

# Missbrauchskontrolle über Energiepreise, Rolle und Funktion der Kartellbehörden

Heike Zinram

Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und  
Verkehr

-Landeskartellbehörde –

Februar 2008

# Wettbewerbsentwicklung auf den Energiemärkten

- Die Entwicklung auf dem Strom- und Gasmarkt ist nach wie vor durch geringen Wettbewerb gekennzeichnet. Wirksamer und unverfälschter Wettbewerb in den Strom- und Gasnetzen soll durch die Regulierungsvorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes und der auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen sichergestellt werden (vgl. § 1 Abs.2 EnWG). Zwar können die Regulierungsbehörden eine durchaus erfolgreiche Bilanz vorweisen, aber dem erklärten Ziel, mehr Wettbewerb zu erreichen, sind sie nur einen sehr kleinen Schritt näher gekommen.
- Hauptursache für den unbefriedigend verlaufenden Wettbewerbsprozess ist der äußerst hohe Konzentrationsgrad auf der Erzeugungs- (Strom) bzw. Importstufe (Gas).

# Wettbewerbsentwicklung auf den Energiemärkten

- Im Stromsektor ist ein Kernproblem die außerordentlich hohe Konzentration auf der Erzeugungsstufe, weil die Kontrolle der gesamten Erzeugungskapazität und Stromerzeugung in den Händen von vier großen Unternehmen liegt.
- Weiteres Wettbewerbshindernis ist die stark ausgeprägte Verflechtung der großen vier mit Stadtwerken und Regionalversorgern, denn etwa die Hälfte der deutschen Strom-Vertriebsunternehmen befinden sich im Einflussbereich der vier großen, mit der Konsequenz, dass es keine entsprechenden Wettbewerbsmaßnahmen gibt und die Stadtwerke und Regionalversorger untereinander in keinem Wettbewerb um Endkunden stehen.

# Wettbewerbsentwicklung auf den Energiemärkten

- Im Gasbereich musste anders als im Strombereich zunächst ein Netzzugangsmodell eingeführt werden, das für einen diskriminierungsfreien Netzzugang und damit auch für flächendeckenden Wettbewerb geeignet ist. Dies ist zum 01.10.2007 in Kraft getreten. Um zusätzlich den Einstieg in das Massenversorgungsgeschäft auf fremden Netzgebieten zu erleichtern hat die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 20.08.2007 die Festlegung einheitlicher Geschäftsprozesse und Datenformate für den Wechsel von Lieferanten im Gasbereich beschlossen, die von Gaslieferanten spätestens ab dem 01.08.2008 verbindlich anzuwenden sind.

## **Wechselbereitschaft im Haushalte und Kleinkundenbereich:**

- Strom: Nach Angaben der Bundesnetzagentur wechselten im Jahr 2006 trotz teilweise signifikanter Preisunterschiede nur **2,3%** bezogen auf die gesamte Entnahmemenge von nicht Leistungs gemessenen Kunden ihren Stromlieferanten. BDEW Erhebung: Seit Inkrafttreten der Liberalisierung haben ca. 10% der Haushalte ihren Strom-Lieferanten gewechselt und 37% der Haushalte einen neuen Vertrag beim angestammten Lieferanten gewählt.

# Wettbewerbsentwicklung auf den Energiemärkten

- Gas: Hier lag – nach Angaben der Bundesnetzagentur - die Wechselquote bei nur **0,01 %**.
- Die Netzregulierung stößt hier schnell an ihre Grenzen. Zwar ist sie wichtige Voraussetzung für wirksamen Wettbewerb, aber sie kann mit ihren Regulierungsinstrumentarien nicht die hohen Marktanteilsvorsprünge der großen Vier, deren Ressourcenvorsprünge sowie den hohen Verflechtungsgrad aufheben.
- Die Fusionskontrollpraxis des Bundeskartellamtes ist da eher ein stumpfes Schwert.

## **Missbrauchsaufsicht über Energiepreise**

Seit dem Wegfall der Strompreisaufsicht zum 01.07.2007 unterliegen sämtliche Endpreise in den Bereichen der leitungsgebundenen Versorgung Strom, Gas und Fernwärme der nachträglichen Missbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörden.

