BGH 3140 – Gaspreis; Kammergericht Berlin v. 15.1.1997, WuW/E OLG 5926 – SpreeGas.

eingeführte Beweislastumkehr für die Rechtfertigung höherer Preise und ungünstiger Konditionen hat die Kartellbehörden veranlasst, sich bei der Preishöhenkontrolle vorrangig auf § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a. F. zu stützen.²⁸ Daneben gab es aber auch weiterhin Fälle, in denen Preiserhöhungen, die von den Versorgern mit unvermeidbaren Kostensteigerungen (z. B. Steuern, Umweltschutzlasten, höhere Energiebezugspreise) begründet wurden, auf die genaue Einhaltung dieser Gründe überprüft wurden.²⁹ Nach der Aufhebung der §§ 103 und 103 a für die Strom- und Gasversorgung im Rahmen der Liberalisierung von 1998 und damit auch der für Energiepreisvergleiche geltenden Beweislastumkehr in § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 trat jedoch die kartellrechtliche Preishöhenkontrolle im Energiebereich stark in den Hintergrund.³⁰

2. Der Preishöhenmissbrauch nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB

Die Aussichten, mit dem nach dieser Vorschrift geltenden Maßstab der Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises auf dem beherrschten Markt einen verbotenen Preishöhenmissbrauch nachweisen zu können, sind nach den bisherigen Erfahrungen mit der Anwendung des § 19 GWB und der §§ 22 und 103 Abs. 5 GWB a. F. mit dem in § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB ausdrücklich hervorgehobenen räumlichen Vergleichsmarktkonzept am größten. Dabei kommt unter den derzeitigen Gegebenheiten in der Strom- und Gasversorgung von Haushaltskunden mit weiterhin bestehenden marktbeherrschenden Stellungen der vormaligen Gebietsversorger, die einer Preisbildung durch wirksamen Wettbewerb entgegenstehen, nur die von der BGH-Rechtsprechung auch bei der Anwendung der Preishöhenkontrolle nach § 19 GWB zugelassene Variante des Monopolpreisvergleichs³¹ in Betracht. Anders als nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a. F. steht allerdings dabei die insbesondere für die

²⁸ Zu den zahlreichen Verfahren des Bundeskartellamtes gegen Gasversorger s. BKartA-Tätigkeitsbericht 1997/98 S. 129.

²⁹ Vgl. z. B. BKartA-Tätigkeitsberichte 1985/86 S. 101 f. (Kostensteigerungen durch die Großfeuerungsanlagen-VO); 1987/88 S. 110 (Erdgassteuer); 1989/90 S. 122 (Erdgasbezugspreise).

³⁰ Größere Bedeutung hatte nur das Vorgehen des BKartA nach § 19 GWB gegen als überhöht angesehene Stromnetznutzungsentgelte. Dazu BGH v. 28.6.2005, WuW/E DE-R 1513 – Stadtwerke Mainz = RdE 2005, 228 m. Anm. *Markert*. Dieses Vorgehen hat sich nach der Einführung der Netzentgeltregulierung durch das EnWG 2005 erledigt.

³¹ BGH v. 21.10.1986, WuW/E BGH 2309, 2311 – Glockenheide, und v. 28.6.2005, WuW/E DE-R 1513, 1517 – Stadtwerke Mainz.

zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung wichtige Beweislastumkehr für die Rechtfertigung höherer Preise nicht zur Verfügung, so dass alle verbleibenden Zweifel hinsichtlich der Vergleichbarkeit der in den Vergleich einzubeziehenden Aspekte zu Lasten der Kartellbehörde oder im Zivilprozess des sich gegen überhöhte Preise zur Wehr setzenden Haushaltskunden gehen.

