

# **Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr**

- Landeskartellbehörde -

Dr. Götz-F. Schau

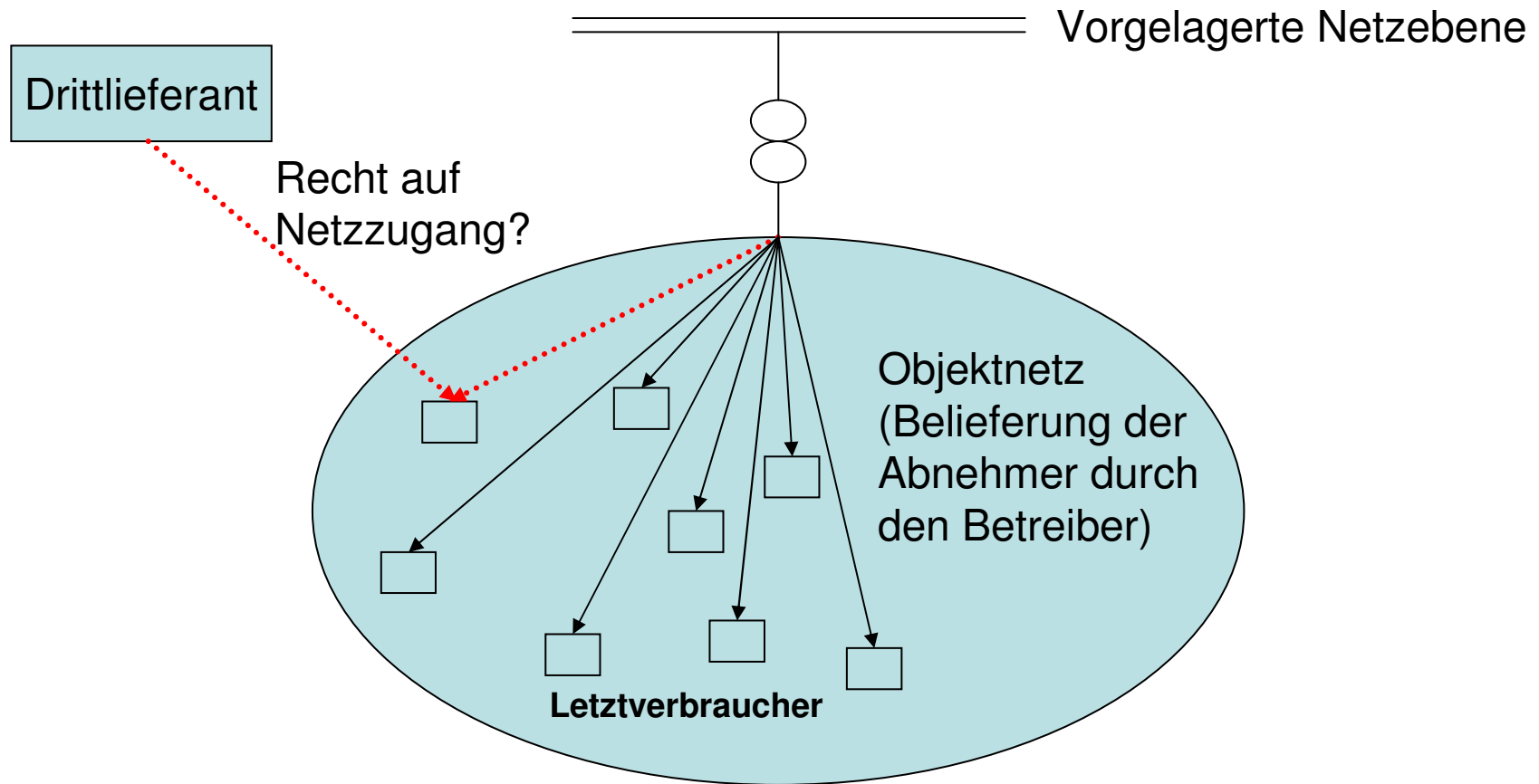
## **Euroforum-Konferenz Objektnetze**

Berlin, 29./30.8.2008



**Niedersächsisches Ministerium  
für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr**

# Schematische Darstellung



# Gesetzliche Ansprüche des Lieferanten auf Netzzugang

## 1. Recht auf freien Netzzugang nach §§ 20 ff. EnWG?

- Netzbetreiber, der auch die Energieversorgung seiner Kunden vornimmt, verwehrt den Zugang unter Berufung auf § 110 Abs.1 EnWG
- Dann sind u.a. Zugangsvorschriften der §§ 20 ff. EnWG nicht anwendbar
- Zugangsanspruch ist durchsetzbar bei den **Regulierungsbehörden** durch Missbrauchsverfahren nach § 31 EnWG (Antragsverfahren)
- Inzidente Prüfung, ob Voraussetzungen von § 110 EnWG vorliegen:
  - wenn (-) → Netzzugang nach EnWG, Kartellrecht gesperrt: § 111 EnWG
  - wenn (+) → kein Netzzugang nach EnWG, Kartellrecht ? (s.u., 2.)
- **Aber:** Aufgrund des EuGH-Urteils „citiworks“: Unabhängig von den Voraussetzungen des § 110 → Netzzugang ist zu gewähren!