# Missbrauchsaufsicht über Energiepreise

- Den Kartellbehörden obliegt es, im Rahmen der Missbrauchsaufsicht gemäß den §§ 19, 20 und seit kurzem gemäß § 29 GWB gegen eine missbräuchliche Preisgestaltung von marktbeherrschenden Energieversorgungsunternehmen vorzugehen. Die Missbrauchsaufsicht beinhaltet die Überprüfung der Endpreise abzüglich der genehmigten Netzentgelte, die die Kartellbehörden als rechtmäßig zugrunde zu legen haben (§ 111 Abs. 3 EnWG).
- **Marktbeherrschung** ist eine Gefahr für den Wettbewerb. Das GWB verbietet Marktbeherrschung nicht als solche, sondern es unterbindet im Rahmen der Missbrauchsaufsicht lediglich Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, die diesen nur aufgrund ihrer Marktmacht und wegen fehlenden Wettbewerbs möglich sind.

# Missbrauchsaufsicht über Energiepreise

## Zuständigkeiten

- Der Zuständigkeitsbereich des **Bundeskartellamtes** ergibt sich zum einen aus ausdrücklichen Zuständigkeitsregeln innerhalb der einzelnen materiellen Regelungen des GWB und zum anderen aus der Zuständigkeitsgeneralklausel in § 48 Abs. 2 Satz 1 GWB.
- **Landeskartellbehörden** sind die nach Landesrecht zuständigen obersten Landesbehörden. Gem. § 48 Abs. 2 Satz 2 GWB ist eine Landeskartellbehörde immer dann zuständig, wenn sich das Verhalten eines EVU, welches Gegenstand des Verfahrens ist, auf das Gebiet dieses Landes beschränkt.

# Missbrauchsaufsicht über Energiepreise

## Verwaltungsverfahren vor den Kartellbehörden

Das in den §§ 54 - 80 geregelte Verwaltungsverfahren ist nach den verschiedenen Verfahrensphasen

- in Verfahren vor den Kartellbehörden (§§ 54 - 62), Beschwerdeverfahren (§§ 63 - 73) und Rechtsbeschwerdeverfahren (§§ 74 - 76) unterteilt.
- Das kartellrechtliche Verwaltungsverfahren wird durch die Kartellbehörde von Amts wegen oder auf Antrag eingeleitet.
- Gem. § 57 Abs. 1 gilt der Amtsermittlungsgrundsatz. Nach dieser Maxime haben die Kartellbehörden ohne Bindung an den Vortrag der Verfahrensbeteiligten alle entscheidungserheblichen Tatsachen zu ermitteln.
- Die Kartellbehörden können alle Ermittlungen führen und alle Beweise erheben, die erforderlich sind.

# Missbrauchsaufsicht über Energiepreise

- Seit dem Jahre 2005 erheben die Kartellbehörden zweimal im Jahr die Gaspreise und veröffentlichen diese auf den Internetseiten des Bundeskartellamtes.
- Seit dem Wegfall der BTOElt zum 30.06.2007 haben bisher 4 Landeskartellbehörden die Strompreise erhoben.
- Nach dem Beschluss des OLG Düsseldorf vom 22.04.2002 (Az.: KRT. 2/02 (V)) reicht für den Anfangsverdacht zur Einleitung eines Missbrauchsverfahren gegen EVU aus, dass erhebliche Preisunterschiede existieren.
- Im Beschluss des OLG Stuttgart vom 19.07.2006 (201 KRT. 1/06) wird den Kartellbehörden ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt, bei der Beurteilung der Frage, ob im Sinne von § 32 e Abs. 1 GWB Umstände vorliegen, die vermuten lassen, dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist.

# Missbrauchsaufsicht über Energiepreise

- Wenn die Kartellbehörden bei den durchgeführten Energiepreisabfragen feststellen, dass beachtliche Preisunterschiede existieren, sind sie insbesondere zur Ermittlung etwaiger Verstöße gegen §§ 19 Abs. 4 Nr. 2 oder § 29 GWB berechtigt, von allen zu dem untersuchten Wirtschaftszweig gehörende Unternehmen, Auskünfte zu verlangen.
- Gem. § 32 Abs. 4 GWB i.V.m. § 59 Abs. 1 Nr. 1 GWB können die Kartellbehörden von den Unternehmen hierbei insbesondere Auskünfte über die wirtschaftlichen Verhältnisse sowie die Herausgabe der diesbezüglichen Unterlagen verlangen, dies allerdings nur, soweit es zur Durchführung der Untersuchungen nach § 32 e GWB erforderlich ist und nicht gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstößt.