Andererseits sind aber die besonders im Gassektor nach den Erhebungen des Bundeskartellamtes³² und anderer Marktbeobachter immer noch großen regionalen Preisunterschiede bei der Belieferung von Haushaltskunden die aussichtsreichsten Anknüpfungspunkte für die Nachweisbarkeit des Preishöhenmissbrauchs auf der Grundlage des räumlichen Vergleichsmarktkonzepts, zumal die Netzkosten als mögliche Rechtfertigung für höhere Energiepreise für Haushaltskunden durch die Genehmigungsentscheidungen der Regulierungsbehörden nach § 23a EnWG inzwischen transparent geworden sind. Demgegenüber sind alle übrigen in der Praxis der Kartellbehörden herangezogenen Maßstäbe zur Bestimmung des wettbewerbsanalogen Preises auf dem beherrschten Markt³³ schon deshalb weniger aussichtsreich, weil sie weder im Gesetz genannt sind, noch ihre Zulässigkeit bisher von der Rechtsprechung bestätigt wurde. Das gilt insbesondere für die sich an der Höhe der Unternehmensgewinne orientierenden Ansätze und auch für das Abstellen auf die produktspezifischen Kosten, soweit es sich nicht lediglich darum handelt, Umstände zu ermitteln, die auch bei wirksamem Wettbewerb auf dem beherrschten Markt zu höheren Preisen führen würden. Am ehesten Erfolg versprechend neben der räumlichen Vergleichsmarktmethode ist eine Kostenbetrachtung in den Fällen, in denen Preissteigerungen von den Unternehmen mit Erhöhungen bestimmter Kosten begründet werden und Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass diese Erhöhungen entweder ganz oder teilweise vermeidbar waren oder geringer sind als das Maß der Preiserhöhung (in der Kartellrechtspraxis und –literatur auch als zeitliches Vergleichsmarktkonzept oder Sockel-Theorie bezeichnet).

³² Die Ergebnisse sind im Internet unter www.bundeskartellamt.de abrufbar.

³³ Überblick dazu z. B. bei *Engelsing*, Konzepte der Preismissbrauchsaufsicht im Energiesektor, ZNER 2003, 111 ff.

a) Räumliches Vergleichsmarktkonzept

Nach der BGH-Rechtsprechung kann der zur Bestimmung des wettbewerbsanalogen Preises auf dem beherrschten Markt erfolgende Vergleich mit den Preisen anderer Unternehmen auf anderen Märkten auch auf ein einziges anderes Unternehmen beschränkt werden.³⁴ Je breiter die Vergleichsgrundlage ist, umso höher ist aber die Aussagekraft im Hinblick auf den Zweck des Vergleichs. Entscheidend dafür, ob im Lichte des Vergleichs angenommen werden kann, dass der wettbewerbsanaloge Preis auf dem beherrschten Markt niedriger ist als der vom marktbeherrschenden Versorger tatsächlich geforderte Preis, ist die Frage, zu welchem Preis die zum Vergleich herangezogenen anderen Unternehmen auf diesem Markt an Stelle des marktbeherrschenden Unternehmens das betreffende Produkt oder die Leistung anbieten würden.³⁵ Dazu ist der niedrigere Vergleichspreis erforderlichenfalls durch Zuschläge zu erhöhen, um unvermeidbar preissteigernden Besonderheiten des beherrschten Marktes, insbesondere Unterschieden in der Marktstruktur, Rechnung zu tragen (sog. Sicherheitszuschläge). Nach der Rechtsprechung des BGH muss zu dem so angepassten Vergleichspreis außerdem noch ein sog. Erheblichkeitszuschlag hinzukommen.³⁶ Diese im juristischen Schrifttum sehr umstrittene³⁷ Ansicht hat der BGH damit begründet, dass erst ein „deutlicher Abstand“ zu dem angepassten Vergleichspreis den Vorwurf eines mit einem Unwerturteil verbundenen Missbrauchs rechtfertigt. Zur genauen Höhe dieses Abstandes hat sich der BGH jedoch nicht geäußert, in der Entscheidung „Stadtwerke Mainz“ aber angedeutet, dass der Abstand umso geringer sein könnte, je höher der Grad der Marktmacht des marktbeherrschenden Unternehmens ist.