# Gesetzliche Ansprüche des Lieferanten auf Netzzugang

## 2. Missbräuchliche Verweigerung des Netzzugangs nach § 19 Abs.4 Nr.4 GWB?

- Betreiber eines Objektnetzes nach § 110 EnWG (dem Wortlaut des § 110 nach muss er keinen Netzzugang gewähren) verweigert Netzzugang
- Zugangspetent kann sich an die **Kartellbehörden** wenden (Aufgreifermessen)
- Prüfung, ob Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch den Objektnetzbetreiber nach **§ 19 Abs.4 Nr.4 GWB**

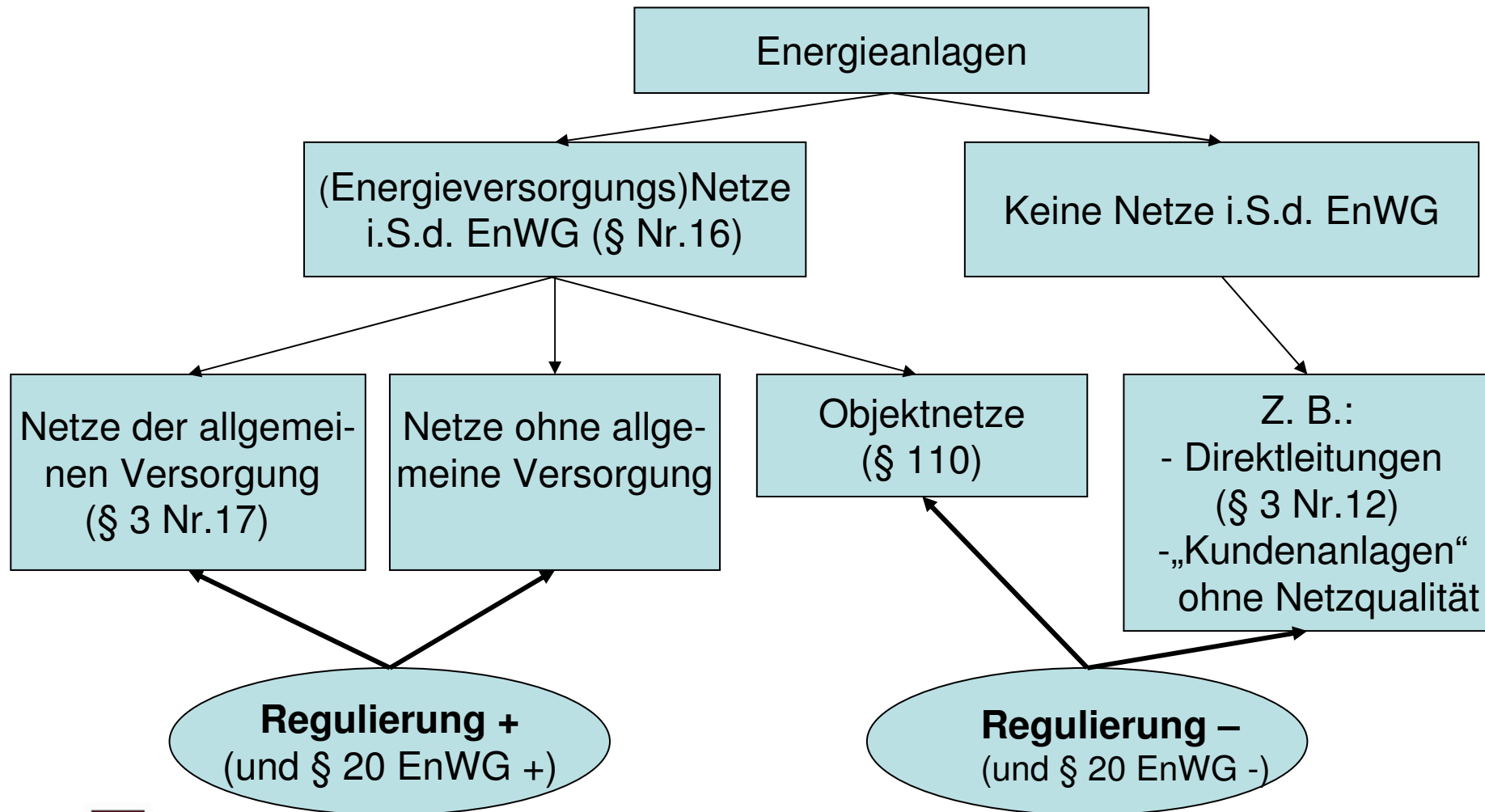


# Objektnetzkonstellation

- Eine Objektnetzkonstellation nach § 110 EnWG liegt vor
  - **Positive behördliche Bescheidung** eines Objektnetzanspruchs durch die Regulierungsbehörde
  - **Oder: Netzbetreiber beruft sich auf § 110 EnWG** („deklaratorische Wirkung“: herrschende Vw-Praxis der RegB)



# Überblick: Netze im Sinne des EnWG



# Problem: „Netz i.S.d. EnWG“?

→ Wann liegt überhaupt ein reguliertes „Netz“ vor?

- Relevanz: Zahlreiche Anlagen, die nur wenige Abnehmer haben und deren regulatorische Bedeutung gering ist  
Häufig problematisch: Sog. „Kundenanlagen“ (§§ 12 f. AVBEltV) bzw. „Elektrische Anlagen“ (§ 13 NAV).
- Begriffe helfen aber nicht weiter, da „Kundenanlagen“ bzw. „elektrische Anlagen“ (vgl. § 13 NAV) sowohl Netz i.S.d. EnWG als auch kein Netz i.S.d. EnWG sein können!
  - Grund: Keine Definition des Netzbegriffs im EnWG!
  - Und: Keine Ausnahme von „Kleinstgebilden“ im EnWG
  - EuGH: „Verteilernetz“ sehr weit → „Netz zur Weiterleitung von Elektrizität mit hoher, mittlerer oder niedriger Spannung zum Verkauf an Großhändler und Endkunden. Transportierte Strommenge ist dabei unerheblich. Keine Ausnahmen aufgrund von Größe oder Stromverbrauch“