# Missbrauchsaufsicht über Energiepreise

- Der Begriff der wirtschaftlichen Verhältnisse ist weit zu fassen. Er umfasst alle tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen des EVU und betrifft die gesamte betriebliche und gesellschaftsrechtliche Sphäre des Unternehmens. Insbesondere werden auch Angaben über Produkte, Preise, Kalkulations- und Kostengrundlagen sowie Geschäftsbedingungen umfasst. Die Kartellbehörden können daher grundsätzlich auch umfassende Auskünfte über die Einkaufsbedingungen der von der Untersuchung erfassten EVU verlangen, die nicht nur Angaben über die nominellen Einkaufspreise, sondern auch über die von den Lieferanten erhaltenen Boni, Rabatte, Werbekostenbeihilfen und sonstigen Vergünstigungen umfassen.
- Dabei haben die Kartellbehörden dem berechtigten Interesse der EVU nach dem Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse in ausreichender Weise Rechnung zu tragen.

# **Missbrauchsaufsicht über Energiepreise**

## **Bisherige Preishöhenkontrolle nach § 19 GWB**

Nach § 19 Abs. 1 GWB ist marktbeherrschenden Unternehmen die missbräuchliche Ausnutzung ihrer Marktstellung verboten.

## **Wann liegt eine Marktbeherrschung vor?**

Nach § 19 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 oder keinem wesentlichen Wettbewerb durch die anderen Wettbewerber ausgesetzt ist oder im Verhältnis zu diesen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung hat. Hierbei sind die Stellung eines EVU insb. sein Marktanteil, seine Finanzkraft, sein Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, rechtliche und tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen, die Fähigkeit sowie die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen, zu berücksichtigen.

# Missbrauchsaufsicht über Energiepreise

## **Wann liegt ein Missbrauch vor?**

- Nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB liegt ein Missbrauch 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.

## **Sachliche Marktabgrenzung Gas nach dem Bedarfsmarktprinzip**

- Kommt auf die funktionelle Austauschbarkeit der Waren aus Sicht der Marktgegenseite an. Gas ist ein eigener sachlicher Marktbereich. Die sachlichen Einzelmärkte sind die beiden Märkte für die Belieferung von Weiterverteilern, einmal durch überregionale Ferngasunternehmen und durch regionale Verteiler sowie die Märkte für die Belieferung großer industrieller und gewerblicher Endkunden sowie von Haushalts- und Kleingewerbekunden.

# Missbrauchsaufsicht über Energiepreise

- Die vom 8. Zivilsenat des BGH im Gasurteil vom 13. Juni 2007 vertretene Ansicht, dass auf den sog. Wärmemarkt unter Einschluss aller übrigen für die Wärmeerzeugung geeigneten Energieträger abzustellen sei, ist auf die kartellrechtliche Marktabgrenzung nicht übertragbar. In diesem Urteil hat der BGH zur Billigkeit von Gaspreisen gemäß § 315 BGB entschieden. Er geht in seiner Entscheidung davon aus, dass ein einheitlicher Wärmemarkt besteht, es also einen Substitutionswettbewerb zwischen Anbietern konkurrierender Heizenergieträger wie Heizöl, Strom, Kohle und Fernwärme gibt.

# Missbrauchsaufsicht über Energiepreise

## **Zitat:**

„Es fehlt auch an einer Monopolstellung der Beklagten als Grundlage einer entsprechenden Anwendung des § 315 BGB ... Zwar ist die Beklagte im Bereich der Stadt H. der einzige Anbieter von leitungsgebundener Versorgung mit Gas und daher auf dem Gasversorgungsmarkt keinem unmittelbaren Wettbewerb ausgesetzt. Sie steht aber - wie alle GvU - auf dem Wärmemarkt in einem (Substitutions-)wettbewerb mit Anbietern konkurrierender Heizenergieträger wie Heizöl, Strom, Kohle und Fernwärme. ... Für die Gasversorgung hielt der Gesetzgeber das Erfordernis einer Tarifgenehmigung für verzichtbar, weil Neukunden zur Deckung ihres Wärmebedarfs unmittelbar zwischen verschiedenen Energieträgern wählen können und durch eine solche Konkurrenzsituation ein Wettbewerbsdruck entsteht, der allen Kunden zugute kommt, auch wenn für den einzelnen Kunden u.U. der Wechsel zu einer anderen Energieart wegen der hiermit verbundenen Kosten keine echte Alternative darstellt“.