In Anbetracht der Ungewissheit über Art und Höhe der im Einzelfall auf den Vergleichspreis zu addierenden Sicherheitszuschläge und die Höhe des

³⁴ BGH (Fn. 31).

³⁵ Im Einzelnen dazu zuletzt BGH im Fall Stadtwerke Mainz (Fn. 32).

³⁶ BGH v. 22.7.1999, WuW/E DE-R 375, 379 f. – Flugpreisspaltung, und v. 28.6.2005, WuW/E DE-R 1513, 1519 – Stadtwerke Mainz.

³⁷ Kritisch dazu z. B. *Weyer* in: Frankfurter Kommentar, § 19 GWB 2005 Rdnrn. 1233 ff.

Erheblichkeitszuschlages ist eine ausschließlich auf das Vergleichsmarktkonzept des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB gestützte Verbraucherklage wegen Preishöhenmissbrauchs nur ratsam, wenn der Vergleichspreis wesentlich niedriger ist als auf dem beherrschten Markt, die genehmigten Netzentgelte und die geschätzten Energiebeschaffungskosten der in den Vergleich einbezogenen Unternehmen keine größeren Unterschiede aufweisen und auch keine signifikanten sonstigen Marktstrukturunterschiede bestehen, die auch die Vergleichsunternehmen auf dem beherrschten Markt zu entsprechend höheren Preisen zwingen müssten. Bessere Aussichten für Verbraucher, § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB mit Erfolg ins Spiel zu bringen, bestehen hingegen in der Verteidigungsposition gegen Zahlungsklagen der Versorger, zumal wenn daneben auch rein zivilrechtliche Abwehrrechte wie § 315 BGB geltend gemacht werden können. Der Einwand, dass die Preisforderung auch gegen § 19 GWB verstößt, hat dabei den Nebeneffekt, dass damit für den gesamten Rechtsstreit die Zuständigkeit der Kartellgerichtsbarkeit begründet wird.

b) Zeitliches Vergleichskonzept

Bei diesem Konzept wird zu Gunsten des Marktbeherrschers unterstellt, dass sein Ausgangspreis vor dessen Erhöhung missbrauchsfrei war, und geprüft, ob die Erhöhung auch in einem Markt mit wirksamem Wettbewerb durchsetzbar wäre. Die Anwendung dieses Konzepts liegt besonders dann nahe, wenn der Marktbeherrscher selbst die Erhöhung mit einer Steigerung bestimmter Kosten begründet und Anhaltspunkte vorliegen, dass die Kostensteigerung jedenfalls teilweise vermeidbar war, z. B. weil bei Geltendmachung höherer Bezugskosten günstigere Beschaffungsmöglichkeiten am Markt nicht genutzt wurden, und andere Kostensteigerungen als die vom Marktbeherrscher geltend gemachten nicht ersichtlich sind. Ein möglicher Anwendungsfall des zeitlichen Vergleichsmarktkonzepts ist z. B. die Einpreisung zum Börsenpreis der kostenlos zugeteilten CO₂-Zertifikate in die Strompreise, wenn bei anderen Produkten (z. B. Aluminium, Rohstahl), deren Herstellern ebenfalls solche

Zertifikate kostenlos zugeteilt werden, der starke Wettbewerb im Absatz dieser Produkte die Einpreisung nicht zulässt.³⁸