- Konsequenz: Entweder Netz → Regulierung (evtl. Objektnetz) oder kein Netz (dann auch kein Objektnetz!)



# Problem: „Netz i.S.d. EnWG“?

→ Problem ist bislang einmal entscheidungsrelevant geworden

- Sachverhalt: Insel in Berlin mit mehreren Grundstücken (Wochenendhäuser), ein Eigentümer hat auf seine Kosten Stromleitungen vornehmlich zu seiner Versorgung legen lassen, schließt aber auch andere an. Streit mit einem anderen Eigentümer über Höhe der von ihm verlangten Anschlusskosten und über die grundsätzliche Anschlusspflicht.
- BNetzA (Az.:BK6-06-053): Hat per Missbrauchsverfügung nach § 31 Pflicht des Eigentümers zum Anschluss des Antragstellers nach § 17 Abs. 1 EnWG festgestellt
  - Da ein Netz i.S.d. EnWG vorliege (umfängliche Prüfung)
    - Kriterien: Objektives Verhalten eines Netzbetreibers, fehlendes Regulierungsbedürfnis, fehlende Umspannanlage, fehlende Gewinnerzielungsabsicht
  - Da keine Privilegierung nach § 110 Abs.1 Nr.1 bis Nr.3 EnWG einschlägig sei
- OLG Düsseldorf (Beschl.v.20.08.2007 und v. 28.11.2007; Az.: VI-3 Kart 200/07 (V)) hat Beschluss der BNetzA aufgehoben
  - Logisch vorrangige Frage, ob ein Netz vorliegt: Wurde nicht erörtert, sondern einfach bejaht
  - „Gemeinsamer Geschäftszweck“ nach § 110 Abs.1 Nr.2 EnWG bejaht, da „Insellage der Grundstücke“, „gemeinsame Freizeitnutzung der Insel durch Eigentümer“ und „besonders gestalteter Landschaftscharakter der Insel bewirkt über die bloße Freizeitgestaltung hinaus eine besondere innere Verbundenheit (der Eigentümer), die auf einem gegenseitigen Geben und Nehmen beruht“

