

Preisbildung auf den Strommärkten im Spannungsfeld von
Produktion, Handel und Politik
Rechtliche und gesellschaftsrelevante Aspekte der
diskutierten Maßnahmen

Berlin, den 12. März 2008

Dr. Ulrich Scholz, LL.M. und Dr. Florian C. Haus
Freshfields Bruckhaus Deringer, Köln



Überblick

- I. Preishöhenkontrolle nach § 29 GWB: Sonderkartellrecht für die Energiewirtschaft
- II. Eingriffe in die Unternehmensstruktur
 1. Vorschläge der Kommission – Ownership Unbundling
 2. Forderungen aus dem „politischen Raum“



I. Preishöhenkontrolle nach § 29

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.



I. Preishöhenkontrolle nach § 29

- Sonderkartellrecht für die Energiewirtschaft -

- Nach Auffassung des BMWi bedurfte es im Energiebereich einer Verschärfung des kartellrechtlichen Instrumentariums im Hinblick auf die Preismissbrauchsaufsicht. Dies soll mit § 29 GWB erreicht werden (Preismissbrauchsnovelle vom 22.12.2007, Befristung bis zum 31.12.2012).
- Normadressaten: Marktbeherrschende Unternehmen
- Zwei Prüfkonzeppte:
 - Vergleichsmarktkonzept des § 29 S. 1 Nr. 1 GWB
 - Gewinnbegrenzungskonzept des § 29 S. 1 Nr. 2 GWB

I. Preishöhenkontrolle nach § 29

- Bemerkungen zum Vergleichsmarktkonzept -

Erweiterung des Preisvergleiches über den Kreis der Versorgungsunternehmen hinaus auf Unternehmen „auf vergleichbaren Märkten“

- bedeutet letztlich Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal der „Gleichartigkeit von Unternehmen“, das zumindest eine „grobe Sichtung“ unter den als Vergleichsunternehmen in Betracht kommenden Unternehmen ermöglichen soll (vgl. BGH „Schwäbisch-Hall“)
- verlagert Vergleichsbetrachtung auf die Rechtfertigungsebene und überdehnt damit die Anforderungen an die Nachweismöglichkeiten des Normadressaten

I. Preishöhenkontrolle nach § 29

- Bemerkungen zum Vergleichsmarktkonzept -

Beweislast für die sachliche Rechtfertigung einer beanstandeten Preisgestaltung in Verwaltungsverfahren wird dem marktbeherrschenden Unternehmen auferlegt

- Einem Energieversorgungsunternehmen ist es nicht möglich, aus eigener Kenntnis zu Gunsten der Preisunterschiede (u.a. auch der Vergleichbarkeit in Unternehmen) vorzutragen
- Im Verwaltungsverfahren keine Umkehr der formellen, sondern nur der materiellen Beweislast



I. Preishöhenkontrolle nach § 29

- Bemerkungen zum Gewinnbegrenzungskonzept -

Energieversorgungsunternehmen dürfen keine Entgelte fordern, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten

- Kodifizierung einer gemeinschaftsrechtlich anerkannten Bewertungsmethode, aber
 - Kostenbegriff ist nicht definiert, damit besteht Unklarheit, auf welche Kosten überhaupt abzustellen ist.
 - Feststellung der „Unangemessenheit“ der Kostenüberschreitung setzt die Festlegung einer Gewinnobergrenze durch Kartellbehörden oder Gerichte voraus und hat damit Charakter einer Preisregulierung
 - Fehlen hinreichender normativer Maßstäbe für die Feststellung der Unangemessenheit der Überschreitung (kommt es darauf an, ob Normadressat Preisbestimmungsrecht hat?)



I. Preishöhenkontrolle nach § 29

- Bemerkungen zum Gewinnbegrenzungskonzept -

Kosten, die sich im Wettbewerb nicht einstellen würden , dürfen nicht berücksichtigt werden

- Umkehrschluss: Berücksichtigung von Kosten, die sich auch im Wettbewerb einstellen würden
- Unklar ist, ob sich die Einschränkung auch auf § 29 Satz 1 Ziff. 1 GWB auswirkt



II. Eingriffe in die Unternehmensstruktur

- Vorschläge der Kommission – Ownership Unbundling -

Ownership Unbundling

- Identität von Netzeigentümern und Netzbetreibern, wobei natürliche oder juristische Personen, die Anteilseigner eines EVU sind, weder direkte noch indirekte Kontrolle über einen Netzbetreiber ausüben dürfen

ISO-Independent System Operator

- Energieversorger bleibt formal Eigentümer des Netzes. Sämtliche Nutzungs- und Entscheidungsbefugnisse einschließlich zu Investitionsentscheidungen werden auf den ISO übertragen.

Aktiensplitting

- Aktionäre des vertikal integrierten Versorgungsunternehmens erhalten jeweils Aktien an Netzgesellschaft und an Rest-EVU



II. Eingriffe in die Unternehmensstruktur

- Vorschläge der Kommission – Ownership Unbundling -

- Verstoß gegen Artikel 295 EGV, da es der Gemeinschaft verwehrt ist, die durch das nationale Recht getroffene rechtliche Zuordnung des Eigentums zu verändern
- Verstoß gegen das Eigentumsgrundrecht des Artikel 17 Grundrechtscharta, da eigentumsrechtliche Entflechtung sowie Einführung des ISO eine unverhältnismäßige Eigentumsentziehung darstellen
 - In Bezug auf Schaffung von Investitionsanreizen für Netzausbau und Netzerhaltung fehlt es schon an Geeignetheit
 - Angemessenheit der eigentumsrechtlichen Entflechtung zur Realisierung diskriminierungsfreien Netzzugangs sowie zur Schaffung von Investitionsanreizen wegen bestehender regulatorischer Instrumentarien und kurzem Betrachtungszeitraum zu verneinen.
 - Kein Beleg für einen Zusammenhang von Ownership Unbundling und sinkenden Preisen
- Verstoß gegen Artikel 14 GG

II. Eingriffe in die Unternehmensstruktur

- Forderungen aus dem politischen Raum -

Zwangsverkauf von Kraftwerken und/oder Stadtwerkebeteiligungen; (u.a. Einführung eines neuen § 41 a GWB zur Ermächtigung von Zwangsverkäufen und Widerruf bestandskräftig genehmigter Zusammenschlüsse)

- Risiko, dass Anreize zur Schaffung benötigter Erzeugungskapazitäten beseitigt werden und Diversifizierung und Erweiterung des Erzeugungsparks gerade verhindert wird
- Zwangsverkauf insbesondere von Erzeugungskapazitäten insoweit zumindest unverhältnismäßig und führt zu einem Verstoß gegen Artikel 14 GG



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