3. Die Preisspaltung nach § 19 Abs.4 Nr. 3 GWB

Nach der BGH-Entscheidung im Fall „Flugpreisspaltung“³⁹ begründet eine räumliche Preisspaltung im Sinne von § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB die Vermutung, dass das marktbeherrschende Unternehmen seine Marktstellung missbräuchlich ausnutzt. Bei der Feststellung, ob der Preisunterschied durch sachliche Gründe gerechtfertigt und die Indizwirkung der Preisspaltung damit ausgeräumt ist, trifft deshalb das marktbeherrschende Unternehmen im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren eine gesteigerte Mitwirkungspflicht. Dies gilt entsprechend auch im Zivilprozess.⁴⁰ Ein Fall der Preisspaltung i. S. des § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB liegt nicht nur vor, wenn der marktbeherrschende Lieferant selbst auf dem beherrschten Markt selbst für seine Energielieferungen höhere Preise fordert als in anderen Märkten, sondern auch dann, wenn die Preisspaltung über mit ihm kartellrechtlich i. S. von § 36 Abs. 2 GWB verbundene Unternehmen⁴¹ erfolgt. Denn die Regelung dieser Vorschrift beschränkt sich nicht auf die Fusionskontrolle, sondern gilt für das gesamte GWB.⁴² Das LG Frankfurt a. M. untersagte deshalb der ENTEGA Vertrieb GmbH & Co. KG das Fordern höherer Gaspreise als die Preise der e-ben GmbH & Co. KG, einer 100%igen Vertriebstochter der HSE, da HSE auch Mehrheitsgesellschafter bei ENTEGA ist.⁴³

Rechtfertigungsgründe für den höheren Preis können z. B. höhere genehmigte Netzentgelte sein. Die bloße Erwartung eines höheren genehmigten Entgelts genügt jedoch nicht. Nach dem Urteil des LG Frankfurt a. M. ist im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB auch für Sicherheitszuschläge auf den niedrigeren

³⁸ Vgl. dazu das Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes gegen RWE und E.ON, BKartA-Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 128 f. Das Verfahren gegen RWE ist inzwischen aufgrund von Verpflichtungszusagen von RWE eingestellt worden, s. BKartA, Beschluss v. 26.9.2007, B8 - 88/05-2.

³⁹ BGH v. 22.7.1999, WuW/E DE-R 375, 376 f.

⁴⁰ Nach dem Urteil des LG Frankfurt a. M. v. 7.3.2007, RdE 2007, 242, 245. gilt hier sogar eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast.

⁴¹ Für den kartellrechtlichen Unternehmensverbund genügt bereits die Abhängigkeit i. S. § 17 AktG. Diese kann im Einzelfall auch schon bei Kapitalbeteiligungen unterhalb der Sperrminorität gegeben sein.

⁴² LG Frankfurt a. M. v. 7.3.2007, RdE 2007, 242, 243 mit Literaturnachweisen.

⁴³ Fn. 42.

Vergleichspreis und für einen Erheblichkeitszuschlag kein Raum.⁴⁴ Der Haushaltskunde ist damit im Falle einer räumlichen Preisspaltung seines Versorgers im Zivilprozess in einer sehr viel günstigeren Position als nach dem räumlichen Vergleichsmarktkonzept des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB.

4. Der Preishöhenmissbrauch nach § 29 GWB

Die beiden zusätzlich zu § 19 Abs. 4 Nrn. 2 und 3 GWB in dem neuen § 29 vorgesehenen Maßstäbe für den Preishöhenmissbrauch – der Preisvergleich (Satz 1 Nr. 1) und die Gewinnspannenüberhöhung (Satz 1 Nr. 2) – unterscheiden sich durch die jeweils geltende Beweislastregelung. Nur für den Preisvergleich nach Nr. 1 ist der marktbeherrschende Versorger im Verfahren vor den Kartellbehörden ausdrücklich darlegungs- und beweispflichtig, dass sein im Verhältnis zum Vergleichspreis höherer Preis auf dem beherrschten Markt sachlich gerechtfertigt ist. Demgegenüber verbleibt es nach der Nr. 2 bei der auch für den Missbrauchsmaßstab des § 19 Abs. 4 Nr. 2 geltenden allgemeinen Regelung, dass derjenige, der den Missbrauchsvorwurf erhebt, die Voraussetzungen dafür darlegen und beweisen muss.