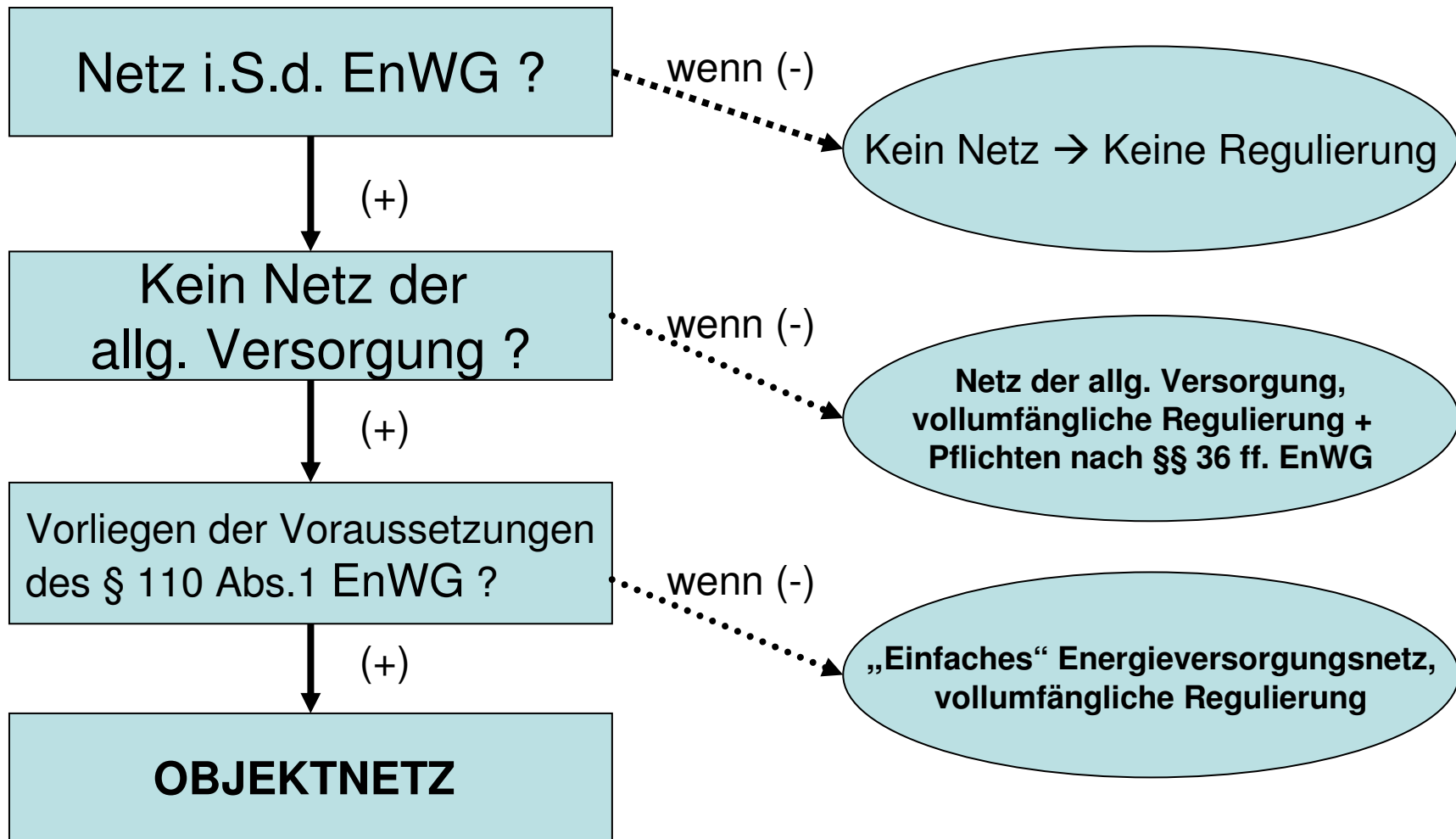


# Problem: Netz der allgemeinen Versorgung?

- Kein Netz der allgemeinen Versorgung nach § 3 Nr.17 EnWG
- Wann aber dient das Netz der „allgemeinen Versorgung“?
  - Vgl. „Merkblatt Objektnetze“ der BNetzA:
    - Netzdimensionierung nicht nur für bestimmbare Letztverbraucher (**Objektive** Komponente )
    - + Wille des Betreibers, jedermann anzuschließen (**Subjektive** Komponente )
  - Umkehrschluss: ON ist für bestimmbare Letztverbraucher dimensioniert + Betreiber will nur ausgewählte Abnehmer anschließen (nicht jeden!)
- Daraus ergibt sich: Wer ein allgemeines Versorgungsnetz betreibt, kann kein Objektnetzbetreiber sein!!!
- Schärfung dieses Kriteriums würde viele Zweifelsfälle beseitigen  
(Z.B.:Ausgangspunkt des EuGH-Verfahrens: Netz des FH Halle-Leipzig wurde von der Sächs. LRegB als ON anerkannt)