# **Missbrauchsaufsicht über Energiepreise**

**Diese zivilrechtliche Sichtweise kann nicht auf die Prüfung kartellrechtlicher Missbrauchstatbestände übertragen werden.**

- Der Kartellsenat des BGH hat im Fall „Fernwärme für Börnsen vom 9.07.2002 (Az.: KZR 30/00) das Bestehen eines einheitlichen Marktes für Wärmeenergie abgelehnt.
- Auch die dem 8. Zivilsenat folgende Entscheidung des Kartellsenats des OLG Celle vom 10. Januar 2008 ist nicht haltbar, weil dieses als einziges Kartellgericht bisher entschieden hat, dass für die Endkundenversorgung nicht auf den Gasmarkt, sondern auf den Wärmemarkt abzustellen sei. Diese Ausführungen lassen sich jedoch nicht für eine Änderung der Marktabgrenzung heranziehen. Denn ungeachtet der Entscheidungen des BGH als auch des OLG Celle stellt die Gasversorgung von Haushalts- und Kleingewerbekunden, weiterhin einen eigenständigen sachlichen Markt dar, in den Heizöl- und andere Brennstoffangebote nicht einzubeziehen sind.

# Missbrauchsaufsicht über Energiepreise

Weitere Gegenargumente:

- Die Entscheidung des VIII. Zivilsenat des BGH ist in einem Zivilverfahren, nicht aber in einem Kartellverfahren ergangen. Gegenstand war die Prüfung der Billigkeit der Gaspreise nach § 315 BGB, nicht aber eine Prüfung unzulässiger Ausübung von Marktmacht. Der BGH hat seine Ausführungen zum „einheitlichen Wärmemarkt“ nicht im Rahmen einer umfassenden Marktanalyse gemacht hat. Vielmehr hat er diese Feststellungen lediglich aus Sicht des Heizungs-Neukunden zum Zeitpunkt der erstmaligen Entscheidung für ein bestimmtes Heizsystem und im Hinblick auf eine analoge Anwendbarkeit des § 315 BGB getroffen.
- Bemerkenswert ist, dass in der Vorinstanz unstreitig festgestellt worden war, dass die StW Heilbronn, eine marktbeherrschende Stellung auf dem Gasmarkt hatten. Auch die räumliche Marktabgrenzung – nämlich das Versorgungsgebiet der StW Heilbronn – war von den Parteien unstreitig zugrunde gelegt worden.

# Missbrauchsaufsicht über Energiepreise

- Aus Sicht der LKB NI geht die Rechtsprechung des VIII. Zivilsenates des BGH und des OLG Celle an den tatsächlichen Marktverhältnissen und -gegebenheiten vorbei. Denn es gibt eben **nicht** für jeden Verbraucher die Möglichkeit, den Energieträger für die Beheizung seiner Räume frei zu wählen. Faktisch haben viele Kunden keine Austauschmöglichkeiten der Energiearten. Noch weniger Ausweichmöglichkeiten haben in der Regel Mieter, die von der Entscheidung ihres Vermieters abhängig sind.
- Der Feststellung des BGH, dass es sich bei Gaspreisen um Wettbewerbspreise handele, widerspricht schon die Preiskopplung von Gas zu Öl.

# Missbrauchsaufsicht über Energiepreise

- Die Feststellungen des VIII. Zivilsenats stehen auch im Widerspruch zu den Feststellungen der Monopolkommission in ihrem Sondergutachten „Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung“ (Rn. 442), dem Monitoringbericht der Bundesnetzagentur 2007 gem. § 63 Abs.4 EnWG i.V.m. § 35 EnWG (S. 154) und dem Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 2005/2006, BT-Drs. 16/5710 (S.29 f.).
- Damit gehen wichtige Wettbewerbsinstitutionen im Rahmen ihrer Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse davon aus, dass gerade kein Wettbewerb zwischen den verschiedenen Heizenergieträgern besteht und darüber hinaus gerade auf den Gasmärkten eine erhebliche Verbesserung der Wettbewerbssituation erforderlich ist.
- Konsequenz dieser Rechtsprechung (8. Zivilsenat des BGH und OLG Celle) wäre, dass die LKBen zukünftig nicht mehr gegen die Gaspreise der örtlichen EVU vorgehen könnten, da es auf einem allgemeinen Wärmemarkt an einer marktbeherrschenden Stellung dieser EVU fehlt. Die Zuständigkeit der LKBen wäre dann nicht mehr gegeben.