§ 29 Satz 1 Nr. 1 knüpft im Kern an die im Rahmen der Strom- und Gasmarktliberalisierung von 1998 aufgehobene Regelung des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a. F. an. Danach lag ein Missbrauch insbesondere auch dann vor, wenn ein Strom- oder Gasversorger spürbar ungünstigere Preise oder Konditionen forderte als gleichartige Versorger, es sei denn, er weist nach, dass der Unterschied auf Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind. Der in § 29 Satz 1 Nr. 1 GWB bezeichnete Gegenbeweis (sachliche Rechtfertigung) ist zwar allgemeiner formuliert, unterscheidet sich jedoch von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a. F. der Sache nach nicht. Denn nach § 29 Satz 2 dürfen Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, nicht berücksichtigt werden. Dies sind alle vermeidbaren Kosten, die auf Umständen beruhen, die dem marktbeherrschenden Unternehmen zurechenbar sind. Diese Begrenzung der sachlichen Rechtfertigung auf unvermeidbare kostensteigernde Umstände ergibt sich auch aus § 1 Abs. 1 EnWG, wonach die Strom- und Gasversorger u. a. zu einer möglichst

⁴⁴ LG Frankfurt a. M. v. 7.3.2007, RdE 2007, 242, 246.

preisgünstigen, verbraucherfreundlichen und effizienten Versorgung verpflichtet sind. Höhere Preise, die auf vermeidbar höheren Kosten beruhen, können deshalb nach § 29 Satz 1 Nr. 1 GWB nicht sachlich gerechtfertigt sein.

Die Einschränkung in § 29 Satz 1 Nr. 1, dass die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast nur im Verfahren der Kartellbehörden gilt, ist erst vom Wirtschaftsausschuss des Bundestages eingefügt worden. Die Vorschrift ist aber auch in der geänderten Fassung noch ein gesetzliches Verbot mit Zivilrechtsfolgen im Verletzungsfall (vgl. unter V, 1.). Die für das Zivilrecht bestehen gebliebene Gesetzesformulierung „es sei denn...“, dass die Abweichung sachlich gerechtfertigt ist“, entspricht der Formulierung in § 19 Abs. 4 Nr. 3.⁴⁵ Deshalb gilt auch im Zivilprozess nach § 29 Satz 1 Nr. 1 die gleiche Mitwirkungspflicht des marktbeherrschenden Versorgers an der Aufklärung, dass sein ungünstigerer Preis ausnahmsweise sachlich gerechtfertigt ist. Dies ist insoweit im Ergebnis eine weitgehende Darlegungs- und Beweislastpflicht des Versorgers und damit im Vergleich zu § 19 Abs. 4 Nr. 2 eine erhebliche Beweiserleichterung auch für den Verbraucher im Zivilprozess.

Aus der Zeit der Geltung des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a. F. von 1980 bis 1998 gibt es ein umfangreiches Anwendungsmaterial einschließlich mehrerer BGH-Entscheidungen.⁴⁶ Dem Bundeskartellamt war es z. B. auf dieser Grundlage gelungen, in den Jahren 1996 bis 1998 die Gaspreise der wegen landesgrenzenübergreifender Versorgungstätigkeit in seine Zuständigkeit fallenden Versorger an die Preise des damals günstigsten Versorgers EWE anzupassen („EWE plus 5 %“).⁴⁷ Dabei erwies sich insbesondere in den vor die Gerichte gelangten Fällen die Beweislastregelung als der entscheidende Vorteil.⁴⁸ Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass dies auch nach dem neuen § 29 Satz 1 Nr. 1 GWB so kommen wird und damit bei Preisvergleichen die derzeitige große Schwäche des Vergleichsmarktkonzepts nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB künftig vermieden werden kann.