# Überblick: Prüfungsreihenfolge

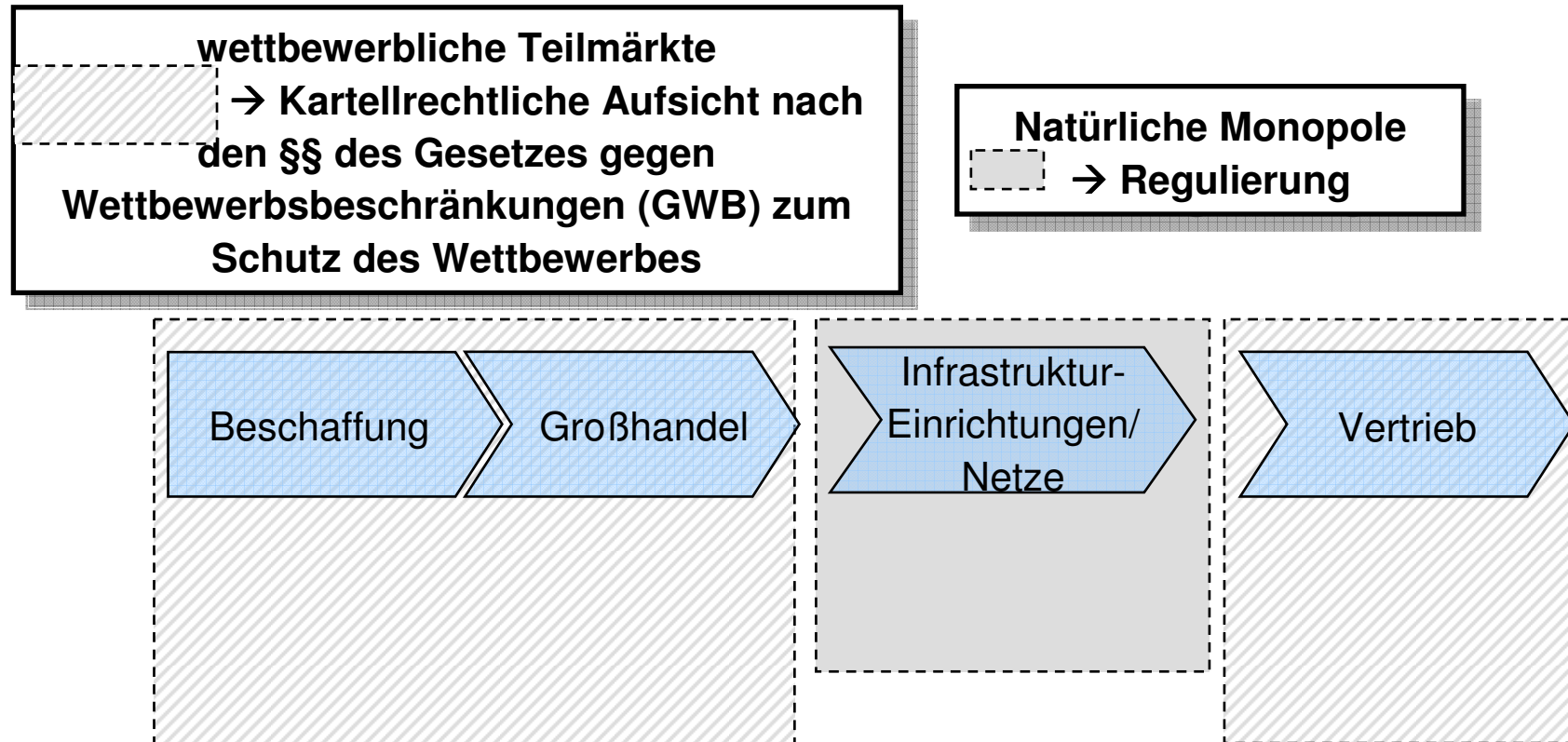


# Konsequenzen des EuGH-Urteils

- Erkenntnisse aus dem Urteil bzgl. Auslegung der Richtlinie:
  - Weiter Verteilernetzbegriff
  - Grundsätzliche Pflicht, Netzzugang zu gewähren, Ausnahmemöglichkeiten in der RL nicht einschlägig.
- Aussagen nur zu § 110 Nr.1 EnWG, aber auf die anderen Fallgruppen übertragbar
  - Netzzugang nach § 20 Abs.1 EnWG ist grds. nicht verweigerbar (außer nach § 20 Abs.2), insoweit widerspricht § 110 EnWG der RL!
- Urteil enthält jedoch keine Aussage zum Ausschluss „transparenter, angemessener und nicht-diskriminierender Tarife“ also Netzentgelte durch § 110 EnWG!
  - Es stellt sich die Frage: Netzzugang zu welchen Bedingungen?
- Aktuelle Diskussion über neuen Ausnahmetatbestand
  - RL-Entwurf: Ausnahme für „industrial sites“ + weitere?
  - Andere Möglichkeiten, Ausnahmen auf nationaler Ebene?



# Verhältnis EnWG zu GWB



§ 130 Abs.3 GWB und § 111 EnWG bestimmen das Verhältnis beider Rechtsgebiete:  
Grds.: unabhängig und parallel nebeneinander,  
Ausn.: GWB nicht anwendbar weil EnWG abschließend: Teil 3 des EnWG, RVOen die sich für abschließend erklären bzw. veröffentlichte Netzentgelte