# Missbrauchsaufsicht über Energiepreise

- Die Verschärfung der Missbrauchsaufsicht, die gerade wegen des noch nicht in Gang gekommenen Wettbewerbs mit dem neuen § 29 GWB geschaffen wurde, liefe ins Leere. § 29 GWB wäre damit obsolet. Das Signal an die Energiewirtschaft wäre eindeutig; weitere Schritte in Richtung wettbewerblicher Strukturen wären fraglich.
- Deshalb sind auch künftig bei der Abgrenzung der Gasvertriebsmärkte in sachlicher Hinsicht durchweg eigenständige Gasmärkte zugrunde zu legen.
- Die LKB NI als auch das BKartA haben gegen den Beschluss des OLG Celle beim BGH Rechtsbeschwerde eingelegt, um die Marktabgrenzung vom zuständigen Kartellsenat des BGH überprüfen zu lassen.

# Missbrauchsaufsicht über Energiepreise

## **Räumliche Marktabgrenzung Gas**

- Zur Gasversorgung hat der Kartellsenat des BGH in ständiger Rechtsprechung 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. 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. Diese Vorgehensweise ist ständige Verwaltungspraxis der Kartellbehörden.
- In dem Verfahren LKB NI gegen die StW Uelzen wegen missbräuchlich überhöhter Gaspreise vertritt der Kartellsenat des OLG Celle die Auffassung, der räumliche Markt umfasse den „Bereich Hannover/Hamburg“.

# Missbrauchsaufsicht über Energiepreise

## **Sachliche Marktabgrenzung Strom**

- Strom ist in sachlicher Hinsicht ein eigener sachlicher Marktbereich, der allerdings in mehrere sachliche Einzelmärkte zu unterteilen ist. Einmal in den Markt für den Erstabsatz von Strom und in die beiden Endkundenmärkte für die Belieferung von Großkunden und Haushalts- und Kleingewerbekunden. Auf dem letzteren Markt sind alle vormaligen Gebietsversorger wegen ihrer dort immer noch sehr hohen Marktanteile ebenfalls marktbeherrschend. Zwar sind seit Beginn der Regulierung die Möglichkeiten eines Anbieterwechsels in der Tat gestiegen, doch ist die Zahl der tatsächlichen Wechsel zu einem Lieferanten vergleichsweise gering geblieben.

# Missbrauchsaufsicht über Energiepreise

## Räumliche Marktabgrenzung Strom

- Bei Strom ist der Haushaltskundenmarkt räumlich nach den Netzgebieten der früheren Gebietsversorger abzugrenzen. Dies hat der Kartellsenat des BGH in einem Urteil vom 04.11.2003 (Strom und Telefon I, BGH WuW/E DE-R 1206) mit folgender Begründung entschieden:

„... der räumlich relevante Markt der Versorgung von Kleinverbrauchern mit elektrischer Energie (wird) auch nach der Liberalisierung des Energiemarktes durch das Versorgungsgebiet des örtlichen Netzbetreibers bestimmt (...), solange der weit überwiegende Teil der abgenommenen Energiemenge weiterhin vom Netzbetreiber geliefert wird.“

„Die typischerweise jahrzehntelangen Gebietsmonopole wirken ersichtlich stark nach,... .“

# Missbrauchsaufsicht über Energiepreise

## Bisheriges Vorgehen der Kartellbehörden nach dem Vergleichsmarktprinzip

- Preise von strukturell vergleichbaren EVU werden verglichen.
- **Strukturelle Unterschiede** sind dem Unternehmen **nicht**, **Verhaltensunterschiede** sind dem Unternehmen **zuzurechnen**.
- Ab- und Zuschläge zur Herstellung der Vergleichbarkeit.
- Erheblichkeitszuschlag (Beschluss des BGH v. 28.06.2005 (KVR 17/04 – StW Mainz) ist bei der Ermittlung des Erlössenkungspotentials zu berücksichtigen; Reduzierung u.U., wenn sachlicher Markt von Monopolsituation geprägt ist.
- Kostenkontrolle.
- Überprüfung des Preises und der dem Preis zugrunde liegenden Kostenkalkulation.
- Methodisch oftmals komplex und kompliziert.  
Fraglich ist auch, welche Gewinnmarge sollte zugrunde gelegt werden?

# **Missbrauchsaufsicht über Energiepreise**

## **§ 29 GWB**

- Am 22.12.2007 ist der neue § 29 GWB nach heftigen politischen Debatten in Kraft getreten. Durch diese Regelung sind die Voraussetzungen für eine spezielle Missbrauchsaufsicht für den Energiesektor normiert worden, da der Gesetzgeber aufgrund steigender Energiepreise ein Versagen des Wettbewerbs in den nicht regulierten Marktsegmenten erkannt hat.

# Missbrauchsaufsicht über Energiepreise

## **§ 29 Energiewirtschaft**

*1 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.*

*2 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. 3 Die §§ 19 und 20 bleiben unberührt.*

# Missbrauchsaufsicht über Energiepreise

**Im Vergleich zu § 19 GWB weist diese Norm drei wesentliche Neuerungen auf:**

- die Umkehr der Beweislast (§ 29 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. Satz 2 GWB),
- die Einführung des Gewinnbegrenzungskonzeptes (§ 29 Satz 1 Nr. 2 GWB).
- Zudem werden durch die geplante Streichung des § 64 Absatz 1 Nr. 1 GWB die Missbrauchsverfügungen sofort vollziehbar sein.
- Im Rahmen des in § 29 Absatz 1 Nr. 1 vorgesehenen Vergleichsmarktkonzeptes lässt sich der Nachweis des Missbrauchs anhand zweier Alternativen führen:
- Wenn das Unternehmen „Entgelte, Entgeltbestandteile oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die ungünstiger sind als diejenigen anderer Versorgungsunternehmen“ (Alternative 1)
- oder „von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten“ (Alternative 2). Die strukturelle Vergleichbarkeit des jeweiligen Marktes bzw. der Unternehmen muss zwar nach allgemeinen Grundsätzen die Kartellbehörde darlegen, die Beweislast läge für die Unternehmen dann auf der Ebene der sachlichen Rechtfertigung nach Satz 2 der Norm.

# Missbrauchsaufsicht über Energiepreise

## Sanktionen

- Die Behörden können Unternehmen, die gegen das Kartellrecht verstoßen, nach § 32 Abs. 1 GWB verpflichten, den Verstoß gem. § 29 GWB dadurch abzustellen, dass das Entgelt um einen bestimmten oder auf einen bestimmten Betrag reduziert wird oder beanstandete Geschäftsbedingungen nicht mehr vereinbart und praktiziert werden. Auch dürfen die Kartellbehörden nach § 32 a einstweilige Anordnungen in dringen Fällen erlassen und nach § 32 b Verpflichtungszusagen der versorgenden Unternehmen entgegen nehmen.
- Da § 29 ebenso wie § 19 GWB eine Verbotsvorschrift i.S. des § 134 BGB ist, kann im Wege der Teilnichtigkeit zumindest der kartellrechtswidrige Anteil der Preisforderung insgesamt rechtsunwirksam sein. Diese Unwirksamkeit der Preisvereinbarung kann damit Rückforderungsansprüche der Energiekunden begründen.
- § 29 ist bis zum 31.12.2012 befristet.

# **Missbrauchsaufsicht über Energiepreise**

## **Neuerung durch die Preismissbrauchsnovelle**

Erleichterung und Stärkung der behördlichen Missbrauchsaufsicht durch:

- Gesetzgeberische Klarstellung der Kostenkontrolle, aber konkrete Prüfungsmaßstäbe sind nicht vorgegeben.
- Umkehr der Beweislast bei der sachlichen Rechtfertigung, aber wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes trägt das EVU eher nur eine substantielle Darlegungspflicht.
- Es werden allerdings nicht die strukturellen Ursachen für fehlenden Preiswettbewerb behoben.
- § 29 stellt eine notwendige Begleitung strukturbezogener Maßnahmen zur Marktöffnung dar. Keine flächendeckende Preisregulierung oder Nivellierung des Preisniveaus, sondern Aufgreifen von evidenten Missbrauchsfällen.

# **Missbrauchsaufsicht über Energiepreise**

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Für weitere Fragen wenden Sie sich bitte an:

Heike Zinram

Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

Referat 24 für Wettbewerbsrecht und Öffentliches Auftragswesen

-Landeskartellbehörde-

Friedrichswall 1

30159 Hannover

Telefon 0511 120 5546; Fax 0511 120 99 5546

E-Mail: [heike.zinram@mw.niedersachsen.de](mailto:heike.zinram@mw.niedersachsen.de)