⁴⁵ Vgl. dazu oben unter IV. 3.

⁴⁶ S. dazu die in Fn. 27 zitierten Entscheidungen.

⁴⁷ BKartA-Tätigkeitsbericht 1997/98 S. 129.

⁴⁸ Vgl. Kammergericht v. 15.1.1997 (Fn. 27); OLG Brandenburg v. 27.1.1998, 6 Kart 1/97 – Erdgas Mark Brandenburg.

Der Missbrauchsmaßstab des § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB – Forderung von Entgelten, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten, – ist schon aus Gründen der Beweislastverteilung für Abwehrmaßnahmen von Haushaltskunden gegen als überhöht angesehene Strom- und Gaspreise weit weniger aussichtsreich als der Vergleichsmaßstab nach Satz 1 Nr. 1. Wegen der großen Beweisschwierigkeiten bei der Ermittlung der produktspezifischen Kosten des Versorgers unter Abzug der Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, wird Satz 1 Nr. 2 aller Voraussicht nach nur für die Anwendung durch die Kartellbehörden in Betracht kommen, denen dabei die besonderen behördlichen Aufklärungsmöglichkeiten nach den §§ 57 ff. GWB zur Verfügung stehen. Gegen zu große Erwartungen in die Wirksamkeit einer Preishöhenkontrolle nach § 29 Satz 1 Nr. 2 sprechen auch die bisherigen Erfahrungen mit dem vom Europäischen Gerichtshof bejahten entsprechenden Missbrauchsmaßstab auf der Grundlage des Verbots beherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag.⁴⁹

V. Rechtsfolgen des Preishöhenmissbrauchs

1. Zivilrechtliche Nichtigkeit

Die §§ 19 und 29 GWB sind Verbotsnormen. 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

⁴⁹ Vgl. EuGH-Urteil v. 14.2.1978, Rechtssache 27/76, Slg. 1978, 207 = WuW/EWG/MUV 427 – United Brands. Darin hat der EuGH auch ein „übertriebenes Missverhältnis zwischen den tatsächlichen Kosten und dem tatsächlich verlangten Preis“ als Methode zur Feststellung eines nach Art. 82 EG verbotenen Preishöhenmissbrauchs angesehen. Praktische Anwendungsfälle hat es jedoch seither nur wenige gegeben.

nichtig anzusehen ist oder nur ihr die Missbrauchsgrenze übersteigender Teil.⁵⁰ Es spricht viel dafür, diese Frage ähnlich zu entscheiden wie für die Unbilligkeit nach § 315 BGB.⁵¹ 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.

Der Einwand der (teilweisen) Nichtigkeit wegen verbotenen Preishöhenmissbrauchs kann auch gegen vereinbarte Preise erhoben werden. Die Einschränkungen für die Erhebung des Unbilligkeitseinwands nach § 315 BGB, die sich aus dem Urteil des VIII. Zivilsenats des BGH vom 13. Juni 2007 für den Anfangspreis und spätere nicht in angemessener Zeit nach der Jahresabrechnung vom Kunden beanstandete Preiserhöhungen ergeben,⁵² gelten deshalb hier nicht. Eine Verwirkung des Nichtigkeitseinwands kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn der Versorger aus dem Verhalten des Kunden bei objektiver Betrachtung folgern durfte, dass dieser auf die Geltendmachung der teilweisen Nichtigkeit der Preisforderung verzichtet.⁵³

2. Anspruch auf Beseitigung und/oder Unterlassung

Der bei Verstößen gegen Verbote des GWB nach § 33 Abs. 1 den davon Betroffenen und nach Abs. 2 auch Verbraucherverbänden zustehende Anspruch auf Beseitigung der durch den Verbotsverstoß verursachten Beeinträchtigung und bei Wiederholungsgefahr auch auf Unterlassung dürfte in erster Linie für ein generelles Vorgehen von Verbraucherverbänden gegen

⁵⁰ Am ausführlichsten im Schrifttum dazu *Weyer* im Frankfurter Kommentar, § 19 GWB 2005 Rdnrn. 1298 ff.; *Weyer*, Neue Fragen des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen nach § 19 GWB, AG 1999, 257 ff.