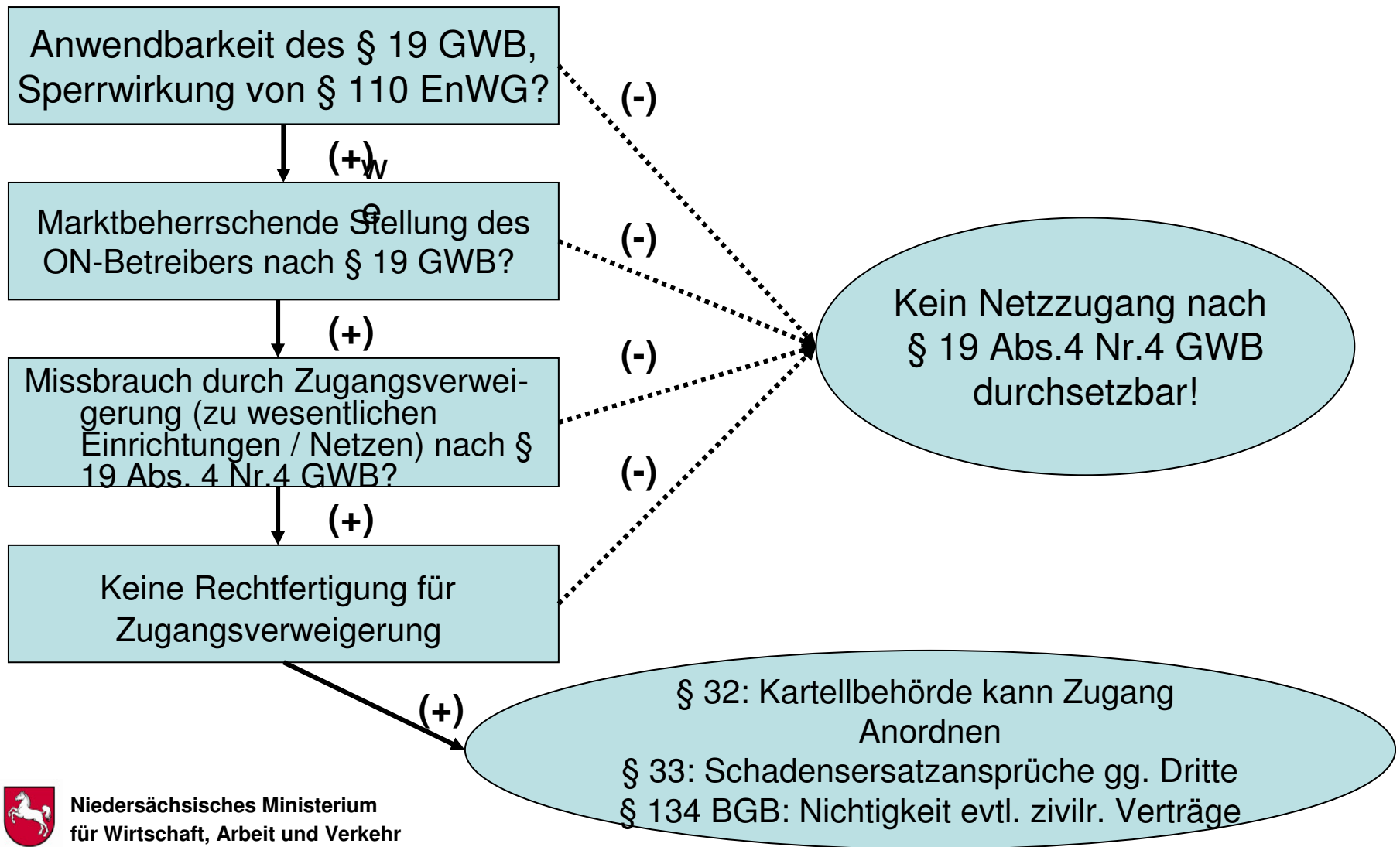


# Anwendbarkeit von §§ 19 f., 29 GWB auf Objektnetze?

- Gemäß § 111 Abs.1, Abs.2 Nr.1 EnWG +  
(§ 110 EnWG gehört nicht zu den genannten abschließenden Normen)
- Aber: Sperrwirkung durch die Spezialregelung des § 110 Abs.1 EnWG  
(keine Regulierung des Netzbetriebs nach Teil 3) für Zugangsanspruch  
nach §§ 19, 20 GWB?
  - Tw.: Sperrwirkung (+), Auslegung führt dazu, dass diese Wertung des EnWG  
das GWB überlagert, Einheit der Rechtsordnung (so wohl schon eine LKartB)
  - Tw.: Sperrwirkung (-), da Wertungen anderer Gesetze nur zu berücksichtigen,  
wenn sie nicht dem Ziel des GWB (Sicherung des freien Wettbewerbs)  
entgegenstehen.  
Ansonsten wären ON wettbewerbsfreie Gebiete, unvereinbar mit  
Liberalisierung / Richtlinien!
- **Relevanz angesichts der EuGH-Rspr.?**
  - Für Netzzugang wohl nicht mehr,
  - Für die Frage „Höhe des angemessenen Entgelts“ eventuell doch, da hierzu  
keine Vorgaben!



# Prüfschema: Kartellrechtlich missbräuchliche Verweigerung des ON- Zugangs nach § 19 Abs.1 Nr.4



# Normadressateneigenschaft des ON-Betreibers gem. § 19 Abs.4 Nr.4

## 1. ON-Betreiber muss Normadressat sein

- Voraussetzung: 2 getrennte, aber in Beziehung zueinander stehende Märkte: Markt für Mitbenutzung der Infrastruktur und davon abgeleiteter Markt
  - Mitbenutzung des ON und Energiebelieferung von ON-Abnehmern
- *Marktabgrenzung (§ 19 Abs.2 GWB)*
  - Ermittlung des räumlich und sachlich relevanten Marktes
  - Räumlich: Gebiet, das ohne Mitbenutzung / Zugang nicht bedient werden kann
  - Sachlich: Markt für Nutzung der Einrichtung zur Belieferung mit Strom / Gas
    - ON ist grds. abgrenzbares Marktgebiet (Einzelfallprüfung)



# Normadressateneigenschaft des ON-Betreibers gem. § 19 Abs.4 Nr.4

## *Marktmacht / Marktbeherrschung*

– Ermittlung der Marktbeherrschung auf dem abgegrenzten Markt

- ON-Betreiber hat natürliches Monopol bzgl. Netzzugang & ist ohne Wettbewerber bzgl. Energielieferung
  - ON-Betreiber lässt niemanden Abnehmer im ON beliefern  
→ Marktbeherrschung sowohl auf dem Markt für Benutzung der Infrastruktureinrichtung (genügt nach BGH „Mainova“) als auch auf dem nachgelagerten Markt der Belieferung!
  - Zusätzliche Anforderungen nach EuGH: Marktbeherrschung ist geeignet, jeglichen Wettbewerb auszuschließen
- Grds. Marktbeherrschung des ON-Betreibers (Einzelfallprüfung)



# Verweigerung des Netzzugangs, § 19 Abs.1 Nr.4 GWB

## 2. Zugangsobjekt Infrastruktur / Netz

- Objektnetze = Einrichtung i.S.d. § 19 Abs.4 Nr.4 GWB

## 3. Zugangsverweigerung: Verweigerung der Zugangsgewährung gegen angemessenes Entgelt

- Entweder: ausdrückliche Ablehnung des Zugangs-/Belieferungsersuchens des externen Lieferanten durch den ON-Betreiber
- Oder: Forderung eines unangemessenen Nutzungsentgelts (wodurch Belieferung unattraktiv wird)
- In beiden Fällen: Inhaber der Infrastruktur Netz verhindert Zugang zum nachgelagerten Markt (Energiebelieferung)