⁵¹ Vgl. dazu z. B. BGH v. 30.4.2003, NJW 2003, 3131. Deshalb kann der die Zahlung verweigernde Kunde nicht auf einen späteren Rückforderungsanspruch verwiesen werden.

⁵² BGH v. 13.6.2007, RdE 2007, 259, 262 f. mit insoweit kritischer Anmerkung von *Markert*.

⁵³ Die Kritik von *Dreher*, ZNER 2007, 103, 108, an der zu § 315 BGB von einigen Instanzgerichten und im Schrifttum vertretenen Ansicht zur Verwirkung des Unbilligkeitseinwands trifft auch für den kartellrechtlich begründeten Nichtigkeitseinwand voll zu.

missbräuchliche Haushaltspreise von Versorgern in Betracht kommen. Für betroffene Kunden selbst, denen nach § 33 Abs. 3 GWB auch ein Anspruch auf Ersatz ihres durch Zahlung missbräuchlich überhöhter Preise erlittenen Schadens zusteht, hat der Beseitigungsanspruch nur in den wohl seltenen Fällen Bedeutung, in denen am Verschulden des in Anspruch genommenen Versorgers begründete Zweifel bestehen.

3. Anspruch auf Schadensersatz (§ 33 Abs. 3 GWB)

Dieser den von einem Verstoß gegen das Verbot des Preishöhenmissbrauchs betroffenen Haushaltskunden zustehende Anspruch setzt mindestens fahrlässiges Verhalten des Versorgers voraus. Da die Anforderungen an einen im Einzelfall schuldausschließenden Verbotsirrtum in Fällen von Verstößen gegen Verbote des GWB nach der BGH-Rechtsprechung sehr streng sind⁵⁴, dürfte es kaum vorkommen, dass ein Schadensersatzanspruch bei objektiver Feststellung eines verbotenen Preishöhenmissbrauchs am Verschuldenserfordernis scheitert. Der Anspruch aus § 33 Abs. 3 GWB hängt nicht davon ab, dass der überhöhte Preisbestandteil nur unter Vorbehalt bezahlt wurde, und unterliegt der regelmäßigen dreijährigen Verjährungsfrist nach § 195 BGB. Verjährungsbeginn ist nach § 199 Abs. 1 BGB der Schluss des Jahres in dem der Anspruch entstanden ist und der Kunde von den dem Anspruch begründenden Umständen und der Person des Anspruchsschuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Nach § 33 Abs. 5 GWB wird die Verjährung gehemmt, wenn die Kartellbehörde ein Amtsverfahren wegen des betreffenden Verbotsverstoßes einleitet.⁵⁵ Zur Verwirkung des Anspruchs gilt das bereits oben unter V. 1 Ausgeführte.

4. Gerichtszuständigkeit

Für Zivilrechtsstreitigkeiten, die die Anwendung von Vorschriften des GWB betreffen, sind nach § 87 Abs. 1 Satz 1 GWB in erster Instanz ohne Rücksicht

⁵⁴ Vgl. z. B. BGH v. 16.12.1986, WuW/E BGH 2341, 2345 – Taxi-Zentrale Essen.

⁵⁵ Dass in § 33 Abs. 5 GWB der (nicht bestehende) Schadensersatzanspruch „nach Abs. 2“ genannt ist, beruhte auf einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers und ist inzwischen korrigiert worden.

auf den Wert des Streitgegenstandes die Landgerichte (Kartellkammern), als Berufungsinstanz die Kartellsenate der Oberlandesgerichte und für Revisionen der Kartellsenat des BGH zuständig. Dies gilt nach Satz 2 auch in den Fällen, in denen gegen einen Zahlungsanspruch der Einwand der teilweisen Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen Verbote des GWB erhoben wird. Dass es in dem Rechtsstreit auch oder sogar primär um reine Zivilrechtsfragen, z. B. die Beurteilung nach § 315 BGB, geht, ändert daran nichts.

Das Zivilgericht ist in solchen Fällen nach § 90 GWB verpflichtet, die örtlich zuständige Kartellbehörde von dem Rechtsstreit zu unterrichten. Diese kann sich an dem Verfahren durch Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme zu den Kartellrechtsfragen des Rechtsstreits beteiligen sowie an den Gerichtsverhandlungen teilnehmen und sich dabei zu diesen Fragen mündlich äußern.

5. Eingreifen der Kartellbehörden

Haushaltskunden können in Fällen eines nach dem GWB verbotenen Preishöhenmissbrauchs neben dem Erheben des Nichtigkeitseinwandes nach § 134 BGB und der Geltendmachung von Ansprüchen nach § 33 GWB auch ein Eingreifen der örtlich zuständigen Kartellbehörde mit den Mitteln der §§ 32 – 32b GWB anregen. Ob die Kartellbehörde auf diese Weise tätig wird, liegt jedoch in ihrem Ermessen. Ein Rechtsanspruch Betroffener auf ein Eingreifen der Behörde besteht nicht. Es empfiehlt sich jedoch, bei Beschreiten des Zivilrechtsweges in jedem Falle die zuständige Kartellbehörde zu kontaktieren, um wenigstens zu erreichen, dass sich die Behörde nach § 90 GWB durch Abgabe einer unterstützenden Stellungnahme an dem Verfahren beteiligt.

VI. Zusammenfassung

1. Die vormaligen Gebietsversorger sind hinsichtlich der Versorgung von Haushaltskunden mit Strom und Gas nach wie vor marktbeherrschend und unterliegen damit den im GWB geregelten Verboten des Preishöhenmissbrauchs (§ 19 Abs. 4 Nrn. 2 und 3 und § 29 GWB).

2. Die aussichtsreichsten Ansätze für Haushaltskunden, sich gegen als überhöht empfundene Strom- und Gaspreise mit den Mitteln des Kartellrechts zur Wehr zu setzen, sind wegen der hierbei geltenden Beweislastumkehr für das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen die räumliche Preisspaltung (§ 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB) und der Vergleich mit niedrigeren Preisen anderer Versorger (§ 29 Satz 1 Nr. 1 GWB).

3. Im Rahmen von Lieferverträgen geltend gemachte Forderungen von Preisen, die nach den Vorschriften des § 19 Abs. 4 Nrn. 2 und 3 und dem neuen § 29 GWB missbräuchlich überhöht sind, sind nach § 134 BGB im Umfang der Überhöhung nichtig. Eine Zahlungsverpflichtung des Kunden besteht daher insoweit nicht. Der Kunde ist außerdem nach § 33 Abs.1 und 3 GWB berechtigt, soweit die dreijährige Verjährung nach den §§ 195 und 199 BGB noch nicht eingetreten ist, die überzahlten Beträge zurückzufordern, und zwar unabhängig davon, ob die Zahlung nur unter Vorbehalt oder vorbehaltslos erfolgte.

4. Zuständig in Zivilrechtsstreitigkeiten sind in allen Fällen, in denen gegen Preisforderungen der Vorwurf des verbotenen Preishöhenmissbrauchs nach dem GWB geltend gemacht wird, die Kartellgerichte (§§ 87 ff. GWB), auch wenn gleichzeitig noch rein zivilrechtliche Rechtsfolgen, z. B. die Unbilligkeit i. S. von § 315 BGB, gegen die Rechtswirksamkeit dieser Forderungen eingewendet werden.

Berlin, den 24. November 2007