# Verweigerung des Netzzugangs, § 19 Abs.1 Nr.4 GWB

## 4. Wesentlichkeit der Zugangsverweigerung

- Keine Duplizierbarkeit der Einrichtung (Petent kann kein Netz errichten)
- Keine Substituierbarkeit der Einrichtung (Kein Zugang auf andere Art & Weise)
- Wettbewerbsverhältnis zwischen Inhaber der Infrastruktur und Zugangspetent (herrschende Meinung)

## 5. Rechtfertigung nach § 19 Abs.4 Nr.4 2.HS GWB?

- Mitbenutzung des Netzes ist nicht möglich oder zumutbar, Interessenabwägung
- Zu Berücksichtigen: Betriebsbedingte Interessen:
  - Mangelnde Kapazität des Netzes,
  - Gefahr von Betriebsstörungen durch die Mitbenutzung,
  - Mangelnde Seriosität (Kreditwürdigkeit / Vertragstreue) des Petenten,
- Nicht zu berücksichtigen: nicht-wettbewerbsorientierte Interessen
  - Wettbewerbseröffnung durch „Rosinenpicken“ (vgl. BGH „Mainova“)
  - Persönliche Aversionen gegen Zugangspetenten



# Unangemessenheit des Entgelts, § 19 Abs.4 Nr. 4 GWB

## Keine Vorgabe zur „Angemessenheit“ des Entgelts!

- Durch Zugangsverpflichtung nach § 19 Abs.4 Nr.4 GWB keine Pflicht zur Entgeltkalkulation nach §§ 20 ff. EnWG, da diese Vorschriften nicht anwendbar sind!
- Daher: Individuelle Preisregelungen bleiben möglich, aber „Angemessenheit“ muss gegeben sein
  - Ermittlung des internen Verrechnungspreises
  - Grobe Orientierung an durch Mitbenutzung entstandenen variablen Kosten, Beitrag zu den fixen Kosten und angemessene Verzinsung des investierten Kapitals
  - Ggf. Prüfung anhand § 19 Abs.4 Nr.2 „Preishöhenmissbrauch“



# Rechtsfolgen eines festgestellten Missbrauchs nach § 19 GWB

- Befugnisse der Kartellbehörden
  - Abstellung und nachträgliche Feststellung von Zuwiderhandlungen nach § 32 GWB: umfassende Befugnis, zu allen Maßnahmen, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind  
→ Verpflichtung, Mitbenutzung einzuräumen
  - Verpflichtungszusagen nach § 32 b GWB
  - Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB
- Zivilrechtliche Folgen
  - Beseitigungs- und Unterlassensanspruch nach § 33 Abs.1 GWB
  - Schadensersatz des Betroffenen nach § 33 Abs.3 GWB
  - Vorteilsabschöpfung durch Verbände nach § 34 a GWB
- Bußgelder nach § 81 Abs.2 Nr.1, Abs.4 GWB
  - Bis zu 1 Mio. €
  - Bei Unternehmen: bis zu 10 % des Vorjahresumsatzes



# Ablauf des kartellrechtlichen Missbrauchsverfahren

- Einleitung des Verfahrens von Amts wegen / auf Antrag des Betroffenen (Aufgreifermessen), § 54 GWB
- Umfängliche Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden
  - Beweiserhebung (Zeugen, Augenschein, Sachverständige), § 57 GWB
  - Beschlagnahme von Beweismitteln, § 58 GWB
  - Auskunftsverlangen, § 59 Abs.1 und Abs.2 GWB
  - Durchsuchungen, § 59 Abs.4 GWB
- Stellungnahmemöglichkeit des Betroffenen („Abmahnung“), § 56 Abs.1 GWB
- Einstweilige Anordnungen in dringenden Fällen, § 32 a GWB
- Beendigung durch Einstellung (schriftliche Benachrichtigung) oder Verfügung, § 61 GWB

*! Nunmehr sofort vollziehbar, Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung mehr, § 64 GWB !*



# Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Kartellbehörden

- Beschwerde zum Oberlandesgericht am Sitz der Kartellbehörde, § 63 GWB
- Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde, § 65 Abs.3 GWB
- Gegen Beschluss des OLG ist Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof möglich, wenn sie vom OLG zugelassen wurde, § 74 GWB
  - Bei Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde ist auch die Nichtzulassungsbeschwerde möglich, § 75 GWB



# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Götz-F. Schau

Niedersächsisches Ministerium

für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

- Landeskartellbehörde -

Friedrichswall 1

30159 Hannover

Email: [goetz-friedrich.schau@mw.niedersachsen.de](mailto:goetz-friedrich.schau@mw.niedersachsen.de)



Niedersächsisches Ministerium  
für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr