



**Internationale Göttinger Reihe**

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

# RECHTSWISSENSCHAFTEN

Fatima Massumi

**Die Energieversorgungsunternehmen  
zwischen Kartellrecht und  
Energiewirtschaftsrecht**

**Band 20**



**Cuvillier Verlag Göttingen**  
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

**Die Energieversorgungsunternehmen zwischen Kartellrecht und  
Energiewirtschaftsrecht**

Inaugural- Dissertation

Zur Erlangung der Doktorwürde

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Vorgelegt von Fatima Massumi aus Kabul

## **Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2010

Zugl.: Kiel, Univ., Diss., 2010

978-3-86955-345-0

Erstberichterstatter:

Professor Dr. Joachim Jickeli

Zweitberichterstatter:

Professor Dr. Florian Becker, LL.M.

Dekan:

Professor Dr. Hartmut Oetker

Tag der mündlichen Prüfung:

31. März 2010

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2010

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

[www.cuvillier.de](http://www.cuvillier.de)

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2010

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-86955-345-0

Für meinen Vater, Dr. Anwar Massumi

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Christian Albrechts Universität zu Kiel im Wintersemester 2009/2010 angenommen.

Die Arbeit ist meinem Vater, Dr. Anwar Massumi, gewidmet. Ihm möchte ich für alles danken. Er hat mich gelehrt, dass Bildung das höchste Gut ist und hat mich und meine Geschwister in jeder Hinsicht unterstützt.

Besonders bedanke ich mich bei Professor Jickeli, meinem Doktorvater, für die Betreuung dieser Arbeit und der zeitnahen Korrektur. Dieser Dank gilt auch Professor Becker, der durch seine zügige Zweitkorrektur ein unkompliziertes Prüfungsverfahren ermöglichte.

Bei Frau Sylvia Simon und Regina Kindermann bedanke ich mich für ihre geduldige Unterstützung

<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS .....</b>	<b>11</b>
<b>1. KAPITEL: EINLEITUNG .....</b>	<b>16</b>
<b>A. ZIEL DER UNTERSUCHUNG .....</b>	<b>16</b>
<b>B. GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG .....</b>	<b>17</b>
<b>C. GANG DER UNTERSUCHUNG .....</b>	<b>20</b>
<b>2. KAPITEL: GRUNDLAGEN .....</b>	<b>22</b>
<b>A. DIE ENTWICKLUNG DER ENERGIERECHTSORDNUNG .....</b>	<b>22</b>
I. DIE AUSGANGSLAGE VOR 1998 .....	22
II. DIE VOLLSTÄNDIGE MARKTÖFFNUNG AB 1998 .....	24
III. DAS NEUE ENWG SEIT 2005 .....	26
<b>B. DIE ZWECKE DES ENERGIEWIRTSCHAFTSGESETZES .....</b>	<b>27</b>
I. ZIELFÜNFECK DES NEUEN ENWG .....	29
1. Wettbewerb .....	29
2. Versorgungssicherheit .....	30
3. Umweltschutz .....	31
4. Verbraucherfreundlichkeit .....	32
5. Effizienz .....	32
II. DIE GLEICHRANGIGKEIT DER ZIELE .....	33
<b>C. DIE ENERGIEWIRTSCHAFTLICHE WERTSCHÖPFUNGSKETTE .....</b>	<b>34</b>
I. ERZEUGUNG DER ENERGIE .....	34
1. Strom .....	35
2. Gas .....	37
II. TRANSPORT UND SYSTEMBETRIEB .....	39
1. Transport und Verteilung .....	39
a) Strom .....	39
b) Gas .....	41
2. Die Subadditivität von Übertragungsnetzen .....	42
a) Strom .....	42
b) Gas .....	43
3. Netzbetrieb .....	44
a) Strom .....	44
b) Gas .....	46
III. HANDEL .....	47
1. Strom .....	47
a) Die Energiebörse .....	49
aa) Voraussetzungen für den Stromhandel .....	50
bb) Rechtsrahmen der EEX .....	51
b) Zwischenergebnis .....	52
2. Gas .....	52
IV. ERGEBNIS .....	53

<b>3. KAPITEL: DIE PREISAUFSICHT NACH § 29 GWB SEIT DEM 01.01.2008 ...</b>	<b>55</b>
<b>A. TATBESTANDSVORAUSSETZUNGEN BEZIEHUNGSWEISE HANDLUNGSMÖGLICHKEITEN DER KARTELLBEHÖRDEN .....</b>	<b>56</b>
I. MARKTBEHERRSCHENDE STELLUNG DES ENERGIEVERSORGERS.....	56
1. Sachlich und räumlich relevanter Markt.....	57
a) Traditionelle Marktabgrenzung des Bundeskartellamts .....	57
b) Neuer Ansatz des Bundeskartellamtes .....	58
2. Marktbeherrschung .....	61
a) Strommarkt .....	61
b) Gasmarkt.....	62
3. Zwischenergebnis.....	62
II. VERGLEICHSMETHODE NACH § 29 NR. 1 GWB.....	62
1. Vergleich mit anderen Versorgungsunternehmen.....	63
2. Vergleich mit Unternehmen auf vergleichbaren Märkten .....	64
3. Erheblichkeitszuschlag.....	64
III. GEWINNBEGRENZUNGSKONZEPT § 29 NR. 2 GWB.....	67
IV. ZWISCHENERGEBNIS.....	68
<b>B. VERTEIDIGUNGSMÖGLICHKEITEN DER UNTERNEHMEN .....</b>	<b>68</b>
I. BEI EINEM MISSBRAUCHSVORWURF NACH § 29 NR. 1 ALT. 1 GWB .....	69
1. Sachliche Rechtfertigung .....	69
2. Beweislastumkehr .....	71
II. BEI EINEM MISSBRAUCHSVORWURF NACH § 29 NR. 1 ALT. 2 GWB .....	73
III. BEI EINEM MISSBRAUCHSVORWURF NACH § 29 NR. 2 GWB .....	74
<b>C. KRITISCHE WÜRDIGUNG DES § 29 GWB.....</b>	<b>75</b>
I. VERGLEICH MIT ANDEREN UNTERNEHMEN, § 29 NR. 1 ALT. 1 GWB.....	75
II. RECHTSUNSICHERHEIT FÜR DIE UNTERNEHMEN .....	77
III. KOSTEN UND KOSTENANALYSE NACH § 29 NR. 2 GWB .....	78
1. Kostenbegriff.....	78
a) Grenzkosten .....	79
b) Vollkosten.....	79
c) Stellungnahme .....	80
2. Unangemessenheit der Preis-Kosten-Relation.....	82
3. Wettbewerbspolitische Gefahren .....	84
a) Ineffiziente Kosten.....	84
b) Marktzutrittsschranken .....	85
4. Zwischenergebnis.....	85
IV. SYSTEMATIK DES § 29 SATZ 2 GWB .....	85
V. PARALLELVERHALTEN DER VERSORGUNGSUNTERNEHMEN.....	86
VI. STAGNATION DES VERBRAUCHERWECHSELS.....	87
<b>D. ERGEBNIS.....</b>	<b>87</b>
<b>4. KAPITEL: WETTBEWERBSREGULIERUNG IM ENERGIEWIRTSCHAFTSGESETZ.....</b>	<b>88</b>
<b>A. ZUM BEGRIFF DES REGULIERUNGSRECHTS .....</b>	<b>88</b>

I. REGULIERUNG IN DER POLITIK- UND VERWALTUNGSWISSENSCHAFT .....	88
II. REGULIERUNG IM WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTLICHEN SINNE.....	89
III. REGULIERUNG ALS PRIVATISIERUNGSFOLGENRECHT .....	89
IV. DIE US- AMERIKANISCHEN REGULIERUNG DER „PUBLIC UTILITIES“ .....	90
V. ZWISCHENERGEBNIS .....	91
<b>B. ZWEI ARTEN DER REGULIERUNG.....</b>	<b>92</b>
<b>C. RECHTFERTIGUNG DER REGULIERUNG .....</b>	<b>92</b>
I. NORMATIVE THEORIE DER REGULIERUNG .....	93
1. Natürliches Monopol.....	93
2. Ruinöse Konkurrenz.....	94
3. Externe Kosten .....	94
4. Informationsasymmetrien .....	95
5. Öffentliche Güter .....	96
6. Zwischenergebnis.....	96
II. POSITIVE THEORIE DER REGULIERUNG .....	97
III. ERGEBNIS .....	97
<b>D. WETTBEWERBSSPEZIFISCHE REGULIERUNGSMASSEN.....</b>	<b>98</b>
I. ZUGANGSREGULIERUNG ALS WETTBEWERBSSPEZIFISCHES REGULIERUNGSMASSE IM ENWG.....	98
1. Netzanschluss im Energierecht .....	99
a) Allgemeine Anschlusspflicht nach § 18 EnWG .....	99
b) Besondere Netzanschlusspflicht nach § 17 EnWG .....	100
c) Sonderfall der Verordnung zur Regelung des Netzanschlusses von Anlagen zur Erzeugung von elektrischer Energie .....	101
2. Netzzugang im Energierecht .....	102
a) Netzzugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen .....	103
b) Zugang zu Gasversorgungsnetzen .....	104
3. Zwischenergebnis.....	105
II. ENTGELTREGULIERUNG ALS WETTBEWERBSSPEZIFISCHES REGULIERUNGSMASSE IM ENWG .....	105
1. Entgeltregelungen im Energierecht.....	106
a) Methoden zur Kalkulation von Netzentgelten .....	107
aa) Kostenorientierte Preisbildung.....	107
bb) Anreizregulierung.....	108
(1) Anreizregulierung und kostenorientierte Preisbildung .....	109
(2) Anreizregulierung ab dem 01.01.2009 nach derAnreizregulierungsverordnung .....	110
(3) Fazit zur ARegV .....	112
cc) Das reine Vergleichsmarktmodell.....	112
b) Ex-Ante Kontrolle nach § 23 a EnWG .....	114
2. Zwischenergebnis.....	114
III. ENTFLECHTUNG ALS WETTBEWERBSSPEZIFISCHES REGULIERUNGSMASSE IM ENWG.....	115
1. Entflechtung im Energierecht .....	116
a) Arten der Entflechtung.....	116
b) Eigentumseingriff, Art. 14 GG .....	118
aa) Verfassungsmäßigkeit der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung.....	119



bb) Rechtfertigung des Eingriffs.....	119
2. Zwischenergebnis.....	121
<b>E. ERGEBNIS.....</b>	<b>121</b>
<b>5. KAPITEL: DAS VERHÄLTNISS ZWISCHEN ALLGEMEINER UND SEKTORSPEZIFISCHER WETTBEWERBSAUFSICHT.....</b>	<b>123</b>
<b>A. DAS VERHÄLTNISS VON ENERGIEAUFSICHT ZUR KARTELLAUFSICHT .....</b>	<b>123</b>
I. ENERGIEKARTELLRECHT VOR DER LIBERALISIERUNG.....	124
II. ENERGIEKARTELLRECHT NACH DER LIBERALISIERUNG.....	126
1. Kontrolle des Netzzugangs.....	127
a) Die Missbrauchsaufsicht nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB.....	127
aa) essential facility doctrin.....	128
bb) Zwischenergebnis.....	130
b) Energierechtliche Kontrolle des Netzzuganges.....	130
2. Kontrolle der Netznutzungsentgelte nach § 19 Abs. 4 Nr. 2, 3 GWB.....	131
3. Verhältnis Missbrauchsaufsicht nach dem GWB und dem EnWG.....	133
III. DIE AUFSICHT SEIT DER ENERGIEREFORM 2005.....	133
1. Die sektorspezifische Regelung nach den §§ 111 Abs. 1 und 2, 30 EnWG und 130 Abs. 3 GWB.....	134
2. Anwendbarkeit der §§ 19, 20, 29 GWB neben den Vorschriften des EnWG.....	137
a) Grundversorgungspflicht.....	137
b) Wegerechtskonzessionierung.....	138
3. Rechtsverordnungen, die die Anwendung der §§ 19, 20, 29 GWB ausschließen	139
a) Rechtsverordnungen, die auf Normen des dritten Teils des EnWG basieren....	139
b) Rechtsverordnungen, die auf Normen außerhalb des dritten Teils des EnWG basieren.....	140
4. Abschließende Regelung bezogen auf die gesamten Bestimmungen des GWB ..	141
5. Bindungswirkung, § 111 Abs. 3 EnWG.....	141
IV. ZWISCHENERGEBNIS.....	142
<b>B. DIE ERFORDERLICHKEIT EINES ÜBERGREIFENDEN WETTBEWERBSSPEZIFISCHEN REGULIERUNGSRECHTS.....</b>	<b>143</b>
<b>C. ERGEBNIS.....</b>	<b>145</b>
<b>6. KAPITEL: HESSISCHER GESETZESENTWURF VOM 28.01.2008.....</b>	<b>146</b>
<b>A. VERFASSUNGSMÄßIGKEIT DER ENTFLECHTUNGSVORSCHRIFT.....</b>	<b>150</b>
I. EIGENTUMSSCHUTZ NACH ART. 14 GG.....	150
1. Verpflichtung zur Veräußerung von Unternehmensteilen.....	150
a) Eingriff in den Schutzbereich.....	150
aa) Unmittelbarer Eingriff.....	151
bb) Mittelbarer Eingriff.....	152
b) Zulässigkeit des Eingriffs.....	153
aa) Formelle Grundrechtsschranken.....	153
(2) Bestimmtheitsgebot.....	154

(3) Vertrauensschutz.....	155
(4) Zwischenergebnis .....	156
bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit.....	156
(1) Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung .....	156
(2) Verhältnismäßigkeit.....	158
(a) Legitimer Zweck.....	158
(b) Geeignetheit .....	159
(c) Erforderlichkeit .....	160
(d) Angemessenheit.....	163
c) Zwischenergebnis .....	164
2. Independent System Operator .....	165
a) Eingriff in den Schutzbereich .....	165
b) Rechtfertigung des Eingriffs.....	165
aa) Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung .....	165
bb) Verhältnismäßigkeit .....	166
(1) Erforderlichkeit .....	166
(2) Angemessenheit .....	167
c) Zwischenergebnis .....	167
3. Aktiensplitting.....	167
a) Eingriff in den Schutzbereich .....	168
b) Rechtfertigung des Eingriffs.....	168
aa) Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung .....	168
bb) Verhältnismäßigkeit .....	169
c) Zwischenergebnis .....	169
4. Veräußerung von externem Wachstum.....	169
a) Eingriff in den Schutzbereich .....	169
b) Rechtfertigung des Eingriffs.....	170
5. Ergebnis.....	170
II. BERUFSFREIHEIT NACH ART. 12 GG .....	170
1. Schutzbereich .....	170
2. Eingriff in den Schutzbereich.....	170
3. Rechtfertigung des Eingriffs .....	172
<b>B. ERGEBNIS.....</b>	<b>172</b>
<b>7. KAPITEL: RESÜMEE .....</b>	<b>173</b>

## INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	11
----------------------------	----

<b>1. KAPITEL: EINLEITUNG .....</b>	<b>16</b>
<b>A. ZIEL DER UNTERSUCHUNG .....</b>	<b>16</b>
<b>B. GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG .....</b>	<b>17</b>
<b>C. GANG DER UNTERSUCHUNG.....</b>	<b>20</b>
<b>2. KAPITEL: GRUNDLAGEN.....</b>	<b>22</b>
<b>A. DIE ENTWICKLUNG DER ENERGIERECHTSORDNUNG.....</b>	<b>22</b>
I. DIE AUSGANGSLAGE VOR 1998.....	22
II. DIE VOLLSTÄNDIGE MARKTÖFFNUNG AB 1998.....	24
III. DAS NEUE ENWG SEIT 2005 .....	26
<b>B. DIE ZWECKE DES ENERGIEWIRTSCHAFTSGESETZES .....</b>	<b>27</b>
I. ZIELFÜNFECK DES NEUEN ENWG.....	29
1. Wettbewerb .....	29
2. Versorgungssicherheit.....	30
3. Umweltschutz.....	31
4. Verbraucherfreundlichkeit .....	32
5. Effizienz .....	32
II. DIE GLEICHRANGIGKEIT DER ZIELE .....	33
<b>C. DIE ENERGIEWIRTSCHAFTLICHE WERTSCHÖPFUNGSKETTE .....</b>	<b>34</b>
I. ERZEUGUNG DER ENERGIE .....	34
1. Strom.....	35
2. Gas.....	37
II. TRANSPORT UND SYSTEMBETRIEB .....	39
1. Transport und Verteilung .....	39
a) Strom.....	39
b) Gas.....	41
2. Die Subadditivität von Übertragungsnetzen.....	42
a) Strom.....	42
b) Gas.....	43
3. Netzbetrieb .....	44
a) Strom.....	44
b) Gas.....	46
III. HANDEL .....	47
1. Strom.....	47
a) Die Energiebörse.....	49
aa) Voraussetzungen für den Stromhandel .....	50
bb) Rechtsrahmen der EEX .....	51
b) Zwischenergebnis .....	52
2. Gas.....	52
IV. ERGEBNIS .....	53

<b>3. KAPITEL: DIE PREISAUFSICHT NACH § 29 GWB SEIT DEM 01.01.2008 ...</b>	<b>55</b>
<b>A. TATBESTANDSVORAUSSETZUNGEN BEZIEHUNGSWEISE HANDLUNGSMÖGLICHKEITEN DER KARTELLBEHÖRDEN .....</b>	<b>56</b>
I. MARKTBEHERRSCHENDE STELLUNG DES ENERGIEVERSORGERS.....	56
1. Sachlich und räumlich relevanter Markt.....	57
a) Traditionelle Marktabgrenzung des Bundeskartellamts .....	57
b) Neuer Ansatz des Bundeskartellamtes .....	58
2. Marktbeherrschung .....	61
a) Strommarkt .....	61
b) Gasmarkt.....	62
3. Zwischenergebnis.....	62
II. VERGLEICHSMETHODE NACH § 29 NR. 1 GWB.....	62
1. Vergleich mit anderen Versorgungsunternehmen.....	63
2. Vergleich mit Unternehmen auf vergleichbaren Märkten .....	64
3. Erheblichkeitszuschlag.....	64
III. GEWINNBEGRENZUNGSKONZEPT § 29 NR. 2 GWB.....	67
IV. ZWISCHENERGEBNIS.....	68
<b>B. VERTEIDIGUNGSMÖGLICHKEITEN DER UNTERNEHMEN .....</b>	<b>68</b>
I. BEI EINEM MISSBRAUCHSVORWURF NACH § 29 NR. 1 ALT. 1 GWB .....	69
1. Sachliche Rechtfertigung .....	69
2. Beweislastumkehr .....	71
II. BEI EINEM MISSBRAUCHSVORWURF NACH § 29 NR. 1 ALT. 2 GWB .....	73
III. BEI EINEM MISSBRAUCHSVORWURF NACH § 29 NR. 2 GWB .....	74
<b>C. KRITISCHE WÜRDIGUNG DES § 29 GWB.....</b>	<b>75</b>
I. VERGLEICH MIT ANDEREN UNTERNEHMEN, § 29 NR. 1 ALT. 1 GWB.....	75
II. RECHTSUNSICHERHEIT FÜR DIE UNTERNEHMEN .....	77
III. KOSTEN UND KOSTENANALYSE NACH § 29 NR. 2 GWB .....	78
1. Kostenbegriff.....	78
a) Grenzkosten .....	79
b) Vollkosten.....	79
c) Stellungnahme .....	80
2. Unangemessenheit der Preis-Kosten-Relation.....	82
3. Wettbewerbspolitische Gefahren .....	84
a) Ineffiziente Kosten.....	84
b) Marktzutrittsschranken .....	85
4. Zwischenergebnis.....	85
IV. SYSTEMATIK DES § 29 SATZ 2 GWB .....	85
V. PARALLELVERHALTEN DER VERSORGUNGSUNTERNEHMEN.....	86
VI. STAGNATION DES VERBRAUCHERWECHSELS.....	87
<b>D. ERGEBNIS.....</b>	<b>87</b>

<b>4. KAPITEL: WETTBEWERBSREGULIERUNG IM ENERGIEWIRTSCHAFTSGESETZ .....</b>	<b>88</b>
<b>A. ZUM BEGRIFF DES REGULIERUNGSRECHTS .....</b>	<b>88</b>
I. REGULIERUNG IN DER POLITIK- UND VERWALTUNGSWISSENSCHAFT .....	88
II. REGULIERUNG IM WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTLICHEN SINNE.....	89
III. REGULIERUNG ALS PRIVATISIERUNGSFOLGENRECHT .....	89
IV. DIE US- AMERIKANISCHEN REGULIERUNG DER „PUBLIC UTILITIES“ .....	90
V. ZWISCHENERGEBNIS .....	91
<b>B. ZWEI ARTEN DER REGULIERUNG.....</b>	<b>92</b>
<b>C. RECHTFERTIGUNG DER REGULIERUNG .....</b>	<b>92</b>
I. NORMATIVE THEORIE DER REGULIERUNG .....	93
1. Natürliches Monopol.....	93
2. Ruinöse Konkurrenz.....	94
3. Externe Kosten .....	94
4. Informationsasymmetrien .....	95
5. Öffentliche Güter .....	96
6. Zwischenergebnis.....	96
II. POSITIVE THEORIE DER REGULIERUNG .....	97
III. ERGEBNIS .....	97
<b>D. WETTBEWERBSSPEZIFISCHE REGULIERUNGSINSTRUMENTE.....</b>	<b>98</b>
I. ZUGANGSREGULIERUNG ALS WETTBEWERBSSPEZIFISCHES REGULIERUNGSINSTRUMENT IM ENWG .....	98
1. Netzanschluss im Energierecht .....	99
a) Allgemeine Anschlusspflicht nach § 18 EnWG .....	99
b) Besondere Netzanschlusspflicht nach § 17 EnWG .....	100
c) Sonderfall der Verordnung zur Regelung des Netzanschlusses von Anlagen zur Erzeugung von elektrischer Energie .....	101
2. Netzzugang im Energierecht.....	102
a) Netzzugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen .....	103
b) Zugang zu Gasversorgungsnetzen .....	104
3. Zwischenergebnis.....	105
II. ENTGELTREGULIERUNG ALS WETTBEWERBSSPEZIFISCHES REGULIERUNGSINSTRUMENT IM ENWG .....	105
1. Entgeltregelungen im Energierecht.....	106
a) Methoden zur Kalkulation von Netzentgelten .....	107
aa) Kostenorientierte Preisbildung.....	107
bb) Anreizregulierung.....	108
(1) Anreizregulierung und kostenorientierte Preisbildung .....	109
(2) Anreizregulierung ab dem 01.01.2009 nach der Anreizregulierungsverordnung .....	110
(3) Fazit zur ARegV .....	112
cc) Das reine Vergleichsmarktmodell.....	112
b) Ex-Ante Kontrolle nach § 23 a EnWG .....	114
2. Zwischenergebnis.....	114
III. ENTFLECHTUNG ALS WETTBEWERBSSPEZIFISCHES REGULIERUNGSINSTRUMENT IM ENWG.....	115

1. Entflechtung im Energierecht .....	116
a) Arten der Entflechtung.....	116
b) Eigentumseingriff, Art. 14 GG .....	118
aa) Verfassungsmäßigkeit der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung.....	119
bb) Rechtfertigung des Eingriffs.....	119
2. Zwischenergebnis.....	121
<b>E. ERGEBNIS.....</b>	<b>121</b>

## **5. KAPITEL: DAS VERHÄLTNISS ZWISCHEN ALLGEMEINER UND SEKTORSPEZIFISCHER WETTBEWERBSAUFSICHT..... 123**

### **A. DAS VERHÄLTNISS VON ENERGIEAUFSICHT ZUR KARTELLAUFSICHT.....123**

I. ENERGIEKARTELLRECHT VOR DER LIBERALISIERUNG .....	124
II. ENERGIEKARTELLRECHT NACH DER LIBERALISIERUNG .....	126
1. Kontrolle des Netzzugangs .....	127
a) Die Missbrauchsaufsicht nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB .....	127
aa) essential facility doctrin .....	128
bb) Zwischenergebnis .....	130
b) Energierechtliche Kontrolle des Netzzuganges.....	130
2. Kontrolle der Netznutzungsentgelte nach § 19 Abs. 4 Nr. 2, 3 GWB .....	131
3. Verhältnis Missbrauchsaufsicht nach dem GWB und dem EnWG .....	133
III. DIE AUFSICHT SEIT DER ENERGIEREFORM 2005 .....	133
1. Die sektorspezifische Regelung nach den §§ 111 Abs. 1 und 2, 30 EnWG und 130 Abs. 3 GWB .....	134
2. Anwendbarkeit der §§ 19, 20, 29 GWB neben den Vorschriften des EnWG.....	137
a) Grundversorgungspflicht .....	137
b) Wegrechtskonzessionierung .....	138
3. Rechtsverordnungen, die die Anwendung der §§ 19, 20, 29 GWB ausschließen	139
a) Rechtsverordnungen, die auf Normen des dritten Teils des EnWG basieren....	139
b) Rechtsverordnungen, die auf Normen außerhalb des dritten Teils des EnWG basieren .....	140
4. Abschließende Regelung bezogen auf die gesamten Bestimmungen des GWB ..	141
5. Bindungswirkung, § 111 Abs. 3 EnWG.....	141
IV. ZWISCHENERGEBNIS.....	142

### **B. DIE ERFORDERLICHKEIT EINES ÜBERGREIFENDEN WETTBEWERBSSPEZIFISCHEN REGULIERUNGSRECHTS ..... 143**

### **C. ERGEBNIS..... 145**

## **6. KAPITEL: HESSISCHER GESETZESENTWURF VOM 28.01.2008 ..... 146**

### **A. VERFASSUNGSMÄßIGKEIT DER ENTFLECHTUNGSVORSCHRIFT ..... 150**

I. EIGENTUMSSCHUTZ NACH ART. 14 GG.....	150
1. Verpflichtung zur Veräußerung von Unternehmensteilen .....	150
a) Eingriff in den Schutzbereich .....	150
aa) Unmittelbarer Eingriff .....	151

bb) Mittelbarer Eingriff .....	152
b) Zulässigkeit des Eingriffs .....	153
aa) Formelle Grundrechtsschranken .....	153
(1) Rechtsstaatsprinzip.....	153
(2) Bestimmtheitsgebot.....	154
(3) Vertrauensschutz.....	155
(4) Zwischenergebnis .....	156
bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit.....	156
(1) Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung .....	156
(2) Verhältnismäßigkeit.....	158
(a) Legitimer Zweck.....	158
(b) Geeignetheit .....	159
(c) Erforderlichkeit .....	160
(d) Angemessenheit .....	163
c) Zwischenergebnis .....	164
2. Independent System Operator .....	165
a) Eingriff in den Schutzbereich .....	165
b) Rechtfertigung des Eingriffs.....	165
aa) Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung .....	165
bb) Verhältnismäßigkeit .....	166
(1) Erforderlichkeit .....	166
(2) Angemessenheit .....	167
c) Zwischenergebnis .....	167
3. Aktiensplitting.....	167
a) Eingriff in den Schutzbereich .....	168
b) Rechtfertigung des Eingriffs.....	168
aa) Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung .....	168
bb) Verhältnismäßigkeit .....	169
c) Zwischenergebnis .....	169
4. Veräußerung von externem Wachstum.....	169
a) Eingriff in den Schutzbereich .....	169
b) Rechtfertigung des Eingriffs.....	170
II.5. Ergebnis.....	170
BERUFSFREIHEIT NACH ART. 12 GG .....	170
1. Schutzbereich .....	170
2. Eingriff in den Schutzbereich.....	170
3. Rechtfertigung des Eingriffs .....	172
<b>B. ERGEBNIS.....</b>	<b>172</b>
<b>7. KAPITEL: RESÜMEE .....</b>	<b>173</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.F.	alte Fassung
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Alt.	Alternativ (e)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
ARE	Arbeitsgemeinschaft regionaler Energieversorgungsunternehmen e.V.
ARegV	Anreizregulierungsverordnung
Art.	Artikel
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft
BörsenG	Börsengesetz
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache (n)
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache (n)
BTOElt.	Bundestarifordnung Elektrizität
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Bundesverwaltungsgerichtsentscheidung
bzgl.	bezüglich



DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DEA	Data Envelopment Analyse
ders.	derselbe
Die Verw.	Die Verwaltung (Zeitschrift)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
DVG	Deutsche Verbundgesellschaft
EEX	European Energy Exchange
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einf.	Einführung
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
et	Energierechtliche Tagesfragen (Zeitschrift)
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende (Seite)
ff.	fortfolgende (Seiten)
Faz	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FS	Festschrift
GasNZV	Verordnung über den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (Gasnetzzugangsverordnung)
GasNEV	Verordnung über die Entgelte zu Gasversorgungsnetzen (Gasnetzentgeltverordnung)
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWB-E	Entwurf zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
H	High
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hz.	Hertz
i.V.m	in Verbindung mit

IR	Infrastrukturrecht (Zeitschrift)
ISO	Independent System Operator
iur. Diss.	Juristische Dissertation
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristen Zeitung (Zeitschrift)
km	Kilometer
KOM	Mitteilung der Kommission
Komm.	Kommentar
KraftNAV	Verordnung über den Netzanschluss von Kraftwerken
kV	Kilovolt
kW	Kilowatt
L	Low
Mbar	Megabar
MW	Megawatt
MWh	Megawattstunde
NeuregelungsG	Neuregelungsgesetz
NJW	Neue Juristische Woche (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Woche Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
NORDEL	Organisation for the Nordic Transmission System Operator
Nr.	Nummer
NvWZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
PostG	Postgesetz
RdE	Recht der Energiewirtschaft (Zeitschrift)
RGBL.	Regierungsblatt
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SFA	Stochastic Frontier Analysis
StromNEV	Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzentgeltverordnung)

StromNZV	Verordnung über den Netzzugang von Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzzugangsverordnung)
TKG	Telekommunikationsgesetz
Tz	Teilziffer
UCTE	Union for the Co-ordination of Transmission of Electricity
V	Volt
v.	vom
VDEW	Verband der Elektrizitätswirtschaft
VerwArch.	Das Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
VIK	Verband der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft e.V.
VKU	Verband kommunaler Unternehmen
VO	Verordnung
VV	Verbändevereinbarungen
VV I	Verbändevereinbarungen über Kriterien zur Bestimmung von Durchleitungsentgelten vom 22. Mai 1998
VV II	Verbändevereinbarungen über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie vom 13.12.1999
VV II Plus Strom	Verbändevereinbarungen über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und Prinzipien der Netznutzung vom 13.12.2001
VV II Gas	Verbändevereinbarungen zum Netzzugang bei Erdgas vom 3. Mai 2002
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW-E	Wirtschaft und Wettbewerb – Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)

z.B.  
ZfE

zum Beispiel  
Zeitschrift für Energie (Zeitschrift)

## 1. Kapitel: Einleitung

### A. Ziel der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit verfolgt drei Zielsetzungen. Zunächst soll die achte Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen<sup>1</sup> dargestellt werden. Das zweite Ziel ist die Erarbeitung des Verhältnisses des GWB zum Energiewirtschaftsgesetz<sup>2</sup>. Es soll hier die Frage beantwortet werden, ob eine Erweiterung des Kartellrechts um energierechtliche Regulierungsnormen sinnvoll erscheint. Hierzu ist die Untersuchung der sektorspezifischen Regulierungsinstrumente des EnWG erforderlich. Das dritte Ziel ist die verfassungsmäßige Prüfung der eigentumsrechtlichen Entflechtung.

Die achte Novelle des GWB trat am 22.12.2007 in Kraft<sup>3</sup> und führte § 29 GWB ein. § 29 GWB, der auch der Energieparagraf genannt wird, ist eine Sonderregelung des in § 19 GWB festgelegten Missbrauchsverbots. Sein Zweck liegt darin, die Durchsetzung des Missbrauchsverbots im Energiesektor für die Kartellbehörden zu erleichtern.<sup>4</sup>

§ 29 GWB bringt zwei grundlegende Neuerungen: Zum einen wurde in Satz 1 Nummer 1 eine Beweislastumkehr eingeführt, zum anderen wurde in Satz 1 Nummer 2 das Gewinnbegrenzungskonzept festgeschrieben. Ziel der Arbeit ist, zu untersuchen, inwieweit der Energieparagraf zur Erreichung seines Zwecks geeignet ist.

Das EnWG verfolgt, wie das GWB, das Ziel, funktionsfähigen Wettbewerb zu schützen beziehungsweise zu erreichen. In den §§ 30 ff. EnWG ist eine an die §§ 19 ff. GWB angelehnte Missbrauchsaufsicht festgeschrieben. Es ist also zu hinterfragen, in welchem Verhältnis das GWB zum EnWG steht. In diesem Zusammenhang ist ferner zu erörtern, ob die Erweiterung der allgemeinen Missbrauchsnormen des GWB um die regulierungsrechtlichen Normen des EnWG sinnvoll ist. Dies setzt jedoch die dogmatische Aufgabe voraus, zu prüfen, welche Regulierungsmechanismen sektorspezifischen Charakter aufweisen. Die Arbeit hat daher das Ziel, das Energierecht auf ein spezifisches regulierungsrechtliches Muster hin zu untersuchen, um im Anschluss die Frage zu beantworten, ob eine Vereinheitlichung möglich und sinnvoll ist.

<sup>1</sup> Im Folgenden GWB.

<sup>2</sup> Im Folgenden EnWG.

<sup>3</sup> Verkündet am 18.12.2007, BGBl. I S. 2966.

<sup>4</sup> BT-Drucks. 16/5847, S. 9.

## 1. Kapitel: Einleitung

Der hessische Wirtschaftsminister Alois Rhiel sprach sich gegen die Einführung des § 29 GWB und für die eigentumsrechtliche Entflechtung aus. Nach Rhiel könne § 29 GWB den Wettbewerb nicht fördern, dies könne nur eine Zerschlagung der vier Energiekonzerne. Erst durch eine Strukturänderung sei Wettbewerb möglich.<sup>5</sup> Das Land Hessen hat daher am 29.01.2008 dem Bundesrat einen Gesetzesentwurf zur Änderung des GWB vorgelegt.<sup>6</sup>

Der Kern des Gesetzesentwurfes ist die Einführung des § 41 a GWB-E, der eine eigentumsrechtliche Entflechtung zum Inhalt hat. Der fehlende Wettbewerb auf dem Energiesektor habe das hessische Ministerium dazu gezwungen, diesen Gesetzesentwurf einzureichen. Es sei kein anderes wettbewerbspolitisches Instrument denkbar, um die Marktstruktur aktiv zu verändern. Die bisherigen Mittel, die dem Bundeskartellamt zur Verfügung stünden, seien nicht ausreichend. Das Bundeskartellamt könne zwar immer dann eingreifen, wenn Unternehmen ihr Verhalten absprächen oder sie ihre Marktmacht missbräuchten, bei problematischen Marktstrukturen könne es jedoch nicht eingreifen.<sup>7</sup> Es soll die Frage beantwortet werden, ob dieser Gesetzesentwurf verfassungsgemäß ist.

### **B. Gegenstand der Untersuchung**

Gegenstand der Untersuchung sind folgende Thesen:

1. These: § 29 GWB kann seinen Sinn und Zweck nicht erfüllen. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass es zu einem Parallelverhalten der Versorgungsunternehmen kommen wird und die Wechselbereitschaft der Endkunden stagniert.
2. These: Das EnWG weist eine hohe Regulierungsdichte auf. Die Anreizregulierungs- und Kraftwerksnetzanschlussverordnungen stellen weiche Strukturinstrumente dar, die funktionsfähigen Wettbewerb fördern können.

<sup>5</sup> Vgl. Pressemitteilung des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung v. 04.10.2006, 03.11.2006, 08.12.2006 und 10.01.2007.

<sup>6</sup> BR-Drucks. 76/08.

<sup>7</sup> BR-Drucks. 76/08.

3. These: Das Verhältnis des EnWG zum GWB ist ausreichend geregelt. Eine Erweiterung des GWB ist jedenfalls zurzeit weder erforderlich noch sinnvoll.

4. These: Der Gesetzesentwurf des § 41 a GWB-E, der die Einführung der eigentumsrechtlichen Entflechtung vorsieht, ist verfassungswidrig. Der Entflechtungstatbestand verstößt sowohl gegen Art. 14 GG als auch gegen Art. 12 GG.

Zur ersten These:

Es wird zunächst cursorisch auf einige Gefahren, die von § 29 GWB ausgehen, eingegangen. § 29 GWB birgt vor allem die ökonomische Gefahr in sich, dass ein Parallelverhalten der Versorgungsunternehmen geschürt wird. Es bleibt den Versorgungsunternehmen nichts anderes übrig, als bei einer Preissenkung eines anderen Versorgungsunternehmens mitzuziehen. Sollten sie auf eine Preissenkung nicht reagieren, setzen sie sich der Gefahr aus, Normadressat des § 29 GWB zu werden. Dies hat weiter zur Folge, dass die Wechselbereitschaft der Endkunden rückläufig wird. Strom und Gas sind homogene Güter, bei denen der Preis das maßgebliche wettbewerbliche Kriterium ist.<sup>8</sup> Obwohl zu erkennen ist, dass ein „ökologischer Verbrauch“ immer mehr zu einem wettbewerblichen Kriterium wird, ist dennoch der Preis das maßgebliche Kriterium.<sup>9</sup> Im Falle identischer Preise werden die Endkunden nicht zu einem anderen Anbieter wechseln. Infolgedessen bliebe eine Preissenkung von Wettbewerbern ohne Erfolg, so dass auch neue Markteintritte von potentiellen Wettbewerbern verhindert würden.

Das durch § 29 GWB eingeführte Gewinnbegrenzungskonzept erleichtert die Anwendungspraxis der Missbrauchskontrolle nicht. Zum einen muss der Kostenbegriff definiert und zum anderen müssen die Kosten identifiziert werden. Letzteres wird für die Kartellbehörden eine umfangreiche Aufgabe bedeuten.

<sup>8</sup> Kramm, WRP 1998, S. 341 (341).

<sup>9</sup> So wurden im Bezugsjahr 2008 15 % der gesamten deutschen Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien erzeugt, [http://www.unendlich-viel-energie.de/uploads/media/Strommix\\_2008.pdf](http://www.unendlich-viel-energie.de/uploads/media/Strommix_2008.pdf), abgerufen am 02.09.2009, abgerufen am 06.12.2009.

Zur zweiten These:

Das EnWG weist wesentliche wettbewerbsspezifische Regulierungsaspekte auf. Hierbei ist der Regulierungsbegriff in einem engen Sinne, als wettbewerbsspezifische Regulierung, zu verstehen. Es ist der staatliche Eingriff in Allokationsprozesse spezieller Märkte. Diese Regulierung bezieht sich in der Regel auf Märkte von für die Allgemeinheit wesentlichen Gütern oder Dienstleistungen. Die Intention liegt in der Herstellung und Förderung von Wettbewerb. Hierzu werden die Instrumente der Zugangsregulierung, der Entgeltregulierung und der Entflechtung genutzt.

Im Wege der Regulierung wurden die Verordnungen zur Anreizregulierung und zum Kraftwerksnetzanschluss erlassen. Beide Verordnungen sind weiche Strukturinstrumente, die ebenfalls das Ziel verfolgen, den Wettbewerb auf dem Energiemarkt zu fördern.

Zur dritten These:

Das Verhältnis der energierechtlichen zur kartellrechtlichen Aufsicht wird maßgeblich durch § 111 Abs. 1 und 2 EnWG i.V.m. § 130 Abs. 3 GWB bestimmt. Hiernach gilt der Spezialitätsgrundsatz. Die Anwendung der §§ 19, 20, 29 GWB im Rahmen des dritten Teils des EnWG ist ausgeschlossen. Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht ist jedoch weiterhin auf die dem Netzbetrieb vor- und nachgelagerten Märkte anzuwenden. Somit bleibt die Missbrauchsaufsicht insbesondere für die Endkundenpreise bestehen.

Eine Erweiterung des GWB um die sektorspezifischen Wettbewerbsregeln des EnWG ist weder erforderlich noch sinnvoll. Eine nähere Untersuchung der Gesetze zeigt, dass beide Gesetze denselben Sinn und Zweck verfolgen, dies jedoch auf unterschiedlichste Art und mit unterschiedlichen Instrumenten.



Zur vierten These:

Der von dem Land Hessen initiierte Gesetzesentwurf ist eine Ermächtigungsgrundlage für eine eigentumsrechtliche Entflechtung der Energieversorgungsunternehmen. Ziel dieser Entflechtung ist die Trennung der Netzbetriebsebene von der Erzeugungsebene beziehungsweise der Handelsebene. Die Entflechtung stellt einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Grundrechte der Versorgungsunternehmen dar. Es sind insbesondere das Eigentumsgrundrecht nach Art. 14 GG und die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG betroffen.

Die Maßstäbe für die verfassungsrechtliche Untersuchung sind das Eigentumsgrundrecht nach Art. 14 GG und die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG.

### **C. Gang der Untersuchung**

Der Gang der vorliegenden Untersuchung stellt sich wie folgt dar: Das zweite Kapitel befasst sich mit den Grundlagen des Energierechts. In diesem Rahmen wird zunächst auf die historische Entwicklung eingegangen. Die Darstellung beginnt mit der monopolistischen Struktur des Energiemarktes von 1935 bis 1998. Die Eröffnung des Marktes durch die Gesetzesänderung 1998 wird, mit Bezug auf den europäischen Hintergrund, erläutert. Anschließend wird die Entwicklung des EnWG seit 2005 thematisiert. Zu den Grundlagen gehören sowohl die Ziele des heutigen EnWG als auch die technischen Hintergründe. Bei der Untersuchung eines energierechtlichen Themas ist die Bearbeitung der technischen Gegebenheiten unerlässlich. Der Schwerpunkt ist hierbei die energierechtliche Wertschöpfungskette, wobei auf die Handelsebene im Besonderen eingegangen wird. Die neu eingeführte kartellrechtliche Preisaufsicht nach § 29 GWB wird im dritten Kapitel untersucht. Dieses Kapitel stellt den Kern der Arbeit dar. Zunächst werden die Handlungsmöglichkeiten der Kartellbehörden dargestellt, nach denen sie einen Missbrauchsverdacht aussprechen können. In einem zweiten Abschnitt werden die Verteidigungsmöglichkeiten der betroffenen Unternehmen erläutert. Es folgt daraufhin die kritische Würdigung. Hierbei werden sowohl juristische als auch ökonomische Risiken aufgezeigt. Das vierte Kapitel hat die Wettbewerbsregulierung des EnWG zum Inhalt. Hier werden die verschiedenen Regulierungsmodelle und Regulierungsinstrumente erarbeitet. Im fünften Kapitel wird auf das Verhältnis zwischen allgemeiner und sektorspezifischer

## 1. Kapitel: Einleitung

Wettbewerbsaufsicht eingegangen. Nach einem kurzen Überblick über die Entwicklung der Wettbewerbsaufsicht im Energiesektor wird die aktuelle Situation beleuchtet. Dieser Teil der Untersuchung ist angebracht, um auf die anschließende Frage eingehen zu können, ob übergreifende Wettbewerbsregelungen erforderlich sind. Es wird geprüft, ob eine Erweiterung des GWB um die regulierungsrechtlichen Normen des EnWG sinnvoll erscheint. Gegenstand des sechsten Kapitels ist der von dem Land Hessen eingeführte Gesetzesentwurf zur eigentumsrechtlichen Entflechtung.

Am Ende der Arbeit werden im siebten Kapitel die Ergebnisse der Untersuchung durch eine knappe Zusammenfassung dargestellt.

## 2. Kapitel: Grundlagen

### A. Die Entwicklung der Energierechtsordnung

Den Kern des gesamten Energierechts bildet das Gesetz über die leitungsgebundene Elektrizitäts- und Gasversorgung (EnWG). Seit seiner Entstehung hat sich das EnWG mehrfach verändert.<sup>10</sup> Die Frage war stets, ob der Energiemarkt aufgrund seiner Leitungsgebundenheit der staatlichen Aufsicht unterstellt werden muss, oder ob auch dieser Markt wettbewerbsrechtlichen Grundstrukturen zugeführt werden soll.<sup>11</sup> Hierbei vollzog sich – bedingt durch europäische Initiativen – ein allmählicher Paradigmenwechsel von der Monopolstruktur bis hin zu wettbewerbsähnlichen Marktverhältnissen.<sup>12</sup>

#### *I. Die Ausgangslage vor 1998*

Der Elektrizitätsmarkt in Deutschland war bis zu seiner Novellierung 1998 monopolistisch geprägt.<sup>13</sup> Es galt bis dahin das Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft vom 13.12.1935. Dieses EnWG unterstellte die gesamte Elektrizitäts- und Gasversorgung der Staatsaufsicht.<sup>14</sup> In der Präambel des Gesetzes hieß es: „Ziel des Gesetzes ist die volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen des Wettbewerbs zu verhindern“.<sup>15</sup> Man ging also davon aus, dass Wettbewerb

<sup>10</sup> Mengers, in: Germer/Loibl, Handbuch Energierecht 2007, S. 23 ff.; Allwardt, Europäisiertes Energierecht in Deutschland 2006, S. 100ff.; Danner/Theobald/Theobald, EnWG I B 1 Einf. Rn. 2 ff., 2006; Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 26 ff.; Aumüller, Regulierung und Wettbewerb auf dem Telekommunikations- und Strommarkt 2006, S. 65 ff..

<sup>11</sup> Salje, Komm. zum EnWG 2006, Einf. Rn. 4 ff.; Büdenbender, JZ 1999, 63, 64 ff..

<sup>12</sup> Danner/Theobald/Theobald, EnWG I B 1 Einf. Rn. 1, 2006; Ruthig/Storr, Öffentl. WirtschaftsR. 2005 § 6 Rn. 387; Salje, Komm. zum EnWG 2006, Einf. Rn. 52 ff.; Kühne/Scholtka, NJW 1998, 1902, 1903 ff.; Tettinger, RdE 2001, 41, 41; Löhr, Bundesbehörden zwischen Privatisierungsgebot und Infrastrukturauftrag 2005, S. 84

<sup>13</sup> Kühne/Scholtka, NJW 1998, 1902, 1903; Aumüller, Regulierung und Wettbewerb auf dem Telekommunikations- und Strommarkt 2006, S. 65.

<sup>14</sup> Danner/Theobald/Danner, EnWG I B 1 Einf 3-6 Rn. 4; Mengers, in: Germer/Loibl, Handbuch Energierecht 2007, S. 23; RGBl. 1935, S. 765; Büdenbender, Energierecht 1982, Rn. 86.

<sup>15</sup> Aumüller, Regulierung und Wettbewerb auf dem Telekommunikations- und Strommarkt

der Volkswirtschaft schade. Konzessions- und Demarkationsverträge sollten ihn verhindern.<sup>16</sup> Diese stellten die klassischen Gebietsschutzverträge der Energiewirtschaft dar.<sup>17</sup>

Demarkationsverträge waren Verträge, die zwischen verschiedenen Versorgungsunternehmen oder Versorgungsunternehmen und Kommunen geschlossen wurden, mit dem Inhalt, dass sich die anderen Versorgungsunternehmen aus der Stromversorgung in einem bestimmten Gebiet fernhielten.<sup>18</sup> Konzessionsverträge sind Verträge zwischen Versorgungsunternehmen und Kommunen, nach denen die Kommunen den Versorgungsunternehmen gegen ein Entgelt die ausschließliche Wegenutzung zur Versorgung der Verbraucher zur Verfügung stellen.<sup>19</sup> Durch die Kombination der Gebietsschutzverträge entstand ein jeweiliges Gebietsmonopol für ein Versorgungsunternehmen.

Die energierechtliche Staatsaufsicht fand durch die in das GWB vom 01.01.1958 eingeführte Missbrauchsaufsicht eine Ergänzung.<sup>20</sup> In § 103 Abs. 1 Nr. 1, 2 GWB a.F. wurde für den Wettbewerb in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft eine Ausnahme normiert. Der Gesetzgeber stellte die Gebietsschutzverträge vom allgemeinen Kartellverbot nach §§ 1, 15 und 18 GWB a.F. frei. Das Wettbewerbsprinzip sei für den Strommarkt ungeeignet, womit nun auch das bereits in der Präambel festgeschriebene Prinzip bestätigt werden sollte.<sup>21</sup>

Man kann festhalten, dass aus der Sicht der Verbraucher eine monopolistische Struktur vorlag, da diesen nur ein Anbieter gegenüber stand. Betrachtete man jedoch den gesamten

2006, S. 65; Büdenbender, JZ 1999, 62, 63; eingehend zu der Bedeutung der Präambel siehe Büdenbender, Energierecht 1982, Rn. 66 ff..

<sup>16</sup> Schalast, RdE 2001, 121, 122; Kühne/Scholtka, NJW 1998, 1902, 1902; Aumüller, Regulierung und Wettbewerb auf dem Telekommunikations- und Strommarkt 2006, S. 65.

<sup>17</sup> Mengers, in: Germer/Loibl, Handbuch Energierecht 2007, S. 24 ff.; Schalast, RdE 2001, 121, 122.

<sup>18</sup> Kühne/Scholtka, NJW 1998, 1902, 1903; Büdenbender, JZ 1999, 62, 63; ders., Energierecht 1982, Rn. 533; Allwardt, Europäisiertes Energierecht in Deutschland 2006, S. 104; Ludwig/Koopmann, in: Rayermann/Loibl, Handbuch Energierecht 2003, S. 42.

<sup>19</sup> Mengers, in: Germer/Loibl, Handbuch Energierecht 2007, S. 24; Büdenbender, JZ 1999, 62, 63; ausführlich zu dem Konzessionsvertragsrecht siehe Allwardt, Europäisiertes Energierecht in Deutschland 2006, S. 106 ff.; Büdenbender, Energierecht 1982, Rn. 517 ff.; Ludwig/Koopmann, in: Rayermann/Loibl, Handbuch Energierecht 2003, S. 42.

<sup>20</sup> Büdenbender, Energierecht 1982, Rn. 538.

<sup>21</sup> Schalast, RdE 2001, 121, 122; Büdenbender, JZ 1999, 62, 63.

Bundesdeutschen Energiemarkt, war zu erkennen, dass es sich um eine oligopolistische Struktur handelte. Denn auf dem Energiesektor waren mehrere Unternehmen tätig.<sup>22</sup>

## *II. Die vollständige Marktöffnung ab 1998*

Entscheidende Bedeutung für die Öffnung des Energiemarktes hatten die Strom-<sup>23</sup> und Gasrichtlinien<sup>24</sup>. Im Mittelpunkt standen die Vorschriften über den Betrieb der Netzsysteme und die Organisation des Netzzugangs.<sup>25</sup> Mit dem Gesetz zur Neuregelung der Energiewirtschaft vom 24.04.1998 wurde die Stromrichtlinie umgesetzt und das EnWG 1935 aufgehoben. Es kam zu einer weitreichenden Marktöffnung des Energiesektors in Deutschland.<sup>26</sup>

Das Neuregelungsgesetz wurde als ein Artikelgesetz erlassen, wobei die ersten beiden Artikel für die Wettbewerbsöffnung relevant waren. Im ersten Artikel wurde das EnWG geregelt. Die Änderungen des GWB fanden sich im zweiten Artikel. Der neue § 103 b GWB sah vor, dass der Ausnahmetatbestand des § 103 GWB a.F. für den Energiebereich nicht mehr gelte. Mit der Aufhebung der traditionellen Gebietsabsprachen unterlagen nun auch die Strom- und Gasmärkte dem Wettbewerb.<sup>27</sup> Es war also nicht mehr möglich, den Stromsektor durch Gebietsmonopole zu organisieren, da sonst ein Verstoß gegen das Kartellverbot nach § 1 GWB vorgelegen hätte.

<sup>22</sup> Aumüller, Regulierung und Wettbewerb auf dem Telekommunikations- und Strommarkt 2006, S. 66; Theobald/Zenke, Grundlagen der Strom- und Gasdurchleitung 2001, S. 5 ff..

<sup>23</sup> Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 19.12.1996, betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABBl. EG 1997 Nr. L 27 S. 20.

<sup>24</sup> Richtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 22.06.1998, betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, ABBl. EG 1998, Nr. 204 S. 1; deren Umsetzung erst im Jahre 2003 erfolgte.

<sup>25</sup> Schneider/Theobald, HB EnWR § 1 Rn. 66; Kühne/Scholtka, NJW 1998, 1902, 1903; Danner/Theobald/Danner, EnWG Einf. Rn. 26, 2006.

<sup>26</sup> Böge, in FS-Baur 2002, S. 400 ff.; Ludwig/Koopmann, in: Rayermann/Loibl, Handbuch Energierecht 2003, S. 32 ff.; eingehend zu dem Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Energiewirtschaft vgl. Lukes, RdE 1998, 49 ff.; Schütz/Tüngler, RdE 2003, 98, 99; Lange/Böge, WuW 2003, 870, 874; Busche, Vom Energieversorger zu Dienstleister und Stromhändler – Energieversorgung im Zeitalter des Wettbewerbs, in: FS-Baur, S. 99 ff..

<sup>27</sup> Salje, Komm. zum EnWG 2006, Einf. Rn. 62; Theobald/Zenke, Grundlagen der Strom- und Gasdurchleitung 2001, S. 8 ff.; Kühne/Scholtka, NJW 1999, 1902, 1903; Allwardt, Europäisiertes Energierecht in Deutschland 2006, S. 54; Ludwig/Koopmann, in:

Ergänzend zur unmittelbaren Anwendbarkeit des allgemeinen Kartellverbots hat der Gesetzgeber im Rahmen der 6. GWB-Novelle wenige Monate später die allgemeine kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht verstärkt. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB wurde eingeführt, der eine selbstständige Missbrauchsregelung für die Verweigerung des Zugangs zu eigenen Netzen oder Infrastrukturleistungen darstellt.<sup>28</sup>

Das wichtigste Wettbewerbsinstrument war die Netznutzung, also der Netzzugang und das verhandelte Netznutzungsentgelt.<sup>29</sup> Nach den §§ 5 – 6 EnWG a.F. unterlag die Stromversorgung dem Prinzip des verhandelten Netzzugangs. Der Gesetzgeber wollte einen Netzzugang auf vertraglicher Basis schaffen.<sup>30</sup> Nach § 6 Abs. 1 EnWG a.F. hatten Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen anderen Unternehmern ihr Versorgungsnetz zu Bedingungen zur Verfügung zu stellen, die nicht ungünstiger waren als die Entgelte, die sie in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb ihres Unternehmens tatsächlich oder kalkulatorisch in Rechnung stellten. Somit wurde erstmals ein Diskriminierungsverbot eingeführt.<sup>31</sup> § 6 Abs. 1 EnWG a.F. regelte ferner eine grundsätzliche Durchleitungspflicht. Diese lag erst dann nicht vor, wenn besondere Gründe bestanden. Der Durchleitungsanspruch, der zivilrechtlicher Natur war, konnte vor den Zivilgerichten eingeklagt werden.

Durch § 6 Abs. 2 EnWG a.F. erhielt der Bundeswirtschaftsminister die Rechtsgrundlage zum Erlass einer Rechtsverordnung, die die Durchleitungsverträge und die Kriterien zur Bestimmung der Entgelte regeln konnte. Von dieser Ermächtigung wurde jedoch kein Gebrauch gemacht. Vielmehr hat man sich von vornherein auf die Regelungen der Durchleitungskriterien mittels

Rayermann/Loibl, Handbuch Energierecht, S. 41 ff.; Danner/Theobald/Danner, Einf. Rn. 59, 2006; Schütz/Tüngler, RdE 2003, 98, 101.

<sup>28</sup> Theobald/Zenke, Grundlagen der Strom- und Gasdurchleitung 2001, S. 37 ff.; Aumüller, Regulierung und Wettbewerb auf dem Telekommunikations- und Strommarkt 2006, S. 74; Rosenkötter, in: Germer/Loibl, Handbuch Energierecht 2007, S. 157; Salje, Komm. zum EnWG 2006, Einf., Rn. 221; Weyer, in: FK, § 19 Rn. 1033 ff.

<sup>29</sup> Danner/Theobald/Danner, EnWG I Einf. Rn. 41, 2006; Büdenbender, JZ 1999, 62, 67 ff.; ders., DVBl. 2006, 197, 197.

<sup>30</sup> Büdenbender, DVBl. 2006, 197, 198; Salje, Komm. zum EnWG 2006, Einf. Rn. 84; Kühne/Scholtka, NJW 1998, 1902, 1905; zum verhandelten Netzzugang vgl. insbesondere Engel, Verhandelter Netzzugang 2002.

<sup>31</sup> Danner/Theodor/Danner, EnWG Einf., Rn. 52, 2006; Ludwig/Koopmann, in: Rayermann/Loibl, Handbuch Energierecht 2003, S. 34; Schneider/Theobald, HB EnWG 2003, S. 459.

privatwirtschaftlicher Verbändevereinbarungen (VDEW, DVG, ARE, VKU, VIK, und BDI) gestützt.<sup>32</sup> Es handelte sich um Vereinbarungen zwischen mehreren Verbänden der Wirtschaft, die keine konkreten Durchleitungsentgelte nannten, sondern nur Kriterien zur Festlegung der Entgelte gaben. Sie entfalteten zunächst keine Bindungswirkung für die teilnehmenden Parteien, sondern hatten lediglich Empfehlungscharakter.<sup>33</sup> Durch die Änderung des EnWG 2003, die am 23.05.2003<sup>34</sup> in Kraft trat, wurden die Verbändevereinbarungen „verrechtlicht“. Nach §§ 6 Abs. 1, 6 a Abs. 1 EnWG a.F. mussten die Zugangsbedingungen „guter fachlicher Praxis“ entsprechen. Das Vorliegen einer guten fachlichen Praxis wurde bei vollständiger Berücksichtigung der Verbändevereinbarungen widerleglich vermutet. Die „Verrechtlichung“ wurde bis zum 31.12.2003 begrenzt.

### *III. Das neue EnWG seit 2005*

Der Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt unterlagen 2005 einer weiteren Totalrevision durch die Beschleunigungsrichtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG vom 26.06.2003<sup>35</sup>. Die Richtlinien verdeutlichten, dass das EnWG von 1998 nicht bestehen bleiben konnte. Die EU-Richtlinien verpflichteten die Mitgliedsstaaten zu Regulierungen im Bereich des Netzbetriebes, zu Regelungen der Entflechtung und zur Errichtung einer Regulierungsbehörde. Diese Richtlinien konnten nur durch neue energiewirtschaftsrechtliche Grundlagen umgesetzt werden.<sup>36</sup> Die

<sup>32</sup> Ludwig/Kooppmann, in: Rayermann/Loibl, Handbuch Energierecht 2003, S. 35. Insgesamt gab es drei Verbändevereinbarungen (VV I vom 22.05.1998, VV II vom 13.12.1999, VV III Strom Plus vom 13.12.2001).

<sup>33</sup> Schneider/Theobald, HB EnWR 2003, S. 460 ff.; Aumüller, Regulierung und Wettbewerb auf dem Telekommunikations- und Strommarkt 2006, S. 84, OLG Dresden, RdE 2001, 144, 146; zu der VV II vom 13. 12.1999 ausführlich: Brunekreeft/Keller, ZfE 2000, 155 ff.; Theobald/Schneider, HB EnWR, § 1 Rn. 88 ff..

<sup>34</sup> BGBl. 2003, S. 686.

<sup>35</sup> Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.7.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, Abl. 2003 L 176/37; Richtlinie 2003/53/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.7.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, Abl. 2003 L 176/57.

<sup>36</sup> Eingehend auf die Umsetzung der EG-Richtlinien in nationales Recht siehe Breuer, NVwZ 2004, 520 ff.; zu den Vorgaben der EU-Richtlinien vgl. Böge/Lange, WuW 2003, 870, 876

Vorarbeiten für das spätere Gesetzgebungsverfahren leistete ein Monitoring-Bericht, den das Bundeswirtschaftsministerium vorlegte. Zweck des Berichtes war die Prüfung, ob sich der bisherige Regulierungsansatz in wettbewerbspolitischer Hinsicht bewährt hatte und inwiefern Änderungen erforderlich waren.<sup>37</sup> Das Bundeswirtschaftsministerium beurteilte die wettbewerbsrechtliche Entwicklung grundsätzlich positiv, verzeichnete jedoch nur einen schrittweise funktionsfähigen Markt und unwesentliche Preissenkungen für Industrie- und Haushaltskunden. Sowohl im Strom- als auch im Gasbereich sollte der Netzzugang weiter verbessert werden. Die kritische Bewertung des Monitoringberichts ist auf Zustimmung gestoßen.

Am 27.02.2004 wurde der Referentenentwurf für ein neues EnWG vorgelegt. Aufgrund zahlreicher strittiger Punkte verzögerte sich die Verabschiedung des Gesetzesentwurfes bis zum 14.10.2004. Schon damit war bereits klar, dass die am 01.07.2004 gesetzte Umsetzungsfrist der Beschleunigungsrichtlinien nicht eingehalten werden konnte. Nicht zuletzt ein bevorstehendes Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH führte dazu, dass das novellierte EnWG am 07.07.2005 noch abgeschlossen und das EnWG von 1998 in vollem Umfang aufgehoben wurde.<sup>38</sup>

### **B. Die Zwecke des Energiewirtschaftsgesetzes**

Welche Zwecke das Energierecht verfolgt, ergibt sich aus § 1 EnWG. Hier werden wichtige energiepolitische Ziele, wie die Sicherheit und Preisgünstigkeit, die schon dem EnWG 1935 zu Grunde lagen, genannt. Als weiteres Ziel ist die zuvor durch die Novelle des EnWG 1998 aufgenommene Umweltverträglichkeit wiederzufinden.<sup>39</sup> Schon die amtliche Begründung zum

ff.; Albers, in Schwintowski, *Verhandelter vs. regulierter Netzzugang*, S. 9 ff.; Bührenbender, RdE 2004, 284 ff..

<sup>37</sup> Bericht des BMWi an den Deutschen Bundestag über die energiewirtschaftlichen und wettbewerblichen Wirkungen der Verbändervereinbarungen, dem BT vorgelegt am 01.09.2003, im Internet abrufbar unter [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de); Badura, DVBl. 2004, 1189, 1189.

<sup>38</sup> Staabe, DVBl. 2004, S. 853 (854); Brattig/Kahle, NVwZ 2005, S. 642 (642); Stumpf/Gabler, NJW 2005, S. 3174 (3174); Scholtka, NJW 2005, S. 2421 (2422).

<sup>39</sup> Zum Umweltschutz als Ziel der Energieversorgung vgl. Schalast, RdE 2001, 121 ff.; Bührenbender, DVBl. 2005, 1161, 1163 ff.; Danner/Theobald/Theobald, EnWG I Einf. Rn.



EnWG 1998 machte deutlich, dass Sicherheit, Preisgünstigkeit und Umweltverträglichkeit unverzichtbare und gleichrangige Ziele sind. Sie sollen deshalb im Interesse der Allgemeinheit verwirklicht werden, weil es sich bei der Strom- und Gaswirtschaft um Schlüsselbranchen mit erheblicher Bedeutung für alle privaten und öffentlichen Verbraucher handelt.<sup>40</sup> Diese traditionelle Zieltrias der Energieversorgung wurde durch das EnWG 2005 um die Verbraucherfreundlichkeit und Effizienz erweitert.<sup>41</sup>

Das nunmehrige Ziel-Fünfeck sollte den veränderten Anforderungen der Richtlinien Rechnung tragen.

Da die neuen Ziele in der alten Trias weitgehend enthalten sind, wird die praktische Bedeutung der Veränderung des § 1 EnWG gering bleiben. Aus den Zielbestimmungen selbst folgen keine unmittelbaren Handlungsverpflichtungen der Marktakteure. Die Gesetzeszwecke dienen aber als Hilfe bei der Auslegung einzelner Bestimmungen und entfalten so ihre Bedeutung.<sup>42</sup>

44a; Aumüller, Regulierung und Wettbewerb auf dem Telekommunikations- und Strommarkt 2006, S. 72.

<sup>40</sup> Danner/Theobald/Theobald, EnWG I B 1 § 1 Rn. 6, 2007; vgl. hierzu BVerfGE 30, 292, 323; in der die Sicherheit der Energieversorgung als ein „Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges“ eingeordnet wird.

<sup>41</sup> Scholtka, NJW 2005, 2421, 2422; Salje, Komm. zum EnWG 2006, § 1 Rn. 7; Dannert/Theobald/Theobald, EnWG I B 1 § 1 Rn. 4, 2007; Dorß, in: Germer/Loibl, Handbuch Energierecht 2007, S. 77.

<sup>42</sup> Danner/Theobald/Theobald, EnWG I B 1 § 1 Rn. 5, 2007; Scholtka, NVwZ 2005, 849, 850.

### *I. Zielfünfeck des neuen EnWG*

Im Folgenden werden die einzelnen Gesetzeszwecke untersucht.

#### 1. Wettbewerb

Nach § 1 Abs. 2 EnWG dient die Regulierung der Energiewirtschaft den Zielen der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs.<sup>43</sup> Der Hintergrund für die wettbewerbsbezogene Zwecksetzung liegt in der tatsächlichen Marktsituation bei der Privatisierung öffentlicher Aufgaben. Der den staatlichen Monopolisten folgende private Akteur führt die tatsächliche Monopolstellung weiter fort. Die Herstellung und Förderung marktwirtschaftlichen Wettbewerbs durch den Abbau des Monopols ist eine der Hauptzwecke der Regulierung, die sich in ihren Instrumenten widerspiegelt.<sup>44</sup>

Um Wettbewerb herstellen zu können, müssen die potentiellen Wettbewerber konkrete Marktzutrittschancen erlangen, die über die Möglichkeit einer Marktzutrittserlaubnis und den gegebenenfalls erforderlichen Zugang zum Wegenetz hinausreicht.<sup>45</sup> Folglich muss der Wettbewerb nicht lediglich geschützt, sondern auch aktiv gefördert werden. Die maßgeblichen Instrumente hierfür finden sich in den Regelungen zum Netzbetrieb wieder.<sup>46</sup> Durch diese können die neuen Wettbewerber auf die Transport- und Systemdienstleistungen der ehemaligen Monopolisten zugreifen, um „Energie“ an den Endkunden zu vermarkten.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> Säcker, AöR (130) 2005, 180, 183; auf der Grundlage der EU-Richtlinien vgl. Böge/Lange, WuW 2003, 870, 873; Kühne/Brodowski, NVwZ 2005, 849ff.; Kühling/el-Burdi, DVBl. 2005, 1470, 1470.

<sup>44</sup> Anhand des Post- und Telekommunikationssektors vgl. Ruffert, AöR (124) 1999, 237, 247; Horn, RdE 2003, 85 ff.; Danwitz, DÖV 2004, 977, 980; Storr, DVBl. 2006, 1017, 1018.

<sup>45</sup> Ruge, AöR (131) 2006, 1, 14; Eifert, Hoheitlich regulierte gesellschaftliche Selbstregulierung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, § 19 Rn. 126 ff.; Büdenbender, DVBl. 2006, 197, 198; Stober, Zum Leitbild eines neuen Regulierungsverwaltungsrechts, FS-Scholz, S. 952.

<sup>46</sup> Masing, Die Verw. 2003, 1, 5 ff.; am Beispiel des Telekommunikationssektors siehe Röger, DVBl. 2005, 143, 147; Storr, DVBl. 2006, 1017, 1022 f..

<sup>47</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 22.

Ein weiteres wichtiges Instrument für die Herstellung von Wettbewerb ist die Regulierung des Zugangsentgelts. Wenn dieses zu hoch angelegt ist, laufen auch die Bestimmungen für den Zugang zu dem fremden Netz leer.<sup>48</sup> Für den ehemaligen Monopolisten würde die Möglichkeit bestehen, durch zu hohe Entgelte den Marktzutritt für potentielle Wettbewerber unrentabel zu machen.

Als formales Instrument zur Gewährleistung einer diskriminierungsfreien Zugangsgewährung sind die verschiedenen Entflechtungsvorschriften zu nennen. Eine Trennung von vertikal integrierten Unternehmen in bestimmte Geschäftsbereiche verfolgt den Zweck, Quersubventionierungen und Diskriminierungen zu vermeiden.

Die Zugangs-, Entgelt- und Entflechtungsregulierungen stellen mithin die maßgeblichen Instrumente für die Herstellung von Wettbewerb dar.<sup>49</sup>

### 2. Versorgungssicherheit

Die Regulierung des Energierechts zielt weiter darauf ab, dass eine flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistung gewährleistet wird.<sup>50</sup> Auch diese Zielsetzung findet sich in § 1 Abs. 1, 2 EnWG wieder. Eine verfassungsrechtliche Verankerung, wie sie beispielsweise das Telekommunikationsrecht durch Art. 87 f Abs. 1 GG erfahren hat, ist im Energierecht nicht gegeben. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Energiewirtschaft jedoch ein Bereich der gemeinwohlverpflichteten Daseinsvorsorge.<sup>51</sup> Durch die Liberalisierung hat sich allerdings der Staat aus der Erfüllungsverantwortung für die

<sup>48</sup> Vgl. Kap. 4 Abschnitt D/II.

<sup>49</sup> Eifert, Hoheitlich regulierte gesellschaftliche Selbstregulierung, in: Hoffmann Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle, GVerwR I, § 19 Rn. 127; am Beispiel der Telekommunikation vgl. Spoerr/Deutsch, DVBl. 1997, 300, 301; Storr, DVBl. 2006, 1017 1018.

<sup>50</sup> Schebstadt, WuW 2005, 6, 8; zu Regulierungsmechanismen außerhalb des Universaldienstkonzeptes zur Geltendmachung anderer Gemeinwohlbelange im Energierecht siehe Masing, Die Verw. 2003, 1, 28 ff.; Säcker, AöR (130) 2005, 180, 186 ff..

<sup>51</sup> vgl. hierzu BVerfGE 30, 292, 323; in der die Sicherheit der Energieversorgung als ein „Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges“ eingeordnet wird.

Daseinsvorsorge zurückgezogen. Die Erfüllungsverantwortung wandelte sich in eine hoheitliche Gewährleistungsverantwortung um. Hiernach kontrolliert und gewährleistet der Staat die effiziente Erfüllung durch Private. Kern der Gewährleistungsverantwortung ist die Versorgungssicherheit.<sup>52</sup> Der Begriff der Versorgungssicherheit erfasst alle Übertragungs- und Erzeugungsebenen sowie die Systemsicherheit, die Großstörungen vermeidet und eine sichere Zusammenarbeit der verschiedenen Bereiche ermöglicht.<sup>53</sup> Die §§ 49-53a EnWG legen die Maßnahmen für die Zuverlässigkeit und Sicherheit der Energieversorgungsunternehmen fest.

### 3. Umweltschutz

Die Umweltverträglichkeit ist als eigenständiges und gleichberechtigtes Ziel verankert und bei jedem staatlichen Handeln in die notwendige Interessenabwägung einzubeziehen.<sup>54</sup> Der Begriff der Umweltverträglichkeit ist in § 3 Nr. 33 EnWG definiert. Danach ist mit der Energie nachhaltig, insbesondere rationell und sparsam umzugehen. Diese Aspekte werden um die der Ressourcen- und Umweltschonung ergänzt. Das Ziel des Umweltschutzes konzentriert sich auf eine Energieversorgung, die sich im Einklang mit einem auf Nachhaltigkeit bedachten Energieverbrauch, mit einer möglichst lang anhaltenden Nutzung der Ressourcen sowie mit einer geringeren Umweltbelastung befindet. Bei allen Maßnahmen der Energieversorgungsunternehmen ist diesen Anforderungen Rechnung zu tragen.<sup>55</sup> Dies gilt insbesondere für alle Maßnahmen, die im Wege der Energieumwandlung ergehen. Beim Einsatz von Kraftwerken ist hiernach nicht nur die Wirtschaftlichkeit ausschlaggebend, sondern auch eine umweltschonende Arbeitsweise.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 155; Danner/Theobald/Theobald, EnWG I B 1 § 1 Rn. 13 ff., 2007.

<sup>53</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 155; Salje, Komm. zum EnWG 2006, § 1 Rn. 26 ff.; Tegethoff/Büdenbender/Klinger, Das Recht der öffentl. Energieversorgung, EnWG I Bd. 1, § 1 Rn. 19 ff., 1999.

<sup>54</sup> Amt. Begründung, BT-Drucks. 13/7274, S. 14; Tegethoff/Büdenbender/Klinger, Das Recht der öffentl. Energieversorgung, EnWG I Bd. 1, § 1 Rn. 26, 1999; zum Umweltschutz im EnWG eingehend Büdenbender, DVBl. 2005, 1161 ff..

<sup>55</sup> Danner/Theobald/Theobald, EnWG I B 1, § 3 Rn. 255 ff. 2007; Salje, Komm. zum EnWG 2006, § 1 Rn. 22 ff..

<sup>56</sup> Büdenbender, DVBl. 2005, 1161, 1172 ff.; Salje, Komm. zum EnWG 2006, § 1 Rn. 22

Ähnliche Anforderungen sind an die Energieverbraucher zu stellen. Auch sie sollen möglichst rationell mit der Energie umgehen. Die Hauptaufgabe liegt hier bei den Energieversorgungsunternehmen, die durch eine intensive Beratung ihrer Kunden in Industrie, Gewerbe, Landwirtschaft und Haushalt auf eine sinnvolle Verwendung von Energie hinarbeiten können.<sup>57</sup> So können sie ihre Kunden auf die Möglichkeit hinweisen, veraltete Geräte durch moderne mit günstigeren Verbrauchswerten zu ersetzen und damit mittelfristig Einsparungen zu erzielen.

#### 4. Verbraucherfreundlichkeit

Das neu aufgenommene Ziel der Verbraucherfreundlichkeit ist im Falle der Optimierung der soeben genannten Ziele – Wettbewerb, Versorgungssicherheit und Umweltverträglichkeit – weitgehend erfüllt. Eine eigene Stellung erlangt dieses Ziel erst durch konkrete Rechte des Verbrauchers.<sup>58</sup> Hier ist vor allem § 42 EnWG zu nennen. Danach werden eine transparente Rechnungsstellung und Informationen über die Herkunft der bezogenen Elektrizität gefordert. Ebenso ist § 31 Abs. 1 EnWG von Bedeutung. Durch diesen wurde ein gesondertes Missbrauchsverfahren für Verbraucher und Verbraucherverbände eingeführt.<sup>59</sup>

#### 5. Effizienz

Eine Legaldefinition für die Effizienz findet sich im EnWG nicht. Jedoch wird in § 3 Nr. 15 a EnWG der Begriff der Energieeffizienzmaßnahmen definiert. Danach ist Effizienz die Verbesserung des Verhältnisses zwischen Energieaufwand und dem damit erzieltm Ergebnis. Diese Definition bezieht sich auf die Bereiche der Energieumwandlung, des Energietransports

ff.; Smeddinck, DVBl. 2005, 1180, 1180.

<sup>57</sup> Büdenbender, DVBl. 2005, 1161, 1173; Tegethoff/Büdenbender/Klinger, Das Recht der öffentl. Energieversorgung, EnWG I Bd. 1, § 1 Rn. 26, 1999.

<sup>58</sup> Danner/Theobald/Theobald, EnWG I B 1, § 1 Rn. 23, 2007; Salje, Komm. zum EnWG 2006, § 1 Rn. 43.

<sup>59</sup> Nach § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG können Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch das Verhalten eines Betreibers von Energieversorgungsnetzen erheblich berührt werden, bei der Regulierungsbehörde einen Antrag auf Überprüfung des

und der Energienutzung.<sup>60</sup> Eine effiziente Energieversorgung kann den Gesetzeszielen der Preisgünstigkeit und der Versorgungssicherheit dienen. Denn Effizienzmaßnahmen tragen zur Preisgünstigkeit bei, wenn die eingesparten betrieblichen Aufwendungen als Preisvorteil an den Abnehmer weitergegeben werden.<sup>61</sup> Gleichzeitig führen effiziente Energieversorgungsmaßnahmen zu einer sicheren Versorgung. In der Sachverständigenanhörung – die dem Gesetzgebungsverfahren vorausging – wurde die Effizienz als Ausnutzen der technischen Möglichkeiten zur Verringerung des Primärenergieverbrauchs, der Belastung von Transport- und Verteilernetzen sowie der Verringerung von Verlusten, die durch Erzeugung, Transport und Verteilung entstehen, verstanden.

Weiter wird Energieeffizienz auch als sparsamer Umgang mit Energie verstanden.<sup>62</sup> Hieran wird deutlich, dass die Pflicht zum effizienten Verhalten nicht nur den Energieversorgungsunternehmen zufällt, sondern auch den Abnehmern eine Pflicht zum sparsamen Verbrauch obliegt.

## *II. Die Gleichrangigkeit der Ziele*

Nach § 1 EnWG ist eine sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas anzustreben. Es darf mithin keines der Kriterien ohne Rücksicht und somit auf Kosten eines anderen Kriteriums in den Vordergrund gestellt werden.<sup>63</sup> Ein Hierarchieverhältnis ist zwischen den Zielen gerade nicht gewollt.<sup>64</sup> So ist ein nur mit hohen Preisen zu realisierendes Sicherheits- und Umweltschutzziel ebenso unzulässig wie eine Niedrigpreisversorgung, die den

Verhaltens stellen.

<sup>60</sup> Salje, Komm. zum EnWG 2006, § 1 Rn. 46; die Zielbestimmung der Effizienz dient vorrangig der Klarstellung, vgl. BT-Drucks. 15/5268, S. 120.

<sup>61</sup> Danner/Theobald/Theobald, EnWG I B 1, § 1 Rn. 24., 2007

<sup>62</sup> Danner/Theobald/Theobald, EnWG I B 1, § 1 Rn. 25, 2007; Salje, Komm. zum EnWG 2006, § 1 Rn. 46.

<sup>63</sup> Scholtka, NJW 2005, 2421, 2422; Kritisch zur Gleichrangigkeit der Ziele, vgl. Büdenbender, DVBl. 2005, 1161 ff..

<sup>64</sup> Salje, Komm. zum EnWG 2006, § 1 Rn. 52 ff.; Danner/Theobald/Theobald, EnWG I B

Umweltschutz und die Versorgungssicherheit außer Acht lässt. Es kommt folglich auf den richtigen Schnittpunkt an, an welchem sich alle fünf Kriterien treffen können.

### **C. Die energiewirtschaftliche Wertschöpfungskette**

Ein wesentlicher Teil der Energierechtsordnung lässt sich ohne die technisch-physikalischen Hintergründe nicht verstehen. Die technischen Gegebenheiten haben auf die rechtliche Systematik des Energierechts maßgeblichen Einfluss.<sup>65</sup> Diese werden im Folgenden dargestellt:

#### *I. Erzeugung der Energie*

Elektrische Energie unterscheidet sich maßgeblich von anderen Produkten dadurch, dass sie nicht in großem Umfang speicherbar ist.<sup>66</sup> Deshalb kann sie nur über bestimmte Leitungs- und Verteilersysteme übertragen werden. Diesen Umstand nennt man „Leitungsgebundenheit“. Auch der Energieträger Gas wird fast ausnahmslos leitungsgebunden transportiert und verteilt. Anders als Strom kann Gas jedoch mit Hilfe technischer Verfahren in einen anderen Aggregatzustand versetzt werden. Bei einer Abkühlung von -160 °C entsteht Flüssiggas (Liquid Natural Gas; LNG). Durch die Verflüssigung reduziert sich das Gasvolumen drastisch, sodass es mit speziell ausgestatteten Schiffen über lange Strecken transportiert werden kann. Flüssiggas ist daher im Ferntransport als eine Alternative zu leitungsgebundenen Erdgas zu sehen. Am Zielpunkt angelangt, wird das Gas wieder in Regasifizierungsanlagen in seinen ursprünglichen gasförmigen Zustand zurückgeführt und in Ferngasnetze zum Transport eingespeist. Trotz der Möglichkeit Flüssiggas über weite Strecken mit Schiffen zu transportieren, gelangt es zum Letztverbraucher wieder über eine Gasleitung. Somit ist auch die Gaswirtschaft – insbesondere bei der Verteilung an Letztverbraucher – von einer leitungsgebundenen Versorgung geprägt.

1, § 1 Rn. 26, 2007.

<sup>65</sup> Bührenbender, JuS 1978, 150, 151; ders. Energierecht 1982, Rn. Rn. 1; Schneider/Theobald, HR EnWR, § 1 Rn. 37.

<sup>66</sup> Zwar ist es möglich, Strom in geringem Umfang in Form von Batterien, durch Pumpspeicherwasserkraftwerke oder Solar-Wasserstoff-Technologien zu speichern, jedoch ist dies aufgrund der Menge unerheblich.

In der leitungsgelinkten Energiewirtschaft können verschiedene Marktebenen unterschieden werden, die in der Gesamtschau die „energiewirtschaftliche Wertschöpfungskette“ bilden.<sup>67</sup> Die Wertschöpfungskette setzt sich aus den Ebenen Erzeugung, Transport und Verkauf beziehungsweise Handel zusammen.

### 1. Strom

Die Stromerzeugung ist die Umwandlung verschiedener Primärenergieträger in elektrische Energie. Primärenergieträger können Kohle, Mineralöle, Erdgas, Biomasse, Biogas, Ablauge, Abfall (Gruppe 1.), Wind und Wasser (Gruppe 2.) oder Erdwärme, Sonnenenergie, Kernenergie (Gruppe 3.) sein. Die Primärenergieträger der ersten Gruppe werden durch Thermolyse genutzt. Die Thermolyse ist die Umwandlung der chemischen Energie, die durch eine Substanzveränderung erfolgt. Die Energieerzeugung ist demnach die Umwandlung, nämlich die Übertragung der mit einem Primärenergieträger verbundenen Energie, auf einen Sekundärenergieträger.<sup>68</sup> So wird in den am häufigsten zur Stromerzeugung eingesetzten Wärmekraftwerken durch die Umwandlung der Primärenergieträger Kohle, Erdöl, Erdgas oder Kernenergie Wasserdampf erzeugt, der Dampfturbinen antreibt.<sup>69</sup> Hierdurch wird die elektrische Energie produziert.

Braunkohle war 2008 der wichtigste Energieträger für die deutsche Stromerzeugung. Nach Berechnungen der Agentur für Erneuerbaren Energien erreichte die Braunkohleindustrie einen Anteil von 23 Prozent an der Bruttostromerzeugung.<sup>70</sup> An zweiter Stelle stand die Steinkohle, deren Anteil auf 20 Prozent stieg. Der Anteil der Kernenergie stieg im Jahr 2008, im Vergleich

<sup>67</sup> Schneider/Theobald, HB EnWR § 1 Rn. 20.

<sup>68</sup> Raschauer, Handbuch Energierecht 2006, S. 1 ff.; Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung 1998, S. 17.

<sup>69</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 31; Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung 1998, S. 17.

<sup>70</sup> [http://www.unendlich-viel-energie.de/uploads/media/Strommix\\_2008.pdf](http://www.unendlich-viel-energie.de/uploads/media/Strommix_2008.pdf), abgerufen am 02.09.2009.



zum Vorjahr, um einen Prozentpunkte auf 23 Prozent. Auf die Erneuerbaren Energien entfielen 15 Prozent und auf Erdgas 13 Prozent.<sup>71</sup>

Die Nichtspeicherbarkeit der elektrischen Energie hat ebenfalls zur Folge, dass stets eine Äquivalenz – abgesehen von minimalen Verlusten – zwischen der Produktionsmenge und der gelieferten Menge an Strom gegeben sein muss. Nachfrageschwankungen lassen sich nur durch das An- und Ausschalten von Kraftwerken ausgleichen. Solche Schwankungen treten vor allem im Tagesverlauf auf. So gibt es Tageszeiten, an denen mehr Energie benötigt wird. Der Stromverbrauch erreicht am Mittag Spitzenwerte. Dafür ist er in der Nacht gering. Nachfrageschwankungen treten nicht nur im Tagesverlauf auf, sondern auch während der Woche und im Jahresverlauf. Dementsprechend ist der Strombedarf unter der Woche größer als am Wochenende. Ferner ist die Nachfrage im Winter höher als im Sommer. Die schwankende Nachfrage, die sich an der abgegebenen Leistung im Netz abzeichnet, ist die Last.<sup>72</sup>

Die Last wird durch den Einsatz von sogenannten Grundlast- Mittellast- und Spitzenlastkraftwerken gedeckt. Die Grundlast wird durch das Tagesminimum des Stromverbrauchs bestimmt.<sup>73</sup> Das Tagesminimum wird in der Regel nachts erreicht. Es sind überwiegend Unternehmen, die in dieser Zeit Strom brauchen, um ihre Produktion auch in der Nacht fortzusetzen. Die durch die Grundlast festgelegte minimale Menge wird konstant über den gesamten Tag bezogen. Diese Strommenge wird von sogenannten Grundlastwerken produziert.<sup>74</sup> Die Grundlastwerke können durch eine hohe und konstante Leistung die Grundnachfrage befriedigen. Sie erreichen ihre volle Leistung erst nach langen Anlaufzeiten. Ist die Spitzenleistung erreicht, sind diese Kraftwerke ständig in Betrieb. Sie werden nur zu Revisionszwecken abgeschaltet. Der Dauerbetrieb dieser Kraftwerke macht es möglich, dass sich die hohen Anschaffungskosten sehr schnell amortisieren, da die variablen Kosten der

<sup>71</sup> [http://www.unendlich-viel-energie.de/uploads/media/Strommix\\_2008.pdf](http://www.unendlich-viel-energie.de/uploads/media/Strommix_2008.pdf), abgerufen am 02.09.2009.

<sup>72</sup> Vgl. § 2 Nr. 3 StromNEV nach welcher der Lastgang als die Gesamtheit aller Leistungsmittelwerte, die über eine ganzzahlige Anzahl von Messperioden gemessen wird, definiert wird.

<sup>73</sup> Monopolkommission, Strom und Gas 2007, TZ. 62,63,64; Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in den Netzstrukturen, TZ. 98.

<sup>74</sup> Monopolkommission, Strom und Gas 2007, TZ 64.

Stromerzeugung relativ gering sind. Typische Grundlastwerke sind Dampfkraftwerke, die mit Braunkohle als Brennstoff arbeiten.

Mittellastkraftwerke haben eine relativ geringe Anlaufzeit.<sup>75</sup> Die Anlaufzeit ist vor allem im Vergleich zu den Grundlastkraftwerken kürzer. Dadurch ist es möglich, die vorhersehbaren periodischen Schwankungen im Energiebedarf abzugleichen. In der Nacht können die Mittellastkraftwerke abgeschaltet werden. Als Mittellastkraftwerke werden vor allem thermische Dampfturbinenkraftwerke eingesetzt, die den Brennstoff Steinkohle nutzen.

Der Strombedarf ist in der Mittagszeit und in den frühen Abendstunden besonders groß. Es handelt sich hierbei um einen vorhersehbaren, tagesperiodischen, kurzzeitig erhöhten Bedarf. Zur Deckung dieser Nachfrage, die über die Grund- und Mittellast hinausgeht, werden Spitzenlastkraftwerke eingesetzt. Bei plötzlichem Nachfrageanstieg sind Spitzenlastkraftwerke in der Lage, innerhalb weniger Minuten ihre volle Leistung zu erbringen. Bei geringem Bedarf können sie auch sofort abgeschaltet werden. Die Stromproduktion durch Spitzenlastkraftwerke ist besonders kostenintensiv.<sup>76</sup> Zu der Deckung von Spitzenlasten eignen sich insbesondere Gasturbinen- und Pumpspeicherkraftwerke.

### 2. Gas

Erdgas ist ein brennbares Naturgas mit dem Hauptbestandteil Methan, das in unterirdischen Lagerstätten vorkommt.<sup>77</sup> In einer Tiefe von etwa 4000 bis 6000 m bildet sich unter hohem Druck und unter Luftabschluss, bei einer Temperatur von ca. 120 bis 180 Grad, aus abgestorbenem Kleinstlebewesen natürliches Erdgas. Es kann jedoch auch aus anderen Rohstoffen, wie etwa Braunkohle, gewonnen werden. Erdgas wird nicht nur zur Stromerzeugung verwendet, sondern ist hauptsächlich Primärenergieträger zur Erzeugung von Wärme für die Raumheizung sowie für industrielle Produktionen. Erdgas ist ein Gasgemisch.

<sup>75</sup> Monopolkommission, Strom und Gas 2007, TZ 66.

<sup>76</sup> Stellungnahme des wissenschaftlichen Beirats des BMWi v. 20.11.2006, abrufbar unter [www.bmwi.de/BMWI/Redaktion/PDF/B/brief-energiebeirat-an-glos](http://www.bmwi.de/BMWI/Redaktion/PDF/B/brief-energiebeirat-an-glos).

<sup>77</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 31; Monopolkommission, Strom und Gas 2007, Tz. 425.

Neben dem Hauptbestandteil Methan besteht es aus weiteren höheren Kohlenwasserstoffen wie Ethan, Propan, Butan und Ethen. Der Anteil der Kohlenwasserstoffe ist abhängig von der geographischen Lagerstätte.

In Deutschland unterscheidet man grundsätzlich die Erdgasqualität H (high) und L (low). Erdgas mit der Qualität H hat einen höheren Methangehalt und damit eine höhere Energiequalität als Erdgas mit der Qualität L. Dieses weist größere Mengen Stickstoff auf und hat daher einen geringeren Heizwert.

Die Gasversorgung der meisten Länder stützt sich zu 80 % auf Importe. Die Hauptförderländer von Erdgas sind Russland, USA, Großbritannien, Niederlande und Norwegen.<sup>78</sup> In den europäischen Staaten nimmt die Nachfrage an Erdgas stetig zu, jedoch hat die inländische Förderung von Erdgas konstant abgenommen. Der Bedarf konzentriert sich auf die Verwendung von Erdgas zur Wärmeerzeugung und als Primärenergieträger zur Elektrizitätsgewinnung. So werden – wie eben erläutert – die Gasturbinenkraftwerke zur Deckung von Spitzenlasten eingesetzt. Darüber hinaus wird aufgrund der europäischen Vereinbarung zur Rückführung des Kohlenstoffdioxidverbrauchs die relativ schadstoffreiche Braunkohle zunehmend durch das schadstoffärmere Erdgas ersetzt.

## II. Transport und Systembetrieb

### 1. Transport und Verteilung

#### a) Strom

Die elektrische Energie wird über Leitungen, die zu dem europäischen Verbundnetz der Union for the Co-ordination of Transmission of Electricity (UCTE)<sup>79</sup> zusammengefasst sind, zu den Endverbrauchern transportiert. Das nationale Stromnetz besteht aus mehreren Netzebenen mit unterschiedlicher Spannung und wird Verbundnetz genannt. Der Grund dafür, dass es unterschiedliche Netzspannungen gibt, liegt in den beim Transport auftretenden Energieverlusten.<sup>80</sup> Bei hoher Spannung kann man die Verluste verhältnismäßig gering halten. Weiter sind die Kosten für die Netze mit hoher Spannung pro Leitungsmeter geringer, da der erforderliche Leitungsumfang mit zunehmender Spannung abnimmt.<sup>81</sup> Leitungen mit geringerem Leitungsumfang sind auch deshalb günstiger, weil sie überirdisch verlegt werden können.

Folglich wird Strom über große Entfernungen mit sehr hoher Spannung transportiert. Um den Strom für die Endabnehmer nutzbar zu machen, muss er jedoch auf eine niedrigere Spannung transformiert werden.

<sup>78</sup> Monopolkommission, Netzettbewerb durch Regulierung, Tz. 873.

<sup>79</sup> Die UCTE ist für die Koordinierung des Betriebes und die Erweiterung des europäischen Netzverbundes zuständig, mit dem insgesamt 400 Millionen Verbraucher versorgt werden. Mitglieder sind 34 Übertragungsnetzbetreiber aus 24 Ländern. Die skandinavischen Staaten gehören nicht zur UCTE. Sie haben sich zu einer eigenen Union, der NORDEL, zusammengeschlossen. Die Netze der UCTE und der NORDEL sind durch Hochspannungs-Gleichstrom-Übertragung miteinander verbunden.

<sup>80</sup> Beim Stromtransport fällt die Spannung – bedingt durch den Ohm'schen Widerstand entlang der Leitung – ab. Hierbei geht ein Teil der eingespeisten elektrischen Arbeit verloren. Sie wird in Wärme umgewandelt und an die Umgebung abgegeben. Das Ohm'sche Gesetz besagt, dass bei konstanter Leistung, gleichem Leitungswiderstand und gleichzeitiger Erhöhung der Spannung die Stromstärke abnimmt. Eine geringere Stromstärke führt zu geringeren Verlusten, da die Verlustleistung vom Widerstand der Leitung und dem Quadrat der Stromstärke abhängig ist. Eine höhere Stromstärke, wie sie auf niedrigeren Spannungen vorliegt, erfordert auch einen größeren Leitungsumfang.

<sup>81</sup> Monopolkommission, Strom und Gas 2007, Tz. 95.

Die großen Kraftwerke mit Leistungen von über 300 MW sind an die 380 beziehungsweise 220 kV-Höchstspannungsnetze angeschlossen, die den Strom landesweit über große Entfernungen transportieren. Über diese Ebene ist Deutschland auch an das europäische Netz angebunden.<sup>82</sup> Bei diesen Transportnetzen handelt es sich in der Regel um Freileitungen.<sup>83</sup> Der in den Kraftwerken mit Hilfe von Generatoren erzeugte Strom wird mit dem Transformator des Kraftwerkes auf die entsprechende Spannung der Netzebene hochtransformiert und in das Übertragungsnetz eingespeist. Ausgehend von diesem Einspeisepunkt wird der Strom in die sogenannte Umspannstationen in die Nähe von Verbraucherzentren transportiert. In Ausnahmefällen sind auch schon Großindustriekunden an die höchste Spannungsebene angebunden. Die Umspannungsstationen in der Nähe der Verbraucherzentren und die vereinzelt Großindustrien stellen die Entnahmepunkte dar. Die gesamte Stromkreislänge des deutschen Höchstspannungsnetzes beträgt 36.000 km.

Das Verteilnetz, welches an das Übertragungsnetz angeschlossen ist, besteht aus drei Spannungsebenen: das Hochspannungsnetz, das Mittelspannungsnetz und das Niederspannungsnetz.

Den regionalen Transport in die ländlichen Gegenden übernehmen die Hochspannungsnetze mit 110 kV. Die Hochspannungsnetze beziehen hierbei ihre Energie nicht nur aus den Höchstspannungsnetzen, sondern auch von kleineren Kraftwerken. Die Entnahmestellen, die regionalen Verbraucherschwerpunkte, haben einen Leistungsbedarf von 20 – 300 MW. Die gesamte Stromkreislänge der deutschen Hochspannungsleitungen beträgt 75.200 km.

Die 10 - 30 kV-Mittelspannungsnetze bilden den Übergang zur örtlichen Verteilung. Abnehmer und Einspeiser mit Leistungen von etwa 50 kW werden üblicherweise an dieses Mittelspannungsnetz angebunden. Dies ist bei der Direktversorgung von Industriegebieten der Fall.<sup>84</sup> Die Übergabe von den Hochspannungsnetzen an die Mittelspannungsnetze erfolgt

<sup>82</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 32; Schneider/Theobald, HB EnWR § 1 Rn. 24; Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung 1998, S. 20.

<sup>83</sup> Als Träger der Freileitungen dienen Strommasten, die in gewissen Abständen voneinander aufgestellt werden. Die Kosten für die Freileitungen sind abhängig von geographischen Gegebenheiten.

<sup>84</sup> Schneider/Theobald, HB EnWR § 1 Rn. 24; Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 32.

ebenfalls über Umspannstationen. Die eingespeiste Spannung von 110 kV wird hier auf eine Spannung von 10 – 30 kV transformiert. Die Stromkreislänge aller Mittelspannungsleitungen beträgt in Deutschland 493.000 km.

Über eine Ortsnetzstation wird die Mittelspannung in Städten und im ländlichen Raum auf die Niederspannung von 400 – 230 V umgewandelt. Demnach sind alle Haushaltskunden an das Niederspannungsnetz angeschlossen. Durch die Anbindung der Haushaltskunden ist die Stromkreislänge des Niederspannungsnetzes mit 1.067.100 km deutlich größer als auf allen anderen Netzebenen.

Da die jeweiligen Umspannungen ebenfalls als Netzebene betrachtet werden, gibt es in Deutschland insgesamt sieben verschiedene Netzebenen.<sup>85</sup>

#### b) Gas

Vergleichbar zu den Übertragungsnetzen im Elektrizitätsbereich kann man auch die zum Gastransport erforderlichen Pipelines in verschiedene Ebenen entsprechend ihrer Funktionen unterteilen. Für den Transport über große Entfernungen zur Versorgung von regionalen und lokalen Weiterverteilern werden Hochdruckleitungen mit 1 bis 100 bar benutzt. Außerdem werden diese Fernleitungsnetze zum Import als Transitstrecken zwischen den Mitgliedstaaten der europäischen Länder genutzt. Die Mitteldruckleitungen mit 100 mbar bis 1 bar werden für die Verteilung verwendet. Die Niederdruckleitungen mit bis zu 100 mbar sind schließlich verantwortlich für die Verteilung an die Letztverbraucher.<sup>86</sup> Auf dem Weg zum Endkunden wird der Gasdruck beim Übergang in die nachgeschalteten Verteilungssysteme, demnach an den Einspeisepunkten der regionalen und örtlichen Verteilernetze, in Reduzierungsanlagen herabgesetzt.

Das deutsche Gasleitungsnetz umfasst derzeit etwa 380.000 km. Hiervon erfassen 34 % die Nieder-, 40 % die Mittel- und 26 % die Hochdruckleitungen.

<sup>85</sup> Schneider/Theobald, HB EnWR § 1 Rn. 24 ff.; Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 32; Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung 1998, S. 19.

<sup>86</sup> Schneider/Theobald, HB EnWR § 1 Rn. 28; Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 32 ff.

## 2. Die Subadditivität von Übertragungsnetzen

### a) Strom

Die Marktstufe des Transports wird traditionell als natürliches Monopol betrachtet. Ein natürliches Monopol bezeichnet die Situation, in der ein einziges Unternehmen auf dem relevanten Markt ein Gut zu niedrigeren kostendeckenden Preisen anbieten kann als dies mehreren Unternehmen möglich wäre. Diese sogenannte Subadditivität der Kostenfunktion resultiert meist auf den Vorteilen der Massenproduktion (Economies of Scale) oder auf Verbundvorteilen (Economies of Scope).<sup>87</sup> Liegt bei der Produktion eines Gutes eine subadditive Kostenfunktion vor, so folgt hieraus langfristig das alleinige Angebot eines Anbieters auf einem Markt. Der Anbieter, der zuerst die mögliche Kostendegression realisiert hat, besitzt einen Wettbewerbsvorsprung vor anderen Konkurrenten. Den Konkurrenten wird es in der Regel nicht mehr gelingen, die Kostendegression voll auszuschöpfen.<sup>88</sup> Folglich werden neue Marktteilnehmer zum gleichen Preis nicht kostendeckend anbieten können und so vom Markt verdrängt. Der Wettbewerbsprozess verengt sich auf diesem Wege und kommt bei dem Angebot eines einzigen Anbieters zum Stillstand.

Bei der Verteilung von Strom ergibt sich die subadditive Kostenstruktur aus den hohen Fixkosten, die durch das Verlegen der engmaschigen Leitungsnetze entstehen.<sup>89</sup> Die variablen Kosten des Stromtransports sind im Vergleich hierzu gering. Hierdurch sinken die Durchschnittskosten im Bereich der relevanten Nachfrage. Insbesondere sind die Investitionen im Bereich der Leitungsnetze zum großen Teil spezifisch. Die Investitionsobjekte lassen sich nicht einer anderen Verwendung zuführen. Demnach sind diese spezifischen Investitionen unwiederbringlich verloren. Es handelt sich um sogenannte versunkene Kosten.<sup>90</sup> Durch die versunkenen Kosten entsteht zwischen dem etablierten Unternehmen und den „Newcomern“ eine grundsätzliche Asymmetrie in der Konkurrenzsituation. Die Investitionen sind nur für das

<sup>87</sup> Leprich, Least-Cost Planing als Regulierungsmodell, S. 35; Knieps, Netzökonomie 2007, S. 5; Fuchs in Mestmäcker/Immenga, § 2 GWB Rn. 80; Borrmann/Finsinger, Markt und Regulierung, S. 102.

<sup>88</sup> Monopolkommission, Strom und Gas 2007, Tz. 112.

<sup>89</sup> Markert in Immenga/Mestmäcker, Anhang 2 EnWG Rn. 3.

etablierte Unternehmen versunken, weil nur diese die Investitionen schon getätigt haben. Der „Newcomer“ kann sich noch gegen den Markteintritt und die dadurch anfallenden spezifischen Investitionen entscheiden. Der Etablierte berücksichtigt in seiner kurz- und mittelfristigen Preiskalkulation die irreversiblen Kosten nicht, da sie bei einem Marktaustritt ohnehin verloren wären. Für die Preiskalkulation des „Newcomers“ hingegen sind vor dem Markteintritt die gesamten Kosten relevant. Somit sind auch die versunkenen Kosten einzubeziehen. Ein „Newcomer“ wird demnach nur Produkte anbieten, wenn er annimmt, zu dem Marktpreis Gewinne realisieren zu können. Erwartet er, dass der etablierte Anbieter nach seinem Markteintritt die Preise unter die totalen Durchschnittskosten senkt (weil die versunkenen Kosten ex-post nicht mehr entscheidungsrelevant sind), so wird der „Newcomer“ von einem Markteintritt absehen. Der „Newcomer“ muss nämlich befürchten, dass bei einem Marktaustritt der größte Teil der getätigten Investition unwiederbringlich verloren ist.

Der ungehinderte Zugang zu den Elektrizitätsversorgungsnetzen ist daher eine Grundvoraussetzung für den Wettbewerb auf der Netzebene. Der Netzzugang ist darüber hinaus auch für den Wettbewerb auf den dem Netzbetrieb vor- und nachgelagerten Märkten maßgeblich.<sup>91</sup> Der deutsche Strommarkt zeigt eine hohe vertikale Integration vieler Versorgungsunternehmen. Es besteht daher die Gefahr, dass der Monopolist seine Marktmacht auf der Netzebene ausnutzt, um diese auf die angrenzenden Märkte auszubreiten. Vor allem die aus dem Monopol resultierende Möglichkeit der Diskriminierung auf der Netzebene hat dafür gesorgt, dass die nach der Marktöffnung zu beobachtende Intensivierung des Wettbewerbs ins Stocken geraten ist.<sup>92</sup>

### b) Gas

Auch im Gassektor ist die Wertschöpfungsstufe des Transports ein natürliches Monopol. Die Kostenfunktion verhält sich ebenfalls aufgrund der Größen- und Verbundvorteile des leitungsgebundenen Transports subadditiv. Der Bau von Pipelines und die für den Netzbetrieb

<sup>90</sup> Versunkene Kosten unterscheiden sich von fixen Kosten dadurch, dass sie von einem Unternehmen nur dadurch vermieden werden können, dass sie in einem bestimmten Markt gar nicht erst tätig werden; Borrmann/Finsinger, Markt und Regulierung, S. 110 f.

<sup>91</sup> Eingehend zur essential facility doctrine vgl., Monopolkommission, Netzwettbewerb durch Regulierung, Tz. 726 ff.

<sup>92</sup> Monopolkommission, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor, Tz. 9.



notwendigen Verdichter- und Regelanlagen ist mit sehr hohen Fixkosten verbunden, die zum großen Teil versunkene Kosten darstellen. Durch die spezifischen Investitionen besteht für neue Unternehmer eine hohe strukturelle Markteintrittsbarriere auf der Netzebene. Der direkte Leitungsbau ist weiterhin eine Randerscheinung.<sup>93</sup>

### 3. Netzbetrieb

#### a) Strom

Neben dem Transport und der Verteilung von Strom sind die Netzbetreiber auch dazu verpflichtet, weitere Systemdienstleistungen zur Sicherung der Qualität der Stromversorgung zu erbringen. Hierzu zählt neben der Betriebsführung und dem Versorgungswiederaufbau nach Störungen vor allem die Frequenzhaltung.<sup>94</sup>

Der Übertragungsnetzbetreiber erfüllt zwei Funktionen. Erstens sorgt er für den Transport von Strom. Er wird in dieser Funktion als „transmission operator“ bezeichnet.<sup>95</sup> Zweitens stellt er den stetigen Ausgleich zwischen Stromeinspeisung und -ausspeisung sicher. Der Netzbetreiber wird in dieser Funktion als sogenannter „system operator“ bezeichnet.<sup>96</sup> Das europäische Stromversorgungsnetz wird, unabhängig von der Spannungsebene, mit einer Frequenz von 50 Hz betrieben.<sup>97</sup> Sobald Kraftwerke mehr Strom in das Netz einspeisen als entnommen wird, erhöht sich die Frequenz. Die Erhöhung der Frequenz hat unmittelbare Auswirkung auf alle elektrischen Geräte und auch auf die Generatoren in den Kraftwerken. Die Generatoren arbeiten ebenfalls mit einer konstanten Frequenz von 50 Hz.

Dass die Frequenz konstant bleibt, wird durch die Koordination von Bilanzkreisen gewährleistet. Ein Bilanzkreis besteht aus den Entnahme- und/oder den Einspeisepunkten

<sup>93</sup> Monopolkommission, Strom und Gas 2007, Tz. 434.

<sup>94</sup> Lang, Die Regulierung der deutschen Stromwirtschaft 1999, S.73.

<sup>95</sup> Monopolkommission, Netzwettbewerb durch Regulierung, Tz. 840; Salje, Komm. zum EnWG 2006, § 3 Rn. 35.

<sup>96</sup> Danner/Theobald/Theobald, EnWG I B 1, § 3 Rn. 46.

<sup>97</sup> Die Frequenz beschreibt die Elektronenbewegung im elektrischen Leiter bei Wechselstrom.

innerhalb einer Regelzone.<sup>98</sup> Bilanzkreise liegen innerhalb einer Regelzone, da die Bilanzkreisverantwortlichkeit dem Übertragungsnetzbetreiber obliegt. In Deutschland gibt es derzeit vier Regelzonen.<sup>99</sup> Der Bilanzkreisverantwortliche erstellt Fahrpläne für jede Viertelstunde des nachfolgenden Tages.<sup>100</sup> In diesen Fahrplänen werden der Einsatz von Kraftwerken und der Betrieb der Netze so koordiniert, dass die Leitungsbilanz des Bilanzkreises ausgeglichen ist. Demnach muss die Summe der Entnahme gleich der Summe der Einnahme sein. Bei der Erstellung der Fahrpläne legt der Verantwortliche Erfahrungswerte, Wetterprognosen und sonstige Ereignisse, die den Fahrplan beeinflussen können, zu Grunde.

Die Fahrpläne stellen lediglich Bedarfprognosen dar. Die tatsächliche Netzlast weicht in der Regel von den Fahrplänen ab. Darüber hinaus ändert sich die Netzlast nicht nur jede Viertelstunde, sondern in jeder Sekunde. Der Kraftwerkseinsatz muss also kurzfristig mit der sich verändernden Nachfrage der Verbraucher koordiniert werden. Dabei ist zusätzlich die zur Verfügung stehende Übertragungskapazität der Netze zu berücksichtigen, um Netzengpässe zu vermeiden.

Bei einem Ungleichgewicht, wie einer Überschussnachfrage nach Elektrizität, wird ausgleichende Energie in das Netz eingespeist. Die eingespeiste Energie ist die sogenannte „positive Regelenergie“.<sup>101</sup> Sobald ein Überschussangebot an Energie vorliegt, werden

<sup>98</sup> Der Begriff der Bilanzkreise wird in § 4 Abs. 1 StromNZV definiert. Dort heißt es: „Innerhalb einer Regelzone sind von einem oder mehreren Netznutzern Bilanzkreise zu bilden. Bilanzkreise müssen aus mindestens einer Einspeise- oder einer Entnahmestelle bestehen. Abweichend davon können Bilanzkreise auch für Geschäfte bestehen, die nicht die Belieferung von Letztverbrauchern zum Gegenstand haben, gebildet werden...“; ausführlich zum Bilanzkreisvertrag vgl. Schröder/Stelzner, et 2000, 683 ff.

<sup>99</sup> In Deutschland sind die vier Übertragungsnetzbetreiber transpower stromübertragungs GmbH (eine Tochtergesellschaft von E.ON), Vattenfall Europe Transmission, RWE Transportnetz Strom und EnBW Transportnetze AG.

<sup>100</sup> Die Aufgabe des Bilanzkreisverantwortlichen ist in § 4 Abs. 2 StromNZV definiert: „Für jeden Bilanzkreis ist von den bilanzkreisbildenden Netznutzern gegenüber dem Betreiber des jeweiligen Übertragungsnetzes ein Bilanzkreisverantwortlicher zu nennen. Der Bilanzkreisverantwortliche ist verantwortlich für eine ausgeglichene Bilanz zwischen Einspeisung und Entnahme in einem Bilanzkreis in jeder Viertelstunde und übernimmt als Schnittstelle zwischen Netznutzern und Betreibern von Übertragungsnetzen die wirtschaftliche Verantwortung für Abweichungen zwischen Einspeisung und Entnahme eines Bilanzkreises“; vgl. zum Begriff des Fahrplans § 2 Nr. 1 StromNEV.

<sup>101</sup> Unter Regelenergie wird nach § 2 Nr. 9 StromNZV diejenige Energie verstanden, die zum Ausgleich von Leistungsungleichgewichten in der jeweiligen Regelzone eingesetzt wird.

Kraftwerke ausgeschaltet oder Kraftwerke nachgefragt, durch deren Einsatz Strom verbraucht wird. Diesen Vorgang nennt man „negative Regelenenergie“. Um das Gleichgewicht gewährleisten zu können, sind die Übertragungsnetzbetreiber daher verpflichtet, zu jedem Zeitpunkt ausreichend Regelenenergie vorhalten zu können. Hierzu beziehen sie Regelenenergie aus dafür geeigneten Kraftwerken. Man kann drei Stufen von Regelenenergie unterscheiden: die Primär- und Sekundärregelung als auch die Minutenreserve, die sowohl in positiver als auch in negativer Form vorgehalten werden kann. Die Primärregelung muss innerhalb von 30 Sekunden in dem erforderlichen Umfang vollständig bereitgestellt werden. Sie wird von dem Übertragungsnetzbetreiber aus regelfähigen Kraftwerken bezogen. Die Sekundärregelung muss innerhalb von fünf Minuten im nachgefragten Umfang von regelfähigen Kraftwerken abgerufen werden können. Die Minutenreserve wird hingegen als Fahrplanlieferung im Viertelstundentakt eingesetzt und muss innerhalb von 15 Minuten vollständig abgerufen werden können.<sup>102</sup>

### b) Gas

Die Transportoptimierung, das Qualitätsmanagement (bei Einspeisung unterschiedlicher Gasqualitäten in das Netz), der Speicherbetrieb und insgesamt der Ausgleich zwischen Einspeisung und Ausspeisung obliegen dem zentralen Gasdispatch.<sup>103</sup> Mit Einführung des Entry-Exit-Modells im EnWG 2005 wurde erstmalig ein Bilanzkreissystem eingeführt.<sup>104</sup> Das grundsätzliche Prinzip ist an das des Strommodells angelehnt. Somit ist auch hier ein Bilanzkreis die Zusammenfassung von beliebigen Ein- und Ausspeisepunkten mit der Möglichkeit, Abweichungen zu saldieren. Während es im Strombereich zurzeit vier Regelzonen gibt, werden die Gasnetzbetreiber verpflichtet, Bilanzzonen festzulegen, in denen Bilanzkreise angemeldet werden können.

Die Abwicklung des Bilanzausgleichs erfolgt im Wege eines Normierungsverfahrens. Der Transportkunde muss gegenüber dem Netzbetreiber die beabsichtigte Inanspruchnahme von

<sup>102</sup> Monopolkommission, Strom und Gas 2007, Tz. 108.

<sup>103</sup> König/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 33; Monopolkommission, Netzwettbewerb durch Regulierung, Tz. 842.

<sup>104</sup> § 20 Abs. 1b S. 1 EnWG verpflichtet Gasversorgungsnetzbetreiber Einspeise- und Ausspeisekapazitäten anzubieten, um „den Netzzugang ohne Festlegung eines transaktionsabhängigen Transportpfades ermöglichen und unabhängig voneinander nutzbar und handelbar“ zu machen.

Ein- und Ausnahmekapazitäten anmelden. Die Durchführung des Bilanzausgleichs erfolgt zunächst nach Maßgabe eines Basisbilanzausgleichs durch die Betreiber von Fernleitungsnetzen und regionalen Verteilernetzen. Hierbei sind eine stündliche Toleranzgrenze von 10 % und eine kumulierte Toleranzgrenze von mindestens einer Stundenmenge geregelt. Im Rahmen dieser Toleranzgrenzen hat der Bilanzausgleich unentgeltlich zu erfolgen. Für darüber hinaus liegende Abweichungen haben die Netzbetreiber einen erweiterten diskriminierungsfreien Bilanzausgleich gegen ein gesondertes Entgelt anzubieten.

### *III. Handel*

Durch die Liberalisierung der Energiewirtschaft und die Erkenntnis, dass lediglich die Wertschöpfungsstufe des Transports den Charakter eines natürlichen Monopols hat, hat sich die Handelsstufe neu geordnet. Im Rahmen des Handels ist zwischen dem Energieverkauf an Letztverbraucher (Einzelhandel) und dem Handel zwischen Erzeugern, Weiterverteilern und Handelsunternehmen (Großhandel) zu unterscheiden.

#### 1. Strom

Verkauft werden Strombezugsrechte und nicht der Strom als Gut. Derjenige, der Strombezugsrechte erwirbt, ist berechtigt, über einen bestimmten Zeitraum eine festgelegte Menge an Strom aus dem Netz zu entnehmen. Der Veräußerer dieser Rechte ist während dieses Zeitraums dazu verpflichtet, die entsprechende Menge an Strom zur Verfügung zu stellen.<sup>105</sup> Vor der Liberalisierung war es üblich, dass große Industriekunden und Weiterverteiler im Wesentlichen ihren Strombedarf durch langfristig zweiseitige und individuelle Verträge deckten. Hierbei ist es bereits seit der Einführung der Verbändevereinbarung II möglich, ohne Beachtung von physikalischen Stromflüssen oder fiktiven Annahmen über Transportwege, Strom zu handeln.

<sup>105</sup> Scholze, Die Stellung des Energievertragsrechts im Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht 2007, S. 140.

Auch heute werden langfristige zweiseitige Stromlieferverträge abgeschlossen. Die langfristigen Lieferverträge kann man unterteilen in Vollbezugs- oder Bandbezugsverträge.<sup>106</sup> Bei Vollbezugsverträgen bezieht der Kunde von der Handelstochter eines Verbundunternehmens die gesamte Strommenge. Bei Bandbezugsverträgen wird dem Kunden eine konstante Strommenge während der gesamten Vertragslaufzeit geliefert. Bei Kleinkunden sind die Verträge durch standardisierte Lieferverträge geprägt, die sich in den Stromtarifen wiederfinden. Diese Lieferverträge werden in der Regel mit den Weiterverteilern abgeschlossen. Die Großkunden hingegen handeln unter Beachtung ihres Lastprofils ihre Vertragskonditionen individuell mit den Weiterverteilern oder mit den Handelsabteilungen der Stromerzeuger aus.

Die langfristigen Lieferverträge regeln immer noch mehr als 50 % des Strombedarfs von industriellen Großkunden und Weiterverteilern.<sup>107</sup> Den Liefervereinbarungen ist immanent, dass die Strombezugsrechte nach dem Abschluss nicht weiter gehandelt werden. Für den Käufer sind dabei günstige Einkaufskonditionen und eine langfristige Preisgarantie vorteilhaft. Für den Verkäufer stellen die langfristigen Verträge eine Absatzsicherung dar. Darüber hinaus haben die vier größten Erzeuger EnBW, E.ON, RWE und Vattenfall Europe maßgebliche Beteiligungen an Weiterverteilern, die sie mit dem eigenen Strom beliefern.

Wurde zu Beginn noch jedes Geschäft bilateral per Telefon abgeschlossen und mit aufwändigen Einzelverträgen bestätigt, erforderte die steigende Anzahl an Transaktionen andere Möglichkeiten der Geschäftsanbahnung und eine weitergehende Standardisierung. Es etablierten sich zum einen Broker, die als Geschäftsvermittler zwischen den Vertragsparteien agierten, und zum anderen B2B Geschäfte auf Internetplattformen. Vor allem jedoch eignete sich die Börse als Handelsplatz. Diese neue Form des Stromhandelsgeschäfts hat den Vorteil, dass die Abhängigkeit von einzelnen Lieferanten sinkt und die Weiterverteiler sowie industrielle Endverbraucher auf Preissenkungen reagieren können. Darüber hinaus können nun auch Handelsunternehmen, die kein eigenes Netz betreiben und auch nicht Strom erzeugen, auf dem Stromhandelsmarkt teilnehmen. Nach der Liberalisierung stiegen das Handelsvolumen und die

<sup>106</sup> Bezüglich Bandlieferungen vgl. Schröder/Theobald, HB EnWR, § 1 Rn. 5 ff.

<sup>107</sup> Monopolkommission, Strom und Gas 2007, Tz. 121.

Zahl der Handelsgeschäfte deutlich an. Diese Marktentwicklung wurde insbesondere durch den Handelsplatz der EEX (European Energy Exchange – EEX) forciert.<sup>108</sup>

a) Die Energiebörse

An der EEX werden Spot- und Termingeschäfte<sup>109</sup> für Strom, Gas, Emissionsberechtigungen und Kohle gehandelt. Die Spotgeschäfte werden als Intraday-Geschäfte oder als Day-ahead-Geschäfte getätigt. Im Intraday-Handel der EEX werden Stromkontrakte für Grundlast- und Spitzenlastblöcke mit Lieferung am selben oder folgenden Tag gehandelt.<sup>110</sup> Dabei können Handelsteilnehmer die Einzelstunden des laufenden Tages bis 75 Minuten vor Lieferbeginn handeln. Der Intraday-Handel beinhaltet die vier Regelzonen.<sup>111</sup> Auf dem Day-ahead-Markt finden Stundenauktionen statt, die den Kauf und Verkauf unterschiedlicher Mengen – in Abhängigkeit von dem zustande gekommenen Preis – ermöglichen. Der EEX-Day-ahead-Handel umfasst die zwei Marktgebiete Deutschland/Österreich und die Schweiz. An jedem Börsentag findet für jede der 24 Stunden des Folgetages jeweils eine Auktion statt. Im November 2008 wurde an der EEX im Stromhandel insgesamt ein Volumen von 106,0 TWh (Vorjahresmonat: 113,5 TWh) umgesetzt.

Davon entfielen auf den Spothandel insgesamt 13.101.867 MWh (Vorjahresmonat: 11.217.164 MWh). Am Intraday-Markt wurden im November 223.954 MWh (Vorjahresmonat: 211.445 MWh) gehandelt.<sup>112</sup>

Die Betreibergesellschaft der Energiebörse ist die EEX Aktiengesellschaft. Die Aktiengesellschaft hat viele Aktionäre. Unter ihnen befinden sich die Handelsabteilungen beziehungsweise die Tochterunternehmen der großen Energieversorgungsunternehmen wie die E.ON Energy Trading GmbH, RWE Transportnetz Strom GmbH, EnBW Trading GmbH, Vattenfall Deutschland GmbH, weitere Investmenthäuser wie Morgan Stanley Capital Group Inc. und Metzler seel. Sohn & Co., außerdem Großbanken wie die Deutsche Bank AG und die

<sup>108</sup> Schneider/Theobald, HB EnWR § 11 Rn. 16.

<sup>109</sup> vgl. ausführlich zu Spot- und Termingeschäften, Schneider/Theobald, HB EnWR § 1 Rn. 8 ff.; Dittmann in: Germer/Loibl Energierecht, S. 238; Barth, RdE 2000, 139, 140.

<sup>110</sup> Schuster in: Horstmann/Cierslarczyk, Energiehandel, Kap. 11, Rn. 14 ff.

<sup>111</sup> Monopolkommission, Strom und Gas 2007, Tz. 199.

<sup>112</sup> <http://www.eex.com/de/EEX/EEX%20AG/Aufsichtsrat>, abgerufen am 02.09.2009.

Commerzbank AG. Ferner sind Träger anderer Energiebörsen wie die Eurex Zürich AG aber auch der Freistaat Sachsen und sonstige Unternehmen beteiligt.

Die Aktionäre werden durch den Aufsichtsrat repräsentiert. Die personelle Besetzung des Aufsichtsrates zeigt bereits die überragende Bedeutung der beiden größten Verbundunternehmen für den Handelsplatz EEX. Der Vorsitzende des Aufsichtsrates ist ein Vorstandsmitglied bei der RWE Energy AG und leitet dort das Ressort Recht. Ein weiteres Aufsichtsratsmitglied ist Geschäftsführer des Bereichs Handel & Portfoliomanagement der E.ON Sales & Trading GmbH.<sup>113</sup>

### aa) Voraussetzungen für den Stromhandel

Die zentralen Elemente, die den Stromhandel erst ermöglichen, sind zum einen das transaktionsunabhängige Punktmodell und zum anderen das oben erörterte Bilanzkreissystem. Das transaktionsunabhängige Punktmodell wurde mit der Verbändevereinbarung II eingeführt.<sup>114</sup> Hiernach wird die für die Versorgung eines Kunden mit Strom erforderliche Netznutzung durch einen einzigen Vertrag zwischen dem Lieferanten und dem Endkunden beziehungsweise dem Netzbetreiber geregelt. Dieser Vertrag bezieht sich ausschließlich auf die Spannungsebene. Die Kosten für die Netznutzung sind hier unabhängig von der Entfernung und bemessen sich allein nach der Anzahl der in Anspruch genommenen Netzebenen und Umspannungen. Dieses Modell ermöglicht die Unterscheidung zwischen dem Transport und der Warenlieferung. So wird der Zugang zum gesamten Netz gewährt und damit unabhängig vom physikalischen Transport der elektrischen Energie eine vollumfängliche Strombeschaffung gewährleistet.

Um den Stromhandel in den Regelzonen zu vereinfachen, wurde das Bilanzkreissystem eingeführt. Das Bilanzkreissystem gestattet einen regelzonenübergreifenden Zugang zu den Übertragungsnetzen, ohne dass der zusätzliche Abschluss von Netznutzungsverträgen erforderlich ist.

Wie bereits dargestellt, haben die Übertragungsnetzbetreiber als Systemoperator die Aufgabe, die Abweichungen in der Frequenz auszugleichen. Die Bilanzkreise ermöglichen daher die

<sup>113</sup> <http://www.eex.com/de/EEX/EEX%20AG/Aufsichtsrat>, abgerufen am 02.09.2009.

Zusammenfassung einer Vielzahl von Einspeisungen und Ausspeisungen. Durch diese Durchmischung wiederum verringert sich die erforderliche Inanspruchnahme von Regelenergie. Durch die Saldierung minimiert sich die Gesamtabweichung, so dass der Übertragungsnetzbetreiber lediglich die verbleibenden Ungleichgewichte mit der Regelenergie ausgleichen muss. Durch den reduzierten Bedarf an Regelenergie verringern sich wiederum die Kosten für die Netznutzer. Die Abrechnung der über alle Kunden innerhalb eines Bilanzkreises saldierten Abweichungen stellt daher eine erhebliche Vereinfachung des Stromhandels gegenüber dem früheren transaktionsabhängigen Punkt-zu-Punkt Modell dar.

Die getrennte Betrachtung von Netznutzung und Stromlieferung sowie die Saldierung von Bilanzabweichungen ermöglichen daher kurzfristige Lieferungen und bilden die wesentliche Grundlage für den Stromhandel.

### bb) Rechtsrahmen der EEX

Die EEX unterliegt den Vorschriften des Börsengesetzes (BörsG). Das Börsengesetz hat in erster Linie einen verwaltungsrechtlichen Charakter und regelt unter anderem die allgemeinen Bestimmungen über die Börse und deren Organe.<sup>115</sup> Das Börsengesetz enthält jedoch keine Transparenz- und Veröffentlichungsvorschriften. Als Börsenorgane sind die Börsengeschäftsführung, die Handelsüberwachungsstelle und der Börsenrat zu nennen. Der Börsenrat repräsentiert die Handelsteilnehmer der EEX und besteht aus 23 Mitgliedern. Deren Aufgabe ist die Beaufsichtigung des allgemeinen Börsenhandels sowie der Erlass der Börsenordnung und der Gebührenordnung, der Erlass für die Bedingungen für die Geschäfte an der Börse und die Überwachung der Geschäftsführung. Nach § 12 Abs. 1 Satz 2 BörsG müssen im Börsenrat auch Anleger vertreten sein. Dies war zu Beginn der EEX nicht der Fall. Erst im Juli 2007, also fünf Jahre nach dem Bestehen der Börse, wurde ein Anlegervertreter in den Rat einberufen.

Die Terminmarktgeschäfte der EEX unterliegen als längerfristige Finanzderivative dem Wertpapierhandelsgesetz (WpHG). Das Wertpapierhandelsgesetz ermöglicht es, Insidergeschäfte nach § 14, 38 WpHG und Marktmanipulationen nach §§ 20a, 39 Abs. 1 Nr. 1 WpHG zu ahnden. Das Wertpapierhandelsgesetz findet jedoch keine Anwendung auf den kurzfristig angelegten

<sup>114</sup> vgl. hierzu ausführlich Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, Tz. 90.



physischen EEX-Spotmarkt. Ein nicht wettbewerbliches Verhalten auf dem EEX-Spotmarkt kann demnach nur durch die allgemeinen kartellrechtlichen Vorschriften des GWB beziehungsweise nach europarechtlichem Wettbewerbsrecht geahndet werden.

#### b) Zwischenergebnis

Als Folge der Liberalisierung ist der Energiehandel in den Vordergrund gerückt. Die Energiebörse ist ein wichtiger Handelsplatz geworden. Am Börsenhandel nehmen typischerweise Handelsgesellschaften beziehungsweise die entsprechenden Unternehmenseinheiten der regionalen und überregionalen Verbundunternehmen, unabhängige produzierende und nicht produzierende Großhändler, Broker und Portfoliomanager teil.

#### 2. Gas

Bisher wird Erdgas vor allem über langfristige Lieferverträge gehandelt. Wie bereits aufgezeigt, wird die Erdgasbeschaffung im Wesentlichen von wenigen großen Gasimporteuren beherrscht, die die Großhändler mit langjährigen Verträgen an sich binden. Hierbei beziehen bereits die Importeure das Gas in der Regel über langfristige Importverträge, die sie dann an die Großhändler weitergeben. Das Bundeskartellamt sieht in dieser Praxis einen Marktverschluss, der den Marktzutritt für neue Unternehmen verhindert. Das durch die langfristigen Verträge gebundene Gasvolumen verringere drastisch die frei verfügbare Gasmenge, so dass der Wettbewerb fast still stehe. Das Bundeskartellamt erließ daher im Januar 2006 eine Untersagungsverfügung gegen 15 Gasversorgungsunternehmen wegen des Verstoßes gegen Art. 81 und 82 EG sowie § 1 GWB. 70 % der von E.ON Ruhrgas belieferten Weiterverteilern hätten ihren Gesamtbedarf zu 100% von E.ON Ruhrgas gedeckt. Die Lieferverträge hätten eine Laufzeit von mehr als vier Jahren gehabt. Die Verfügung sah über das Unterlassen hinaus vor, dass die E.ON Ruhrgas Gaslieferverträge mit Weiterverteilern maximal für eine Laufzeit von vier Jahren abschließen dürfe, wenn sie über 50 bis 80 % des gesamten Bedarfs deckten. Deckten sie über 80 % des Gesamtbedarfs, dürfe die Laufzeit zwei Jahre nicht übersteigen. Bei einer Bedarfsdeckung von bis 50 % solle es bei einer freien Bezugsbindungsdauer bleiben.<sup>116</sup>

<sup>115</sup> Pilgram, in: Bartsch/Röhling/Salje/Schaolz, Stromwirtschaft, 2. Aufl., 68. Kap, Rn. 21 ff..

<sup>116</sup> BKartA v. 13.1.2006, WuW/E DE-V, 1147, 1151 – E.ON Ruhrgas.

Der Entscheidung des Bundeskartellamts ist zuzustimmen. Langfristige Lieferverträge zur Quasi-Gesamtbedarfsdeckung haben eine Marktausschlusswirkung und stellen eine Barriere für funktionsfähigen Wettbewerb dar.

Nach der Liberalisierung des Gasmarktes hat sich zwar sehr zögerlich, aber dennoch Wettbewerb auf der Handelebene entwickelt. Die Voraussetzungen hierzu wurden durch die Einführung des Entry-Exit-Modells und damit einhergehend des Bilanzkreissystems in der GasNZV geschaffen.<sup>117</sup> Beim Entry-Exit-Modell handelt es sich, wie im Stromsektor, um ein transaktionsunabhängiges Zugangsmodell, bei dem der Transportpfad unberücksichtigt bleibt. Auch hier erfolgt eine getrennte Betrachtung von Ein- und Ausspeisepunkten. Demnach können Ein- und Ausspeisekapazitäten unabhängig voneinander gebucht und dadurch gehandelt werden. Ein Bilanzkreis ist auch hier die Zusammenfassung einer beliebigen Anzahl von Einspeise- und Ausspeisepunkten mit der Möglichkeit, Abweichungen zwischen Einspeisung und Ausspeisung zu saldieren.

Nachdem die Voraussetzungen zum Handel geschaffen waren, wurde am 2. Juli 2007 an der EEX auch der Gashandel für Spot- und Termingeschäfte aufgenommen. Auf dem Spotmarkt wird Erdgas börsentäglich für den nächsten und übernächsten Tag gehandelt. Im Termingeschäft wird Gas für den nächsten Monat, die nächsten sechs Monate, sieben Quartale und sechs Jahre gehandelt. Das Angebot eines Spotmarktes beziehungsweise eines Termingeschäfts für Gasmengen ermöglicht eine kurzfristige bis mittelfristige Optimierung von Beschaffung und Verkauf. Das momentane Handelsvolumen auf dem Spot- und Terminmarkt der EEX ist noch sehr gering.<sup>118</sup>

### *IV. Ergebnis*

Die Wertschöpfungskette der Energiewirtschaft besteht aus der Erzeugung, der Übertragung und der Verteilung. Die Energiewirtschaft wurde aufgrund ihrer Leitungsgebundenheit insgesamt lange als natürliches Monopol betrachtet. Heute hat sich eine differenzierte Betrachtung durchgesetzt. Die Wertschöpfungsstufe des Transports ist weiterhin ein natürliches Monopol.

<sup>117</sup> §§ 26 ff. GasNZV regeln den Bilanzausgleich.

<sup>118</sup> Monopolkommission, Strom und Gas 2007, Tz. 567.

Sie ist jedoch von den vor- und nachgelagerten Märkten zu unterscheiden. Die Wertschöpfungsstufen der Erzeugung und des Handels stellen keine natürlichen Monopole dar.

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

Am 18.12.2007 wurde das „Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittels“ verkündet. Es trat am 22.12.2007 in Kraft und führte § 29 GWB ein.<sup>119</sup> § 29 GWB ist auf einen Referentenentwurf der Bundesregierung zurückzuführen, von welchem das verabschiedete Gesetz in einigen Punkten abweicht.<sup>120</sup> Sinn und Zweck des Energieparagrafen ist, den Kartellbehörden die Durchsetzung des allgemeinen Missbrauchsverbotes nach § 19 GWB – auf dem Energiesektor – zu erleichtern.<sup>121</sup> Hierbei bezieht sich die konkretisierte Missbrauchsaufsicht des § 29 GWB auf die dem Netzbetrieb vor- und nachgelagerten Märkte. Der Wettbewerb soll auf diesen Märkten gefördert werden. Die Gesetzesbegründung betont in diesem Zusammenhang „Der Einstieg in eine Preisregulierung bisher nicht regulierter Märkte ist nicht beabsichtigt“.<sup>122</sup>

Im Vergleich zu § 19 GWB weist § 29 GWB zwei wesentliche Neuerungen auf, die eine effektivere Missbrauchsaufsicht ermöglichen sollen<sup>123</sup>:

Die Umkehr der Beweislast nach § 29 Nr. 1 GWB zum einen und zum anderen die Einführung des Gewinnbegrenzungskonzepts nach § 29 Nr. 2 GWB.

Darüber hinaus wurde die generelle sofortige Vollziehbarkeit von Missbrauchsverfügungen in das GWB eingeführt. Durch die Aufhebung des § 64 Abs. 1 Nr. 1 GWB entfällt die aufschiebende Wirkung von Missbrauchsverfügungen sowohl nach den §§ 19 – 21 GWB als auch nach § 29 GWB. Die Intention des Gesetzgebers liegt in diesem Fall darin, den Gleichlauf von deutschem und europäischem Recht weiter zu forcieren und ist begrüßenswert.<sup>124</sup>

Ob die Norm geeignet ist, um ihren Zweck erreichen zu können, ist Gegenstand dieses Kapitels. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob die Novellierung geeignet ist, den Wettbewerb zu fördern und das Preisniveau langfristig im Verbrauchersinn zu beeinflussen. Zunächst werden

<sup>119</sup> Veröffentlicht im Bundesgesetzblatt Teil I 2007, Nr. 66, 21.12.2007, S. 2966.

<sup>120</sup> Ritter/Lücke, WuW 2007, 689, 689.

<sup>121</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/5847, S. 9; Säcker, WuW 2007, 1195, 1195.

<sup>122</sup> BT-Drucks. 16/5847, S. 11.

<sup>123</sup> Heitzer, WuW 2007, 854, 857; Ritter/Lücke, WuW 2007, 698, 703; Lotze/Thomale, WuW 2008, 257, 261.

<sup>124</sup> BT-Drucks. 16/5847, S. 12; anders Stadler, BB 2007, 60, 64.

die Voraussetzungen untersucht, die bei einem Einschreiten des Kartellamts vorliegen müssen (A.). Anschließend werden die Verteidigungsmöglichkeiten der Unternehmen erarbeitet (B.), worauf die kritische Würdigung folgt (C.).

#### **A. Tatbestandsvoraussetzungen beziehungsweise Handlungsmöglichkeiten der Kartellbehörden**

Die neu eingeführte Preisaufsicht gibt den Kartellbehörden zwei Tatbestandsalternativen zur Seite, bei deren Vorliegen sie einen Missbrauchsvorwurf aussprechen können. Die erste Tatbestandsalternative ist § 29 Nr. 1 GWB. In diesem Rahmen hat der Gesetzgeber das Vergleichsmodell verwirklicht. Die zweite Tatbestandsalternative ist das in § 29 Nr. 2 GWB eingeführte Gewinnbegrenzungskonzept. Beide Alternativen setzen eine marktbeherrschende Stellung des Versorgungsunternehmens auf einem Markt voraus. Auf diese Voraussetzung ist zunächst einzugehen.

##### *1. Marktbeherrschende Stellung des Energieversorgers*

Ob ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 29 GWB innehat, bestimmt sich nach § 19 Abs. 1 - 3 GWB. Nach § 19 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt gemäß Nummer 1 ohne Wettbewerber (sogenanntes Vollmonopol) oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist (sogenanntes Quasimonopol) oder gemäß Nummer 2 eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat.

§ 19 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 GWB gelten für die Marktbeherrschung durch ein einziges Unternehmen. Die Marktbeherrschung durch mehrere Unternehmen bemisst sich nach § 19 Abs. 2 Satz 2 GWB. Hiernach sind zwei oder mehrere Unternehmen dann marktbeherrschend, soweit zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Produkten kein wesentlicher Wettbewerb besteht und sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB erfüllen.

In Absatz 3 des § 19 GWB sind Vermutungen für eine marktbeherrschende Stellung normiert, um den Beweis der vorgenannten Voraussetzung zu erleichtern. Nach § 19 Abs. 3 Nr. 2 GWB gilt eine Gesamtheit von Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie aus fünf oder weniger

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von 66 % erreichen. Die Vermutung ist widerlegbar.

Um feststellen zu können, dass eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, muss zunächst der relevante Markt definiert werden. Man unterscheidet zwischen dem sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt.<sup>125</sup>

#### 1. Sachlich und räumlich relevanter Markt

Der sachlich relevante Markt wird nach dem Bedarfsmarktkonzept, aus Sicht der Marktgegenseite, ermittelt.<sup>126</sup> Danach ist zu prüfen, ob aus Nachfragesicht bestimmte Waren oder Dienstleistungen hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar angesehen werden können.<sup>127</sup> Im Energiebereich wird bezüglich des sachlich relevanten Marktes zwischen den einzelnen Energiearten und den Marktstufen unterschieden, auf denen das betreffende Unternehmen tätig ist. Ein energieübergreifender Wärmemarkt wird in der Praxis nicht anerkannt.<sup>128</sup> Strom und Gas gehören demnach unterschiedlichen Märkten an.

Das Bundeskartellamt hat seine Praxis zur Feststellung des relevanten Marktes im Energiebereich in jüngster Zeit geändert. Im Folgenden wird auf diese Entwicklung eingegangen.

#### a) Traditionelle Marktabgrenzung des Bundeskartellamts

Das Bundeskartellamt unterschied traditionell drei sachlich relevante Märkte. Die Unterscheidung entsprach der vorherrschenden Struktur des Stromabsatzes und gliederte sich in überregionale Verbundunternehmen, regionale Verbundunternehmen und regionale Verteilerunternehmen.<sup>129</sup> Ferner wurde die Marktstufe für die Belieferung von Weiterverteilern von der Marktstufe für Endkunden abgegrenzt.

<sup>125</sup> Lettl, Kartellrecht, § 1 Rn. 22 ff.; Emmerich, Kartellrecht, § 27 Rn. 11; MünchKommGWB-Säcker/Gosse/Wolf, § 19 Rn. 2; Bechtold, GWB, § 19 Rn. 16 ff..

<sup>126</sup> Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 24; Götting in: L/M/R, Kartellrecht, Bd. 2, § 19 Rn. 12.

<sup>127</sup> Emmerich, Kartellrecht, § 27 Rn. 13 ff..

<sup>128</sup> BGH v. 14.11.2003, WuW/E DE-R, 1206, 1207; BKartA TB 2005/2006, 124.

<sup>129</sup> Vgl. BKartA v. 12.9.2003, WuW/E DE-V, 823, 824 - E.ON/Stadtwerke Eschwege.

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

Auf der Marktstufe der Weiterverteiler standen die inländischen Stromerzeuger und Stromimporteure als Anbieter den Regionalversorgern und Stadtwerken als Nachfrager gegenüber. Der Markt für Endkunden wurde wiederum in zwei Märkte unterteilt, den der gewerblichen beziehungsweise industriellen Großkunden und den der Kleinkunden. Auf dieser Stufe standen die Stromversorgungsunternehmen als Anbieter den Großkunden und Kleinkunden als Endverbraucher gegenüber.

In räumlicher Hinsicht hat das Bundeskartellamt die Märkte für Stromweiterverteiler – überwiegend Stadtwerke – und Strom-Großkunden bundesweit abgegrenzt. Der Markt für Kleinkunden wurde hingegen regional oder lokal abgegrenzt.<sup>130</sup>

Die Wertschöpfungsstufe des Handels wurde bei dieser traditionellen Marktabgrenzung nicht berücksichtigt.<sup>131</sup> Da sich durch die Liberalisierung die Handelsebene wesentlich entwickelt hat, erschien diese Marktabgrenzung nicht mehr zeitgemäß. Denn wie bereits dargestellt, haben sich durch die Liberalisierung neue Möglichkeiten für Händler und Weiterverteiler als Nachfrager auf der Verteilungsstufe ergeben.<sup>132</sup>

#### b) Neuer Ansatz des Bundeskartellamtes

Der neue Ansatz des Bundeskartellamtes berücksichtigt die Veränderungen des Strommarktes.

Die Erzeugerstufe erfasst zunächst die vier großen Verbundunternehmen EnBW, E.ON, RWE und Vattenfall Europe. Von dieser Stufe werden darüber hinaus alle Unternehmen erfasst, die Erzeugungskapazitäten aufweisen. Ferner zählen zu der Erzeugerstufe auch die Nettostromimporte.<sup>133</sup> Das Bundeskartellamt vertritt im Rahmen der Erzeugerstufe die Auffassung, dass die für die Stromerzeugung eingesetzten Technologien aus Nachfragesicht irrelevant seien, da die Nachfrager das Endprodukt Strom als homogenes Gut wahrnehmen. Die vier Verbundunternehmen EnBW, E.ON, RWE und Vattenfall Europe besitzen zwar im Vergleich zu kleineren Kraftwerksbetreibern ein ausdifferenzierteres Erzeugerportfolio, das alle Kraftwerkstypen beinhalte. Da die sachliche Marktabgrenzung jedoch aus Nachfragersicht

<sup>130</sup> Vgl. BKartA v. 12.9.2003, WuW/E DE-V 823, 824 - E.ON/Stadtwerke Eschwege.

<sup>131</sup> Monopolkommission, Strom und Gas 2007, Tz. 130.

<sup>132</sup> Kap. 2 Abschnitt C/I/3.

<sup>133</sup> Nettostromimporte sind die Stromimporte (Strom der aus dem Ausland nach Deutschland importiert wird) abzüglich der Stromexporte (Strom der von Deutschland ins Ausland transportiert wird).

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

erfolge, liege es auf der Hand, dass nicht die zur Verfügung stehenden Kraftwerkskapazitäten, sondern die tatsächlich erzeugten Mengen zu vergleichen seien.

Auf der Weiterverteilstufe seien neben den traditionellen Weiterverteilern – Stadtwerke und Regionalverteiler – nun auch Händler und Verbundunternehmen tätig. Bei der Marktdatenerhebung, die das Bundeskartellamt 2003 und 2004 durchgeführt habe, habe sich gezeigt, dass es erhebliche Änderungen auf der Zwischenhändlerstufe gegeben habe.<sup>134</sup> Das Bundeskartellamt legt dar, dass Verbundunternehmen ihre Funktion als Verteiler sowohl über maßgebliche Beteiligungen an Stadtwerken und Regionalversorgern, als auch über ihre eigenen konzerninternen Handelsunternehmen ausübten. Unabhängig davon, ob die Unternehmen untereinander handelten oder aber den Strom direkt an den Endabnehmer verkauften, lasse sich für alle Unternehmen auf dieser Zwischenstufe eine Gewinnerzielungsabsicht unterstellen. Dabei sei es nicht von Interesse, ob die auf dieser Stufe agierenden Unternehmen über eigene Verteilernetze verfügten oder nur als Händler aufträten. Maßgeblich seien auch hier die Homogenität des Stroms und die daraus resultierende relevante Rolle des Preises.

Auf der Endkundenstufe differenziert das Bundeskartellamt weiterhin zwischen zwei Nachfragergruppen. Es unterscheidet zwischen dem Verkauf von Strom an nicht leistungsgemessene Endkunden (Kleinkunden) und an leistungsgemessene Endkunden (Großkunden). Leistungsgemessene Kunden sind industrielle Großkunden, die an die Mittelspannungsnetze angeschlossen sind.<sup>135</sup> Bei ihnen wird die in Anspruch genommene Leistung in einem bestimmten Zeitraum gemessen. Maßgeblich für die Abrechnung ist der höchste Verbrauch während dieses Zeitraums. Die Leistungsmessung ermöglicht es, einen Lastgang zu ermitteln, der die Leistungsaufnahme des Endkunden über eine bestimmte Zeit aufzeigt. Nicht leistungsgemessene Kunden sind Kleinkunden.<sup>136</sup> Sie sind in der Regel an Niederspannungsnetze angeschlossen. Ihr Verbrauch wird mit Hilfe von Standardlastprofilen abgebildet. Kleinkunden decken ihren Bedarf in erster Linie beim Regionalverteiler zu Tarifpreisen. Sie sind selbst keine Nachfrager bei den Verteilern und den Handelsplätzen.

Nach dem Bundeskartellamt sind also zwei sachliche Märkte abzugrenzen. Zum einen gibt es den sachlichen Markt, in dem Stromerzeuger und Stromimporteure den Weiterverteilern als Nachfrager gegenüberstehen. Zum anderen gibt es den Markt, in dem die Händler als Anbieter den Groß- und Kleinverbrauchern als Nachfrager gegenüberstehen.

<sup>134</sup> BKartA TB 2005/2006, S. 124 ff.

<sup>135</sup> Monopolkommission, Strom und Gas 2007, Tz. 140.



### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

In räumlicher Hinsicht grenzt das Bundeskartellamt weiterhin lokal in Bezug auf das Niederspannungsnetz ab. Die Abgrenzung ergebe sich aus der Stagnation des Kleinkundenmarktes. Die Wechselbereitschaft sei nicht zu berücksichtigen, da diese zu gering sei.<sup>137</sup>

Alle anderen Märkte – demnach der Großkundenmarkt und der Distributionsmarkt – grenzt das Kartellamt bundesweit ab. Dies sei dadurch gerechtfertigt, dass aufgrund der signifikant genutzten Durchleitung Stromlieferungen innerhalb des gesamten Bundesgebietes durchgeführt würden. Eine Abgrenzung über die Landesgrenzen hält das Kartellamt für nicht erforderlich, da der Stromimport nur eine untergeordnete Rolle spiele.<sup>138</sup>

Vergleichbar zu den vorherigen Erörterungen zum Strommarkt bildet der Gasbereich einen eigenen Markt, der sich in drei Marktebenen unterscheiden lässt.<sup>139</sup> Der sachlich relevante Markt der Weiterverteiler wird ebenfalls in die der regionalen Gasverteiler- und die der überregionalen Ferngasstufe unterteilt. Auf dem Endkundenmarkt wird zwischen dem sachlich relevanten Markt der Kleinkunden und dem der industriellen Großkunden differenziert.

Bezüglich des räumlich relevanten Marktes unterscheidet sich der Gas- vom Strommarkt. Im Gasbereich wird nach bisheriger Rechtsprechung auf jeder Marktstufe nach den Netzgebieten der Unternehmen regional abgegrenzt.<sup>140</sup> Sowohl das Bundeskartellamt<sup>141</sup> als auch die Monopolkommission<sup>142</sup> sind der Auffassung, dass diese räumliche Marktabgrenzung sachgerecht sei, da kein rechtlich abgesichertes oder praktisch handhabbares Durchleitungssystem bestehe, das anderen Weiterverteilern einräume, Nachfrager unter Wettbewerbsbedingungen in ihrem Gebiet zu beliefern. Die Marktverhältnisse seien daher immer noch davon bestimmt, dass die Gasversorgungsunternehmen in ihren ursprünglichen Versorgungsgebieten über ein natürliches Monopol an der Netzstruktur verfügten. Die Marktstrukturen hätten sich somit noch nicht verändert.

<sup>136</sup> Monopolkommission, Strom und Gas 2007, Tz. 141.

<sup>137</sup> BKartA v. 12.3.2007, B8-62/06, S. 12 – Saar/Ferngas.

<sup>138</sup> Monopolkommission, Strom und Gas 2007, Tz. 144.

<sup>139</sup> zu der sachlichen Marktabgrenzung des Gasmarktes vgl. ausführlich Jäger, RdE 2008, 275 ff..

<sup>140</sup> BGH v. 13.12.2005, WuW/E DE-R, 1726; BGH v. 23.11.2005, WuW/E DE-R, 1639.

<sup>141</sup> BKartA v. 13.01.2006, WuW/E DE-V, 1147; BKartA v. 27.07.2004, WuW/E DE-V, 983.

<sup>142</sup> Monopolkommission, Strom und Gas 2007 Tz. 441 f..

## 2. Marktbeherrschung

Da der sachlich und räumlich relevante Markt nun hinreichend abgegrenzt wurde, ist weiterhin die Marktbeherrschung auf diesen Märkten darzulegen. Wie schon beschrieben, bestimmt sich das Merkmal der Marktbeherrschung nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 - 3 GWB.

### a) Strommarkt

Das Bundeskartellamt hat die Erzeugerstufe und den Großkundenmarkt mit Hilfe einer Marktdatenerhebung in den Jahren 2003 und 2004 ausführlich untersucht.<sup>143</sup> Es kam zu dem Ergebnis, dass die Verbundunternehmen E.ON und RWE sowohl 2003 als auch 2004 einen gemeinsamen Anteil an der Stromerzeugungskapazität von etwa 52 % hatten. Die weiteren Verbundunternehmen EnBW und Vattenfall Europe hatten zusammen einen Anteil von 30 % an der inländischen Kraftwerkskapazität. Das Bundeskartellamt vertritt die Ansicht, dass eine abschließende Marktanalyse nur unter Betrachtung der tatsächlich erzeugten Strommenge möglich sei. Dies liege vor allem daran, dass nicht jede Stromkapazität tatsächlich abgerufen werde. Hiernach besaßen E.ON und RWE 2003 einen Anteil von 57 % und 2004 einen Anteil von 59 % an der inländischen Nettostromerzeugung. Die Anteile von EnBW und Vattenfall lagen 2003 bei 29 % und 2004 bei 30 %.<sup>144</sup>

E.ON und RWE üben also eine duopolistische Marktbeherrschung gemäß § 19 Abs. 3 Nr. 1 GWB aus.<sup>145</sup> Die vier Verbundunternehmen haben einen gemeinsamen Marktanteil von 82 %.

Die Marktdatenerhebung bezog sich auch auf den Großkundenmarkt und ergab folgende Ergebnisse: RWE hatte 2003 und 2004 einen Marktanteil von 20 – 25 %, E.ON einen von über 15 %, EnBW lag unter 15 % und Vattenfall Europe deutlich unter 10 %. Die Verbundunternehmen übertraten demnach keine Vermutungsschwelle nach § 19 GWB. Das

<sup>143</sup> Monopolkommission, Strom und Gas 2007 Tz. 134

<sup>144</sup> BGH v. 11.11.2008, WuW/E DE-R, 2456.

<sup>145</sup> 2006 wurde eine weitere Marktanalyse durchgeführt. Diesmal handelte es sich jedoch um eine private Datenerhebung von Zimmer/Lang/Schwarz. Hiernach hatten E.ON und RWE jeweils einen Anteil von 26,5 % an der inländischen Nettostromproduktion. Die Anteile von EnBW und Vattenfall lagen bei 10,3 und 16,9 %. Auch hiernach erfüllen E.ON und RWE die Vermutungsschwelle des § 19 Abs. 3 Nr. 1 GWB. Bedeutend ist an dieser Studie, dass sie den Anteil der Evonik Industries AG hervorhebt (6,5 % des inländischen Stroms). Die Evonik AG wird zu 100% von der RAG AG gehalten. Die RAG AG wird selbst wiederum zu 30% von E.ON und 32 % von RWE gehalten. Demnach wird die Evonik AG grundsätzlich von E.ON und RWE kontrolliert. Der Marktanteil der Evonik AG ist demnach den Verbundunternehmen zuzurechnen, vgl. Zimmer/Lange/Schwarz, EMW 2007, 64, 69.

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

Bundeskartellamt verwies jedoch auf die starke vertikale Integration der Verbundunternehmen an den Stadtwerken. Hieraus ergäbe sich ein zusätzlicher Einfluss auf den Großkundenmarkt.<sup>146</sup>

Wie bereits dargestellt, grenzt das Bundeskartellamt aufgrund der fehlenden Wechselbereitschaft den Kleinkundemarkt weiterhin regional ab. Auf diesen abzugrenzenden Netzgebieten besteht durchweg einen Marktanteil von über 90 % und weist gebietsmonopolistische Strukturen auf.<sup>147</sup> Auch auf dieser Stufe haben die Verbundunternehmen aufgrund zahlreicher Beteiligungen an den regionalen Grundversorgern einen maßgeblichen Einfluss auf den Kleinkundenmarkt.<sup>148</sup>

#### b) Gasmarkt

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung wird der Markt für die leitungsgebundene Versorgung von Endkunden mit Gas in räumlicher Hinsicht – solange keine Veränderung der bisherigen Wettbewerbsverhältnisse eintritt – durch das Versorgungsgebiet des örtlichen Anbieters bestimmt.<sup>149</sup> Demnach haben diese in den räumlich relevanten Märkten eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB.

#### 3. Zwischenergebnis

Der neue Energieparagraf setzt voraus, dass das betroffene Versorgungsunternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat. Insoweit sind die Grundsätze des § 19 Abs. 1 – 3 GWB heranzuziehen. Auf dem Erzeugermarkt haben die vier Verbundunternehmen eine marktbeherrschende Stellung.

#### *II. Vergleichsmethode nach § 29 Nr. 1 GWB*

§ 29 Nr. 1 GWB normiert die Vergleichsmethode und ist eine Parallelvorschrift zu § 19 Abs. 4 Nr. 2 und 3 GWB. § 29 Nr. 1 GWB sieht zwei Alternativen vor, die einen Missbrauchsverdacht rechtfertigen. Nach § 29 Nr. 1 Alt. 1 GWB ist das Verhalten eines marktbeherrschenden

<sup>146</sup> Monopolkommission, Strom und Gas 2007 Tz. 164 f..

<sup>147</sup> Monopolkommission, Strom und Gas 2007 Tz. 167.

<sup>148</sup> Monopolkommission, Strom und Gas 2007 Tz. 167.

<sup>149</sup> BGHZ 151, 274 - Fernwärme für Börsen; BGHZ 176, 244 – Erdgassondervertrag.

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

Unternehmens missbräuchlich, wenn es Entgelte oder Geschäftsbedingungen fordert, die ungünstiger sind als diejenigen von anderen Versorgungsunternehmen (1). Nach der zweiten Alternative handelt ein Unternehmen missbräuchlich, wenn es Entgelte oder Geschäftsbedingungen verlangt, die ungünstiger sind als diejenigen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten (2). Zu untersuchen ist, ob der zu beanstandende Preis erheblich von dem zum Vergleich herangezogenen abweichen muss (3).

#### 1. Vergleich mit anderen Versorgungsunternehmen

Der Begriff des Versorgungsunternehmens ist in § 29 Satz 1 GWB legaldefiniert. Versorgungsunternehmen sind hiernach Unternehmen, die Elektrizität oder leitungsgebundenes Gas anbieten. Für den Vergleich ist irrelevant, ob das zum Vergleich herangezogene Versorgungsunternehmen selbst dem Wettbewerb ausgesetzt ist. Es kommt auch ein Versorgungsunternehmen zum Vergleich in Betracht, das selbst eine marktbeherrschende Stellung innehat. Ausschlaggebend ist, dass es günstigere Entgelte oder Geschäftsbedingungen auf demselben sachlichen Markt wie das kontrollierte Versorgungsunternehmen anbietet. Auf die eigentlich problematische Frage der Vergleichbarkeit der Unternehmen ist erst im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung einzugehen. Die Beweislast für die sachliche Rechtfertigung – demnach auch der Vergleichbarkeit – ist dem marktbeherrschenden Unternehmen auferlegt. Welche Konsequenzen hieraus folgen, wird im Abschnitt über die kritische Würdigung behandelt.<sup>150</sup>

Der Referentenentwurf sah ursprünglich vor, dass die Kartellbehörden ihre Missbrauchsverfügungen auch darauf stützen könnten, dass ein Entgeltbestandteil ungünstiger sei als bei einem Vergleichsunternehmen. Ein Preismissbrauch wäre danach selbst dann in Betracht gekommen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Leistung zwar zum selben Preis angeboten hätte, jedoch im Rahmen des Preises einen Entgeltbestandteil ungünstiger angesetzt hätte. Die ursprüngliche Fassung diente nicht dem Verbraucherschutz. Zweck der Preismissbrauchskontrolle ist unter anderem, den Verbraucher vor überhöhten Entgelten zu schützen. Welche Entgeltbestandteile das Entgelt im Ergebnis hat, ist für den Verbraucher unerheblich. Dieser ist ergebnisorientiert an der endgültigen Höhe des Entgeltes interessiert. Durch die ursprüngliche Fassung wurde auch nicht berücksichtigt, dass ein

<sup>150</sup> Kap. 3 Abschnitt C/I.

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

vergleichsweise ungünstiger Preisbestandteil ohne weiteres ausgeglichen werden kann. Es ist somit zu begrüßen, dass diese Tatbestandsalternative aus dem Referentenentwurf gestrichen wurde.

#### 2. Vergleich mit Unternehmen auf vergleichbaren Märkten

Nach § 29 Nr. 1 Alt. 2 GWB kann die Kartellbehörde einen Missbrauchsverdacht aussprechen, wenn das Versorgungsunternehmen Entgelte oder Geschäftsbedingungen fordert, die ungünstiger sind als diejenigen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten. Handelt es sich bei dem zum Vergleich herangezogenem Unternehmen um ein Unternehmen, das auf demselben Markt tätig ist wie das vermeintlich marktmisbräuchliche Unternehmen, ist § 29 Nr. 1 Alt. 1 GWB als Spezialfall vorrangig anzuwenden.

In der zweiten Alternative des § 29 Nr. 1 GWB sind nur die Märkte miteinander zu vergleichen und nicht die Unternehmen. Der Gesetzesgeber weist in seinen Ausführungen explizit darauf hin, dass die Kartellbehörden – entsprechend der Rechtsanwendungspraxis zu § 19 GWB – die zusätzliche Möglichkeit haben, weitere Vergleichsmärkte zu wählen, die nicht dem Energiesektor zugerechnet werden. Vorzugsweise seien dies Märkte, die ebenfalls ganz oder teilweise von Netzstrukturen geprägt sind. Auch Rohstoffmärkte, für deren Preisbildung der Handel auf Börsen ausschlaggebend ist, wären denkbar.<sup>151</sup> Dabei ist irrelevant, ob auf diesem Vergleichsmarkt Wettbewerb besteht.<sup>152</sup>

#### 3. Erheblichkeitszuschlag

Nach dem Gesetzeswortlaut setzt § 29 Nr. 1 GWB keine erhebliche Abweichung des Preises von dem betroffenen Versorgungsunternehmen zu dem zum Vergleich herangezogenem Unternehmen voraus. Der Wortlaut spricht also dafür, dass auch eine unerhebliche Abweichung ausreicht, um einen Missbrauchsverdacht auszusprechen.

Anders wird dies von *Bechtold*<sup>153</sup> und *Kahlenberg/Haellmig*<sup>154</sup> beurteilt. Diese sind der Auffassung, dass nur eine erhebliche Abweichung missbrauchs begründend sei. Hierfür spreche

<sup>151</sup> BT-Drucks. 16/5847, S. 11.

<sup>152</sup> BGH v. 21.10.1986, WuW/E, 2309, 2311; BGH v. 21.2.1995, WuW/E, 2967, 2973; Möschel, WuW 1999, 5, 10 ff.; BGH v. 28.6.2005, WuW/E DE-R, 1513, 1515.

<sup>153</sup> Bechtold, § 29 Rn. 16.

<sup>154</sup> Kahlenberg/Haellmig, BB 2008, 174, 178.

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

vor allem die historische Auslegung. Der Referentenentwurf habe ursprünglich eine nicht erhebliche Abweichung für den Missbrauchsverdacht ausreichen lassen. Der Gesetzgeber hat diese Formulierung aus dem Referentenentwurf gestrichen. Dieser Umstand lege es nahe, dass eine erhebliche Abweichung erforderlich sei. Weiter spräche auch die Rechtsprechung zur Parallelvorschrift des § 29 GWB – § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB – für die Notwendigkeit des Erheblichkeitszuschlags. Der BGH habe in seinem Beschluss im Verfahren Stadtwerke Mainz erklärt: „Da der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ein Unwerturteil enthält, bedarf es eines erheblichen Abstandes zwischen den von den Betroffenen erzielten Erlösen je Kilometer Leitungslänge und den noch näher festzustellenden entsprechenden Zahlen des Vergleichunternehmens“.<sup>155</sup> Es stelle sich die Frage, warum die Wertung des § 19 GWB nicht auch im Rahmen des § 29 GWB gelten solle. Bei § 29 GWB könne es auf den ersten Blick nicht anders sein, als bei § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB, zumal dasselbe Unwerturteil durch die Norm betroffen sei.

Hierbei wird jedoch ein wesentlicher Unterschied zwischen § 19 GWB und § 29 GWB verkannt. Nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB kann der Missbrauchsverdacht bereits dann ausgesprochen werden, wenn ein Versorgungsunternehmen „ungünstigere“ Entgelte fordert. Ein weiterer Umstand ist für den Ausspruch des Missbrauchverdachts nicht erforderlich. Aus diesem Grund hält der BGH es für notwendig, das Unwerturteil an weitere Voraussetzungen zu knüpfen.

Bei § 29 GWB verhält es sich jedoch anders. Wie bereits erläutert, setzt § 29 Nr. 1 GWB voraus, dass die Abweichung der Entgelte nicht sachlich gerechtfertigt ist. Der Norm ist somit bereits eine negative Voraussetzung immanent, die dem Unwerturteil gerecht wird. Es ist nicht ersichtlich, warum ein weiteres Korrektiv erforderlich sein sollte. Für die Ablehnung des Erheblichkeitszuschlags sprechen zwei weitere Umstände. Zum einen verfolgt § 29 GWB den Zweck, für eine beschränkte Zeit den Kartellbehörden ein besonders starkes kartellrechtliches Instrument zur Seite zu geben. Die zeitliche Beschränkung wurde gerade deswegen eingeführt. Wäre ein Erheblichkeitszuschlag erforderlich, bedürfte es auch keiner befristeten Geltungsdauer. Das Korrektiv des Erheblichkeitszuschlags würde somit dem Sinn und Zweck des § 29 GWB entgegenlaufen.

Zum anderen zeigt § 29 Nr. 1 GWB weite Parallelen zu § 103 Abs. 5 Satz 2 GWB a.F. auf. § 103 Abs. 5 Satz 2 GWB a.F. galt bis zur Eröffnung des Energiemarktes 1998 als Ausgleich für

<sup>155</sup> BGH v. 28.06.2006, WuW/E DE-R, 1513, 1519.

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

das Fehlen der kartellrechtlichen Kontrolle.<sup>156</sup> Der Freistellungsmisbrauch wurde 1980 durch die vierte GWB-Novelle in § 103 GWB a.F. eingeführt. Nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F. lag ein Freistellungsmisbrauch dann vor, wenn ein Versorgungsunternehmen deutlich ungünstigere Preise oder Geschäftsbedingungen forderte als gleichartige Versorgungsunternehmen. Der Normadressat konnte sich rechtfertigen, indem er nachwies, dass die Abweichung auf Umständen beruhte, die ihm nicht zurechenbar waren. Die Parallelität zu § 29 Nr. 1 GWB ist augenscheinlich. Der Gesetzgeber hat auch damals durch den Wortlaut „..., es sei denn“ die Beweislastumkehr eingeführt, um der Beweisschwierigkeit für die Kartellbehörden entgegenzuwirken.

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung zu § 103 Abs. 5 Satz 2 GWB a.F. wurde die Erforderlichkeit eines Erheblichkeitszuschlags verneint. Nach dem BGH war jede Forderung von ungünstigeren Preisen ein missbräuchliches Verhalten. Das Gericht stützte seine Entscheidung auf den Sinn und Zweck des § 103 Abs. 5 Nr. 2 GWB a.F.. Dieser habe darin gelegen, ein Korrektiv für das Fehlen von Wettbewerb zu schaffen. Es sei daher nicht ersichtlich, weshalb den monopolistischen Versorgungsunternehmen eine gewisse Bandbreite für ungünstigere Entgelte zu geben sei.<sup>157</sup>

Es ist nun fraglich, ob diese Rechtsprechung ebenfalls im Rahmen des § 29 GWB berücksichtigt werden kann. *Emmerich* verneint dies für die §§ 19, 20 GWB.<sup>158</sup> Er stellt insoweit darauf ab, dass die Normen unterschiedliche Voraussetzungen hätten und unterschiedliche Ziele verfolgen würden. § 103 Abs. 5 GWB a.F. habe das primäre Ziel verfolgt, den zweckwidrigen Einsatz der Freistellung zu verhindern. Insbesondere seien im Rahmen des § 103 Abs. 5 GWB a.F. energiewirtschaftliche Ziele berücksichtigt worden. Dies sei bei den §§ 19, 20 GWB nicht der Fall; sie verfolgten das Ziel der Sicherung des Wettbewerbs.

Soweit diese Ausführungen im Rahmen der §§ 19, 20 GWB nachvollziehbar sind, kann dies jedoch nicht mehr für die Auslegung des § 29 GWB gelten. Denn § 29 GWB ist in seiner Gesamtheit auf die energiewirtschaftlichen Ziele ausgerichtet. Der durch die sechste Novelle eingeführte Paradigmenwechsel ist insoweit durch § 29 GWB rückgängig gemacht worden. Die Normen des § 29 GWB und des § 103 Abs. 5 GWB a.F. sind also vergleichbar, so dass die Rechtsprechung zu letzterem berücksichtigt werden muss.

<sup>156</sup> Kramm, WRP 1998, 341, 342 ff..

<sup>157</sup> BGH v. 21. 2. 1995, WuW/E, 2967, 2974.

<sup>158</sup> Emmerich, Kartellrecht, § 19 Rn. 32.

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

Es wird also entgegen der Ansicht von *Bechtold* und *Kahlenberg/Haellmigk* der Erheblichkeitszuschlag als nicht erforderlich erachtet. Die Kartellbehörde kann bei jeder, auch unerheblichen, Überschreitung des niedrigeren Vergleichspreises den Missbrauchsverdacht – soweit die weiteren Voraussetzungen vorliegen – aussprechen. Auf die daraus resultierenden Unsicherheiten bei den Versorgungsunternehmen ist im Rahmen der kritischen Würdigung einzugehen.<sup>159</sup>

#### *III. Gewinnbegrenzungskonzept § 29 Nr. 2 GWB*

Nach § 29 Nr. 2 GWB handelt ein marktbeherrschendes Versorgungsunternehmen missbräuchlich, wenn es Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten. Hierdurch wird das Gewinnbegrenzungskonzept bestimmt. Der Preis ist demgemäss überhöht, wenn eine unangemessene Preis-Kosten-Relation vorliegt.<sup>160</sup> Auf einen Vergleich zwischen Versorgungsunternehmen oder Märkten wie in der Nummer 1 des § 29 GWB kommt es nicht an. Ausschlaggebend ist allein die Differenz zwischen den erzielten Erlösen für die gelieferte Energie und die dafür aufgebrauchten Kosten. Der Gesetzgeber bezieht sich in seiner Gesetzesbegründung ausdrücklich auf das Urteil des EuGH „United Brands“ zu Art. 82 EG-Vertrag.<sup>161</sup> Der EuGH hat dort für das Vorliegen des missbräuchlichen Verhaltens vorausgesetzt, dass „ein übertriebenes Missverhältnis zwischen den tatsächlich angefallenen Kosten und dem tatsächlich geforderten Preis“ vorliegt.

In der deutschen Rechtspraxis wurde das Gewinnbegrenzungskonzept bisher nur ergänzend hinzugezogen. Vornehmlich, wenn es an der Vergleichbarkeit fehlte.<sup>162</sup> Erstmals hat die Kartellbehörde in dem Verfahren TEAG ihren Missbrauchsverdacht auf die Preis-Kosten-Relation gestützt. Eine Vergleichbarkeit wurde in dem Fall abgelehnt, da bei ostdeutschen Regionalnetzbetreibern eine vergleichbar ungünstigere Gebietsstruktur und Ertragslage vorliege.<sup>163</sup>

<sup>159</sup> Kap. 3 Abschnitt C/II.

<sup>160</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/5847, S. 11; Ritter/Lücke, WuW 2007, 698, 702.

<sup>161</sup> Der europäische Gerichtshof hat in dem Urteil United Brands das Gewinnbegrenzungskonzept ausdrücklich anerkannt; Vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/5847, S. 11.

<sup>162</sup> vgl. Kuhn, WuW 2006, 578, 584.

<sup>163</sup> Monopolkommission, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Tz. 561.



### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

Das OLG Düsseldorf hat in einem Auskunftsverfahren zu Netznutzungsentgelten die Heranziehung des Gewinnbegrenzungskonzepts als rechtmäßig und gleichberechtigt neben dem Vergleichskonzept anerkannt.<sup>164</sup> Es ist jedoch darauf aufmerksam zu machen, dass bisher keine Entscheidung in der Hauptsache zum Gewinnbegrenzungskonzept ergangen ist. So hat sich der BGH weder zum Kostenbegriff noch zum Merkmal der Unangemessenheit geäußert.

Anders als in der Nummer 1 des § 29 GWB erfasst das Gewinnbegrenzungskonzept ausschließlich Entgelte und keine Geschäftsbedingungen. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass man lediglich Entgelte ins Verhältnis zu Preisen setzen könne. Eine Relation von Geschäftsbedingungen zu Preisen sei nicht möglich.<sup>165</sup>

Der Kostenbegriff und das Merkmal der Unangemessenheit der Preis-Kosten-Relation ist Gegenstand der kritischen Würdigung.<sup>166</sup>

#### *IV. Zwischenergebnis*

Die Kartellbehörden können eine Missbrauchsverfügung sowohl auf das Vergleichsmodell gemäß § 29 Nr. 1 als auch auf das Gewinnbegrenzungsmodell gemäß § 29 Nr. 2 GWB stützen. Das Vergleichsmodell unterscheidet wiederum zwischen zwei Alternativen. Nach § 29 Nr. 1 Alt. 1 GWB sind die Entgelte oder Geschäftsbedingungen von anderen Versorgungsunternehmen zum Vergleich heranzuziehen. § 29 Nr. 1 Alt. 2 GWB stellt auf den Vergleich verschiedener Märkte ab. Nach § 29 Nr. 2 GWB kann die Kartellbehörde bei absolut überhöhten Preisen eingreifen.

#### **B. Verteidigungsmöglichkeiten der Unternehmen**

Die Unternehmen haben folgende Möglichkeiten, um einen Missbrauchsverdacht abzuwenden.

<sup>164</sup> Das OLG Düsseldorf sieht die Anwendung eines reinen Kostenkonzepts immer dann als gerechtfertigt an, wenn sich das Vergleichsmarktkonzept nicht eignet, weil die Vergleichsmärkte monopolistisch strukturiert sind oder bei vertikal integrierten Unternehmen Quersubsumierungen vorgenommen werden können. Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 22.4.2002, WuW/E DE-R, 914, 916 f.; KG v. 23.12.1982 – Kart 28/82 – Euglucon, WuW/E OLG, 2892, 2895; a.A. Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 154.

<sup>165</sup> BT-Drucks. 16/5847, S. 11.

<sup>166</sup> Kap. 3 Abschnitt C/III.

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

#### *I. Bei einem Missbrauchsvorwurf nach § 29 Nr. 1 Alt. 1 GWB*

Das Kartellamt kann § 29 GWB im Verwaltungsverfahren durchsetzen. So kann es nach § 32 Abs. 1 GWB das Versorgungsunternehmen dazu verpflichten, den Verstoß nach § 29 GWB abzustellen und ihm nach § 32 Abs. 2 GWB alle Maßnahmen aufgeben, die für ein wirksames Abstellen der Zuwiderhandlung erforderlich und verhältnismäßig ist. Im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Amtsermittlungsgrundsatz. Die Behörde ist daher dazu angehalten, zu untersuchen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen. So obliegt es diesen zu prüfen, ob tatsächlich ungünstigere Entgelte oder Geschäftsbedingungen vom Unternehmen gefordert werden. Es ist jedoch davon auszugehen, dass eine Prüfung eine Preisüberschreitung ergeben wird.

§ 29 ist darüber hinaus eine Verbotsvorschrift nach § 134 BGB.<sup>167</sup> Fordert ein Unternehmen Entgelte, die dem Maßstab des § 29 GWB nicht gerecht werden, hat der Letztverbraucher gegen das Unternehmen Bereicherungsansprüche. Im Zivilverfahren wird der Kläger – als beweisbelastete Partei – in der Regel ebenfalls den Beweis erbringen können, dass ungünstigere Entgelte oder Geschäftsbedingungen von dem Unternehmen gefordert werden.

Das Unternehmen kann den Missbrauchsverdacht jedoch auch anders abwenden. Es könnte – sowohl im Kartellverwaltungs- als auch im zivilverfahren<sup>168</sup> – nach § 29 Satz 1 Alt. 1 GWB auf der Rechtfertigungsebene nachweisen, dass die Abweichung sachlich gerechtfertigt ist.

#### 1. Sachliche Rechtfertigung

Soweit die Tatbestandsvoraussetzungen des Missbrauchstatbestandes vorliegen, besteht ein Indiz für missbräuchliches Verhalten. Es ist jedoch möglich, dass die ungünstigeren Entgelte oder Geschäftsbedingungen sachlich gerechtfertigt sind. Nach ständiger Rechtsprechung zu §§ 19 Abs. 4 Nr. 1 und 3, 20 Abs. 1, 3 und 4, 21 Abs. 1 GWB ist im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung eine umfassende Interessenabwägung erforderlich. Hierbei kommt es auf eine Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des

<sup>167</sup> Loewenheim/Meessen/Riesenkampf; Komm. zum Kartellrecht, § 29 Rn. 41.

<sup>168</sup> MünchKommGWB-Markert, § 29 Rn. 59 ff.

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB an.<sup>169</sup> Dieser Maßstab – die Freiheit des Wettbewerbs – kann im Rahmen der Interessenabwägung zu § 29 GWB jedoch nicht unmittelbar berücksichtigt werden. Sinn und Zweck des § 29 GWB ist gerade nicht, die Betätigungsfreiheit der Unternehmen, sondern den Verbraucher vor überhöhten Preisen zu schützen. § 29 GWB ist ausgerichtet auf Märkte, in denen gerade kein freier Wettbewerb besteht. Es kann demnach kein Interesse zur Aufrechterhaltung freien Wettbewerbs berücksichtigt werden, da dieser nicht gegeben ist.

In die Interessenabwägung ist jedoch die Aufrechterhaltung des Marktes einzubeziehen, der bei wirksamem Wettbewerb bestehen würde. Dieser Maßstab ist schon in § 29 S. 2 GWB festgelegt.<sup>170</sup>

Dieselbe Problematik ergibt sich auch bei § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB, der ebenfalls den Schutz der Verbraucher verfolgt. Auch hier gilt es, die Interessen der Verbraucher mit denen der Anbieter abzuwägen. Das Verbraucherinteresse liegt darin, nur mit solchen Kosten belastet zu werden, die bei jedem anderen Anbieter entstehen würden. Hingegen haben die Anbieter das Interesse, nicht zu Preisen anbieten zu müssen, die nicht einmal die Selbstkosten tragen.<sup>171</sup>

In der Rechtsprechung zu § 19 Abs. 4 Nr. 3 ist insbesondere der Einwand der Kostenunterdeckung als Rechtfertigungsgrund zugelassen worden. Dementsprechend haben die betroffenen Unternehmen mehrfach auf die eigene Kostenlage verwiesen.<sup>172</sup> So sieht die Rechtsprechung in einer Preisspaltung keinen Ausbeutungsmisbrauch, wenn beide Entgelte nicht zur Kostendeckung führen.<sup>173</sup> Dies wurde von dem BGH in der Entscheidung „Flugpreis Berlin-Frankfurt/M“<sup>174</sup> ausdrücklich gebilligt: Die Preisspaltung verliere ihre individuelle Bedeutung, wenn auch das höhere Entgelt nicht einmal die Selbstkosten des marktbeherrschenden Unternehmens decke, dieses vielmehr Verluste erleide, welche in anderer Weise ausgeglichen werden müssten (...) Auch ein marktbeherrschendes Unternehmen könne im Wege der Preismissbrauchsaufsicht weder dazu gezwungen werden, seine Leistungen zu

<sup>169</sup> MünchKommGWB-Westermann, § 20 Rn. 74 ff.; BGHZ 52, 65; BGH v. 13.11.1990, WuW/E, 2683, 2686; BGH v. 21.2.1995, WuW/E, 2990, 2995.

<sup>170</sup> Loewenheim/Meessen/Riesenkampf; Komm. zum Kartellrecht, § 29 Rn. 23.

<sup>171</sup> BGH v. 22.7.1999, WuW/E DE-R, 375, 377 ff..

<sup>172</sup> KG v. 12.3.1982 WuW/E OLG 2617, 2619 „regional unterschiedliche Tankstellenpreise“; KG v. 26.11.1997 WuW/E DE-R 124; BGH v. 22.7.1999, WuW/E DE-R, 375, 377 ff..

<sup>173</sup> KG v. 12.3.1982 WuW/E OLG 2617, 2619 „regional unterschiedliche Tankstellenpreise“.

<sup>174</sup> BGH v. 22.7.1999, WuW/E DE-R, 375, 377 ff..

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

nicht einmal kostendeckenden Preisen anzubieten, noch sich aus dem Wettbewerb gänzlich herauszuziehen.

Der BGH hat sich in seiner Rechtsprechung zu § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB an seine frühere Rechtsprechung zu § 103 Abs. 5 Nr. 2 Satz 2 GWB a.F. angelehnt.

Es liegt daher nahe, im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung, auf § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F. abzustellen. Nach dieser ehemaligen Preishöhenkontrolle wurde zwischen zurechenbaren und nicht zurechenbaren Umständen unterschieden. Nicht zurechenbare Umstände waren strukturbedingte Kostenfaktoren, die im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung berücksichtigt werden konnten. Zurechenbare Umstände waren unternehmensindividuelle Kostenfaktoren, die bei der sachlichen Rechtfertigung keine Berücksichtigung fanden.<sup>175</sup> Es kam also darauf an, ob die von dem betroffenen Unternehmen ungünstigeren Entgelte auf Umstände beruhten, die dem betroffenen Unternehmen zurechenbar waren oder nicht.

Für eine solche Interpretation im Rahmen des § 29 GWB spricht auch Satz 2 des § 29 GWB. Nach Satz 2 sind Kosten, „die sich ihrem Umfang nach nicht im Wettbewerb einstellen würden“, bei der Feststellung eines Missbrauchs zu ignorieren. Basieren die höheren Entgelte auf Umstände, die dem Unternehmen nicht zugerechnet werden können, handelt es sich zwangsläufig um Kosten, die sich auch in einem funktionsfähigen Wettbewerb einstellen würden. Wenn andererseits die höheren Kosten auf Umständen beruhen, die dem Unternehmen zugerechnet werden können, würden diese Kosten nicht bei wirksamem Wettbewerb entstehen.

Es ist daher im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung darauf abzustellen, ob die höheren Entgelte auf strukturbedingten – demnach nicht zuzurechnenden – Umständen beruhen, die die sachliche Rechtfertigung ermöglichen oder auf unternehmensindividuellen, zurechenbaren Umständen, die für die sachliche Rechtfertigung nicht ausreichen.

#### 2. Beweislastumkehr

Nach dem Wortlaut des § 29 Nr. 1 GWB gilt im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast vor den Kartellbehörden. In § 29 Nr. 1 GWB heißt es: „....., es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, dass die Abweichung sachlich

<sup>175</sup> BGH v. 31.5.1972, WuW/E, 1221; Kramm, WRP 1998, 341, 346 ff..

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

gerechtfertigt ist, wobei die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast nur in Verfahren vor den Kartellbehörden gilt...“.

Die Beweislastumkehr ist vor allem dadurch eingeschränkt, dass sie nur vor den Kartellbehörden gilt. Die Beweislast kann grundsätzlich in drei Bereichen relevant werden: im Verwaltungs-, Zivilprozess- und Ordnungswidrigkeitenverfahren.

Im Kartellverwaltungsverfahren gilt nach § 57 GWB der Amtsermittlungsgrundsatz. Nach diesem müssen die Kartellbehörden die entscheidungserheblichen Tatsachen ermitteln. In formeller Hinsicht folgt daraus die Pflicht der Kartellbehörden, sowohl die für das Unternehmen belastenden, als auch die begünstigenden Tatsachen zu ermitteln. Vorliegend trägt die Kartellbehörde auch weiterhin die formelle Beweislast.<sup>176</sup> In materieller Hinsicht wird das Risiko der Nichtaufklärbarkeit einer bestimmten Tatsache der beweisbelastenden Partei zugewiesen. Die materielle Beweislast im Kartellverwaltungsverfahren ist entscheidend bei einer non-liquet Situation.<sup>177</sup> Es ist durch den Gesetzeswortlaut von einer gesteigerten Mitwirkungs- und Darlegungspflicht für das Unternehmen auszugehen. Verweigert das Unternehmen die Mitwirkung an dem Nachweis der sachlichen Rechtfertigung und führen die Ermittlungen der Behörde zu einem non-liquet, hat das Gericht zu Lasten des Unternehmens zu entscheiden.<sup>178</sup> Es wird also die materielle Beweislast auf das marktbeherrschende Unternehmen übertragen.

Der Gesetzgeber hat den Referentenentwurf auch hier geändert. In der ursprünglichen Fassung hieß es: „Ein Missbrauch liegt nicht vor, wenn das Versorgungsunternehmen nachweist, dass die Abweichung sachlich gerechtfertigt ist.“ Die Änderung des Gesetzesentwurfes beschränkt nun die Beweislastumkehr auf das Kartellverwaltungsverfahren. Größere Auswirkungen hätte jedoch die Beweislastumkehr im Kartellzivilprozess gehabt.

Im Zivilprozess gilt der Amtsermittlungsgrundsatz nicht. Jede Partei hat den Nachweis derjenigen Tatsachen zu erbringen, die für sie günstig sind. Hätte man gegen ein Versorgungsunternehmen geklagt, hätte sich der Kläger etwa auf den Nachweis beschränken können, dass das Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat und, dass das geforderte Entgelt ungünstiger ist als das Entgelt eines Vergleichsunternehmens. Auch

<sup>176</sup> BT-Drucks. 16/5864, S. 11.

<sup>177</sup> MünchKommGWB-Engelsing, § 57 Rn. 3; Schmidt/Bach in Immenga/Mestmäcker, § 57 Rn 11 ff..

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

offensichtliche Unterschiede zwischen den Unternehmen hätten keinen Unterschied gemacht. Das beklagte Versorgungsunternehmen, das nicht über die Ermittlungsbefugnisse einer Kartellbehörde verfügt, hätte ohne genaue Kenntnis über die Marktsituation des Vergleichsunternehmens große Schwierigkeiten, den Nachweis der Nichtvergleichbarkeit zu erbringen. Dies erschien nicht angemessen. Die Ermittlung von Vergleichsmärkten auf dem Energiemarkt ist so komplex, dass keine der Parteien eines Zivilprozesses die erforderliche Sachaufklärung leisten könnte. Der Referentenentwurf ging über das eigentliche Anliegen, die Preismissbrauchskontrolle der Kartellbehörden zu stärken, weit hinaus. Die Beschränkung der Beweislastumkehr auf das Kartellverwaltungsverfahren soll daher nach der Gesetzesbegründung verhindern, dass die Energieversorgungsunternehmen durch eine für den Kläger günstige Beweisverteilung über Gebühr belastet werden<sup>179</sup> und ist daher begrüßenswert.

Eine Verletzung des § 29 GWB ist ebenfalls mit bußgeldrechtlichen Rechtsfolgen verbunden. Nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist ein vorsätzlicher oder fahrlässiger Verstoß gegen § 29 GWB eine Ordnungswidrigkeit und kann nach § 81 Abs. 4 GWB mit Bußgeld geahndet werden. Im Bußgeldverfahren kann sich die Kartellbehörde für das Fehlen der sachlichen Rechtfertigung nicht auf die Beweislastumkehr stützen.<sup>180</sup> Bußgeldverfahren sind im Rahmen des § 29 GWB in der Praxis noch nicht relevant, so dass sie nicht weiter zu berücksichtigen sind.

#### *II. Bei einem Missbrauchsvorwurf nach § 29 Nr. 1 Alt. 2 GWB*

Bei einem Verdacht nach Alternative 2 von Nummer 1 des § 29 GWB kann das betroffene Unternehmen ebenfalls vortragen, dass die Entgelte oder Geschäftsbedingungen nicht ungünstiger sind. Demnach würde es Tatsachen auf der Tatbestandsseite bestreiten. Es ist dem Versorgungsunternehmen auch möglich vorzutragen, dass die Vergleichbarkeit der Märkte nicht gegeben ist. Es ist fraglich, wer bei einem solchen Vortrag beweislaster ist.

Nach dem Wortlaut ist davon auszugehen, dass sich die Beweislastumkehr sowohl auf die erste als auch auf die zweite Alternative bezieht. Die Gesetzesbegründung lässt jedoch einen anderen

<sup>178</sup> Kahlenberg/Haellmigk, BB 2008, 174, 177.

<sup>179</sup> Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie (9. Ausschuss), BT-Drucks. 16/7156, S. 11; Ritter weist darauf hin, dass diese Argumentation widersprüchlich ist. Im Rahmen der 7. GWB-Novelle verfolgte der Gesetzgeber noch das Ziel die privaten Schadensersatzklagen zu erleichtern; WuW 2008, 142, 147.

<sup>180</sup> MünchKomm-GWB/Markert, § 29 Rn. 64; Bechtold, GWB, § 29 Rn. 20.

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

Rückschluss zu. Hier heißt es, „nach Satz 1 Nummer 1 kann die Kartellbehörde für die Begründung des Missbrauchsverdachts andere Versorgungsunternehmen als Vergleich heranziehen. Ob diese hinreichend vergleichbar sind, ist im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung zu klären“.<sup>181</sup> Hiernach ist also der Nachweis der Vergleichbarkeit von Versorgungsunternehmen (Alt. 1) auf die Rechtfertigungsebene verschoben und es gilt nur dort die Beweislastumkehr. Bei Unternehmen auf anderen Märkten (Alt. 2) bleibt es bei dem Grundsatz, dass das Kartellamt den Nachweis der Vergleichbarkeit zu erbringen hat. Das Kartellamt muss als staatliche Behörde, die in grundrechtlich geschützte Handlungsfreiheiten der Unternehmen eingreifen will, die Voraussetzungen dafür darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass das Handeln des Unternehmens den Verbotstatbestand erfüllt. Hierfür spricht nicht nur die Gesetzesbegründung, sondern darüber hinaus auch die verfassungskonforme Auslegung dieser Beweislastregelung. Dass eine solche Auslegung erforderlich ist, wird im Abschnitt C. I. ausgeführt.

#### *III. Bei einem Missbrauchsvorwurf nach § 29 Nr. 2 GWB*

Verteidigt sich ein Unternehmen gegen den Missbrauchsvorwurf auf der Basis des Gewinnbegrenzungskonzepts nach der Nummer 2 des § 29 GWB, so kann es die Entscheidung des Amtes anfechten, indem es bestreitet, dass die Tatbestandsvoraussetzung der „unangemessenen Überschreitung“ vorliegt.

Der ursprüngliche Referentenentwurf sah eine weitere Verteidigungsmöglichkeit vor. Hiernach konnte das Unternehmen einen Rechtfertigungsgrund für eine unangemessene Preis-Kosten-Relation darlegen. Es stellte sich die Frage, inwieweit Entgelte, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten, sachlich gerechtfertigt sein könnten. Der Regierungsentwurf wurde diesbezüglich geändert. Die Rechtfertigungsmöglichkeit wurde gestrichen und in die Nummer 1 der Norm integriert.

Fraglich ist nun, ob dennoch eine sachliche Rechtfertigung aus anderen Gründen möglich sein könnte. Insbesondere kommt ein Rechtfertigungsgrund angelehnt an die §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 2, 20 Abs. 1 GWB in Betracht.

<sup>181</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/5847, S. 11.

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

Der Gesetzgeber stellt – im Ergebnis ohne Unterschied – im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB auf die fehlende sachliche Rechtfertigung der Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen und in § 20 Abs. 1 und 4 GWB auf die unbillige Behinderung anderer Unternehmen ab. Die Übertragung dieser Rechtfertigungsmöglichkeiten auf § 29 Nr. 2 GWB ist nicht angebracht. Denn für die sachliche Rechtfertigung des Missbrauchs ist eine normative Interessenabwägung erforderlich. Eine solche ist bereits im Rahmen des Merkmals der „Angemessenheit“ vorzunehmen. Eine zweifache Interessenabwägung wäre überflüssig. Etwas anderes hätte sich nur ergeben können, wenn unterschiedliche Parteien für das Vorliegen der jeweiligen Merkmale beweisbelastet wären. Jedoch ist auch dies zu verneinen. Denn die Kartellbehörde ist sowohl für die Unangemessenheit der Preis-Kosten-Relation als auch für das Fehlen der sachlichen Rechtfertigung beweisbelastet.

#### **C. Kritische Würdigung des § 29 GWB**

Es ist augenscheinlich, dass mit der Vorschrift des § 29 GWB die Ausübung der Missbrauchskontrolle für die Kartellämter erleichtert werden soll. Das Gewinnbegrenzungskonzept und die Beweislastumkehr werden diesem Ziel jedoch nur vordergründig gerecht. Um die Norm abschließend zu beurteilen, muss untersucht werden, welche Risiken die Norm in sich birgt.

##### *I. Vergleich mit anderen Unternehmen, § 29 Nr. 1 Alt. 1 GWB*

Nach dem Wortlaut des § 29 Nr. 1 Alt. 1 GWB ist jedenfalls im Kartellverwaltungsverfahren die Darlegungs- und Beweislast der Kartellbehörde eingeschränkt. Das marktbeherrschende Unternehmen soll in Verfahren vor der Kartellbehörde dazu gebracht werden, die sachliche Rechtfertigung darzulegen und zu beweisen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass – wie bereits festgestellt – sich die Beweislastumkehr auf die materielle Beweislast beschränkt. Denn auch die materielle Beweislast ist für das Unternehmen zumindest in einer non-liquet Situation erheblich. Ist es dem Unternehmen in dieser Situation nicht möglich, den Rechtfertigungsgrund zu beweisen, wird zu seinen Lasten entschieden.



### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

Wesentlicher Rechtfertigungsgrund ist die fehlende strukturelle Vergleichbarkeit der Versorgungsunternehmen.<sup>182</sup> Wie die Beweislastumkehr bezüglich dieses Rechtfertigungsgrundes zu behandeln ist, ist fraglich.

Nach *Markert* habe die Kartellbehörde die formelle und materielle Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen eines Verstoßes gegen § 29 GWB zu tragen. Hiervon sei die fehlende sachliche Rechtfertigung nach Satz 1 Nummer 1 ausgenommen. Das Unternehmen habe also zu beweisen, dass die ungünstigeren Entgelte oder Geschäftsbedingungen im Einzelfall sachlich gerechtfertigt sind. Hierbei seien dieselben Grundsätze, wie für die anderen Vorschriften des GWB, heranzuziehen. Den betroffenen Unternehmen sei dort ebenfalls die förmliche Nachweispflicht für das Vorliegen der Ausnahmevoraussetzungen auferlegt.<sup>183</sup> Dies sei zwar eine Unterbrechung des Amtsermittlungsgrundsatzes, die jedoch hinzunehmen sei.<sup>184</sup>

Diese Auffassung überzeugt nicht. Sie lässt verfassungsrechtliche Bedenken außer Acht. Dem Unternehmen kann nicht der Beweis der sachlichen Rechtfertigung obliegen. Insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet es, die Beweislastumkehr im Bereich der hoheitlichen Wirtschaftsaufsicht einzugrenzen.

Die Beweisführung für die Unternehmen dahingehend, dass ihre Entgelte sachlich gerechtfertigt sind, ist besonders problematisch. Es wird den betroffenen Unternehmen nicht möglich sein, den Beweis für eine fehlende strukturelle Vergleichbarkeit zu erbringen. Das Unvermögen der betroffenen Unternehmen ist tatsächlicher Natur. Es wird ihnen der Zugang zu den benötigten Daten fehlen. Anders als die Kartellbehörden haben sie keine Möglichkeit, relevante Daten von Vergleichsunternehmen zu erlangen. Dies hat zur Folge, dass das Kartellamt den Preis eines Versorgungsunternehmens als Vergleichsmaßstab heranziehen kann, obwohl der Preis aufgrund struktureller Unterschiede nicht mit dem Preis des betroffenen Unternehmens vergleichbar ist.

Es kann dem Unternehmen nicht zugemutet werden, die Beweislast für Umstände zu tragen, die nicht in seiner Sphäre liegen. Insbesondere da durch § 29 GWB in das Grundrecht der Versorgungsunternehmen auf Handlungsfreiheit, hier die Preissetzungsfreiheit, eingegriffen wird. Das Gesetz ist daher verfassungskonform auszulegen. Nach einer verfassungskonformen Auslegung trifft die Unternehmen zwar eine gesteigerte Mitwirkungspflicht, jedoch nicht die Beweislast für die sachliche Rechtfertigung. Aufgrund der gesteigerten Mitwirkungspflicht hat

<sup>182</sup> MünchKomm-GWB/Markert, § 29 Rn. 62.

<sup>183</sup> MünchKomm-GWB/Säcker/Gosse/Wolf, § 19 Rn. 57.

<sup>184</sup> MünchKomm-GWB/Markert, § 29 Rn. 62 m.V.a. § 19 Rn. 55 -58.

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

das Unternehmen alle in Betracht kommenden Tatsachen, die die Vermutung erschüttern können, darzulegen. Bestimmte, für Unternehmen nur schwer nachweisbare Umstände, sind lediglich substantiiert zu behaupten. Den Kartellbehörden obliegt es dann, die Behauptungen im Wege ihrer Auskunftsrechte gegenüber Dritten zu überprüfen.

Ansonsten wäre es nach verfassungsrechtlichem Maßstab nicht gerechtfertigt, den Unternehmen Pflichten aufzuerlegen, die sie nicht erfüllen können, und die Behörde, die kraft ihrer Ermittlungsbefugnisse in der Lage wäre, entgegen dem üblichen System in der Wirtschaftsaufsicht davon zu entbinden. Den Kartellbehörden obliegt zumindest die Darlegung der Funktionsgleichheit der zu vergleichenden Unternehmen.

#### *II. Rechtsunsicherheit für die Unternehmen*

Wie bereits aufgezeigt, setzt ein missbräuchliches Verhalten nicht voraus, dass die geforderten Entgelte erheblich höher sind, als die des zu vergleichenden Unternehmens.<sup>185</sup> Dass der Erheblichkeitszuschlag nicht erforderlich ist, führt zu Rechtsunsicherheiten bei den Versorgungsunternehmen. So muss jedes Versorgungsunternehmen permanent damit rechnen, dass die Preissenkung eines beliebigen Konkurrenten einen Missbrauchsverdacht rechtfertigen könnte. Neben den „großen“ Verbundunternehmen EnBW, E.ON, RWE und Vattenfall Europe können auch kleinere Stadtwerke betroffen sein. Diese können vor allem im Bereich der Grundversorgung auf dem privaten Endkundenmarkt eine dominante Stellung innehaben. Den kleineren Unternehmen ist es jedoch nicht möglich, einen ständigen deutschlandweiten Preisvergleich durchzuführen. Folglich sind sie einem dauernden Risiko ausgesetzt, dem sie nicht vorbeugen können.

Der Missbrauchsverdacht kann also durch das Verhalten eines anderen Unternehmens ausgelöst werden, auf welches das betroffene Versorgungsunternehmen jedoch in der Regel keinen Einfluss hat. Das Versorgungsunternehmen kann darüber hinaus nicht zuverlässig einschätzen, bei welchem Preis die Schwelle zwischen erlaubtem und missbräuchlichem Verhalten verläuft. Dass ein schon geringfügiges und letztendlich wohl unvermeidbares Überschreiten des Vergleichspreises den Unterschied zwischen legalem und bußgeldbewährtem Verhalten ausmachen soll, scheint nicht gerechtfertigt.

<sup>185</sup> Kap. 3 Abschnitt A/II/3.

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

Die dargestellte Rechtsunsicherheit stellt zwar keinen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 GG dar. Jedoch gilt es die Frage zu untersuchen, ob § 29 GWB geeignet ist, seinen Sinn und Zweck zu erreichen. Die von § 29 GWB ausgehende Rechtsunsicherheit stellt für die Praxis ein Risiko dar und unterstreicht, dass die Norm nicht geeignet ist, den Wettbewerb zu fördern.

#### *III. Kosten und Kostenanalyse nach § 29 Nr. 2 GWB*

Die Vorschrift des § 29 Nr. 2 GWB gibt der Kartellbehörde die Möglichkeit, bei absolut überhöhten Preisen einzugreifen. Hierbei wird der Preis für das angebotene Produkt – Strom – mit den zugrunde liegenden Kosten (Erzeugung, Vertrieb, Vermarktung) verglichen. Ist demnach die Gewinnmarge „unangemessen“ hoch, ist der Preis missbräuchlich<sup>186</sup>, soweit keine sachliche Rechtfertigung eingreift.

##### 1. Kostenbegriff

Die Preis-Kosten-Relation setzt zunächst einmal voraus, dass die zu berücksichtigenden Kosten zu ermitteln sind. Hierbei lässt sowohl der Wortlaut als auch die Gesetzesbegründung offen, auf welche Kosten abzustellen ist. Die einzige Konkretisierung des Kostenbegriffs findet sich in § 29 Satz 2 GWB. Hiernach dürfen Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, nicht berücksichtigt werden.

In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu lediglich, dass das Gesetz keinen bestimmten Kostenbegriff etwa im Sinne von Durchschnittskosten verwende.<sup>187</sup> Die Kartellbehörden hätten bei der Überprüfung der Kosten anerkannte ökonomische Theorien zu beachten, wie etwa den Grundsatz, dass bei vollkommenem Wettbewerb die Preise den Grenzkosten entsprechen.<sup>188</sup> Die Monopolkommission stellt daher zutreffend fest, dass die Kartellbehörden mit der Interpretation des Kostenbegriffs auf sich allein gestellt sind.<sup>189</sup>

Es kommen grundsätzlich zwei Kostenrechnungsarten in Betracht, auf die im Wege des Gewinnbegrenzungskonzepts abgestellt werden könnte. Zum einen die der Grenzkosten (a) zum anderen die der Vollkosten (b).

<sup>186</sup> Preuske, Preismissbrauchskonzepte und Marktsysteme 1984, S. 51.

<sup>187</sup> Kahlenberg/Haellmigk sehen hierin eine gänzliche Absage der Durchschnittskosten, BB 2008, 174, 176.

<sup>188</sup> BT. Drucks. 16/575847.

<sup>189</sup> Monopolkommission, Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel?, Tz. 18 ff..

a) Grenzkosten

Die Grenzkosten richten sich nach den variablen Kosten des Kraftwerks, das die letzte Einheit Strom hergestellt hat, die erforderlich ist, um die bestehende Nachfrage zu decken.<sup>190</sup> Sie beinhalten demnach die Kosten, die durch die Herstellung eines zusätzlichen Produkts über die bisherigen Kosten hinausgehen. Es ist also zu ermitteln, um wie viel sich die Kosten verändern, wenn ein zusätzliches Produkt hergestellt wird. Bei vollkommenem Wettbewerb wählen die Unternehmen ihre Angebote so, dass die Kosten der letzten Einheit – demnach die Grenzkosten – gerade gleich dem Preis sind. Der Preis wiederum pendelt sich so ein, dass die Angebote aller Unternehmen zusammen die Nachfrage decken.<sup>191</sup>

b) Vollkosten

Bei der Vollkostenrechnung werden alle in einem bestimmten Zeitraum anfallenden Kosten auf ein Produkt (dem sogenannten Kostenträger) weiterverrechnet.<sup>192</sup> Es ist zwischen den Gemeinkosten und den Einzelkosten zu differenzieren. Einzelkosten sind Kosten, die dem Kostenträger unmittelbar zuzurechnen sind. Diese direkten beziehungsweise unmittelbaren Kosten sind etwa Materialkosten.<sup>193</sup> Gemeinkosten sind hingegen Kosten, die sich nur mittelbar auf den Kostenträger beziehen.<sup>194</sup> Kosten, die nur einen mittelbaren Bezug zu dem Produkt oder der Leistung haben, sind regelmäßig Verwaltungskosten und Kosten für Grundstücke oder gemeinsame Vertriebskanäle. Für die Vollkostenrechnung ist charakteristisch, dass beide Kostenarten zu berücksichtigen sind.

Die Vollkosten sind in der Regel nicht identisch mit den Grenzkosten. Dies wird deutlich, wenn man sich den Zusammenhang zu der bereits besprochenen Stromlast vergegenwärtigt. Wie im Rahmen der Last aufgezeigt wurde, werden abhängig von der jeweiligen Stromnachfrage verschiedene Erzeugungsarten eingesetzt.<sup>195</sup> Die Entscheidung darüber, welche Art der

<sup>190</sup> Stellungnahme des wissenschaftlichen Beirats des BMWi v. 20.11.2006, abrufbar unter [www.bmwi.de/BMWI/Redaktion/PDF/B/brief-energiebeirat-an-glos](http://www.bmwi.de/BMWI/Redaktion/PDF/B/brief-energiebeirat-an-glos).

<sup>191</sup> MünchKommGWB-Markert, § 29 Rn. 46.

<sup>192</sup> zur Vollkostenrechnung eingehend Weiss, Das Konzept der Gewinnbegrenzung 1994, S. 146 ff..

<sup>193</sup> Schneider/Theobald, HB EnWR, § 16 Rn. 33.

<sup>194</sup> Schneider/Theobald, HB EnWR, § 16 Rn. 33.

<sup>195</sup> Kap. 2, Abschnitt A/I/1.

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

Stromerzeugung eingesetzt wird, ist kostenabhängig. So gibt es Unterschiede zwischen den Kosten der Stromerzeugung aus Wasserkraft, Atomenergie, Kohle, Gas und Windkraft. Beginnend mit der günstigsten Art der Stromerzeugung wird zunächst Wasserkraft, dann Atomenergie und dann Kohle und Gas eingesetzt. Gaskraftwerke haben hohe kurzfristige Kosten und werden daher nur in Spitzenlastzeiten eingesetzt. Dagegen haben Wasserkraftwerke besonders niedrige Kosten, so dass diese für die Grundlast eingesetzt werden.

Im Zusammenhang mit den Grenzkosten kann man also feststellen, dass die Grenzkosten in Spitzenlastzeiten sich mit den Kosten der Stromerzeugung durch ein Gaskraftwerk decken. Hingegen sind die Grenzkosten zu Grundlastzeiten identisch mit den Kosten eines Wasserkraftwerkes. Anders ist es bei den Vollkosten. Die Vollkosten setzen sich aus den durchschnittlichen Kosten zum einen aus allen eingesetzten Stromerzeugungsmöglichkeiten und zum anderen aus weiteren mittelbaren Kosten (sowohl fixe als auch variable) zusammen.

#### c) Stellungnahme

Da ein einheitlicher Kostenbegriff fehlt, stellt sich die Frage, welcher im Rahmen der kartellrechtlichen Preisaufsicht anzuwenden ist. Diese Frage ist zweckorientiert zu beantworten. Ein Abstellen auf die Grenzkosten scheidet bereits aufgrund der Widersprüchlichkeit aus. Wie soeben festgestellt, besteht der Grundsatz, dass bei vollkommenem Wettbewerb die Marktpreise den Grenzkosten entsprechen. Die Auslegung der Kosten nach dem Grenzkostenprinzip setzt demnach vollkommenen Wettbewerb voraus. Dieser fehlt jedoch gerade auf dem Energiesektor. Vielmehr ist der fehlende Wettbewerb der Grund für die Einführung des § 29 GWB. Man kann die Grenzkosten nicht ermitteln, wenn die Voraussetzung des vollkommenen Wettbewerbs nicht gegeben ist.

Aus § 29 Satz 2 GWB könnte man schließen, dass auf diejenigen Grenzkosten abzustellen ist, die in einem hypothetischen Wettbewerb entstehen würden. § 29 Satz 2 GWB stellt auf den „Als-Ob-Wettbewerb“ ab. Die Norm fragt also danach, welche Situation bestünde, wenn der Netzbetrieb nicht monopolistisch, sondern im Wettbewerb erfolgen würde. Dies setzt die Erkenntnis für ein wettbewerbadäquates Verhalten voraus. Konkrete Ergebnisse sind jedoch aus dem Prinzip des „Als-Ob-Wettbewerbs“ schwierig ableitbar. Die Probleme einer Konkretisierung liegen darin, dass die grundsätzlichen Wirkungen von Wettbewerb abstrakt bekannt sind. Sie liegen in der Kostensenkung, den Investitionsanreizen, der Förderung von Innovation und dem Kundenservice. Dies ändert jedoch nichts daran, dass sich Wettbewerb auf

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

bestimmten Märkten nicht einstellt. Der Maßstab der Wettbewerbsanalogie ist daher kaum zu konkretisieren, soweit man einen Anspruch auf rechtstaatliche Ergebnisse hat.<sup>196</sup> Diesem Anspruch müssen aber die Ergebnisse gerecht werden, da die Preisregulierung einen intensiven Eingriff in Handlungsfreiheit der Unternehmen darstellt.

*Kahlenberg/Haellmigk* stellen auf die Grenzkosten ab, weil in der Gesetzesbegründung eine deutliche Abkehr von den Durchschnittskosten zu sehen sei.<sup>197</sup> Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Der Gesetzgeber führt in seiner Gesetzesbegründung zwar aus, dass er keinen bestimmten Kostenbegriff im Sinne von Durchschnittskosten verwendet. Jedoch wird die Auslegung des Wortlauts dahingehend, dass deshalb die Grenzkosten maßgeblich seien, strapaziert. Dem Gesetzgeber wäre es möglich gewesen, dieses ausdrücklich zu formulieren. Hiervon hat er jedoch abgesehen. Vielmehr lässt er den Kostenbegriff offen, so dass dieser zweckorientiert auszulegen ist.

Zweck des Energieparagrafen ist eine umfassende Kartellaufsicht. Im Rahmen des Gewinnbegrenzungskonzepts stehen die insgesamt aufgewandten Kosten für das Produkt in Frage. Denn die Kosten sind vollumfänglich maßgeblich für den zu kontrollierenden Preis. Da nur im Rahmen der Vollkosten auch die mittelbaren Kosten auf das Produkt weiterverrechnet werden, ist diese Kostenermittlung maßgeblich.

Jedoch birgt die Vollkostenrechnung wesentliche Schwierigkeiten in sich. Es ist augenscheinlich, dass die Zurechnung von mittelbaren Kosten auf den Kostenträger problematisch ist. Die mittelbaren Kosten sind in der Regel solche, die zugleich für mehrere Produktarten oder für eine unbestimmte Anzahl an Produkten entstehen.

Die Verteilung der Gemeinkosten auf einzelne Kostenträger erfolgt in zwei Schritten im Wege der Gemeinkostenschlüsselung. In einem ersten Schritt werden die gesamten primären Träger-Gemeinkosten den Kostenstellen direkt oder auf Grundlage geeigneter Verteilungsschlüssel zugerechnet. In einem zweiten Schritt erfolgt die Verteilung der gesamten sekundären Kosten mit Hilfe einer innerbetrieblichen Leistungsverrechnung.<sup>198</sup> Eine exakte Zurechnung der

<sup>196</sup> Büdenbender, Korrekturfaktoren des § 21 Abs. 2 – 4 EnWG für die kostenbasierte Netzentgeltregulierung, RdE 2008, 69, 74.

<sup>197</sup> Kahlenberg/Haellmigk, BB 2008, 174, 176.

<sup>198</sup> Zu der Gemeinkostenschlüsselung und die verschiedenen Verfahren zur Verrechnung der innerbetrieblichen Leistungen vgl. Weiss, Das Konzept der Gewinnbegrenzung 1994, S. 150 ff..

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

Gemeinkosten ist jedoch nicht möglich.<sup>199</sup> Da die Gemeinkosten zunächst auf Kostenstellen umgelegt werden, müssen zwingend Kosten, die von mehreren Kostenstellen gemeinsam verursacht wurden, willkürlich verteilt werden. Die Willkür macht sich endlich dadurch bemerkbar, dass das Unternehmen selbst den Gemeinkostenschlüssel wählt. Eine logisch beweisbare Verteilung der Gemeinkosten ist nicht durchführbar.

Im Bereich der Strom- und Gasversorgung ist die Schwierigkeit der Kostenermittlung und der Zuordnung zu den einzelnen Kostenstellen eingegrenzt. So verweist *Markert* zutreffend auf die StromNEV beziehungsweise die GasNEV<sup>200</sup>. Wie Netzkosten zu ermitteln und zuzuordnen seien, sei in §§ 3 – 14 StromNEV und den §§ 3- 12 GasNEV ausdrücklich geregelt. Die Versorgungsunternehmen seien auch nicht über Gebühr belastet, da sie mit der kostenorientierten Entgeltbildung ihrer Netze bereits vertraut seien. Hierbei wird jedoch nicht beachtet, dass sich die Verordnungen ausschließlich auf die Netzkosten beziehen. Bei den nach § 29 GWB zu kontrollierenden Preisen handelt es sich jedoch um Endkundenpreise. In diesem Bereich fallen weitere Gemeinkosten an, die von den §§ 3 – 14 StromNEV nicht berücksichtigt werden. Hier ist insbesondere an die Vertriebs- und Erzeugungskosten zu denken. Die Problematik der Gemeinkostenschlüsselung kann demnach nicht gänzlich umgangen werden. Die Identifizierung der Kosten in diesem Rahmen und ihre Zurechnung wird für die Kartellbehörden eine kaum zu bewältigende Aufgabe bedeuten und ist daher nicht zu begrüßen.

#### 2. Unangemessenheit der Preis-Kosten-Relation

Das Gewinnbegrenzungskonzept setzt weiter voraus, dass die Entgelte die Kosten in „unangemessener“ Weise überschreiten. Der Begriff der „Unangemessenheit“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der einer Konkretisierung bedarf. Der Gesetzgeber führt hierzu lediglich aus, dass der Maßstab einer Angemessenheitsprüfung neben den Ordnungsprinzipien einer Wettbewerbswirtschaft – wie man sie aus dem GWB kennt – auch das Ziel des

<sup>199</sup> Huse, in: Germer/Loibl, *Energierrecht* 2007, S. 103; Schneider/Theobald, *HB EnWR*, § 16 Rn. 33; Knöpfle, *BB* 1975, 1607, 1609, der jedoch selbst darauf abstellt, dass die logische Aufteilung der Gemeinkosten nicht erheblich ist. Vielmehr sei es in der Missbrauchsaufsicht ausschlaggebend, im Wege einer Bewertung festzustellen, welcher Anteil der Gemeinkosten in angemessener Weise durch den Preis auf die Käufer übergewälzt werden darf; Hoffmann, *DB* 1975, 337, 338; vgl. weiter Heise, *Das Verhältnis von Regulierung und Kartellrecht* 2008, S. 185 ff..

<sup>200</sup> *MünchKommGWB-Markert*, § 29 Rn. 48 ff..

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

Energiewirtschaftsgesetzes der preisgünstigen Energieversorgung sei.<sup>201</sup> Die Kartellbehörden erhalten vom Gesetzgeber auch hier keine weitere Hilfestellung.

Es wird demnach problematisch, welcher Gewinn als noch angemessen einzuordnen ist und welcher nicht mehr. Die Gesetzesbegründung führt weiter aus: „Für die Beurteilung, ob ein Missverhältnis zwischen Preis und Kosten gegeben ist, können auch Erfahrungen aus Branchen außerhalb der Energiewirtschaft herangezogen werden“.<sup>202</sup>

Die Konkretisierung kann nur durch die Festlegung einer normativen Missbrauchsschwelle im Sinne einer Gewinnobergrenze erfolgen. Die Festlegung einer Gewinnobergrenze wurde jedoch durch die Rechtsprechung bereits kritisch beurteilt. Das OLG Düsseldorf hat in dem Missbrauchsverfahren gegen „TEAG“ die Festlegung einer Gewinnobergrenze aufgrund einer Kostenprüfung angezweifelt. Das Gericht vertrat die Ansicht, dass das Kartellamt seine Kompetenzen überschritten habe, indem es durch die Festlegung der Erlösobergrenze eine im geltenden Kartellrecht nicht zulässige Preisregulierung vorgenommen habe. Die kartellrechtlichen Befugnisse seien auf die Verhaltenskontrolle begrenzt.<sup>203</sup> § 29 Nr. 2 GWB legitimiert jedoch durch den unbestimmten Rechtsbegriff der „Unangemessenheit“ genau diese Festlegung. Das Kartellamt muss demnach, um die Norm anzuwenden – entgegen der Gesetzesbegründung – eine Preisregulierung vornehmen.<sup>204</sup>

Darüber hinaus bestehen auch ökonomische Bedenken gegen eine feste Gewinngrenze. Hohe Gewinne dürfen nicht automatisch als missbräuchlich eingestuft werden, da sie es nicht unbedingt sein müssen. Gewinne können unter anderem deswegen hoch sein, weil das Unternehmen neue Technologien anwendet, um Kosten einzusparen, oder es Größenvorteile hat. Auch können hohe Gewinne „Belohnungen“ für das Eingehen hoher Risiken oder die Ermöglichung von Investitionen sein.

Im Ergebnis führt der Umstand, dass Unternehmen durch hohe Gewinne einem Missbrauchsverdacht ausgesetzt sind, zu ineffizientem Verhalten. Hohe Gewinne können sogar

<sup>201</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/5847, S. 11.

<sup>202</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/5847, S. 11.

<sup>203</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.2.2004, VI – Kart/4/03 (V), WuW/E DE-R 1239.

<sup>204</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/5847, S. 11; anders Ritter/Lücke, die in dem deutschen Recht eine erprobte Praxis für den unbestimmten Rechtsbegriff der „Unangemessenheit“ sehen.



### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

einen Anreiz für effizientes Verhalten und neue Markteintritte geben, was sich insbesondere an der Anreizregulierungsverordnung zeigt.<sup>205</sup>

Das Verfahren der Anreizregulierung zeichnet sich dadurch aus, dass regulierten Unternehmen Anreize für Kostensenkungen gegeben werden. Der entscheidende Ansatzpunkt ist, den Unternehmen finanzielle Vorteile zu gewähren, wenn es ihnen gelingt, ihre Kosten zu senken. Sie werden letztlich dafür bezahlt, ihre Produktivität zu steigern.<sup>206</sup>

Der EuGH hat in seinem Urteil „United Brands“ im Rahmen der Angemessenheit auf den Vergleich mit Konkurrenzprodukten abgestellt.<sup>207</sup> Vorliegend kann dieses Vergleichskriterium jedoch nicht herangezogen werden. Wie bereits festgestellt, fehlt es gerade auf dem Energiemarkt an Vergleichsmöglichkeiten. Dies ist ferner der Grund für die zurückhaltende Anwendung des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB. Es ist fraglich, weshalb das Gewinnbegrenzungskonzept vorliegend erfolgsversprechender sein soll. Es zeigt sich auch hier, dass der Gesetzgeber die Frage der Angemessenheit ebenfalls von der Kartellbehörde entscheiden lässt und noch keine ökonomischen Theorien zur Angemessenheit einer Gewinnmarge existieren, um die Voraussehbarkeit und Nachvollziehbarkeit zu gewährleisten.

#### 3. Wettbewerbspolitische Gefahren

##### a) Ineffiziente Kosten

Die Einführung der Kostenprüfung birgt neben den eben gezeigten Rechtsunsicherheiten auf der Tatbestandsseite weitere wettbewerbspolitische Gefahren in sich. So kann ein Preis-Kosten-Vergleich die Unternehmen dazu verleiten, ineffiziente Kosten zu machen, um unter diesem Deckmantel Gewinne zu rechtfertigen. Die Unternehmen können etwa aus ökonomischer Sicht nicht erforderliche Kapazitäten aufbauen, so dass die Gewinnspanne aufgrund der Kosten höher ist als bei effizienter Investitionsplanung. Auch § 29 Satz 2 GWB, nach welchem nur Kosten zu berücksichtigen sind, die auch bei wirksamem Wettbewerb entstehen würden, wird diesem Fehlanreiz nicht entgegenwirken können. Es wird den Kartellbehörden schwer fallen, zu beurteilen, welche Kosten bei wirksamem Wettbewerb anfallen würden. Es fehlt den Kartellbehörden die Vergleichsmöglichkeit.

<sup>205</sup> Kuhn, WuW 2006, 578, 589.

<sup>206</sup> Schäfer/Schönefuß, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, 2. Aufl., Kap. 49, Rn. 11.

<sup>207</sup> EuGHE 1978, 207 (305).

b) Marktzutrittsschranken

Es ist weiter darauf hinzuweisen, dass durch die Anwendung des Gewinnbegrenzungskonzepts sogar der Sinn und Zweck des § 29 GWB – die Erreichung von wirksamem Wettbewerb – unterlaufen wird. Denn Preise, die nach § 29 Nr. 2 GWB angemessen sind, können unter Umständen das geltende Preisniveau von ausländischen Anbietern unterschreiten. In diesem Fall stellen die Preise nach § 29 Nr. 2 GWB Marktzutrittsschranken für die ausländischen Unternehmen dar. Hierdurch sinkt sowohl die Anzahl der Wettbewerber als auch die Möglichkeit potentiellen Wettbewerbs.

4. Zwischenergebnis

Die Ausführungen zeigen, dass gerade das Gewinnbegrenzungskonzept erhebliche wettbewerbspolitische Folgen haben kann. Aus diesen Gründen hat auch der wissenschaftliche Beirat des Bundeswirtschaftsministeriums die Einführung des § 29 Nr. 2 GWB abgelehnt. Die Norm sei ordnungspolitisch problematisch und schaffe Rechtsunsicherheit. Weiter könne § 29 GWB nicht das Ausgangsproblem der hohen Preise für Strom und Gas beheben.<sup>208</sup>

*IV. Systematik des § 29 Satz 2 GWB*

Nach Satz 2 des § 29 GWB – gleichlautend mit § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG – dürfen bei der reinen Kostenkontrolle keine Kosten berücksichtigt werden, die sich „ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden“.

Satz 2 des § 29 GWB zeigt eine weitere Konsequenz der Norm. Diese resultiert aus systematischen Erwägungen. Es scheint zunächst unklar, ob sich Satz 2 nur auf das Gewinnbegrenzungskonzept nach § 29 Nr. 2 GWB bezieht oder auch auf das Vergleichsmarktmodell nach § 29 Nr. 1 GWB. Man könnte vermuten, dass sich Satz 2 nur auf das Gewinnbegrenzungskonzept bezieht. Denn für das Vergleichsverfahren ist grundsätzlich keine Kostenprüfung erforderlich. Durch diese Auslegung wird jedoch nicht berücksichtigt, dass auch beim Vergleichsmarktmodell Kosten maßgeblich werden können. Insbesondere ist dies im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung denkbar. Wie bereits aufgezeigt, kann der

<sup>208</sup> Stellungnahme des wissenschaftlichen Beirats des BMW i v. 20.11.2006, abrufbar unter [www.bmwi.de/BMWI/Redaktion/PDF/B/brief-energiebeirat-an-glos](http://www.bmwi.de/BMWI/Redaktion/PDF/B/brief-energiebeirat-an-glos).

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

Missbrauchsvorwurf dadurch entkräftet werden, dass es an der strukturellen Vergleichbarkeit des herangezogenen Unternehmens fehlt. Strukturelle Unterschiede können vor allem auch auf strukturelle Kostenunterschiede zurückgeführt werden.<sup>209</sup> Wie dargelegt, gilt nach dem Wortlaut des § 29 Nr. 1 GWB auf der Rechtfertigungsebene die Umkehr der materiellen Beweislast. Das betroffene Unternehmen muss demnach im Falle einer non-liquet-Situation darlegen und beweisen, dass strukturelle Kostenunterschiede zwischen den Versorgungsunternehmen bestehen.

Die Problematik stellt sich nun wie folgt dar: Falls das Versorgungsunternehmen im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung substantiiert darlegen möchte, dass strukturelle Kostenunterschiede bestehen, muss es gleichzeitig darauf achten, dass diese Kostenunterschiede nicht auf Kosten zurückzuführen sind, die bei „funktionierendem Wettbewerb“ nicht bestehen würden. So schürt § 29 Satz 2 GWB ebenfalls Rechtsunsicherheiten. Auch hier ist wieder zu beachten, dass das Unternehmen keine Kosten kennen kann, die sich bei funktionierendem Wettbewerb ergeben würden, da es keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist.

#### *V. Parallelverhalten der Versorgungsunternehmen*

Aufgrund des § 29 Nr. 1 Alt. 1 GWB sehen sich die Versorgungsunternehmen ständig der Gefahr eines Missbrauchsvorwurfs ausgesetzt.<sup>210</sup> Um dieser Gefahr entgegenzuwirken, sind die Versorgungsunternehmen dazu gezwungen, auf Preissenkungen von anderen Versorgungsunternehmen entsprechend zu reagieren. Hierdurch wird ein Parallelverhalten der Versorgungsunternehmen provoziert. Ein solches Parallelverhalten hat wiederum einheitlich überhöhte Preise zur Folge.

Der Fehlanreiz zu parallelem Verhalten wird durch den Wegfall des Erheblichkeitszuschlags verstärkt. Wie bereits festgestellt, können die Versorgungsunternehmen auch bei einem unerheblichen Preisunterschied dem Missbrauchsverdacht ausgesetzt werden.<sup>211</sup> Hierdurch wird logischerweise auch das Parallelverhalten der Versorgungsunternehmen gefördert. Die Versorgungsunternehmen sind also dazu gezwungen, bei jeder Abweichung mit Preissenkungen nachzuziehen. Die Verbraucher werden folglich nicht zum Wechsel animiert. Der Anreiz der Preissenkung – die Vermehrung des Kundenstamms – ist somit ausgehebelt. Aufgrund der

<sup>209</sup> Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 171 GWB; § 4 II 1.

<sup>210</sup> Kap. 3, Abschnitt C/II.

<sup>211</sup> Kap. 3, Abschnitt A/II/3.

### 3. Kapitel: Die Preisaufsicht nach § 29 GWB seit dem 01.01.2008

fehlenden Preisunterschiede besteht die Gefahr, dass der Wettbewerb zum Stillstand kommt. Es ist sogar zu erwarten, dass das Vergleichskonzept kollusives Verhalten stabilisieren wird und sich die Preise auf einem hohen Niveau einpendeln.

Neben der Gefahr für die bereits bestehende Marktsituation besteht auch eine Gefahr für den potentiellen Wettbewerb. Es ist zu erwarten, dass ein Marktzutritt neuer Unternehmer aufgrund des § 29 GWB ausbleiben wird. Denn es wird neuen Marktteilnehmern zunehmend erschwert, sich eine sichere Position zu erarbeiten. Genauso, wie es sich für die etablierten Versorgungsunternehmen nicht lohnen wird, Preissenkungen vorzunehmen, gilt dies auch für neue Marktteilnehmer. Der Anreiz zum Markteintritt sinkt deutlich – der Markt wird unattraktiv.

#### *VI. Stagnation des Verbraucherwechsels*

Aus ökonomischer Sicht besteht eine weitere Folge. Die Verbraucher werden nicht motiviert, auf Preisunterschiede mit einem Wechsel zu reagieren, wie es auf Wettbewerbsmärkten eigentlich üblich ist. Die einzige Motivation für Verbraucher, den Anbieter zu wechseln, ist der Preis. Sollte sich ein Parallelverhalten bei den Versorgungsunternehmen einstellen, gibt es für den Verbraucher keinen Anlass, den Anbieter zu wechseln. Auch dieser Umstand hat zur Folge, dass es keinen wirksamen Wettbewerb geben wird.

#### **D. Ergebnis**

Es ist nicht zu erwarten, dass durch § 29 GWB funktionsfähiger Wettbewerb geschaffen wird. Es wurde aufgezeigt, dass die Norm ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit sowie wettbewerbspolitische Risiken in sich birgt. Sie setzt Anreize zu parallelem Verhalten. Damit entfällt nicht nur der Antrieb, für potentielle Mitwettbewerber überhaupt in den Markt einzusteigen, sondern darüber hinaus ein Grund für Endabnehmer, den Anbieter zu wechseln.

## 4. Kapitel: Wettbewerbsregulierung im Energiewirtschaftsgesetz

In Deutschland erfolgte die Privatisierung und Liberalisierung in den klassischen Netzindustrien in den 1980er und 1990er Jahren. Hierbei war die Privatisierung zunächst von einer Deregulierungsdebatte geprägt. Deregulierung wurde als eine schlichte Aufhebung bestehender Normen mit dem Ziel eines regulierungsfreien Raumes verstanden. Die nunmehr vom Staat zu erfüllende Gewährleistungsverantwortung sei durch Deregulierung zu erzielen. Dies war jedoch ein Irrtum. Es bedurfte neuer Normenkomplexe, um Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerb gewährleisten zu können. Im Zuge der Privatisierung begann somit eine methodische Diskussion des Regulierungsbegriffs.<sup>212</sup> Dieser hat jedoch bis heute noch keine einheitliche Definition erfahren.<sup>213</sup> Es gilt weiterhin ein pluralistisches Verständnis.

Inhalt des ersten Abschnitts dieses Kapitels ist die Frage danach, wie die Regulierung beziehungsweise das Regulierungsrecht im Einzelnen zu verstehen ist (A.). Es werden insbesondere die verschiedenen Arten der Regulierung (B.) und die Rechtfertigung für diese (C.) aufgezeigt. Anschließend werden die wettbewerbsspezifischen Regulierungsinstrumente vorgestellt (D.). Es wird hierbei dargetan, inwiefern sich die wettbewerbsspezifischen Aspekte – im Sinne von sektorspezifischen Wettbewerbsregeln – im Energierecht wiederfinden.

### A. Zum Begriff des Regulierungsrechts

#### *I. Regulierung in der Politik- und Verwaltungswissenschaft*

In der Politik- und Verwaltungswissenschaft steht Regulierung für das Grundmuster hoheitlicher Regelsetzung in Form von Ver- und Geboten.<sup>214</sup> Danach lässt sich jede Form der staatlichen Einflussnahme unter die Definition der Regulierung subsumieren. Dieses Verständnis ist für die

<sup>212</sup> Storr, DVBl. 2006, 1017, 1017; Ruge, AöR (131) 2006, 1, 23; Bullinger, DVBl. 2003, 1355, 1356; Ruffert, AöR (124) 1999, 236, 237 f.; Storr, DVBl. 2006, 1017, 1017.

<sup>213</sup> Ruge, AöR (131), 2006, 1, 21; Eifert; Der Regulierungsansatz in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vosskuhle (Hrsg.), GVwR I, § 19 Rn. 1; Masing, Die Verw. 2003, 1 ff.; Ruffert, AöR (124) 1999, 237, 241; Schebstadt, WuW 2005, 6, 7; Masing, AöR (128) 2003, 558, 559 ff..

<sup>214</sup> Eifert; Der Regulierungsansatz in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vosskuhle (Hrsg.), GVwR I, § 19 Rn. 1; Ruffert, AöR (124) 1999, 237, 241.

vorliegende Arbeit jedoch zu weit. Da das danach markierte Gebiet thematisch unbegrenzt ist, kann eine rechtswissenschaftliche Dogmatik hierdurch nicht erreicht werden.

## *II. Regulierung im wirtschaftswissenschaftlichen Sinne*

Die Wirtschaftswissenschaft legt einen engeren Regulierungsbegriff zu Grunde. Regulierung wird hier als staatliche Intervention in den ökonomischen Markt betrachtet.<sup>215</sup> In der ökonomischen Diskussion ist eine Verengung des Begriffs dahingehend zu sehen, dass nur diejenigen staatlichen Eingriffe erfasst sind, die sich auf marktwirtschaftliche Prozesse beziehen. Diese Begriffsbestimmung verfolgt jedoch gerade kein rechtswissenschaftliches Ordnungsziel. Auch der wirtschaftswissenschaftliche Ansatz ist daher für diese Arbeit nicht geeignet.

## *III. Regulierung als Privatisierungsfolgenrecht*

Das Bundesverwaltungsgericht sieht das gesetzgeberische Konzept der Regulierung vorrangig in der Auflösung der Monopole.<sup>216</sup> Wie bereits dargestellt, steht in diesem Zusammenhang die Verantwortung des Staates im Mittelpunkt; der moderne Staat ist nunmehr ein Gewährleistungsstaat. Seine Aufgabe ist die Konkretisierung der Infrastrukturverantwortung, wobei Private die konkrete Aufgabenlösung übernehmen.<sup>217</sup>

Ebenfalls wurde bereits dargetan, dass man zunächst davon ausging, dass der Staat seiner Gewährleistungsverantwortung durch Deregulierung gerecht werden könnte. Unbeachtet blieb dabei jedoch, dass infolge der Privatisierung von gemeinwohlorientierten Dienstleistungen auch eine Gefahr besteht, nämlich die, dass Machtpositionen Privater begründet und Machtungleichgewichte gefördert werden. Die ehemaligen Monopolisten könnten folglich weiter in ihrer Monopolstellung bleiben.<sup>218</sup> Um dieser Gefahr entgegenzutreten, besteht die Notwendigkeit einer Rahmengesetzgebung, die den Monopolisten Pflichten auferlegt, um ein Marktgleichgewicht zu schaffen. Demnach entstand anstelle einer Deregulierung im Sinne der

<sup>215</sup> Vosskuhle, VVDStRL (62) 2003, 267, 304 (Fn. 156); Röhl, JZ 2006, 831, 832; Eifert; Der Regulierungsansatz in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vosskuhle (Hrsg.), GVwR I, § 19 Rn. 3.

<sup>216</sup> BVerwG, NVwZ 2004, 745, 747.

<sup>217</sup> Ruge, AöR (131) 2006, 1, 11.

<sup>218</sup> Löhr, Bundesbehörden zwischen Privatisierungsgebot und Infrastrukturauftrag 2006, S. 147.

Beseitigung von Rechtsregeln ein komplexes Normengefüge.<sup>219</sup> Anlehnend an den US-amerikanischen Begriff des „after privatization law“ spricht man in diesen Fällen von Privatisierungsfolgenrecht.<sup>220</sup> Es hat die Aufgabe, die Konsequenzen der Privatisierung zu bewältigen.

Jedoch ist auch diesem Ansatz vorliegend nicht zu folgen. Denn als Privatisierungsfolgenrecht ist Regulierung gezwungenermaßen lediglich eine Übergangsaufgabe.<sup>221</sup> Sowie die zu regulierenden Märkte eine funktionierende Wettbewerbsstruktur aufweisen, bedürfte es keiner Regulierung mehr. Anders formuliert, es gäbe keine Folgen der Privatisierung mehr, die reguliert werden müssen.

Die staatliche Aufgabe der Netzinfrastrukturegulierung ist jedoch keine Übergangsaufgabe zur Begleitung des Prozesses der Umwandlung von wettbewerblichen Ausnahmebereichen in eine marktwirtschaftliche Wettbewerbsordnung. Sie ist vielmehr eine Daueraufgabe des Staates. Der Staat ist zur Gewährleistung einer leistungsfähigen Infrastruktur verpflichtet, um „Gemeinschaftsinteressen höchsten Ranges“ zu befriedigen.<sup>222</sup> Das Regulierungsrecht wird demnach zum gemeinwohlorientierten Widerlager des privaten Netzmonopols bei lebenswichtigen, nicht ausreichend duplizierbaren Gütern. Es ist als Netzinfrastrukturecht ein sektorspezifisches Wettbewerbsrecht, welches einen eigenständigen, vollgültigen Teil des modernen Wirtschaftsrechts einnimmt.<sup>223</sup>

#### *IV. Die US-amerikanische Regulierung der „public utilities“*

Für die Analyse des Regulierungsbegriffs ist eine Betrachtung des US-amerikanischen Rechts hilfreich. Der Begriff der Regulierung orientiert sich an der amerikanischen Terminologie („regulation“). In der amerikanischen Rechtsordnung heißt „regulation“ zwar schlichtweg

<sup>219</sup> Röger, DVBl. 2005, 143, 147; Möschel, WuW 1999, 832, 836 f.; Meder, JZ 2006, 477, 478.

<sup>220</sup> Ruffert, AöR, (124) 1999, 237, 246; Stober, DÖV 2004, 221, 223; Röger, DVBl. 2005, 143, 147.

<sup>221</sup> Teile der Literatur sind der Ansicht, dass Regulierung nur eine Übergangsaufgabe hat, so dass, soweit Wettbewerb gegeben ist, die Regelungen außer Vollzug zu setzen sind vgl., Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 112 ff; Immenga, WuW 1999, 949, 958.

<sup>222</sup> BVerfGE 30, 292, 323 ff.

<sup>223</sup> Säcker, AöR (130) 2005, 180, 189.

Regelung und erhält keine Differenzierung zwischen dem Regeln und dem Regulieren.<sup>224</sup> Dennoch liegen die Wurzeln der sektorspezifischen Wirtschaftsregulierung in den US-amerikanischen „regulated industries“<sup>225</sup>. Die amerikanische Regulierungsdebatte bezieht sich auf eine ganz spezifische Form von Wirtschaftsregulierung. Es ist die punktuelle Intervention in bestimmte Märkte zur Korrektur von Marktversagen, insbesondere zur Korrektur von sozialpolitischen Problemen aufgrund von Monopolstrukturen.

Die „regulated industries“ beziehen sich demnach auf Monopolstrukturen, die wirtschaftstheoretisch als natürliche Monopole betrachtet werden und dadurch einem Marktversagen unterliegen.<sup>226</sup> Es geht im US-amerikanischen Raum insoweit bis heute um die Frage der Tragfähigkeit eines konsequenten Wirtschaftsliberalismus beziehungsweise um die Berechtigung sozialen Ausgleichs durch die staatlichen Eingriffe. Ausgangspunkt ist immer noch die Vorstellung Adam Smith' von der „invisible hand“<sup>227</sup>. Der freie Markt ist hiernach ein normativer Naturzustand, bei dem staatliche Eingriffe immer der Rechtfertigung bedürfen.

#### *V. Zwischenergebnis*

Die verschiedenen Ansätze haben gezeigt, dass es weiterhin an einer einheitlichen Begriffsbestimmung fehlt. Dennoch zeigen sich auch Momente, die wiederkehrend sind. So kann man festhalten, dass Regulierung zumindest dadurch geprägt ist, dass sich zwei widerstreitende Interessen gegenüber stehen. Es zeigt sich ein Dualismus zwischen effizientem Wettbewerb und dem Schutz des GemeinwohlinteresSES.<sup>228</sup> Die staatliche Steuerung, die den Ausgleich der widerstreitenden Interessen zum Ziel hat, ist „sektorspezifisches Wettbewerbsrecht“ und wird in diesem Verständnis der vorliegenden Arbeit zu Grunde gelegt.<sup>229</sup>

<sup>224</sup> Masing, AöR (128), 557, 557; Danwitz, DÖV 2004, 977, 978.

<sup>225</sup> Masing, AöR (128) 2003, 557, 570; ders., Die Verw. 2003, 1, 2; Danwitz, DÖV 2004, 977, 978.

<sup>226</sup> Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 179 ff. GWB.

<sup>227</sup> Masing, AöR (128) 2003, 557, 562; Ruge, AöR (131) 2006, 1, 26.

<sup>228</sup> Heise, Das Verhältnis von Regulierung und Kartellrecht 2008, S. 41.

<sup>229</sup> Ruge, AöR (131) 2006, 1, 10 ff.; Bullinger, DVBl. 2003, 1355, 1357; Heise, Das Verhältnis von Regulierung und Kartellrecht 2008, S. 41; Burgi, NJW 2006, 2439, 2439.



## **B. Zwei Arten der Regulierung**

Aus dem soeben Erörterten lassen sich inhaltlich zwei Arten von rechtlichen Vorgaben im Regulierungsrecht unterscheiden. Auf der einen Seite werden Vorgaben wettbewerbsbezogener Art gemacht, auf der anderen Seite sind die Vorgaben gemeinwirtschaftlich orientiert.<sup>230</sup> Die wettbewerbsbezogenen Vorgaben verfolgen das Ziel der Wettbewerbsförderung. Die gemeinwirtschaftlichen Vorgaben werden als Gegengewicht oder Ausgleich zum Wettbewerb eingeführt. Es ist jedoch offensichtlich, dass das Ziel des Wettbewerbs, in einem Spannungsverhältnis zu dem gemeinwirtschaftlichen Ziel der flächendeckenden Versorgung, steht.

Eine sektorspezifische Regulierung ist demnach das Eingreifen in Allokationsprozesse einer bestimmten Branche und die Anwendung bestimmter Wettbewerbsregeln auf diesem Wirtschaftssektor unter Beachtung des Gemeinwohlinteresses. Im Wesentlichen betrifft dies in den Netzwirtschaften die Regulierung des Netzzugangs, des Entgeltes und die Entflechtungsvorschriften für vertikal integrierte Unternehmen.

## **C. Rechtfertigung der Regulierung**

Wie jeder Eingriff bedarf auch der Regulierungseingriff in die Allokationsprozesse einer Rechtfertigung. Der Ausgang der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Begriff der Regulierung liegt, wie bereits erwähnt, in den USA.<sup>231</sup> Dementsprechend kommen die meisten grundlegenden Beiträge zur Rechtfertigung der Regulierung von US-amerikanischen Wirtschaftswissenschaftlern. Hierbei ist insbesondere der Kreis der Neuen Politischen Ökonomie zu erwähnen.<sup>232</sup> Es lassen sich, basierend auf diesen Quellen, zwei Erklärungsansätze für die Rechtfertigung staatlicher Regulierung unterscheiden. Zu nennen sind zum einen die normative Theorie der Regulierung (I.), die auch als Public Interest Theory bezeichnet wird und die positive Theorie der Regulierung zum anderen (II.), die auch die Theorie der Privatinteressen genannt wird.<sup>233</sup>

<sup>230</sup> Ruge, AöR (131) 2006, 1, 24.

<sup>231</sup> Kap. 4, Abschnitt A/IV.

<sup>232</sup> Basedow, Wirtschaftsregulierung zwischen Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs, in FS-Immenga 2004, S. 3.

<sup>233</sup> Für diese Zweiteilung vgl. Müller/Vogelsang, Staatliche Regulierung 1979, S. 101 ff.; Ruge, AöR (131) 2006, 1, 25; Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik

### *I. Normative Theorie der Regulierung*

Die normative Theorie geht davon aus, dass der Staat als Urheber der Regulierung allein im öffentlichen Interesse handelt. Das Handeln wird nicht durch Interessensgruppen, die eigenen Interessen der Bürokratie oder die Interessen der politischen Akteure beeinflusst.<sup>234</sup>

Die normative Theorie nennt fünf Kategorien des Marktversagens, in denen der Marktmechanismus von Angebot und Nachfrage nicht funktioniert. Die Rechtfertigung der Regulierung liegt hiernach nicht im Interesse Dritter. Es wirken ausschließlich die fünf Kategorien des Marktversagens rechtfertigend. Diese Fälle sind natürliche Monopole (1.), ruinöse Konkurrenz (2.), externe Kosten (3.), Informationsdefizite (4.) und öffentliche Güter (5.).<sup>235</sup>

#### 1. Natürliches Monopol

Die erste Form des Marktversagens ist das natürliche Monopol. Ein natürliches Monopol liegt, wie bereits erläutert vor, wenn die gesamte Marktnachfrage eines Gutes auf Grund von Größen- oder auch Verbundvorteilen am effizientesten nur von einem Anbieter erbracht werden kann.<sup>236</sup>

Dies ist der Fall, wenn die Kosten je produzierter Einheit mit der Stückzahl fallen, was wiederum einen hohen Anteil an Fixkosten an den Gesamtkosten voraussetzt. Damit sind die Kosten der Investitionen gemeint, deren Höhe von der Anzahl der Inanspruchnahme unabhängig ist. Wegen dieser sogenannten Skalenerträge kann ein Anbieter mit großer Produktion unter Wettbewerbsbedingungen einen günstigeren Preis anbieten als Konkurrenten mit geringerer Produktion, die deshalb früher oder später aus dem Markt ausscheiden würden. Da das hieraus resultierende Monopol nicht von der Rechtsordnung geschaffen und auch nicht das Ergebnis von Verdrängungspraktiken ist, sondern aus der Natur der Sache erfolgt, spricht man von einem natürlichen Monopol. Wie bereits ausgeführt, fallen die Netzinfrastrukturen hierunter.

2003, S. 376 ff.; Weber, *Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen* 1986, S. 90 ff..

<sup>234</sup> Ruge, *Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State* 2004, S. 35 ff.; Knieps, *Netzökonomie* 2007, S. 181 ff..

<sup>235</sup> Basedow, *Wirtschaftsregulierung zwischen Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs*, in FS-Immenga, S. 8; Leprich, *Least-Cost Planing als Regulierungskonzept*, S. 37 ff..

<sup>236</sup> Kap. 2, Abschnitt C./I./2./b).

### 2. Ruinöse Konkurrenz

Wettbewerb bringt grundsätzlich mit sich, dass die schwächeren Marktteilnehmer durch Produktionseinstellungen, Liquidation oder Insolvenz ausscheiden. Insoweit ist jeder Wettbewerb tendenziell ruinös. Es kann in diesen Fällen jedoch nicht von Marktversagen die Rede sein. Im Gegenteil ist dies gerade eine Folge von Wettbewerb. Von ruinöser Konkurrenz als einer Fallgruppe des Marktversagens geht man aus, wenn Produktionsfaktoren trotz anhaltender Nachfrageschwäche, statt auszuscheiden, im Markt bleiben.<sup>237</sup> Sie reagieren demnach nicht auf den Markt. Ein Grund für die fehlende Reaktion kann oft sein, dass die Produktionsfaktoren schwer auf andere Weise genutzt werden können, also „versunkene Kosten“ darstellen. In der Praxis ist die Fallgruppe der ruinösen Konkurrenz von geringer Bedeutung. Denn „versunkene Kosten“ oder nicht rückholbare Investitionen kommen selten vor. Darüber hinaus verbirgt sich oft hinter der fehlenden Reaktion auf den Markt nur das Berücksichtigen von Zyklen. Wie lang ein Zyklus ist, ist in jeder Branche unterschiedlich. Für die Rechtfertigung einer Regulierung bleibt nur dort Raum, wo eine Reaktion auf wechselnde Marktbedingungen selbst nach Ablauf des sektorspezifischen Zeitraums ausbleibt.

### 3. Externe Kosten

Externe Kosten liegen immer dann vor, wenn ein Produkt Wirkungen hat, die nicht den Abnehmer des Produkts betreffen und sich deshalb nicht im Preis des Produkts wiederfinden.<sup>238</sup> Von positiven externen Wirkungen geht man aus, wenn Dritte einen Nutzen haben, ohne dafür ein marktgerechtes Entgelt zu bezahlen<sup>239</sup>. Dies könnte der Fall sein, wenn der Marktwert eines Grundstückes durch den Bau einer Straße steigt. Umgekehrt stellen sich negative externe Wirkungen dann ein, wenn ein Dritter einen Nachteil erleidet.<sup>240</sup> Dies kommt zum Beispiel dann in Betracht, wenn ein Grundstückseigentümer durch Emissionen eines benachbarten Fabrikanten

<sup>237</sup> Basedow, Wirtschaftsregulierung zwischen Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs, in FS-Immenga, S. 10; Möschel, Regulierung und Deregulierung. Versuch einer theoretischen Grundlegung, in FS-Immenga, S. 281.

<sup>238</sup> Löhr, Bundesbehörden zwischen Privatisierungsgebot und Infrastrukturauftrag 2005, S. 84; Müller/Vogelsang, Staatliche Regulierung 1979, S. 43; Leprich, Least-Cost Planing als Regulierungskonzept, S. 38.

<sup>239</sup> Löhr, Bundesbehörden zwischen Privatisierungsgebot und Infrastrukturauftrag 2005, S. 82; Möschel, Regulierung und Deregulierung. Versuch einer theoretischen Grundlegung, in FS-Immenga, S. 282.

<sup>240</sup> Basedow, Wirtschaftsregulierung zwischen Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs, in FS-Immenga, S. 8.

belästigt wird. In beiden Fällen wird der Produzent die externen Wirkungen nicht in den Kalkulationen berücksichtigen. Daher führen diese bei negativer Wirkung zur Überproduktion und bei positiver Wirkung zur Unterproduktion.<sup>241</sup> Die Rechtsordnung kann hier mit einer Internalisierung der externen Wirkungen helfen. So kann sie die positive externe Wirkung – wie die Steigerung des Grundstückwertes – durch Erschließungskosten ausgleichen. Umgekehrt können Ausgleichsansprüche der beeinträchtigten Nachbarn dazu führen, dass der emittierende Produzent den Umfang der Produktion absenkt.

Nach *Ronald Coase* können externe Effekte auch ohne staatlichen Eingriff reguliert werden. Nach dem Coase-Theorem sind die Privaten dazu in der Lage, mit externen Effekten effizient umzugehen. Ausschlaggebend sind die Eigentumsrechte. Sind die Eigentumsrechte eindeutig festgelegt, werden sich private Akteure durch Verhandlungen auf eine parteo-optimale Lösung einigen.<sup>242</sup> Die private Regulierung von externen Effekten funktioniert jedoch nicht, wenn Transaktionskosten anfallen. Transaktionskosten können Anwalts- und Beraterkosten oder etwa Kosten für Dolmetscher sein. Wenn die Transaktionskosten den Nutzen des Vertrages übersteigen, so findet keine Verhandlungslösung statt.

#### 4. Informationsasymmetrien

Die asymmetrische Information oder Motivation der Marktteilnehmer ist ein weiterer Rechtfertigungsgrund für die Regulierung. Die Regulierung dient vor allem dem Verbraucherschutz. Verbraucher kennen die von ihnen erworbenen Waren oder Dienstleistungen im Allgemeinen wesentlich weniger als die Anbieter.<sup>243</sup> Das Informationsdefizit bei den Verbrauchern kann sich hierbei auch auf den Kern des Geschäfts beziehen. Diese Fallgruppe kann anhand eines gängigen Kaufvertrages über ein Kraftfahrzeug verdeutlicht werden. Der Käufer ist in der Regel über die wesentlichen Eigenschaften des Fahrzeuges ausreichend informiert. So entspricht es seiner eigenen Motivation, sich über den Benzinverbrauch, die Höchstgeschwindigkeit oder den Motor zu informieren. Dagegen fehlt ihm in der Regel die Motivation, sich über weitere Vertragsklauseln wie Verzugszinsen,

<sup>241</sup> Basedow, Wirtschaftsregulierung zwischen Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs, in FS-Immenga, S. 8. Möschel, Regulierung und Deregulierung, Versuch einer theoretischen Grundlegung, in FS-Immenga, S. 281.

<sup>242</sup> Coase, The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics* Vol. 3 (1960), S. 1–44.

<sup>243</sup> Basedow, Wirtschaftsregulierung zwischen Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs, in FS-Immenga, S. 8.

Gerichtsstand oder Aufrechtmöglichkeiten zu informieren. Die fehlende Motivation ist durchaus nachvollziehbar. Denn während Beschleunigung, Motor etc. bei dem alltäglichen Gebrauch relevant sind, kommt es auf die anderen vertraglichen Ausführungen nicht so häufig an. Der Käufer handelt demnach wirtschaftlich rational. Der Verkäufer schließt dagegen ständig Verträge der gleichen Art ab und behilft sich sodann durch die AGB-Klauseln, die auch die Themen behandeln, auf die der Käufer nicht aufmerksam wurde. Aus dieser Asymmetrie der Information zwischen beiden Vertragsparteien folgt, dass die AGB-Klauseln keinen Anspruch auf Richtigkeit haben. Anhand der AGB-Reglungen wird deutlich, dass aufgrund des Informationsgefälles eine staatliche Regulierung wie die §§ 305 ff. BGB angezeigt ist.

#### 5. Öffentliche Güter

Öffentliche Güter sind durch Nichtrivalität im Konsum und Nichtausschließbarkeit Dritter vom Konsum gekennzeichnet. Es besteht daher kein Anreiz zu ihrer individuellen Herstellung, so dass es zu einer Unterproduktion kommt.<sup>244</sup> Klassische Beispiele sind die öffentliche Sicherheit oder Informationen. Wobei Informationen nicht als solche zu verstehen sind, die durch Patent- und Urheberrechte gerade kein öffentliches Gut darstellen. Vielmehr sind hierunter allgemeine öffentliche Informationen zu verstehen, die jedermann zugänglich sind.

#### 6. Zwischenergebnis

Die normative Theorie zeichnet sich dadurch aus, dass persönliche Interessen der Politiker und der Bürokratie keine Rolle beim Tätigwerden des Staates spielen.<sup>245</sup> Gerade diese Isolierung war Anlass für die Kritik an der normativen Theorie. Denn die normative Theorie beschreibt tendenziell einen Soll-Zustand und keinen Ist-Zustand.<sup>246</sup> Der Einfluss von Interessen auf staatliche Entscheidungen ist offensichtlich. Die Neue Politische Ökonomie entwickelte daher eine positive, vermeintlich mehr an der Wirklichkeit orientierte Theorie. Die normative Theorie, die Marktversagen mit staatlichen Eingriffen heilen will, wird von der positiven Theorie im

<sup>244</sup> Lühr, Bundesbehörden zwischen Privatisierungsgebot und Infrastrukturauftrag 2005, S. 82.

<sup>245</sup> Ruge, AöR (131) 2006, 1, 25; ders. Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State 2004, S. 35.

<sup>246</sup> Ruge, AöR (131) 2006, 1, 26.

Hinblick auf die Wirksamkeit der staatlichen Korrekturmaßnahmen kritisiert. Dem Marktversagen wird das Staatsversagen gegenübergestellt.<sup>247</sup>

## *II. Positive Theorie der Regulierung*

Der Erklärungsansatz der Positiven Theorie liegt darin, dass das Privatinteresse im Vordergrund steht. Hierzu zählen die sogenannte Capture-Theorie<sup>248</sup> mit der Berücksichtigung eines steigenden Einflusses der regulierten Unternehmen auf den Regulierer, die Public-Choice-Theorie<sup>249</sup> mit der Berücksichtigung der Eigeninteressen der Verwaltung und die Interessengruppentheorie mit der Berücksichtigung des Einflusses verschiedener Interessengruppen.<sup>250</sup>

## *III. Ergebnis*

Zusammenfassend kann man grundsätzlich zwischen der Regulierung im weiten und der Regulierung im engen Sinne differenzieren.

Unter der Regulierung im weiten Sinne ist jede von außen gesetzte Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten zu verstehen. Für die vorliegende Arbeit ist dieser Regulierungsbegriff jedoch zu weit. Maßgeblich ist der Regulierungsbegriff im engen Sinne. Regulierung in diesem Sinne ist als wettbewerbsspezifische Regulierung beziehungsweise als sektorspezifisches Wettbewerbsrecht zu verstehen. Es ist der staatliche Eingriff in Allokationsprozesse spezieller Märkte. Diese Regulierung bezieht sich in der Regel auf Märkte von für die Allgemeinheit wesentlicher Güter oder Dienstleistungen, wobei die Intention verfolgt wird, Wettbewerb herzustellen und zu fördern. Rechtfertigung für eingreifende Regulierung ist das Marktversagen, das sich in den Netzindustrien in Form des natürlichen Monopols zeigt.

Es lässt sich mit *Bohne* sagen, dass die Entwicklung der Regulierung geboren zu sein scheint aus dem größeren Misstrauen gegenüber Missbrauch von privater Wirtschaftsmacht im

<sup>247</sup> Knieps, Netzökonomie 2007, 181 f.

<sup>248</sup> Knieps, Netzökonomie 2007, S. 185.

<sup>249</sup> Ruge, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State 2004, S. 44 ff; Möschel, Regulierung und Deregulierung. Versuch einer theoretischen Grundlage, in FS-Immenga, S. 280.

<sup>250</sup> Ruge, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State 2004, S. 44 ff; Möschel, Regulierung und Deregulierung. Versuch einer theoretischen Grundlage, in FS-Immenga, S. 280.

Vergleich zum Missbrauch behördlicher Befugnisse in einem wirtschaftlich stark politisierbaren Umfeld.<sup>251</sup> Dem deutschen Regulierungskonzept der Netzwirtschaften liegt daher eher die normative Theorie mit ihrem Glauben an Marktversagen zugrunde als die positive Theorie der Regulierung mit der Erkenntnis über mögliches Staatsversagen.

#### **D. Wettbewerbsspezifische Regulierungsinstrumente**

Das Regulierungsrecht im engeren Sinne bedient sich in dem jeweiligen Wirtschaftsbereich abgestimmter Wettbewerbsregeln, um die bipolaren Interessen in Einklang zu bringen. Die Instrumente der Zugangsregulierung, der Entgeltregulierung und der Entflechtung stehen hierbei im Vordergrund. Diese Regulierungsinstrumente werden im Folgenden beleuchtet. Anschließend wird aufgezeigt, wo und wenn ja, wie sie sich im Energiewirtschaftsgesetz wiederfinden.

##### *I. Zugangsregulierung als wettbewerbsspezifisches Regulierungsinstrument im EnWG*

Wie soeben dargestellt, ist die zentrale Herausforderung jeder wettbewerbsspezifischen Regulierung die Herstellung und Förderung von Wettbewerb.<sup>252</sup> Bei den Netzindustrien – Telekommunikation, Eisenbahn, Post und Energie – stellt die Schaffung von Wettbewerb jedoch ein Problem dar. Bei all diesen Gebieten handelt es sich um natürliche Monopole, die von einem dominanten Netz abhängig sind.<sup>253</sup> Durch das natürliche Monopol liegt kein von selbst gegebener Wettbewerb vor. Dieser muss vielmehr erst durch die Regelung der Netznutzung konstituiert und organisiert werden. Wettbewerb kann hier nur stattfinden, wenn das Netz für andere Wettbewerber zugänglich gemacht wird. Sinn und Zweck der Normen über den

<sup>251</sup> Böhne, Im Regulierungswahn, IR 2005, 170 ff..

<sup>252</sup> Storr, DVBl. 2006, 1017ff.; Schebstadt, WuW 2005, 6, 8 ff.; Ruffert, AöR (124) 1999, 237, 247; Masing, Die Verw. 2003, 1, 4; Danwitz, DÖV 2004, 977, 980; Säcker, AöR (130) 2005, 180, 199. Kühling/el-Burdi, DVBl. 2005, 1470, 1473; Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 21; Bullinger, DVBl. 2003, 1355, 1355.

<sup>253</sup> Masing, Die Verw. 2003, 1, 6; Danner/Theobald/Theobald, EnWG I B 1, § 1 Rn. 28, 2007; Salje, Komm. zum EnWG 2006, Einführung Rn. 4 ff.; Koppmann, in Germer/Loibl, Energierecht Handbuch 2007, S. 50; Säcker, AöR (130) 2005, 180, 200 ff.; Büdenbender, DVBl. 2006, 197 ff.; Theobald/Zenke, Grundlagen der Strom- und Gasdurchleitung 2001, S. 11; Busche, Vom Energieversorger zum Dienstleister und Stromhändler, in FS-Busche, S. 100.

Netzzugang ist folglich, den Marktneulingen eine echte Marktzutrittschance zu geben, um so Wettbewerb zu ermöglichen.<sup>254</sup> Wettbewerb ist daher in diesen Bereichen von vornherein gestalteter Wettbewerb.<sup>255</sup>

Die Zugangsregelungen im Energierecht finden sich im dritten Teil des EnWG wieder. Es wird zwischen der Regulierung des Netzanschlusses nach den §§ 17 ff. EnWG (1.) und des Netzzugangs nach den §§ 20 ff. EnWG (2.) differenziert. Der Netzzugang bezieht sich auf den Transport der Energie über das Netz – mithin erfasst dieser die Belieferung von Energie. Durch die Regulierung des Netzzugangs wird der Netzeigentümer dazu verpflichtet, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, jedem Petenten die Nutzung des Netzes gegen ein Entgelt zu gewähren.

Der Netzanschluss bezieht sich auf die Herstellung der physischen Verbindung an das Leitungsnetz. Somit ist der Netzanschluss eine tatsächliche Voraussetzung für den späteren Netzzugang.

##### 1. Netzanschluss im Energierecht

Die Regelungen zum Netzanschluss finden sich in §§ 17 f. EnWG und den auf den Normen basierenden Rechtsverordnungen wieder. Während § 18 EnWG eine allgemeine Anschlusspflicht im Rahmen der Niederspannungsnetze regelt, bezieht sich § 17 EnWG auf den Anschluss an Netze mit einer höheren Spannungsstufe.

##### a) Allgemeine Anschlusspflicht nach § 18 EnWG

Nach § 18 EnWG besteht eine Netzanschlussverpflichtung für Betreiber von Energieversorgungsnetzen der allgemeinen Versorgung gegenüber Letztverbrauchern. § 18

<sup>254</sup> König/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 21; Salje, Komm. zum EnWG 2006, Vor §§ 20 – 28 a EnWG, Rn. 1 ff.; Kühling/ el-Burdi, DVBl. 2005, 1470, 1473; Büdenbender, DVBl. 2006, 197, 198; am Beispiel der Telekommunikation siehe Röger, DVBl. 2005, 143, 147, bezogen auf das Telekommunikationsnetz vgl. BVerwG, NVwZ 2004, 745, 747.

<sup>255</sup> Masing, Die Verw. 2003, 1, 6; Schebstadt, WuW 2005, 6, 10; Eifert, Hoheitlich regulierte gesellschaftliche Selbstregulierung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vosskuhle (Hrsg.), GVwR I, § 19 Rn. 136; Storr, DVBl. 2006, 1017, 1018; König/Kühling, WuW 2001, 810, 813.



EnWG beschränkt sich ausschließlich auf das Niederspannungs- oder Niederdrucknetz. Folglich weist § 18 EnWG zwei Einschränkungen auf. Sowohl der Kreis der Berechtigten als auch der der Verpflichteten ist begrenzt.

Der inhaltliche Anspruch des § 18 EnWG ist jedoch gegenüber dem des § 17 EnWG erweitert. Denn § 18 EnWG erfasst nicht nur den Netzanschluss, sondern auch die folgende Anschlussnutzung. Die Verweigerungsgründe sind in § 18 Abs. 1 S. 2 EnWG geregelt. Die Zugangsverweigerung ist auf den Grund der mangelnden Zumutbarkeit aus wirtschaftlichen Gründen beschränkt.<sup>256</sup>

#### b) Besondere Netzanschlusspflicht nach § 17 EnWG

Nach § 17 Abs. 1 EnWG sind Betreiber von Energieversorgungsnetzen dazu verpflichtet, Letztverbraucher, gleich- oder nachgelagerte Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze sowie -leitungen, Erzeugungs- und Speicheranlagen an ihr Netz anzuschließen. Verpflichtete des Anspruchs sind demnach Betreiber von Energieversorgungsnetzen, also umfassend die Betreiber auf allen Ebenen der Übertragung und Verteilung von Gas und Elektrizität. Es wird jedoch vorausgesetzt, dass es sich um gleich- oder nachgelagerte Netze handelt. Vorgelagerte Netzbetreiber können demnach nicht verpflichtet werden. Der Anspruchsinhalt bezieht sich auf einen umfassenden Anschluss.

Die Zugangsbedingungen müssen nach § 17 Abs. 1 EnWG angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein. Wobei das Diskriminierungsverbot durch den Grundsatz „interne gleich externe Behandlung“ konkretisiert wird.

Soweit die in § 17 Abs. 1 EnWG festgeschriebenen Voraussetzungen vorliegen, hat der Netzbetreiber den Anschlussberechtigten anzuschließen. Es steht ihm kein Ermessen zu. Der Netzbetreiber kann jedoch die Erfüllung der Anschlusspflicht aus den Gründen nach § 17 Abs. 2 EnWG verweigern.<sup>257</sup> Liegt ein Verweigerungsgrund vor, hindert dieser nicht das Entstehen des Anspruchs auf Anschluss. Er ist lediglich nicht durchsetzbar. Der Netzbetreiber trägt die Darlegungs- und Beweislast für die den Netzanschluss ausschließenden Gründe.

<sup>256</sup> Zu den Verweigerungsgründen vgl. Stötzel, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 18, Rn. 30.

c) Sonderfall der Verordnung zur Regelung des Netzanschlusses von Anlagen zur Erzeugung von elektrischer Energie

Die Verordnung zur Regelung des Netzanschlusses von Anlagen zur Erzeugung von elektrischer Energie (KraftNAV)<sup>258</sup> ist ein Sonderfall zu den Regelungen des Netzanschlusses. Die KraftNAV regelt einen zügigen und diskriminierungsfreien Netzanschluss und auch -zugang neuer Kraftwerke. Hierdurch will der Gesetzgeber den Markteintritt für potentielle „Newcomer“ auf dem deutschen Erzeugermarkt vereinfachen, um so den Wettbewerb zu intensivieren.

Die Verordnung erfasst alle Anlagen mit einer Nennleistung ab 100 MW, die an Elektrizitätsversorgungsnetze mit einer Spannung von mindestens 100 kV angeschlossen sind. Hierbei handelt es sich um Kraftwerke, die an die Hoch- oder Höchstspannungsnetzen angeschlossen sind. § 3 KraftNAV regelt das Verfahren zum Netzanschluss.

Insgesamt ist das Verfahren durch seine Stringenz geprägt. So müssen die Betreiber von Hoch- und Höchstspannungsnetze im Internet alle erforderlichen Informationen bezüglich eines Netzanschlusses veröffentlichen. Nach Eingang eines Antrags haben die Netzbetreiber den Antragsteller innerhalb von zwei Wochen über das folgende Verfahren umfänglich zu informieren. Nach § 6 KraftNAV ist der Anschluss nur zu verweigern, wenn der Anschlusspunkt technisch nicht möglich ist. Ist dies der Fall, hat der Betreiber nach Absatz 3 des § 6 KraftNAV dem Antragsteller einen alternativen Anschlusspunkt vorzuschlagen. Stehen dem Netzanschluss keine technischen Gründe entgegen, hat der Netzbetreiber nach § 4 KraftNAV dem Antragsteller eine Anschlusszusage zu erteilen.

In § 7 KraftNAV ist sodann der Netzzugang geregelt.<sup>259</sup> Hiernach ist ein privilegierter Netzzugang bei Netzengpässen für neue Kraftwerke zu gewährleisten. Nach Absatz 2 des § 7 KraftNAV sind diejenigen, die bis zum 31.12.2007 ein Netzanschlussbegehren nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 KraftNAV an den Netzbetreiber gerichtet haben und deren Erzeugungsanlage in der Zeit

<sup>257</sup> Zu den Verweigerungsgründen vgl. Stötzel, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 17, Rn. 28 ff..

<sup>258</sup> Die KraftNAV ist am 27.6.2007 in Kraft getreten, BGBl I. S. 1187.

<sup>259</sup> Die Verfassungsmäßigkeit der Norm ist fraglich, vgl. Kästner, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, 2. Aufl., Kap. 53, Rn. 84 ff..

vom 31.12.2007 bis zum 31.12.2012 an das Netz angeschlossen wird, zu privilegieren. Der Anspruch ist auf zehn Jahre ab dem Zeitpunkt der ersten Netzeinspeisung befristet.

Die Verordnung trennt zwar nicht – wie es im EnWG der Fall ist – den Netzanschluss vom Netzzugang. Da der Netzanschluss ohne die Möglichkeit der Einspeisung in das Netz jedoch sinnlos ist, hat der Gesetzgeber den Netzzugang mitgeregelt. Nur durch den in der KraftNAV geregelten Netzzugang wird verhindert, dass die Tochtergesellschaften der großen Verbundunternehmen „Newcomer“ dadurch diskriminieren, dass sie nur den mit ihnen verflochtenen Unternehmen auf der Erzeugerebene den Netzzugang gewähren.

Die KraftNAV ist ein strukturpolitisches Instrument, das an die Ursache der Wettbewerbsbeschränkungen anknüpfen soll.<sup>260</sup> Da die KraftNAV jedoch nicht direkt in die Struktur des Marktes eingreift, kann man die Verordnung als „weiches“ Instrument bezeichnen. Hingegen ist die Veräußerung von Erzeugungskapazitäten als direkter Eingriff in den Markt ein „hartes“ Strukturinstrument.<sup>261</sup>

## 2. Netzzugang im Energierecht

Durch § 20 Abs. 1 EnWG wird der grundsätzliche Zugangsanspruch Dritter zu den Energieversorgungsnetzen – sowohl für den Strom als auch für den Gasbereich – geregelt. Hier wird das „Ob“ des Netzzugangs normiert. Die Absätze 1a und 1b des § 20 EnWG regeln hingegen die Ausgestaltung des Zugangsanspruchs in vertraglicher Hinsicht. Sie regeln das „Wie“ des Netzzugangs.<sup>262</sup>

Nach § 20 Abs. 1 EnWG müssen Betreiber von Energieversorgungsunternehmen jedermann nach sachlich gerechtfertigten Kriterien diskriminierungsfrei Netzzugang gewähren und die Bedingungen und Entgelte hierfür veröffentlichen. Nach seinem Wortlaut setzt der Zugangsanspruch Angemessenheit, Diskriminierungsfreiheit und Transparenz voraus.

<sup>260</sup> Etten-Rüppel/Riechmann, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, 2. Aufl. 4. Kap., Rn. 46.

<sup>261</sup> Etten-Rüppel/Riechmann, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, 2. Aufl. 4. Kap., Rn. 46.

<sup>262</sup> Danner/Theobold/ Neveling/Gevehr, EnWG I B 1 § 20 Ib Rn. 40, 2007; Kühling/ el-Burdi, DVBl. 2005, 1470, 1473 ff.; Scholtka, NJW 2005, 2421, 2424 ff.; Dittmann, in: Germer/Loibl, Energierecht Handbuch 2007, S. 228 ff..

Verpflichtete des Zugangsanspruchs sind die Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen. Berechtigter ist nach § 20 Abs. 1 Satz 1 EnWG „jedermann“.

Die Zugangsregulierung nach § 20 EnWG ist eine Parallelnorm zu § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB. Beide Normen regeln die Gewährung von Netzinfrastrukturen an Dritte. In welchem Verhältnis diese Normen zueinander stehen, wird im fünften Kapitel der Arbeit aufgezeigt.

##### a) Netzzugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen

§ 20 Abs. 1a EnWG in Verbindung mit der StromNZV regelt die genaue Vertragsstruktur für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen. Netznutzer und deren Lieferanten haben aus § 24 Abs. 1 i.V.m. § 25 Abs. 1 StromNZV einen Anspruch auf Abschluss eines Netznutzungsvertrages mit demjenigen Energieversorgungsunternehmen, aus dessen Netz die Energie entnommen wird und in dessen Netz die Einspeisung erfolgen soll. Durch die StromNZV werden alle Bedingungen, nach denen der Netzbetreiber den Netznutzern den Zugang gem. § 20 Abs. 1 EnWG zu seinen Netzen gewähren muss, verbindlich konkretisiert. In der StromNZV sind nicht nur Regelungen zu den drei vorgeschriebenen Vertragstypen zu finden. In § 23 Abs. 1 StromNZV findet sich darüber hinaus auch ein genau definierter Ablauf, wie in zeitlicher Hinsicht der Zugangsvertrag erfolgen soll.

Nach § 20 Abs. 1a EnWG i.V.m. § 3 StromNZV sind die drei Vertragstypen: der Netznutzungsvertrag, der Lieferantenrahmenvertrag und der Bilanzkreisvertrag.

Der Netznutzungsvertrag regelt nach § 20 Abs. 1a Satz 3 EnWG das Vertragsverhältnis zwischen dem Letztverbraucher und demjenigen Energieversorgungsunternehmen, aus dessen Netz die Entnahme der Energie erfolgen soll. Die näheren Vertragsbestimmungen sind in § 24 Abs. 1 i.V.m. § 25 Abs. 1 StromNZV geregelt.

Der Lieferantenrahmenvertrag ist ein Unterfall des Netznutzungsvertrages, abgestimmt auf Lieferanten. Nach § 20 Abs. 1a Satz 2 EnWG ist er nicht auf bestimmte Entnahmepunkte beschränkt. Nach § 2 Nr. 5 StromNZV ist ein Lieferant ein Unternehmer, dessen Geschäftstätigkeit auf den Vertrieb von Elektrizität gerichtet ist.

In § 3 Abs. 2 StromNZV ist der Bilanzkreisvertrag geregelt. Der Bilanzkreisvertrag sieht ein Bilanzkreissystem vor, das – wie bereits erklärt – einen Ausgleich zwischen Einspeisung und Ausspeisung bezweckt. Vertragspartner dieses Vertrages sind gemäß § 26 Abs. 1 StromNZV die Bilanzkreisverantwortlichen und die Betreiber der Übertragungsnetze. Nach § 26 Abs. 1 StromNZV bezieht er sich auf die Führung, Abwicklung und Abrechnung von Bilanzkreisen.<sup>263</sup>

#### b) Zugang zu Gasversorgungsnetzen

§ 20 Abs. 1b EnWG stellt die Kernregelung für die Ausgestaltung des Gasnetzzuganges dar. Die Gaszugangsregelungen sind zum großen Teil gleichlautend wie die des Stromzugangs. Jedoch ist § 20 Abs. 1b EnWG deutlich ausführlicher geregelt als seine Parallelvorschrift. Dies lässt sich vor allem auf das kontroverse Gesetzgebungsverfahren und auf die wesentliche Erneuerung der Vertragsstruktur in der Gaswirtschaft zurückführen.<sup>264</sup>

Die neuen Gasnetzzugangsregelungen normieren, wie im zweiten Kapitel aufgezeigt, den Systemwechsel vom ehemaligen Punkt-zu-Punkt-Modell der Verbändevereinbarung<sup>265</sup> Gas II (VV Gas II) zum heutigen Entry-Exit-System.<sup>266</sup> Das Entry-Exit-System ist seinerseits verständlicher darzustellen, wenn vorerst die Vorläuferregelung erläutert wird.

Nach dem Punkt-zu-Punkt-Modell war eine „streckenweise“ Buchung von Kapazitäten durch den Transportkunden von dem gewünschten Einspeisepunkt bis zu dem gewünschten Ausspeisepunkt beim Endkunden vorgesehen. Im Gegensatz dazu sieht nun das Entry-Exit-System vor, dass im Gasnetz der Lieferant an beliebigen Orten Gas einspeisen und der Kunde

<sup>263</sup> Zu den Bilanzkreisen vgl. Kap. 2, Abschnitt C/I./2./c).

<sup>264</sup> Danner/Theobold/Neveling/Gewehr, EnWG I § 10 Abs. 1b B1Rn. 42, 2006.

<sup>265</sup> Auf den Erlass von Rechtsverordnungen zur Regelung des Netzzugangs hat der Gesetzgeber damals bewusst zu Gunsten privatrechtlicher Verbändevereinbarungen in der Strom- und Gaswirtschaft verzichtet, die durch § 6 I 5 und § 6 II 5 a.F. EnWG befristet als „gute fachliche Praxis“ gesetzlich anerkannt wurden.

<sup>266</sup> Stumpf/Gabler, NJW 2005, 3174, 3175; Dittmann, in: Germer/Loibl, Energierecht Handbuch 2007 S. 240 ff.; Kühne/Brodowski, NVwZ 2005, 849, 851; Scholtka, NJW 2005, 2421, 2424; Salje, Komm. zum EnWG 2006, § 20 Rn. 34; Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 67 ff., Kühling/el-Barudi, DVBl. 2005, 1470, 1474.

Gas entnehmen kann.<sup>267</sup> Folglich ist der Gastransport nach diesem Modell vollkommen unabhängig von einem vorher zugrunde gelegten Transportpfad.<sup>268</sup>

Im Gasbereich bestehen die Vertragsverhältnisse gem. § 20 Abs. 1b Satz 2, 3 EnWG zwischen dem Netzbetreiber und dem Transportkunden aus einem Einspeise- und einem Ausspeisevertrag. Den Inhalt dieser Verträge konkretisiert § 3 Abs. 2 GasNZV. Auch die GasNZV bietet eine Strukturierung der vertraglichen Mechanismen, die die genaue Ausgestaltung der Verträge rechtsverbindlich macht.

### 3. Zwischenergebnis

Der Gesetzgeber hat sich in der letzten Energierechtsreform vom verhandelten Netzzugang abgewandt und das regulierte Netzzugangssystem eingeführt. Hierbei bedient er sich eines klassischen Instruments der wettbewerbsspezifischen Regulierung. Dieses ist angelehnt an § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB.

Insbesondere die Regelungen der KraftNAV sind dazu geeignet, die Intensivierung des Wettbewerbs auf der Erzeugerebene zu erreichen. Sie unterstützen augenscheinlich die Entwicklung großer Kraftwerksprojekte.

## *II. Entgeltregulierung als wettbewerbsspezifisches Regulierungsinstrument im EnWG*

Netznutzungsentgelte stellen die geldwerte Gegenleistung für die Gewährung des Netzzuganges dar.<sup>269</sup> Abzugrenzen ist das Netznutzungsentgelt vom Endkundenentgelt. Auf letzteres wurde im dritten Kapitel eingegangen. Vorliegend wird ausschließlich das Netznutzungsentgelt thematisiert.

<sup>267</sup> Danner/Theobold/Neveling/Gewehr, EnWG I § 20 Abs. 1b B 1 Rn. 49 ff., 2006; Kühling/el-Burdi, DVBl. 2005, 1471, 1474; Stumpf/Gabler, NJW 2005, 3174, 3175.

<sup>268</sup> Kühling/el-Burdi, DVBl. 2005, 1470, 1474; Salje, Komm. zum EnWG 2006, § 20 Rn. 35; Kühne/Brodowski, NVwZ 2005, 849, 851; Stern, Das neue deutsche Energiewirtschaftsrecht, in FS-Scholz, 923, 936; Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 68.

<sup>269</sup> Baur/Pritzsche/Garbers, Anreizregulierung nach dem EnWG 2005, S. 17.

Nicht nur auf der Ebene der Netze, sondern auch auf der Ebene der Dienste trifft das wettbewerbsspezifische Regulierungsrecht auf die ehemaligen monopolistischen Strukturen. Demnach ist unabhängig vom Netzzugang sicherzustellen, dass Wettbewerb stattfindet. Denn jeder regulierte Netzzugang ist nutzlos, wenn die Netzbetreiber die Möglichkeit haben, durch die Forderung überhöhter Entgelte den Netzzugang für die Wettbewerber unrentabel zu machen.<sup>270</sup>

Hinsichtlich des Regulierungsansatzes kann der Gesetzgeber zwischen einer Regulierung einzelner Tarife oder Bedingungen („Einzelentgeltregulierung“) und einer Regulierung der Methode zur Berechnung der Entgelte („Methodenregulierung“) wählen. Bei der Einzelentgeltregulierung muss der Netzbetreiber seine Preise und Bedingungen der zuständigen Behörde zur Genehmigung vorlegen.<sup>271</sup> Bei der Methodenregulierung gibt die Regulierungsbehörde hingegen ein Verfahren oder Vorgehen, einen Rechenweg oder eine Kalkulationsgrundlage für die Ermittlung der Netznutzungsentgelte vor.<sup>272</sup> Diese Methoden können im Einzelfall genehmigungsfrei vom Netzbetreiber in konkrete Preise umgesetzt werden. Im Rahmen des Methodenansatzes kann sich der Gesetzgeber wiederum entscheiden, ob er die Methode durch Gesetz oder Rechtsverordnung festlegt (normierende Regulierung) oder die Festlegung der Regulierungsbehörde überlässt (administrative Regulierung).<sup>273</sup>

##### 1. Entgeltregelungen im Energierecht

Das EnWG und seine konkretisierenden Rechtsverordnungen beinhalten detaillierte Regelungen zur Entgeltregulierung. Der Gesetzgeber hat sich für eine normierende Methodenregulierung (a) entschieden, die zum Teil durch eine Vorabgenehmigung nach § 23 a EnWG (b) ergänzt wird.

<sup>270</sup> Büdenbender, DVBl. 2006, 197, 198; Kühling/el-Burdi, DVBl. 2005, 1470, 1476; Masing AöR (128) 2003, 558, 574; ders. Die Verw. 2003, S. 1, 10ff..

<sup>271</sup> Staebe, DVBl. 2004, 855, 858; Britz, in FS-Zetschwitz 2005, S. 378; Külper-Sörries, DVBl. 2005, 298, 298.

<sup>272</sup> Kühne/Brodowski, NVwZ 2005, 849, 852; Säcker, AöR (130) 2005, 180, 200 ff., ders. RdE 2003, 300, 301; Stern, Das neue deutsche Energiewirtschaftsgesetz, in FS-Scholz, S. 936, eingehend zu dem Konzept der Netzentgeltregulierung siehe Büdenbender, DVBl. 2006, 197 ff.; Stumpf/Gabler, DVBl. 2005, 3174, 3177.

<sup>273</sup> Staebe, DVBl. 2004, 853, 858.

Die Methodenregulierung dient vorliegend als „Vorfilter“, um jedenfalls diskriminierende Netznutzungsentgelte aufgrund unterschiedlicher Preisbildungsmethoden auszuschließen.<sup>274</sup>

##### a) Methoden zur Kalkulation von Netzentgelten

Das EnWG sieht grundsätzlich drei methodische Ansätze zur Entgeltregulierung vor. Zum einen ist die kostenorientierte Entgeltbildung nach § 21 Abs. 2 EnWG festgeschrieben, die durch das Vergleichsverfahren nach § 21 Abs. 3 und 4 EnWG ergänzt wird (aa). Zum anderen ist die Anreizregulierung nach § 21 a EnWG vorgesehen (bb). Als dritte Methode ist das reine Vergleichsverfahren nach § 24 Satz 2 Nr. 5 EnWG zu nennen (cc).

##### aa) Kostenorientierte Preisbildung

Als Grundsatz sieht das Gesetz die kostenorientierte Preisbildung nach § 21 EnWG vor. Nach Absatz 2 des § 21 EnWG werden Entgelte auf der Grundlage der Kosten einer Betriebsführung gebildet, die denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen. Hierbei dürfen Kosten und Kostenbestandteile nicht beachtet werden, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden. Demnach sind nur solche Kosten maßgeblich, die selbst bei effizienter Leistungserbringung entstehen. Hieran wird deutlich, dass der Entgeltmaßstab nach § 21 Abs. 2 EnWG kein ausschließlich ist-kostenorientierter, sondern ein soll-kostenorientierter ist.<sup>275</sup>

Darüber hinaus kann die Regulierungsbehörde nach § 21 Abs. 3 EnWG in gewissen zeitlichen Abständen einen Vergleich von Netzentgelten, Erlöse oder Kosten durchführen. Die Ergebnisse dieses Vergleichsverfahrens sind bei der Preisbildung nach Absatz 2 des § 21 EnWG zu berücksichtigen. Die kostenorientierte Preisbildung erfolgt demnach in zwei Prüfungsschritten. In einem ersten Prüfungsschritt werden die Kosten und Entgelte des Unternehmens festgestellt.

<sup>274</sup> Kühne/Brodowski, NVwZ 2005, 849, 852.



In diesem Rahmen ist zu prüfen, welche Kosten tatsächlich bei dem Unternehmen angefallen sind. Sodann ist im Rahmen der Sachgerechtigkeit zu prüfen, ob diese Kosten auch erforderlich waren.

Ist dieser erste Prüfungsschritt abgeschlossen, folgt das Vergleichsverfahren. Hier werden die Kosten, Entgelte und Erlöse mit denen von anderen Energieversorgungsunternehmen verglichen. Wenn sich die Kosten, Entgelte oder Erlöse des Unternehmens nicht im Rahmen des Vergleichs verhalten, besteht ein Indiz für überhöhte Netznutzungsentgelte. Die preisorientierte Kostenbildung nach § 21 Abs. 2 EnWG i.V.m. der GasNEV und der StromNEV erhält also durch das Vergleichsmodell ein Korrektiv. Hierbei muss beachtet werden, dass im Rahmen des Vergleichsmodells als Korrektiv eine Rechtfertigung des Unternehmens möglich ist. Die Preisbildung ist gerechtfertigt, wenn die zu vergleichenden Unternehmen nicht verglichen werden können.

#### bb) Anreizregulierung

Als zweites Modell sieht der Gesetzgeber die Anreizregulierung vor. Das Prinzip der Anreizregulierung ist nach § 21 a EnWG im Einzelnen wie folgt ausgestaltet: Die Regulierungsbehörde untersucht das Energieversorgungsunternehmen dahingehend, ob eine Effizienzverbesserung möglich ist. Sodann legt die Regulierungsbehörde Obergrenzen für die Einzelentgelte oder die Gesamterlöse fest. Die Obergrenzen gelten für einen Zeitraum von mindestens zwei und höchstens fünf Jahren. In dem Zeitraum, indem die Obergrenzen gelten, bedürfen die Entgelte oder Gesamterlöse keiner Genehmigung. Für das Versorgungsunternehmen stellt dies eine Planungssicherheit dar.<sup>276</sup>

Es sind nun drei Möglichkeiten denkbar, wie sich die festgelegten Obergrenzen auswirken. Erstens besteht die Möglichkeit, dass es dem Unternehmen nicht gelingt, die Obergrenze einzuhalten. Hier verringert sich sein unternehmerisches Ergebnis gegenüber der Situation vor der Anreizregulierung. Zweitens besteht die Möglichkeit, dass sich das Unternehmen genau im Rahmen der Effizienzvorgaben verhält. In diesem Fall bleibt es bei der regulierungsbehördlichen Einschätzung und Akzeptanz. Der erstrebenswerte Fall ist jedoch die

<sup>275</sup> Meizenbach, Die Anreizregulierung als Instrument 2008, S. 110; Lohmann, Anreizregulierung als hoheitlich vermittelter Wettbewerb, S. 89; Kühne/Brodowski, NVwZ 2005, 849, 852.

<sup>276</sup> Meizenbach, Anreizregulierung als Instrument 2008, S. 165; Lohmann, Anreizregulierung als hoheitlich vermittelter Wettbewerb, S. 41.

dritte Möglichkeit, dass das Unternehmen seine Effizienz gegenüber den Obergrenzen verbessert. In diesem Fall erhöht sich sein Unternehmensergebnis zu seinen Gunsten. Denn die Regulierungsbehörde ist nicht befugt, aufgrund der verbesserten Effizienz die Senkung der Entgelte oder der Erlöse zu fordern. Der Anreiz für das Energieversorgungsunternehmen liegt darin, das Unternehmensergebnis durch Effizienz zu verbessern, jedoch keiner Verpflichtung zur Senkung der Entgelte oder Erlöse ausgesetzt zu sein. Dies stellt auch den Unterschied zu der kostenorientierten Preisbildung dar. Die kostenorientierte Preisbildung setzt zwingend die Komponenten der Kosten und der Erlöse beziehungsweise Entgelte zueinander ins Verhältnis. Sinken die Kosten, so ist auch eine Erlös-/Entgeltsenkung erforderlich.

##### (1) Anreizregulierung und kostenorientierte Preisbildung

Der Kostenmaßstab für die Anreizregulierung ist gemäß § 21 a Abs. 1 Hs. 1 EnWG die kostenorientierte Preisbildung nach § 21 Abs. 2 EnWG. Missverständlich ist der zweite Halbsatz des § 21 a Abs. 1 EnWG. Hiernach werden die Netznutzungsentgelte „abweichend von der Entgeltbildung nach § 21 Abs. 2 EnWG“ durch die Anreizregulierung bestimmt.

Aufgrund des Wortlautes vertreten *Salje* und *König/Kühling/Rasbach* die Ansicht, dass die kostenorientierte Entgeltbildung nach § 21 Abs. 2 EnWG durch die eingeführte Anreizregulierung ersetzt wird.<sup>277</sup>

Dieser Ansicht ist jedoch nicht zu folgen. § 21 Abs. 2 EnWG hat, wie bereits aufgezeigt, insoweit einen Paradigmenwechsel eingeführt, dass maßgeblich auf die Kosten eines effizienten Netzbetreibers abzustellen ist. Diese Wertung muss auch zwingend im Rahmen des § 21 a EnWG gelten. Denn Zweck des § 21 a EnWG ist, durch spezifische Mechanismen gerade zusätzliche Effizienzimpulse zu geben. Es kann somit auch im Rahmen des § 21 a EnWG nicht auf das Ist-Niveau, sondern auf das Soll-Niveau ankommen. Zweck des § 21 a Abs. 1 Hs. 2 EnWG ist nicht, die zentrale Norm der Entgeltregulierung auszuschließen. Vielmehr ist § 21 a Abs. 1 EnWG so zu verstehen, dass er auf die kostenorientierte Preisbildung Bezug nimmt und hierdurch klarstellt, dass die Anreizregulierung auf den gleichen Kostenstandards basiert, wie sie die allgemeinen Grundsätze der Entgeltkalkulation nach § 21 Abs. 2 EnWG vorgeben.<sup>278</sup>

<sup>277</sup> Salje, Komm. zum EnWG 2006, § 21 a Rn. 4; König/Kühling/Rasbach, Energierecht, S. 102; so auch Stumpf/Gabler, NJW 2005, 3174, 3177.

<sup>278</sup> Säcker/Meinzenbach, RdE 2009, 1, 3 f.

Auch die historische Auslegung kommt zu diesem Ergebnis. Das Gesetzgebungsverfahren und die zentrale Bedeutung des § 21 Abs. 2 EnWG sprechen dagegen, dass es sich lediglich um eine Übergangsvorschrift handelt. Würde die Regelung nur bis zur Einführung der Anreizregulierung gelten, wäre sie jedoch eine Übergangsvorschrift.

Vielmehr ist der Zweck des § 21 a Abs. 1 Hs. 2 EnWG darin zu sehen, dass mit Beginn der Anreizregulierung die Anwendung der kostenorientierten Entgeltbildung im Rahmen des Genehmigungsverfahrens nach § 23 a EnWG ausgeschlossen ist. Die Gegenansicht berücksichtigt nicht, dass im Rahmen der Entgeltregulierung zwischen dem Entgeltmaßstab und der Berechnungsmethode zu unterscheiden ist. Bei der Frage nach dem Entgeltmaßstab geht es darum, welche Entgelte als angemessen gelten sollen. Diejenigen, die auf Kosten beruhen, die tatsächlich entstanden sind oder nur diejenigen, die einem effizienzorientierten Maßstab entsprechen<sup>279</sup>? Ausschließlich dieser Frage widmet sich § 21 Abs. 2 EnWG und spricht sich für die zweite Alternative aus. Grundsätzlich lässt die Anreizregulierung die kostenorientierte Entgeltbildung demnach nicht nur neben sich bestehen. Sie steht mit ihr im Zusammenhang.

Es ist jedoch im Rahmen der ex-ante Einzelentgeltgenehmigung zu beachten, dass dort die kostenorientierte Entgeltbildung ausgeschlossen ist. § 23 a EnWG wird demnach durch die Anreizregulierung abgelöst.

#### (2) Anreizregulierung ab dem 01.01.2009 nach der Anreizregulierungsverordnung

Die Bundesregierung hat von der Ermächtigungsgrundlage des § 21 a Abs. 6 EnWG Gebrauch gemacht und die Anreizregulierungsverordnung (ARegV) erlassen. Die § 21 a EnWG konkretisierende ARegV ist am 06.11.2006 in Kraft getreten und gilt für die Netznutzungsentgelte ab dem 01.01.2009.<sup>280</sup> Da die Anreizregulierung nach § 21 a EnWG nur im Rahmen der kostenorientierten Entgeltbildung in Betracht kommt, findet sie keine Anwendung bei dem reinen Vergleichsmodell. Dies ist allein bei überregionalen Fernleitungsgasnetzbetreibern möglich, die nach § 3 Abs. 2 GasNEV auf das reine Vergleichsmodell zurückgreifen.

<sup>279</sup> Kühling/el-Burdi, DVBl. 2005, 1170, 1176.

<sup>280</sup> BGBl. I S. 2529.

Nach der ARegV soll dem Netzbetreiber eine Erlösobergrenze vorgegeben werden, die jährlich um allgemeine und individuelle Effizienzvorgaben angepasst wird.<sup>281</sup> Die Erlösobergrenze bestimmt sich nach der Regulierungsformel. Ausgangspunkt der Regulierungsformel ist gem. § 6 ARegV eine Kostenprüfung nach den Netzentgeltverordnungen. Dieses Ausgangsniveau wird grundsätzlich in dem vorletzten Kalenderjahr vor Abschluss der Regulierungsperiode auf Grundlage der Daten des letzten Kalenderjahres ermittelt.<sup>282</sup>

Für die erste Regulierungsperiode – die am 01.01.2009 beginnt – gilt jedoch die Ausnahme des § 6 Abs. 2 ARegV. Hiernach ist das Ausgangsniveau nach dem Ergebnis der Kostenprüfung der Netzentgelte nach § 23 a EnWG zu bestimmen. Danach wurden die Daten von dem Geschäftsjahr 2006 oder früher zu Grunde gelegt und sind ausschlaggebend.<sup>283</sup> Somit haben die Netzentgeltgenehmigungen aus dem Jahr 2007 maßgeblichen Einfluss auf die Erlösobergrenze im Rahmen der Anreizregulierung, die jedoch erst ab dem 01.01.2009 gilt. Investitionen aus den Geschäftsjahren 2007/2008 finden hingegen keine Berücksichtigung.

Wesentliches Element der Regulierungsformel ist weiter das Moment der individuellen Effizienzvorgabe. Ist das Ausgangsniveau – nach den eben genannten Vorgaben – für die Erlösobergrenze ermittelt, sind die individuellen Effizienzvorgaben festzulegen. Diese bestimmen sich nach § 16 Abs. 1 ARegV. Hiernach sind individuelle Effizienzvorgaben, die nach den §§ 12 – 15 ARegV ermittelten Ineffizienzen, die unter Anwendung eines Verteilungsfaktors rechnerisch innerhalb einer oder mehrerer Regulierungsperioden gleichmäßig abgebaut werden.

Die Festlegung der individuellen Effizienzen setzt demnach erst einmal voraus, dass die Ineffizienzen ermittelt werden. Nach § 12 ARegV hat die Bundesnetzagentur für die Feststellung der Ineffizienzen einen bundesweiten Effizienzvergleich durchzuführen. Nach der Anlage 3 zu ARegV sind für die Durchführung des Vergleichs die Methoden der Data Envelopment Analysis (DEA) und der Stochastic Frontier Analysis (SFA) anzuwenden.<sup>284</sup> Der Netzbetreiber, der nach der jeweiligen Methode das beste Verhältnis zwischen netzwirtschaftlicher Leistungserbringung und Aufwand hat, stellt den Maßstab dar, an dem sich

<sup>281</sup> Schäfer/Schönefuß, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, 2. Aufl., Kap. 49 Rn. 77.

<sup>282</sup> Zur Ermittlung des Ausgangsniveaus ausführlich, Rosin, RdE 2009, 37 ff..

<sup>283</sup> Bezüglich der Besonderheiten im Rahmen des Ausgangsniveaus für die erste Regulierungsperiode vgl. Weyer, RdE 2008, 261, 262 f..

<sup>284</sup> Zu der Frage der Überprüfbarkeit der individuellen Effizienzvorgaben vgl. Lotze/Thomale, WuW 2008, 257, 266 f. und eingehend Elspas/Rosin/Burmeister, RdE 2007, 329, 336.

die übrigen Netzbetreiber messen müssen. Nur der beste Netzbetreiber gilt insofern als effizient.<sup>285</sup>

Fraglich ist, inwieweit dieser Maßstab mit § 21 a Abs. 5 Satz 4 EnWG vereinbar ist. Nach § 21 a Abs. 5 Satz 4 EnWG muss der Netzbetreiber die Effizienzvorgaben erreichen und übertreffen können. Denn Zweck der Anreizregulierung ist es, dem Netzbetreiber Anreize zu geben. Die Orientierung am „Klassenbesten“ widerspricht jedoch diesem Zweck.<sup>286</sup>

### (3) Fazit zur ARegV

Ab dem 01.01.2009 ist für die Netznutzungsentgelte, die auf der Methode der kostenorientierten Entgeltbildung basieren, die Anreizregulierung maßgeblich. Im Idealfall schafft die Anreizregulierung eine Win-Win-Situation und ist daher zu begrüßen: Die Netzbetreiber erzielen höhere Renditen als bei der bisherigen Methodenregulierung und gleichzeitig zahlen die Netznutzer niedrigere Netzentgelte. Möglich wird dies durch Produktivitätsgewinne, welche die Netzbetreiber ohne die durch die Anreizregulierung geschaffenen Anreize nicht geschafft hätten. Darüber hinaus werden durch die Senkung der Netzentgelte die Marktzutrittsschranken abgebaut, welches ebenfalls den Wettbewerb intensiviert.

### cc) Das reine Vergleichsmarktmodell

Als Alternative zur kostenorientierten Preisbildung sieht der Gesetzgeber das reine Vergleichsmarktmodell vor. § 24 Satz 2 Nr. 5 EnWG ist eine Rechtsgrundlage für eine abweichende Regelung des § 21 Abs. 2 EnWG. Die darauf basierende Rechtsverordnung kann die Entgeltbildung auf Grundlage eines marktorientierten Verfahrens oder einer Preisbildung im Wettbewerb regeln, wenn Leitungswettbewerb besteht oder potentiell gegeben ist. Aus der Gesetzesbegründung wird deutlich, dass dieser Fall nur im Bereich der überregionalen Transportebene bei Ferngas seine Anwendung findet. Der Gesetzgeber wollte hierdurch dem Umstand Rechnung tragen, dass es auf der Ferngasebene teilweise parallele Leitungsnetze gibt, die aus der Sicht der Nutzer Alternativen eröffnen. Die §§ 3 Abs. 2 und 3, 19, 26 GasNEV

<sup>285</sup> Zu der Frage, inwieweit diese Regelung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz standhält vgl. Elspas/Rosin/Burmeister, RdE 2007, 329, 334 f..

<sup>286</sup> Lotze/Thomale, WuW 2008, 257, 267; Balzer/Schönefuß, RdE 2006, 213, 214 ff.; Meizenbach, Die Anreizregulierung als Instrument 2008, S. 165 ff; Pohl/Rädler, RdE 2008, 306, 307 f..

greifen diese Möglichkeit auf und legen unter bestimmten Voraussetzung das reine Vergleichsmarktmodell als Entgeltbildungsmethode fest.

Im Unterschied zu der kostenorientierten Preisbildung sind beim reinen Vergleichsmarktmodell die Kosten irrelevant. Es werden ausschließlich die Entgelte oder die Gesamterlöse mit denen von anderen Versorgungsunternehmen verglichen.

Nach § 24 Satz 2 Nr. 5 EnWG setzt das reine Vergleichsmarktmodell voraus, dass Leitungswettbewerb besteht oder potentiell besteht. In dieser Voraussetzung liegt ein innerer Widerspruch des Vergleichsmarktmodells. Das Vergleichsmarktmodell als Methode der Regulierung bedarf, wie bereits festgestellt, einer Rechtfertigung.<sup>287</sup> Soweit in den freien Wettbewerb durch staatliche Aufsicht eingegriffen werden soll, muss dies auch erforderlich sein. Die Rechtfertigung für die staatliche Regulierung ist typischerweise fehlender Wettbewerb. Der Staat darf präventiv eingreifen, um Wettbewerb zu schaffen. Wenn jedoch bereits Wettbewerb besteht, ist dem Rechtfertigungsgrund die Grundlage entzogen. § 24 Satz 2 Nr. 5 EnWG stellt also eine Rechtsgrundlage für ein Regulierungsmodell dar und setzt gleichzeitig voraus, dass Wettbewerb besteht. Die Beschleunigungsrichtlinie sieht jedoch die Regulierung zwingend vor. Dieser Widerspruch kann nur so vermieden werden, dass der Europäische Gesetzgeber nicht davon ausgeht, dass auf der Ferngasebene tatsächlich Wettbewerb gegeben ist.

Weiter ist im Rahmen des Vergleichsmarktmodells anzusprechen, dass hier eine Rechtfertigung für Preisabweichungen durch Kosten nicht möglich erscheint. Dies basiert auf folgender Überlegung:

Das reine Vergleichsmarktmodell ist eine Alternative zu zwei anderen Regulierungsmethoden. So bleiben die kostenorientierte Preisbildung und die Anreizregulierung neben dem reinen Vergleichsmarktmodell anwendbar. Die Entscheidung, das reine Vergleichsmarktmodell unter Ausschluss des § 21 EnWG anzuwenden, liegt bei dem jeweiligen Unternehmen. Nach § 3 Abs. 2 Satz 1 GasNEV „kann“ der Netzbetreiber für sich das Vergleichsmarktmodell festlegen. Sollte nun die Anwendung des reinen Vergleichsmarktmodells für den Netzbetreiber negative Auswirkungen haben, kann er sich alternativ für die Anwendung der §§ 21, 21 a EnWG entscheiden. Hier kann er sodann Rechtfertigungsgründe geltend machen. Dies ist der maßgebliche Unterschied des Vergleichsmarktmodells zu dem Missbrauchsverfahren nach § 19

<sup>287</sup> Kap. 4, Abschnitt C.

Abs. 4 Nr. 2 GWB. Die Gemeinsamkeit, dass auch die Missbrauchsaufsicht das Vergleichsmodell anwendet, ist offensichtlich. Jedoch entscheidet bei der Missbrauchsaufsicht die Kartellbehörde über die Anwendung des Vergleichsmodells. Hier hingegen entscheidet das Unternehmen, welche Methode es anwenden will.

b) Ex-Ante Kontrolle nach § 23 a EnWG

Wie bereits dargestellt, wird die ex-ante Kontrolle des § 23 a EnWG durch die Einführung der Anreizregulierung abgelöst. Daher hat diese nur noch eine untergeordnete Rolle. Sie bleibt jedoch im Rahmen der Anreizregulierung maßgeblich für die Festsetzung des Ausgangsniveaus bezüglich der ersten Regulierungsperiode.

§ 23 a EnWG ist eine echte ex-ante Regulierung – also eine Vorabkontrolle.<sup>288</sup> Von seiner Rechtsnatur her ist § 23 a EnWG ein Präventivverbot mit Erlaubnisvorbehalt. Nach § 23 a Abs. 2 Satz 1 EnWG muss die Genehmigung erteilt werden, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen. Demnach gibt es keine Rechtfertigung dafür, die Genehmigung zu versagen, soweit die materiellen Voraussetzungen vorliegen. Aus der Rechtsnatur des Präventivverbots mit Erlaubnisvorbehalt folgt ebenfalls, dass die der Genehmigungspflicht unterliegenden Entgelte nur nach Maßgabe der Genehmigung der Regulierungsbehörde erhoben werden dürfen.<sup>289</sup> Die Regulierungsbehörde kann damit die Entgelte – die nach den Ermittlungsmethoden des § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG errechnet wurden – vorab hoheitlich festlegen. Überprüft werden hierbei alle Netzzugangsentgelte und Ausgleichsleistungen.<sup>290</sup>

2. Zwischenergebnis

Auch im Rahmen der Entgeltbestimmungen hat sich der Gesetzgeber im EnWG wettbewerbsspezifischer Regulierungsinstrumente bedient. Nach *Kühling/el-Burdi* ist die Bestimmung der angemessenen Netznutzungsentgelte der neuralgische Punkt der Regulierung

<sup>288</sup> Staabe, DVBl. 2004, 853, 858; Britz, in FS-Zezschwitz 2005, S. 379; Bauer/Pritzsche/Garbers, Anreizregulierung nach dem EnWG 2005, S. 19; Büdenbender, DVBl. 2006, 197, 198; Britz, RdE 2006, 1, 1 ff..

<sup>289</sup> Mayen/Karpenstein, RdE 2008, 314, 315.

<sup>290</sup> Salje, Komm. zum EnWG 2006, § 23a Rn. 2; Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 111.

der Energiewirtschaft.<sup>291</sup> Die Netznutzungsentgelte sind der Schlüssel für einen funktionierenden Wettbewerb.

Der Gesetzgeber hat sich zunächst für eine ex-ante Einzelentgeltregulierung nach § 23 a EnWG entschieden. Dies ändert sich mit der Einführung der Anreizregulierung. Ab diesem Zeitpunkt gilt nach § 21 a EnWG i.V.m. der ARegV die ex-ante Methodenregulierung.

### *III. Entflechtung als wettbewerbsspezifisches Regulierungsinstrument im EnWG*

Die Entflechtung ist auf den materiellen Gedanken des Verbots der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 Abs. 1 GWB zurückzuführen. Dem Netzbetreiber ist es untersagt, eine marktbeherrschende Position auf dem jeweiligen Übertragungs- beziehungsweise Verteilermarkt zur Diskriminierung seiner Wettbewerber auf den vor- und nachgelagerten Märkten auszunutzen. Indem die Entflechtungsnormen jedoch umfangreiche formelle Vorgaben zur Trennung der Netzbereiche von den übrigen energiewirtschaftlichen Tätigkeiten machen, gehen sie in Reichweite und Funktion deutlich über die Missbrauchsaufsicht hinaus. Die Entflechtungsvorschriften sind insoweit sektorspezifische Regulierungsinstrumente zur aktiven Förderung von Wettbewerb in den netzgebundenen Wirtschaftszweigen.<sup>292</sup>

Die Entflechtung verfolgt das Ziel, Quersubventionierungen bei vertikal integrierten Unternehmen zu unterbinden.<sup>293</sup> Eine Integration ist dann gegeben, wenn ein Unternehmen auf zwei voneinander trennbaren Produktionsstufen tätig ist und damit zwei unterschiedliche Märkte bedient. Betrifft die Integration vor- und nachgelagerte Märkte, ist sie vertikal.<sup>294</sup> Eine vertikale

<sup>291</sup> Kühling/el-Burdi, DVBl. 2005, 1170, 1176.

<sup>292</sup> Eifert, Hoheitlich regulierte gesellschaftliche Selbstregulierung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vosskuhle (Hrsg.), GVwR I, § 19 Rn. 133; für eine Übersicht bzgl. der bisherigen Entflechtungsformen vgl. Kühling, Die sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften 2004, S. 337; Masing, Die Verw. 2003, 1, 10; Staebe, DVBl. 2004, 853, 855; Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze 2005, S. 39; Eifert; Hoheitlich regulierte gesellschaftliche Selbstregulierung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vosskuhle (Hrsg.), GVwR I, § 19 Rn. 133.

<sup>293</sup> Salje, Komm. zum EnWG 2006, § 6 Rn. 2 ff.; Kühling/el-Burdi, DVBl. 2005, 1470, 1471; Staebe, DVBl. 2005, 853, 855.

<sup>294</sup> Salje, Komm. zum EnWG 2006, § 6 Rn. 6 ff.; Danner/Theobald/Theobald, EnWG I B 1 § 3 Rn. 288, 2007; Dorß, in Germer/Loibl, Handbuch Energierecht 2007, S. 124; Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze 2005, S. 27; Dammann, Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung, S. 54.



Integration ist für die Unternehmen dann erstrebenswert, wenn dadurch relevante Verbundvorteile entstehen und entsprechende Transaktionskosten wegfallen.<sup>295</sup> Zur Unterbindung von Quersubventionierungen und Marktmachtverlagerungen von der einen auf die andere Ebene bieten sich formale Möglichkeiten einer Entflechtung an, die unterschiedliche Eingriffsintensitäten aufzeigen.<sup>296</sup>

Die Entflechtungsvorschriften stellen folglich ein formelles Verfahren dar, das chancengleichen Wettbewerb anstrebt, ohne dass dabei eigenständige materielle Regelungsinhalte berührt werden.<sup>297</sup>

### 1. Entflechtung im Energierecht

#### a) Arten der Entflechtung

In § 6 EnWG ist für die einzelnen Entflechtungsvorschriften nach den §§ 7 ff. EnWG eine grundsätzliche Zielbestimmung formuliert. Die Entflechtungsvorschriften lassen sich nach ihrer Erscheinungsform grundsätzlich in vier Kategorien aufteilen. Man kann zwischen der buchhalterischen, der informationellen, der organisatorischen und der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung differenzieren.

Sowohl die buchhalterische<sup>298</sup> als auch die informationelle Entflechtung sind bereits aus dem EnWG 1998 (§§ 9, 9a, EnWG a.F.) bekannt. Nach der jetzt in § 10 EnWG normierten buchhalterischen Entflechtung sind die Energieversorgungsunternehmen dazu verpflichtet, einen Jahresabschluss – ungeachtet ihrer Eigentumsverhältnisse und Rechtsform – nach den

<sup>295</sup> Loos, Die Entflechtung der Rechnungslegung 2004, S. 13.

<sup>296</sup> Kühling, Die Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften 2004, S. 338; Herrmann, Die Europäischen Vorgaben zur Regulierung der Energienetze 2005, S. 39 ff.; vgl. eingehend zu den verschiedenen Entflechtungsmodellen Loos, Die Entflechtung der Rechnungslegung 2004, S. 14 ff.; Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 116; Salje, Komm. zum EnWG 2006, § Vor 6-10 Rn. 2 ff..

<sup>297</sup> Kühling, Die Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften 2004, S. 86; Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 116; Eifert, Hoheitlich regulierte gesellschaftliche Selbstregulierung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vosskuhle (Hrsg.), GVwR I, § 19 Rn. 133.

Vorschriften des HGB für die Kapitalgesellschaften aufzustellen, prüfen zu lassen und offen zu legen. Zur Vermeidung von Diskriminierung und Quersubventionierung haben diese Unternehmen in ihrer internen Rechnungslegung für jede ihrer Tätigkeiten getrennte Konten zu führen (§10 Abs. 3 EnWG). Die getrennte Kontoführung, die der gesteigerten Transparenz der Kostenzuordnung dient, führt zu einer besseren Vergleichbarkeit der Tarife. Die Vorschriften über die buchhalterische Entflechtung greifen nicht in die Strukturen der Unternehmen ein, sondern haben nur eine virtuelle Trennung der Unternehmensbereiche zur Folge.<sup>299</sup> Der Eingriff in die Handlungsfreiheit der Unternehmen ist daher als gering einzuordnen.<sup>300</sup>

Die informationelle Entflechtung ist in § 9 EnWG geregelt. Danach haben integrierte Energieversorgungsunternehmen und Netzbetreiber sicherzustellen, dass die Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen gewahrt bleibt.<sup>301</sup> Zweck dieser Entflechtung ist, die aus dem Betrieb der Netze resultierenden Informationsvorsprünge der vertikal integrierten Unternehmen gegenüber den nicht integrierten Wettbewerbern auszuschließen.<sup>302</sup>

Die organisatorische, auch operationelle Entflechtung genannt, gibt Vorgaben bezüglich des Personaleinsatzes und der Entscheidungsbefugnisse im Netzbetrieb. Die organisatorische Entflechtung ist in § 8 EnWG geregelt und umfasst alle Maßnahmen, die auf binnenorganisatorischer Ebene eine Trennung der Netzsparten von den sonstigen Tätigkeiten eines vertikal integrierten Unternehmens bewirken. Diese Entflechtung soll die Unabhängigkeit des Netzbetriebes sicherstellen und die Einflussnahme anderer Konzerngesellschaften auf den

<sup>298</sup> Danner/Theobald/Eder, EnWG I B 1 § 10 Rn. 1ff., 2006; Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 117; Kühne/Brodowski, NVwZ 2005, 849, 854; Kühling/el-Burdi, DVBl. 2005, 1470, 1473; Staebe, DVBl. 2004, 853, 857.

<sup>299</sup> Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierungen der Energienetze 2005, S. 40; Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht. 2006, S. 117.

<sup>300</sup> Loos, Die Entflechtung der Rechnungslegung 2004, S. 15, Schneider/Theobald, HB EnWR § 1 Rn. 118.

<sup>301</sup> Zu dem Konflikt zwischen der informationellen Entflechtung und den aktienrechtlichen Auskunftsrechten und Kontrollkompetenzen vgl. eingehend Koenig/Schellberg/Spiekermann, RdE 2007, 72 ff..

<sup>302</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 117, Kühne/Brodowski, NVwZ 2005, 849, 854; Tüngler, JuS 2006, 487, 488; Staebe, DVBl. 2004, 853, 857; Kühling/el-Burdi, DVBl. 2005, 1470, 1473.

Netzbetrieb beschränken.<sup>303</sup> § 8 EnWG dient daher der Gewährleistung von Transparenz und Diskriminierungsfreiheit.<sup>304</sup>

Die Entflechtung nach § 7 EnWG verlangt eine vollkommene gesellschaftsrechtliche Trennung der netzbetrieblichen Aktivitäten von den übrigen energiewirtschaftlichen Tätigkeiten eines Energieversorgungsunternehmens. Die Aufgliederung des integrierten Unternehmens in mehrere Gesellschaften erhöht gegenüber den oben dargestellten Entflechtungsformen nochmals die Transparenz zwischen den verschiedenen Sparten.<sup>305</sup>

Die eigentumsrechtliche Entflechtung – als intensivste Entflechtungsform – wird ausführlich im sechsten Kapitel untersucht.

#### b) Eigentumseingriff, Art. 14 GG

Jede der Entflechtungsvorschriften stellt einen Eingriff in die Unternehmensfreiheit ihrer Adressaten dar. Dabei fallen die verschiedenen Entflechtungsstufen in ihrer Eingriffsintensität unterschiedlich aus.<sup>306</sup> Sowohl die buchhalterische, die informationelle als auch die operationelle Entflechtung stellen eine derart geringen Eingriff in das Netzeigentum dar, dass eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit am Maßstab der unternehmerischen Freiheit nach den Art. 2, 14 GG nicht erforderlich ist.

<sup>303</sup> Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze 2005, S. 42; Kühne/Brodowski, NVwZ 2005, 849, 853; Salje, Komm. zum EnWG, Vor §§ 6-10 Rn. 2 ff.; Tüngler, JuS 2006, 487, 488; Staebe, DVBl. 2004, 853, 856; zu der operationellen Entflechtung eingehend siehe Lecheler/Herrmann, WuW 2005, 482, 486 ff..

<sup>304</sup> Danner/Theobald/Eder, EnWG I B 1 § 8 Rn. 1, 2006; Brattig/Kahle, NVwZ 2005, 642, 647; vertiefend zum operationellen Entflechtung: Allwart, Europäisiertes Energierecht in Deutschland 2005, S. 226 ff..

<sup>305</sup> Loos, Die Entflechtung der Rechnungslegung 2004, S. 16 ff.; Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze 2005, S. 41; Roth, Unbundlingkonforme Netzorganisation 2005, S. 29 ff.; vertiefend zur rechtlichen Entflechtung: Dorß, in: Germer/Loibl, Handbuch Energierecht 2007, S. 125 ff..

<sup>306</sup> Zu den grundrechtlichen Problemen der Entflechtungsnormen vgl. ausführlich, Schmidt-Preuß, in: Baur/Pritzsche/Simon, Unbundling, Kap. 2, Rn. 13 ff..

Die gesellschaftsrechtliche Entflechtung stellt aber einen weiter gehenden Eingriff in die Unternehmensorganisation als die anderen Entflechtungen dar.<sup>307</sup> Daher ist die Verfassungsmäßigkeit dieser Entflechtungsnorm zu hinterfragen.

aa) Verfassungsmäßigkeit der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung

Art. 14 GG ist der entscheidende Prüfungsmaßstab für eine verfassungsrechtliche Prüfung. Der Schutzbereich des Art. 14 GG umfasst die Nutzungsfreiheit und Verfügungsbefugnis über das Eigentum. Hierzu gehört das Recht, mit dem Eigentum privatnützig umzugehen.<sup>308</sup> Die Privatnützigkeit schließt vor allem die Freiheit ein, Sach- und Finanzmittel im Produktionsprozess einzusetzen sowie die Unternehmensstruktur zu organisieren.<sup>309</sup> Wie bereits dargestellt, fordert die gesellschaftsrechtliche Entflechtung, dass die Netzbetreiber Netzaktivitäten von anderen Tätigkeitsbereichen trennen, indem für die Netzaktivität zumindest hinsichtlich der Rechtsform eine Trennung hergestellt wird. Es wird somit in die Organisationsfreiheit des Energieversorgungsunternehmens eingegriffen.

bb) Rechtfertigung des Eingriffs

Für die Prüfung, ob der Eingriff gerechtfertigt ist, ist vorab festzustellen, ob durch die gesellschaftsrechtliche Entflechtung eine Enteignung oder eine Inhalts- und Schrankenbestimmung vorliegt. Eine Enteignung liegt vor, wenn die Intention der Regelung darin liegt, dass konkret-individuell ein Eigentumsgegenstand aus Gemeinwohlgründen entzogen wird.<sup>310</sup> Bei der Enteignung richtet sich die Rechtfertigung nach Art. 14 Abs. 3 GG. Eine Inhalts- und Schrankenbestimmung liegt hingegen vor, wenn die Norm einen

<sup>307</sup> Loos, Die Entflechtung der Rechnungslegung als Instrument 2004, S. 15; Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 118.

<sup>308</sup> Jarass/Pieroth, GG-Komm. Art. 14 Rn. 7 ff.; Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 137.

<sup>309</sup> BVerfGE 50, 290, 339; 93, 130, 135.

<sup>310</sup> Papier in Maunz/Dürig, Komm z. GG, Art. 14, Rn. 196.

Lebensbereich regeln will.<sup>311</sup> Bei der Inhalts- und Schrankenbestimmung richtet sich die Rechtfertigung nach Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 GG.

Durch die gesellschaftsrechtliche Trennung wird dem Energieversorgungsunternehmen schon gar kein Eigentumsgegenstand entzogen. Darüber hinaus wirkt sich die gesellschaftsrechtliche Entflechtung auch nicht wie ein Eigentumsentzug aus. Das Energieversorgungsunternehmen bleibt nicht nur dinglich Berechtigter, er behält auch jede Betriebsverantwortung. Das Unternehmen bleibt somit für die Netzsteuerung und alle Entscheidungen über Wartung, Ausbau und Finanzierung des Netzes verantwortlich.

Es liegt demnach eine Inhalts- und Schrankenbestimmung vor, die bei Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt ist.

Der angestrebte Wettbewerb ist ein legitimer Zweck. Die Maßnahme ist auch geeignet. Ungeeignet ist eine Maßnahme erst dann, wenn sie evident untauglich ist. Die gesellschaftsrechtliche Trennung des Netzbetriebes von weiteren Tätigkeitsbereichen der Energieversorgungsunternehmen ist für die Erreichung funktionsfähigen Wettbewerbs nicht untauglich. Auch ist die Maßnahme, gemessen an dem Handlungs- und Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, erforderlich.

Fraglich ist, ob die gesellschaftsrechtliche Entflechtung angemessen ist. In diesem Rahmen ist das Eigentumsgrundrecht mit der Wettbewerbsfreiheit abzuwägen. Hierbei ist festzuhalten, dass die gesellschaftsrechtliche Entflechtung zunächst einen schweren Eingriff in das Eigentumsgrundrecht darstellt. Insbesondere wird die Organisationsfreiheit als Ausdruck der Nutzungs- und Verfügungsfreiheit nachhaltig eingeschränkt. Denn die Unternehmensstruktur wird staatlich bestimmt.

Es ist zwar fraglich, ob allein das Wettbewerbsziel zur Rechtfertigung des Eingriffs ausreichend ist. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber sowohl Ausnahme- als auch Übergangsregelungen vorgesehen hat. So hat der Gesetzgeber in § 7 Abs. 3 EnWG für Verteilnetzbetreiber eine Übergangsregelung eingeräumt. Endlich ist entlastend einzubeziehen, dass in § 7 Abs. 2 EnWG eine de-minimis-Regelung festgelegt ist. Hiernach sind Verteilnetzbetreiber mit weniger als 100.000 angeschlossenen Kunden von der

<sup>311</sup> Leibholz/Rink, Art. 14, Rn. 521.

gesellschaftsrechtlichen Entflechtung ausgeschlossen. Nach der Gesetzesbegründung wurde gerade die de-minimis-Regelung eingeführt, um den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren.<sup>312</sup> Schließlich ist zu beachten, dass das Eigentum grundsätzlich bei der Muttergesellschaft verbleiben kann. Die differenzierte Ausgestaltung der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung lässt auf eine verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung schließen. Die gesellschaftsrechtliche Entflechtung verstößt nicht gegen Art. 14 GG.

## 2. Zwischenergebnis

Um funktionierenden Wettbewerb zu statuieren, hat der Gesetzgeber eine Trennung zwischen Netz- und Wettbewerbsbereich geregelt. Zum Wettbewerbsbereich gehören die Wertschöpfungsketten der Erzeugung und des Handels. Da nur der Monopolbereich des Netzbetriebes dem freien Wettbewerb entgegensteht, erfolgt die wettbewerbsspezifische Regulierung nur in diesem Bereich. Die Trennung zwischen dem Netzbetrieb und seinen vor- und nachgelagerten Märkten soll verhindern, dass Finanzmittel im Wege der Quersubventionierung vom Monopolbereich in die anschließenden Märkte fließen. Es soll somit die Marktverschließung durch einen Unternehmensbereich zu Lasten der Wettbewerber des anderen Unternehmensbereichs verhindert werden. Das EnWG zeichnet sich folglich auch hier durch eine wettbewerbsspezifische Regulierung aus.

## **E. Ergebnis**

Der Gesetzgeber hat den Netzbetrieb der Regulierung zugeführt. Hierbei ist der Regulierungsbegriff in einem engen Sinne als wettbewerbsspezifische Regulierung zu verstehen. Es ist der staatliche Eingriff in Allokationsprozesse spezieller Märkte. Die Instrumente der Zugangsregulierung, der Entgeltregulierung und der Entflechtung stehen hierbei im Vordergrund und sind der Kern der Energienovelle 2005. Im EnWG werden diese wettbewerbsspezifischen Regulierungsinstrumente genutzt, um freien Wettbewerb zu ermöglichen.

<sup>312</sup> BT-Drs. 15/3917 v. 14.10.2004, S. 47.

#### 4 Kapitel: Wettbewerbsregulierung im Energiewirtschaftsgesetz

Die Untersuchung des vierten Kapitels hat gezeigt, dass das EnWG wesentliche sektorspezifische Wettbewerbsaspekte in sich trägt. Insbesondere die KraftNAV ist als „weiches“ strukturpolitisches Regulierungsinstrument dazu geeignet, Wettbewerb zu forcieren. Auch die Einführung der ARegV ist positiv zu beurteilen.

## 5. Kapitel: Das Verhältnis zwischen allgemeiner und sektorspezifischer Wettbewerbsaufsicht

### A. Das Verhältnis von Energieaufsicht zu Kartellaufsicht

Das EnWG ist „sektorspezifisches Wettbewerbsrecht“ beziehungsweise „wettbewerbsspezifische Regulierung“.<sup>313</sup> Die wesentlichen Instrumente sind der diskriminierungsfreie Netzzugang, die Kontrolle der Netznutzungsentgelte und die Entflechtungsvorschriften.

Die Instrumente des Netzzugangs- und der Entgeltkontrolle korrespondieren mit den allgemeinen Bestimmungen des GWB. So sind die sektorspezifischen Bestimmungen des EnWG zum Netzzugang an § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB und diejenigen zum Netznutzungsentgelt an § 19 Abs. 4 Nr. 2, 3 und 4 GWB angelehnt. Lediglich die Entflechtungsvorschriften haben keine vergleichbare Norm im GWB. Die Parallelität der Instrumente lässt sich auf die Übereinstimmung der Gesetzesziele zurückführen. Denn auch das GWB soll die Freiheit des Wettbewerbs erhalten. Hierzu dienen unter anderem die Kontrolle missbräuchlicher Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und die Fusionskontrolle. Die Fusionskontrolle verbietet gemäß § 36 Abs. 1 GWB grundsätzlich solche Unternehmenszusammenschlüsse, von denen zu erwarten ist, dass sie zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen werden.

Aufgrund der – zum großen Teil – konformen Ziele und Instrumente ergibt sich die Frage nach dem Verhältnis der beiden Gesetze. Stehen sie in Normenkonkurrenz oder in einem Ausschließlichkeitsverhältnis im Sinne von *lex specialis* und *lex generalis* zueinander?

Zunächst wird in der erforderlichen Kürze auf die Entwicklung der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht einerseits und des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts andererseits eingegangen. Die Darstellung konzentriert sich auf das Verhältnis beider zueinander.

<sup>313</sup> König/Kühling, WuW 2001, 810, 812; Säcker, Der Einfluss der sektorspezifischen Regulierung, S. 1 ff..



## 5. Kapitel: Das Verhältnis zwischen allgemeiner und sektorspezifischer Wettbewerbsaufsicht

Gegenstand dieses Kapitels ist ausschließlich die Aufsicht über den Netzzugang und das Netznutzungsentgelt. Die Aufsicht der Endkundenpreise ist Inhalt des dritten Kapitels der Arbeit.

### *I. Energiekartellrecht vor der Liberalisierung*

Der Bereich der leitungsgelassenen Energieträger Strom und Gas stellte bis 1998 – wie bereits beschrieben wurde – in Deutschland durch § 103 GWB a.F. einen kartellrechtlichen Ausnahmehereich dar.<sup>314</sup> Kern dieser Sonderregelung war die Freistellung der Demarkations- und Konzessionsverträge von der Anwendung des Kartell- und Preisbindungsverbots nach §§ 1, 15 und 18 GWB a.F..

Das GWB normierte jedoch ebenfalls eine Missbrauchsaufsicht über die Energieversorgungsunternehmen. § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 – 4 GWB a.F. regelten das Verbot des Behinderungsmissbrauchs, des Preis- und Konditionsmissbrauchs, der unbilligen Behinderung der industriellen Energieversorgung sowie der grundlosen Verweigerung von Durchleitungsrechten.<sup>315</sup> Die Missbrauchsaufsicht wurde als Ausgleich für die besondere Marktstellung, die die Energieversorgungsunternehmen durch § 103 Abs. 1 GWB a.F. erlangten, verstanden.<sup>316</sup> In den Missbrauchsfällen konnte die Kartellbehörde das Verhalten untersagen, die Verträge oder Beschlüsse ändern oder für unwirksam erklären.

Nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 4 GWB a.F. war die Nutzung eines im Eigentum eines Dritten stehenden Elektrizitäts- oder Gasnetzes grundsätzlich erlaubt. Faktisch kam diese Norm jedoch nicht zur Anwendung. Denn im Rahmen des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 4 GWB a.F. musste eine Interessenabwägung vorgenommen werden<sup>317</sup>, die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung

<sup>314</sup> Durch die Sonderregelung des § 103 Abs. 1 Nr. 1-4 GWB a.F. waren Verstöße gegen die §§ 1, 15, 18 GWB a.F. gestattet; Markert in Immenga/Mestmäcker, Anhang 2 EnWG Rn. 1.

<sup>315</sup> Zu beachten ist, dass vorliegend ausschließlich auf den Netzzugang und sein Entgelt eingegangen wird. Die Endkundenpreise sind hiervon nicht erfasst. Zu dem Verhältnis des GWB und der BTOElt vor der Liberalisierung, vgl. anstelle vieler, Immenga, Strompreise zwischen Kartell- und Preisaufsicht, 1982.

<sup>316</sup> Kramm, WRP 1998, 341, 342 ff..

<sup>317</sup> Nach § 103 Abs. 5 S. 2 GWB a.F. lag ein Missbrauch vor, wenn „...ein Versorgungsunternehmen ein anderes Versorgungsunternehmen oder ein sonstiges Unternehmen im Absatz oder im Bezug von Elektrizität oder Gas (...) dadurch unbillig gehindert wird, dass es sich weigert, mit diesem Unternehmen Verträge über die Einspeisung von Energie in sein Versorgungsnetz und eine damit verbundene Entnahme zu angemessenen Bedingungen abzuschließen. Bei der Beurteilung der Unbilligkeit sind die Auswirkungen der Durchleitung auf die Marktverhältnisse, insbesondere auch auf die

## 5. Kapitel: Das Verhältnis zwischen allgemeiner und sektorspezifischer Wettbewerbsaufsicht

insbesondere die Zielsetzung einer möglichst sicheren und preisgünstigen Versorgung sowie die Auswirkungen der Durchleitungen auf die Marktverhältnisse berücksichtigt.<sup>318</sup> Damit war im Ergebnis ein Versorgungsunternehmen grundsätzlich nicht zur Durchleitung verpflichtet. Die Verweigerung der Durchleitung musste vor allem nicht durch besondere Umstände gerechtfertigt werden.<sup>319</sup> Nach Ansicht des BGH boten weder Wortlaut noch Sinn und Zweck der alten Vorschriften einen Anhaltspunkt dafür, dass § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 4 GWB a.F. grundsätzlich den Wettbewerb der Versorgungsunternehmen im Wege der Durchleitung eröffnen sollte.<sup>320</sup> Zweck des § 103 Abs. 1 GWB und des EnWG (1935) bestand darin, die Energieversorgung ausreichend und zu jedem Zeitpunkt zu sichern.<sup>321</sup> Die geschlossenen Versorgungsgebiete sollten daher keiner strukturellen Änderung ausgesetzt werden. Die Netznutzung durch Dritte galt demnach als Ausnahme und die Verweigerung der Netznutzung als Regelfall. § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 4 GWB ging der allgemeinen Missbrauchsaufsicht des § 22 GWB a.F. (heute § 19 GWB) vor. Dies war augenscheinlich, da der Gesetzgeber sonst einen Wertungswiderspruch vollzogen hätte, wenn er einerseits sparteninternen Wettbewerb als volkswirtschaftlich schädlich erachtet hätte, andererseits aber durch die Anwendung der Generalnorm des § 22 GWB a.F. die zwangsweise Begründung von Durchleitungsrechten für zulässig gehalten hätte.<sup>322</sup>

Im Wege der Liberalisierung wurde 1998 sowohl § 103 GWB a.F. aufgehoben als auch die Missbrauchsaufsicht durch die Novellierung des GWB erweitert.<sup>323</sup> Seither unterlagen die Energieversorgungsunternehmen ebenso wie andere Unternehmen der allgemeinen Missbrauchsaufsicht.<sup>324</sup>

Versorgungsbedingungen für die Abnehmer des zur Durchleitung verpflichteten Versorgungsunternehmens zu berücksichtigen.

<sup>318</sup> BGH v. 15.11.1994, RdE 1995, 123, 127; Büdenbender, Energierecht 1982, Rn. 650.

<sup>319</sup> Schneider/Theobald, HB EnWR, § 12 Rn. 3.

<sup>320</sup> BGH v. 15.11.1994, RdE 1995, 123, 127.

<sup>321</sup> Ludwig/Koopmann, in: Rayermann/Loibl, Handbuch Energierecht 2003, S. 29; Schröder/Theobald, HR EnWR § 1 Rn. 52.

<sup>322</sup> Büdenbender, WuW 2000, 119, 120.

<sup>323</sup> GWB in der Neufassung vom 26.8.1998, BGBl. I S. 2546.

<sup>324</sup> Pohlmann, RdE 1998, 57, 58; Hübschle, WuW 1998, 146, 147 f.; Möschel, WuW 1999, 5 ff.

*II. Energiekartellrecht nach der Liberalisierung*

Die Liberalisierung des Energiemarktes erfolgte in Deutschland – im europäischen Vergleich – mit sehr geringer Interventionsintensität. So wurde weder in die Industriestruktur eingegriffen, noch wurden einschneidende regulatorische Maßnahmen durchgeführt. Ferner wurde auch auf die Einsetzung eines sektorspezifischen Regulierers verzichtet, in der Erwartung, dadurch marktnähere Ergebnisse erzielen und das Know-How der Marktteilnehmer nutzen zu können.<sup>325</sup> Stattdessen vertraute der Gesetzgeber auf die Selbstregulierungskräfte der Marktteilnehmer und das allgemeine Wettbewerbsrecht.<sup>326</sup> Dass Deutschland sich anders als die anderen Mitgliedsstaaten gegen den regulierten Netzzugang entschied, erschien eher möglich als in anderen Ländern mit einem ehemaligen Staatsmonopol. Ein einziger ehemaliger Staatsmonopolist, der zum Zeitpunkt der Marktöffnung das gesamte Netz betrieben hätte, hätte über eine zu starke Verhandlungsposition gegenüber neuen Einsteigern verfügt. Dort wäre eine Regulierung des Netzzugangs zwingend erforderlich gewesen. In Deutschland stellte sich die Situation jedoch anders dar. Es gab bereits vor der Liberalisierung verschiedene Netzbetreiber, auch wenn diese in ihrem Versorgungsgebiet eine Monopolstellung innehatten.<sup>327</sup>

Gerade weil auf eine sektorspezifische Regulierung verzichtet wurde, kam der Missbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörden eine besondere Bedeutung zu. Im Folgenden wird auf die Kontrolle des Netzzugangs (1) und der Netznutzungsentgelte (2) eingegangen, wobei an den erforderlichen Stellen zwischen der kartell- und der energierechtlichen Kontrolle differenziert wird. Im Anschluss wird das Verhältnis beider Aufsichtsformen zueinander beleuchtet (3).

<sup>325</sup> Aumüller, Regulierung und Wettbewerb auf dem Telekommunikations- und Strommarkt 2006, S. 74; Markert, Kartellrecht und sektorspezifische Regulierung nach dem EnWG 2005, in FS-Jens, S. 151 ff.

<sup>326</sup> Monopolkommission, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor, Tz. 16 ff; Markert, Kartellrecht und sektorspezifische Regulierung nach dem EnWG 2005, in FS-Jens, S. 151 ff..

<sup>327</sup> Vgl. Kap. 2, Abschnitt A/I.

1. Kontrolle des Netzzugangs

a) Die Missbrauchsaufsicht nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

Durch die sechste Novelle des GWB wurden die bisherigen Regelbeispiele des § 19 Abs. 4 Nr. 1 – 3 GWB um den Beispielstatbestand der Nummer 4 ergänzt. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB befasst sich mit der missbräuchlichen Verweigerung des Zugangs zu Infrastruktureinrichtungen. Hiernach liegt ein missbräuchliches Verhalten gemäß § 19 Abs. 1 GWB vor, wenn sich ein marktbeherrschendes Unternehmen weigert, einem anderen Unternehmen gegen ein angemessenes Entgelt Zugang zu seinem Netz oder zu anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden.

Aus ökonomischer Sicht ist die Regulierung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen insbesondere aus der Gefahr des sogenannten „monopoly leveraging“ zu rechtfertigen. Hierunter ist eine Hebelwirkung zu verstehen, mit welcher der Netzmonopolist seine Marktmacht auf die vor- oder nachgelagerten Märkte übertragen kann, um dort aus der Wettbewerbsbehinderung Dritter zum Nachteil der Endverbraucher Vorteile zu gewinnen.<sup>328</sup> Im Extremfall werden die nicht integrierten Anbieter verdrängt.<sup>329</sup> Daher ist Sinn und Zweck der Nummer 4 des § 19 Abs. 4 GWB die Gewährung von Wettbewerb auf den vom Zugangsobjekt abgeleiteten Märkten. Mit der Einführung dieses Beispielstatbestandes orientierte sich der Gesetzgeber an der im

US-amerikanischen antitrust law entstandenen und in das europäische Kartellrecht übernommenen essential facility doctrin.<sup>330</sup>

<sup>328</sup> Monopolkommission, Netzwettbewerb durch Regulierung, Tz. 752; Hohmann, Die essential facility doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkung 2001, S. 28; MünchKommGWB-Säcker/Gosse/Wolf, § 19 Rn. 2; Koenig/Rasbach, DÖV 2004, 733, 734.

<sup>329</sup> Hohmann, Die essential facility doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkung 2001, S. 28.

aa) essential facility doctrin

Rechtshistorisch gesehen ist die essential facilities doctrin auf die Entscheidung des Supreme Court im Fall „United States vs. Terminal Railroad Association“ aus dem Jahre 1912 zurückzuführen.<sup>331</sup> Dieser Fallentscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Ein Zusammenschluss von 14 vorher selbstständigen Eisenbahnunternehmen kontrollierten den einzigen Bahnübergang über den Mississippi nach St. Louis. Die zusammengeschlossene Bahngesellschaft verweigerte den Konkurrenten die Nutzung des Bahnübergangs. Das Gericht stellte eine Verletzung des Section 1<sup>332</sup> und des Section 2 Sherman Act<sup>333</sup> fest. Section 1 Sherman Act untersagt wettbewerbsbeschränkende Absprachen. Section 2 Sherman Act kodifiziert das Monopolisierungsverbot. Der Supreme Court verpflichtete die zusammengeschlossene Eisenbahngesellschaft zur Aufnahme anderer Eisenbahngesellschaften in ihre Gesellschaft, wobei diesen dann die Nutzung der Einrichtungen zu gleichen Bedingungen wie den bisher assoziierten Unternehmen ermöglicht werden sollte.

Als nächste wesentliche Entscheidungen im Kontext der essential facility doctrin sind die Fälle der „Associated Press vs. United States“ aus dem Jahre 1945<sup>334</sup>, die Entscheidung „United States vs. Otter Tail“ aus dem Jahre 1973, in welchem sich der Supreme Court mit einem Durchleitungssachverhalt im regulierten Strombereich auseinander setzte<sup>335</sup>, zu nennen. Auch gehören hierzu der Fall „Hecht vs. Pro-Football Inc.“ aus dem Jahre 1977, in welchem der Begriff der essential facility doctrin erstmals in der Urteilsbegründung benutzt wurde<sup>336</sup>, und die Entscheidung des 7. Circuit im Fall „MCI Communications Corp. vs. AT&T“ aus dem Jahre 1982, der erstmals konkretisierende Kriterien für einen Zugang zu wesentlichen Einrichtungen

<sup>330</sup> Monopolkommission, Wettbewerb durch Regulierung, Tz. 746; Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 19 GWB, Rn. 179; vgl. anstelle vieler Stapper, Das essential facility Prinzip, 2003.

<sup>331</sup> U.S. Supreme Court vs. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 U. S. 383, 1912, und 236 U.S. S. 194, 1915.

<sup>332</sup> Section 1 Sherman Act besagt: „Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade commerce among the several States, or with foreign nations is declared to be illegal.

<sup>333</sup> Section 2 Sherman Act besagt: „Every person who shall monopolise, or attempt to monopolise, or combine to conspire with any other person, to monopolise any part of the trade or commerce among the several states, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony...“

<sup>334</sup> Associated Press vs. United States, 326 U.S. 1, 1945

<sup>335</sup> United States vs. Otter Tail Power Co., 410 U U.S. 366, 1973.

<sup>336</sup> 570 F. 2d 982, D.C. Cir. 1977, cert. Denied, 436 U.S. 956, 1978.

## 5. Kapitel: Das Verhältnis zwischen allgemeiner und sektorspezifischer Wettbewerbsaufsicht

herausstellte.<sup>337</sup> Im letzteren Fall ging es um ein Netzzugangsbegehren des Telekommunikationsanbieters MCI, welcher seinen Fernsprehdienst erweitern wollte. Hierfür war der Zugang zu dem von AT&T kontrollierten Ortsnetz erforderlich. Diese verweigerten den Zugang. Der Klage des MCI wegen Monopolisierung wurde stattgegeben. Nach den Urteilsausführungen war ein Zugangsanspruch von folgenden Bedingungen abhängig:

- Die monopolistische Kontrolle durch einen Besitzer,
- die Unfähigkeit des Konkurrenten, die Anlage unter angemessenen Aufwand zu duplizieren,
- eine Verweigerung des Monopolisten, die Mitbenutzung durch den Wettbewerber zu gestatten und
- die Zumutbarkeit einer Mitbenutzung.

Diese Voraussetzungen finden sich im folgend dargestellten § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB wieder: Normadressat des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ist das marktbeherrschende Unternehmen im Sinne des § 19 Abs. 2 GWB. Das Unternehmen muss eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Nutzung der Infrastruktureinrichtung oder auf dem vor- oder nachgelagerten Markt innehaben.<sup>338</sup> Das sich missbräuchlich verhaltende Unternehmen muss Inhaber einer wesentlichen Einrichtung sein, zu welchem der Zugang notwendig ist, damit sich Wettbewerber auf den vor- oder nachgelagerten Märkten etablieren können. Die wesentliche Einrichtung zeichnet sich durch zwei Momente aus. Zum einen darf die Einrichtung nicht duplizierbar sein.<sup>339</sup> Zum anderen muss es unmöglich sein, auf eine andere Art und Weise Zugang zu dem vor- oder nachgelagerten Markt erlangen zu können (Substituierbarkeit).<sup>340</sup> Hierbei ist „nicht möglich“ mehr als nicht zumutbar. Der Zugang muss demnach ausgeschlossen sein. Strom- und Gasnetze sind klassische wesentliche Einrichtungen.<sup>341</sup>

<sup>337</sup> 708 F 2d 1081, 1032, 7<sup>th</sup> Circuit, 1982, cert. denied, 436 U.S. 956, 1983.

<sup>338</sup> Früher war umstritten, auf welchem Markt das verweigernde Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung haben muss. Der BGH hat mit seiner Arealnetz-Entscheidung festgestellt, dass die marktbeherrschende Stellung auf dem Markt der Infrastruktureinrichtung ausreichend ist, BGH v. 28.6.2005, WuW/E DE-R, 1520; auf das Merkmal der „marktbeherrschenden Stellung“ wurde im dritten Kapitel eingegangen.

<sup>339</sup> Kling/Thomas, Kartellrecht, § 18 Rn. 282; Lettl, Kartellrecht, § 9 Rn. 64; Bechtold, GWB, § 19 Rn. 91; MünchKommGWB-Westermann, § 19 Rn. 68.

<sup>340</sup> Göttig in L/M/R, Kartellrecht Bd. 2, § 19 Rn. 92; Möschel in: Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 200; Bechtold, GWB § 19 Rn. 91.

<sup>341</sup> Göttig in L/M/R, Kartellrecht Bd. 2, § 19 Rn. 89; Kling/Thomas, Kartellrecht § 18 Rn. 277; Danner/Thobald/Kundan, WettR II B 1 Rn. 9, 2006.

## 5. Kapitel: Das Verhältnis zwischen allgemeiner und sektorspezifischer Wettbewerbsaufsicht

Der Missbrauch nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB liegt vor, wenn der Zugang entweder nicht erfolgt oder zu einem nicht angemessenen Entgelt angeboten wird. Demnach stellt auch der Netzzugang zu einem unangemessen hohen Entgelt ein missbräuchliches Verhalten dar. Wann das Entgelt unangemessen ist, bemisst sich nach § 19 Abs. 4 Nr. 2, 3 GWB. Schließlich setzt die Missbrauchsaufsicht voraus, dass dem marktbeherrschenden Unternehmen für die Zugangsverweigerung eine sachliche Rechtfertigung fehlt. Diese restriktiv auszulegende Ausschlussklausel ist erfüllt, wenn etwa aufgrund von Kapazitätsengpässen oder aus anderen Gründen eine Mitbenutzung nicht möglich oder nicht zumutbar ist.<sup>342</sup>

### bb) Zwischenergebnis

Anders als vor der Liberalisierung, ist ein Netzzugangsanspruch grundsätzlich gegeben und nur ausnahmsweise abzulehnen.

### b) Energierechtliche Kontrolle des Netzzuganges

Maßgebliche sektorspezifische Norm war § 6 Abs. 1 EnWG a.F.. Hiernach hatte ein Betreiber eines Energieversorgungsnetzes den Netzzugang zu Bedingungen, „die nicht ungünstiger sind als sie von ihnen in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb ihres Unternehmens oder assoziierten Unternehmen tatsächlich oder kalkulatorisch in Rechnung gestellt werden“, zur Verfügung zu stellen. § 6 Abs. 1 EnWG a.F. normierte demnach ebenfalls einen durchsetzbaren Anspruch auf die Nutzung von Stromnetzen. Anspruchsinhaber war hierbei das „andere Unternehmen“, welches die Durchleitung begehrte. Anspruchsgegner war der Betreiber des Energieversorgungsnetzes, welcher anders als bei § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB keine marktbeherrschende Stellung innehaben musste. Einhergehend mit § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB war die Verpflichtung zur Durchleitung die Regel, die nur ausnahmsweise verweigert werden konnte. Verweigerungsgründe nach Absatz 2 des § 6 EnWG a.F. waren – die ebenfalls mit § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB identischen – die betriebsbedingte oder aus sonstigen Gründen vorliegende Unmöglichkeit oder die Unzumutbarkeit.

<sup>342</sup> BKartA v. 30.8.1999, WuW/E DE-V, 149; Lettl, Kartellrecht, § 9 Rn. 67 f.; Emmerich, Kartellrecht, § 27 Rn. 116.

## 5. Kapitel: Das Verhältnis zwischen allgemeiner und sektorspezifischer Wettbewerbsaufsicht

### 2. Kontrolle der Netznutzungsentgelte nach § 19 Abs. 4 Nr. 2, 3 GWB

Nach Wegfall der kartellrechtlichen Privilegierung war § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB wesentlicher Maßstab für die kartellrechtliche Preismissbrauchsaufsicht. Danach liegt ein Preismissbrauch vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter einer bestimmten Art von Waren „Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden“. Der hiernach relevante Maßstab ist der eines „Als-Ob-Wettbewerbs“, der den tatsächlichen Preis mit dem eines hypothetischen, der sich bei wirksamem Wettbewerb einstellen würde, vergleicht.<sup>343</sup> Zur Ermittlung des hypothetischen Preises ist in erster Linie die Vergleichsmarktmethode, wie sie in § 19 Abs. 4 Nr. 2 Hs. 2 GWB ausdrücklich mit aufgenommen ist, heranzuziehen.<sup>344</sup> Hiernach ist auf das Preisverhalten von Unternehmen auf „vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb“ abzustellen.

Aus dem Wortlaut der Norm, dass „insbesondere“ vergleichbare Märkte zu berücksichtigen sind, lässt sich entnehmen, dass neben der Vergleichsmarktmethode auch andere Methoden gewählt werden können<sup>345</sup>. Das Vergleichsmarktkonzept blieb jedoch die Methode mit der größten praktischen Relevanz.

Unterschieden wird zwischen dem räumlichen, zeitlichen und sachlichen Vergleichsmarktkonzept.<sup>346</sup> Beim räumlichen Vergleichsmarktkonzept wird der Preis auf einem anderen Markt für dieselben Waren festgestellt<sup>347</sup>; beim sachlichen werden die Preise für andere

<sup>343</sup> Emmerich, § 27 Rn. 96 f.; Langen/Bunte, § 19 Rn. 93; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 156 ff.; Bechtold, § 19 Rn. 74.

<sup>344</sup> vgl. statt vieler Möschel, in: Mestmäcker/Immenga, § 19 Rn. 162 ff..

<sup>345</sup> So hat das KG bereits in dem Beschluß „Euglocon“ v. 23.12.1982 entschieden, dass im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB auch das Gewinnbegrenzungskonzept Anwendung finden kann, WuW/E 2892.

<sup>346</sup> Möschel, in: Mestmäcker/Immenga, § 19 Rn. 162; Weyer, in: FK, § 19 Rn. 1215 ff..

<sup>347</sup> Langen/Bunte/Schultze, § 19 Rn. 98; Emmerich, § 27 Rn. 89.



## 5. Kapitel: Das Verhältnis zwischen allgemeiner und sektorspezifischer Wettbewerbsaufsicht

Waren zum Vergleich herangezogen<sup>348</sup>; beim zeitlichen werden die Preise in zeitlicher Hinsicht miteinander verglichen.<sup>349</sup>

Die kartellrechtliche Überprüfung der Netznutzungsentgelte erschien besonders im Zusammenhang mit den energierechtlichen Netzentgeltregelungen problematisch. Die Schwierigkeiten ergaben sich aus der Anwendung der Vergleichsmarktmethode und zeigten sich unter anderem an den Entscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf in Sachen TEAG<sup>350</sup>, Stadtwerke Mainz<sup>351</sup> und RWE Net<sup>352</sup>.

So hat die Kartellbehörde im Fall der Stadtwerke Mainz, um möglichst genaue Vergleichspreise zu ermitteln, das Kriterium der vergleichbaren Einheiten verwendet. Hiernach sollte sich der Missbrauch an einen Erlösvergleich je km Leitungslänge anlehnen. In der TEAG Entscheidung hat sich das Kartellamt aufgrund fehlender Vergleichsmärkte auf eine kostenbasierte Überprüfung der Netznutzungsentgelte gestützt. Hierzu hat das Oberlandesgericht festgestellt, dass die Kartellbehörde im Rahmen der Missbrauchsaufsicht nicht befugt ist, dem Unternehmen Kalkulationsmethoden vorzuschreiben. Insgesamt wurde deutlich, dass die ständige Aufsicht über natürliche Monopole nicht zu den originären Aufgaben der Kartellbehörden gehört. Die Kartellbehörden sollen Einzelfallbezogen entscheiden und konkrete Verhaltensweisen untersagen. Die Feststellung genereller Standards für Monopolisten ist für sie kaum zu bewältigen.<sup>353</sup>

Gemäß § 6 Abs. 2 EnWG a.F. behielt sich der Gesetzgeber vor, durch Rechtsverordnung die Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten festzusetzen. Von dieser Ermächtigungsgrundlage machte der Gesetzgeber jedoch keinen Gebrauch. Zur Bestimmung der Netznutzungsentgelte hatten die wichtigsten Verbände 1999 die Verbändevereinbarung Strom II (VV Strom II) abgeschlossen.<sup>354</sup> Die 2003 eingeführten §§ 6 Abs. 1 Satz 5 und 6 a Abs. 2 Satz 5 EnWG a.F. begründeten die gesetzliche Vermutung, dass Netzentgelte, die unter Einhaltung der Verbändevereinbarungen festgesetzt wurden, guter fachlicher Praxis entsprächen. Mehrere Oberlandesgerichte vertraten in diesem Zusammenhang die Ansicht, dass diese gesetzliche

<sup>348</sup> Bechtold, § 19 Rn. 77; Möschel in: Mestmäcker/Immenga, § 19 Rn. 167.

<sup>349</sup> Langen/Bunte, § 19 Rn. 99; Kling/Thomas, § 18 Rn. 248.

<sup>350</sup> OLG Düsseldorf, RdE 2003, 311 ff..

<sup>351</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.3.2004, RdE 2004, 141, 147 – Stadtwerke Mainz.

<sup>352</sup> OLG Düsseldorf, RdE 2004, 75 ff..

<sup>353</sup> Baur, RdE 2004, 277, 284.

<sup>354</sup> vgl. anstelle vieler: Meyer, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholze, Stromwirtschaft, 2. Aufl., Kapt. 48 Rn. 5.

Vermutung eine weitreichende Sperrwirkung gegenüber der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle entfaltete.<sup>355</sup> Der BGH trat diesen Entscheidungen entgegen, allerdings erging die höchstrichterliche Rechtsprechung erst nach Auslaufen aller Verbändevereinbarungen und wenige Tage vor dem Inkrafttreten des EnWG 2005.<sup>356</sup>

### 3. Verhältnis Missbrauchsaufsicht nach dem GWB und dem EnWG

Die Regelung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB wurde durch die Regelungen des EnWG ergänzt.<sup>357</sup> Die §§ 6 Abs. 1 sowie 6 a Abs. 2 EnWG a.F. stellten klar, dass § 6 EnWG a.F. nicht als *lex specialis* die Anwendbarkeit der Bestimmungen des GWB über den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen ausschließen sollte. Insbesondere stellte auch § 130 Abs. 3 GWB a.F. fest, dass im Ausgangspunkt beide Normenbereiche unabhängig voneinander selbständig ihren eigenen Voraussetzungen unterlagen.<sup>358</sup>

Der Gesetzgeber beschränkte die Kartellaufsicht auf eine ex-post Kontrolle von Einzelfällen der Verweigerung des Netzzugangs und missbräuchlich überhöhter Netznutzungsentgelte. Die Bilanz für diese Selbstregulierung durch die Verbändevereinbarungen und der bloßen ex-post Flankierung durch die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht fiel jedoch unbefriedigend aus.<sup>359</sup>

### *III. Die Aufsicht seit der Energiereform 2005*

Bedingt durch die unbefriedigenden Ergebnisse der ersten Liberalisierungsphase wurde mit dem Energiewirtschaftsgesetz 2005 ein weiterer Paradigmenwechsel vollzogen. Dieser wirkte sich auch auf die Wettbewerbsaufsicht aus. Das Verhältnis zwischen GWB und EnWG wird

<sup>355</sup> OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.10.2004, RdE 2005, 51, 53; OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.3.2004, RdE 2004, 141, 147 – Stadtwerke Mainz; OLG Stuttgart, Urt. v. 17.2.2005, RdE 2005, 237, 239, 240.

<sup>356</sup> BGH v. 28.6.2005, RdE 2005, 228, 229 m. Anm. Markert, WuW/E DE-R 1513, 1514 – Stadtwerke Mainz.

<sup>357</sup> Schneider/Theobald, HB EnWR, § 17 Rn. 39; Kühne/Clausthal, RdE 2000, 1, 4 ff.; Kühne, Reichweite und Dogmatik des § 130 Abs. 3 GWB, in: Säcker, Reform des Energierechts, S. 85.

<sup>358</sup> Aehringhaus, Netzzugangsregelungen und ihre behördliche Durchsetzung, S. 111 f.; Möschel in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 19 Rn. 210.

<sup>359</sup> Markert in Immenga/Mestmäcker, Anhang 2 EnWG, Rn. 9; ders.; Kartellrecht und sektorspezifische Regulierung nach dem EnWG 2005, in FS-Jens, S. 156 f.; Langen/Bunte/Schultz, Sonderbereich Energiewirtschaft, Rn. 19 f..

5. Kapitel: Das Verhältnis zwischen allgemeiner und sektorspezifischer Wettbewerbsaufsicht nunmehr durch die §§ 111, 30 EnWG und § 130 Abs. 3 GWB bestimmt. Hierzu ist insbesondere auf die sektorspezifischen Regelungen der §§ 111 und 30 EnWG einzugehen (1). Anschließend wird die Frage beantwortet, inwiefern die §§ 19, 20 und 29 GWB noch auf energierechtliche Sachverhalte anwendbar sind (2). Endlich wird dargestellt, welchen Anwendungsbereich Rechtsverordnungen haben, die auf Normen des EnWG beruhen (3).

#### 1. Die sektorspezifische Regelung nach den §§ 111 Abs. 1 und 2, 30 EnWG und 130 Abs. 3 GWB

Nach § 130 Abs. 3 GWB stehen die Vorschriften des EnWG den §§ 19, 20, 29 GWB nicht entgegen, soweit in § 111 EnWG keine andere Regelung getroffen ist. § 111 Abs. 1 und 2 EnWG erklärt die Bestimmungen des dritten Teils des EnWG ausdrücklich für abschließend. Im Regelungsbereich des dritten Teils des EnWG sind die §§ 19, 20, 29 GWB daher nicht anzuwenden.

Der dritte Teil des EnWG betrifft die Regulierung des Netzbetriebes. Er gliedert sich in vier Abschnitte, die die Aufgaben der Netzbetreiber, den Netzanschluss, den Netzzugang sowie die Befugnisse der Regulierungsbehörde regeln.

Aufgrund des Ausschlusses der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht auf den dritten Teil des EnWG bedurfte es für diesen Teil des EnWG einer spezialgesetzlichen Regelung zur Missbrauchsaufsicht. Diesen Zweck erfüllt § 30 EnWG. Durch die energierechtliche Missbrauchsaufsicht nach § 30 EnWG soll jedes von den §§ 17 – 28a EnWG abweichende Netzbetreiberverhalten durch die Regulierungsbehörde mit Missbrauchsverfügungen sanktioniert werden können. Nach § 30 Abs. 1 Satz 1 EnWG ist es Betreibern von Energieversorgungsnetzen verboten, ihre Marktstellung zu missbrauchen. § 30 EnWG ist in seiner Systematik an die §§ 19, 20 GWB angepasst. Das energierechtliche Missbrauchsverbot des § 30 Abs. 1 Satz 1 EnWG wird durch einen Beispielkatalog in Absatz 1 Satz 2 konkretisiert. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers entspricht die Regelung in Nummer 2 dem kartellrechtlichen Behinderungsmisbrauch nach §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB, die in Nummer 3 dem Diskriminierungsmisbrauch nach § 20 Abs. 1 GWB, die in Nummer 5 dem

## 5. Kapitel: Das Verhältnis zwischen allgemeiner und sektorspezifischer Wettbewerbsaufsicht

Ausbeutungsmissbrauch nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB und die in Nummer 6 dem Strukturmissbrauch nach § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB.<sup>360</sup>

Anders als §§ 19 Abs. 1 und 4, 20, 29 GWB setzt das Missbrauchsverbot nach § 30 EnWG keine marktbeherrschende Stellung des Energieversorgungsnetzbetreibers voraus. Der Anwendungsbereich des § 30 EnWG ist daher weiter als der der §§ 19, 20, 29 GWB, die die marktbeherrschende Stellung voraussetzen. Im Ergebnis sind jedoch keine Unterschiede zu erwarten, da die Betreiber von Energieversorgungsnetzen im Tatsächlichen regelmäßig eine marktbeherrschende Stellung innehaben.

Wie soeben aufgezeigt, weist der § 30 EnWG eine umfassende Regelung zur Missbrauchsaufsicht auf. Es könnte nun die Frage aufkommen, ob § 30 EnWG nur auf den dritten Teil des EnWG abschließend anzuwenden ist oder ob er aufgrund seiner detaillierten Regelungen die §§ 19, 20, 29 GWB insgesamt ausschließt. § 30 EnWG schließt die allgemeine Missbrauchsaufsicht des GWB nicht unumfänglich aus. Dagegen spricht zum einen die systematische Stellung des § 30 EnWG und zum anderen die teleologische Auslegung des § 29 GWB.

Zunächst zu der systematischen Auslegung: § 30 EnWG bildet den Abschluss des dritten Teils und bezieht sich nach seiner Stellung nur auf diesen. Hätte § 30 EnWG sich auf das gesamte EnWG beziehen sollen, wäre es sinnvoller gewesen, ihn am Ende des Gesetzes einzuordnen. Über den dritten Teil hinaus sind die §§ 19, 20, 29 GWB parallel zum EnWG anzuwenden.

Hierfür spricht auch die teleologische Auslegung des § 29 GWB. Denn Zweck des § 29 GWB ist, die Missbrauchsaufsicht auf den dem Netzbetrieb vor- und nachgelagerten Märkten zu erleichtern. Würde § 30 EnWG regeln, dass die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht vollumfänglich ausgeschlossen sei, würde Sinn und Zweck des § 29 GWB leer laufen.

Nach dem klaren Wortlaut der §§ 111 EnWG und 130 Abs. 3 GWB sind die §§ 19, 20 und 29 GWB im Rahmen der wettbewerbsspezifischen Regulierung des EnWG unanwendbar. Auf den dem Netzbetrieb vor- und nachgelagerten Märkten bleiben sie hingegen anwendbar.

Diese Differenzierung der Zuständigkeiten bringt jedoch auch praxisrelevante Besonderheiten mit sich. So wirkt sich eine Änderungsverfügung der Regulierungsbehörde nach § 30 EnWG mit dem Inhalt, die überhöhten Netznutzungsentgelte zu senken, da sie nach § 23 a EnWG nicht

<sup>360</sup> BT-Drucks. 15/3917, S. 52.

5. Kapitel: Das Verhältnis zwischen allgemeiner und sektorspezifischer Wettbewerbsaufsicht  
genehmigungsfähig sind, unterschiedlich auf ein nur operationell entflochtenes oder ein auch rechtlich entflochtenes Energieversorgungsunternehmen aus.

Ist Adressat der Verfügung ein rechtlich entflochtenes Unternehmen, so richtet sich die Verfügung ausschließlich an die Netzbetreibergesellschaft. Die Netzbetreibergesellschaft ist zu unterscheiden von der Vertriebsgesellschaft, die für die Preise der Endkunden zuständig ist. Hat also die Netzbetreibergesellschaft die Netznutzungsentgelte zu senken, wirkt sich dies positiv für die Vertriebsgesellschaft aus, da diese auf der Einkaufsseite kostenmäßig entlastet wird. Jedoch ist zu beachten, dass die Netznutzungsentgelte in die Preise für die Endkunden einfließen. So hat nun die Kartellbehörde dafür Sorge zu tragen, dass die Endkundenpreise von der Vertriebsgesellschaft nach § 29 GWB reduziert werden. Denn die Endkundenpreise sind aufgrund der überhöhten Netznutzungsentgelte ebenfalls missbräuchlich. Fallen bei der Vertriebsgesellschaft jedoch preiserhöhende Faktoren an, können diese berücksichtigt werden, so dass hier eine Saldierung möglich ist.

Anders verhält es sich jedoch bei kleineren Energieversorgungsunternehmen, die nach § 7 EnWG nicht rechtlich, sondern lediglich operationell entflochten sind. Ist ein nur operationell entflochtenes Unternehmen Adressat der Verfügung der Regulierungsbehörde, ist diesem zum einen aufzuerlegen, das Netznutzungsentgelt zu senken. Das Netznutzungsentgelt ist jedoch auch Teil des Einheitspreises für den Endkunden. Die Regulierungsbehörde muss demnach ebenfalls verfügen, den Einheitspreis um den zu hohen Teil des Netznutzungsentgelts zu reduzieren. Dem Unternehmen ist es darüber hinaus nur im Rahmen der strengen Voraussetzungen des § 315 BGB möglich, Preiserhöhungen wegen gestiegener sonstiger Kosten auf den Endkundenpreis abzuwälzen und so die Preissenkung zu verrechnen.<sup>361</sup>

Es hängt demnach von der Intensität der Entflechtung ab, ob die Kartellbehörden nach den Maßstäben der §§ 19, 20, 29 GWB sicherstellen müssen, dass die von der Regulierungsbehörde gesenkten Netznutzungsentgelte in den Endverbraucherpreisen weitergegeben werden und inwiefern überhöhte Netznutzungsentgelte saldiert werden können.

<sup>361</sup> Nach dem BGH ist § 315 BGB als Maßstab für die Höhe von Netznutzungsentgelten heranzuziehen. § 315 BGB wird nicht durch § 19 GWB im Wege des Spezialitätsgrundsatzes verdrängt. Es besteht zwischen den Normen Idealkonkurrenz, BGH v. 18.10.2005, RdE 2006, 81 ff., m. Anm. v. Markert.

2. Anwendbarkeit der §§ 19, 20, 29 GWB neben den Vorschriften des EnWG

Die grundsätzliche Anwendung der §§ 19, 20, 29 GWB neben den Vorschriften des EnWG ist im Ergebnis für zwei Fälle relevant. Ursprünglich kam eine parallele Anwendung über diese zwei Fälle hinaus auch im Bereich der Kontrolle von Strompreisen für Tarifkunden nach der Bundestarifordnung Elektrizität (BTOElt) in Betracht. Die ex-ante Preishöhenkontrolle für allgemeine Tarife nach § 12 BTOElt endete jedoch am 30. Juli 2007<sup>362</sup>, so dass Ausführungen diesbezüglich entbehrlich sind.

Zum heutigen Zeitpunkt beschränkt sich die Relevanz zum einen auf die Verpflichtung zur Grundversorgung der Haushaltskunden mit Strom und Gas (§ 36 EnWG) und zum anderen auf die Verpflichtung der Gemeinden, ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Strom- und Gasleitungen zur Verfügung zu stellen (§ 46 EnWG). Auf diese Fälle wird im Folgenden eingegangen:

a) Grundversorgungspflicht

Nach § 36 Abs. 1 EnWG sind die Grundversorger dazu verpflichtet, Haushaltskunden zu öffentlich bekannt gegebenen Preisen mit Strom und Gas zu versorgen, es sei denn, die Versorgung ist ihnen aus wirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar. In Absatz 2 des § 36 EnWG wird als Grundversorger das Versorgungsunternehmen bestimmt, das in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt die meisten Haushaltskunden versorgt. Haushaltskunden sind hierbei nach § 3 Nr. 22 EnWG Letztverbraucher, die Energie überwiegend für den Eigengebrauch im Haushalt oder für den einen Jahresverbrauch von 10.000 Kilowattstunden nicht übersteigenden Eigenverbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke kaufen. In den Fällen, in denen nun eine Lieferverpflichtung nach den §§ 36 – 38 EnWG besteht, bleiben die §§ 19, 20, 29 GWB anwendbar. Dies resultiert vor allem daraus, dass §§ 111 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG die Unanwendbarkeit der §§ 19, 20, 29 GWB nur auf den dritten Teil des EnWG bezieht. Die §§ 36 – 38 EnWG fallen nicht unter den dritten Teil des EnWG. Den Kartellbehörden obliegt es demnach, die nach den §§ 36, 38 EnWG bekannt gegebenen Allgemeinen Preise für die Versorgung in Niederspannung und Niederdruck zu überprüfen.

<sup>362</sup> Der Anwendungsbereich der BTOElt endet nach Art. 5 Abs. 3 des 2. Gesetzes zur Neuregelung des EnWG v. 7.7.2005 am 30.7.2007, BGBl. 2005, S. 1970.

## 5. Kapitel: Das Verhältnis zwischen allgemeiner und sektorspezifischer Wettbewerbsaufsicht

Im Rahmen dieses Verfahrens können die Kartellbehörden jedoch die §§ 19, 20 und 29 GWB nur auf die Erzeugungs- und Handelspreiskomponente der Preise anwenden. Von der kartellrechtlichen Prüfung ist der Bestandteil des Preises für die veröffentlichten Netznutzungsentgelte ausgenommen. Denn der im Preis enthaltene Netznutzungsanteil unterliegt nach § 111 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG wiederum der Prüfung durch die Regulierungsbehörden. Die Kartellbehörden müssen diesen Teil des Energiepreises gemäß § 111 Abs. 3 EnWG als rechtmäßig zu Grunde legen. Nach § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 Hs. 3 EnWG gilt die ausdrückliche Fiktion, nach welcher die von der Bundesnetzagentur genehmigten Preise als der Höhe nach gerechtfertigt sind. Werden jedoch nun die Netznutzungsentgelte von der Bundesnetzagentur nicht als nach § 20 Abs. 1 Satz 1 EnWG genehmigungsfähig anerkannt und werden sie daraufhin gesenkt, so ist es den Kartellbehörden – wie bereits beschrieben – auferlegt, im Rahmen der §§ 19, 20, 29 GWB sicherzustellen, dass die Preissenkung der Netznutzungsentgelte in den Energiepreisen für die Letztverbraucher weitergegeben wird.<sup>363</sup>

### b) Wegerechtskonzessionierung

Nach § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG haben die Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Netzleitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen. Nach § 48 EnWG muss der Nutzungspetent zur Zahlung der höchstzulässigen Konzessionsabgabe bereit sein. Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem GWB bleiben gemäß § 46 Abs. 5 EnWG unberührt. Sollte nun die Gemeinde die Nutzung der Verkehrswege verweigern, könnte darin ein Missbrauch nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB liegen.

Auch die weiteren Voraussetzungen des § 19 Abs. 1 und Abs. 4 Nr. 4 GWB liegen vor. So ist die Gemeinde bezüglich des öffentlichen Wegeeigentums Quasi-Monopolist nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB. Das Gemeindegebiet stellt den örtlich relevanten Markt dar. Die Gemeinde hat demnach unstreitig eine marktbeherrschende Stellung inne. Ein Einschreiten der Kartellbehörde aufgrund der missbräuchlichen Verweigerung zur Nutzung der Infrastruktur ist auch nicht durch die Aufsicht der Regulierungsbehörden nach den §§ 54, 65 EnWG ausgeschlossen, denn die Wegenutzung fällt nicht in den Anwendungsbereich des § 111 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG. Es findet sich auch keine gesetzliche Regelung, die auf die Subsidiarität der

<sup>363</sup> MünchKommGWB/Säcker, § 130 Rn. 12; ders. RdE 2006, 65, 67.

5. Kapitel: Das Verhältnis zwischen allgemeiner und sektorspezifischer Wettbewerbsaufsicht  
Regulierungsbehörden hinweisen würde.<sup>364</sup> Vielmehr bestätigt § 46 Abs. 5 EnWG die sich aus § 130 Abs. 3 Hs. 1 GWB ergebende materiellrechtliche Anwendbarkeit der §§ 19, 20 GWB.

3. Rechtsverordnungen, die die Anwendung der §§ 19, 20, 29 GWB ausschließen

Nach § 111 Abs. 1 und 2 Nr. 2 EnWG werden die §§ 19, 20, 29 GWB auch durch Rechtsverordnungen auf Grundlage des EnWG verdrängt, soweit diese sich ausdrücklich für abschließend erklären. Im Folgenden wird zwischen Rechtsverordnungen, die auf Normen des dritten Teils des EnWG beruhen, und Rechtsverordnungen, die nicht auf Normen des dritten Teils des EnWG beruhen, unterschieden.

a) Rechtsverordnungen, die auf Normen des dritten Teils des EnWG basieren

Nach § 111 Abs. 2 Nr. 2 EnWG ist eine Rechtsverordnung, die auf Grund der Bestimmungen des dritten Teils erlassen wurde, abschließend, wenn sie sich gegenüber den Bestimmungen des GWB für abschließend erklärt. Lediglich in der Stromnetzverordnung werden diese kumulativen Voraussetzungen erfüllt. Denn nur die Stromnetzverordnung erklärt seine Anwendung für abschließend. In der Verordnungsbegründung heißt es: „Dort, wo die Verordnung bestimmte Regelungen und Kompetenzen der Regulierungsbehörde normiert, soll keine parallele Zuständigkeit der Behörden bestehen. Nicht ausgeschlossen ist dagegen die Zuständigkeit der Kartellbehörden, die die Verordnung nicht regelt.“<sup>365</sup>

Eine solche ausdrückliche Regelung, wie sie in § 111 Abs. 2 Nr. 2 EnWG vorausgesetzt wird, ist jedoch für Rechtsverordnungen, die auf einer Ermächtigungsgrundlage des dritten Teils des EnWG basieren, nicht erforderlich. Denn die Ermächtigungsgrundlage wirkt gemäß § 111 Abs. 2 Nr. 1 EnWG bereits abschließend. Für die Frage, ob die Missbrauchsaufsicht nach den §§ 19, 20, 29 GWB neben den Verordnungen die auf den dritten Teil des EnWG beruhen, anwendbar ist, ist daher unerheblich, ob diese sich selbst für abschließend erklären. Die Missbrauchsaufsicht kann neben einer Verordnung die auf dem dritten Teil des EnWG beruht

<sup>364</sup> hierzu ausführlich Salje, Komm. zum EnWG 2006, § 46 Rn. 177 ff.; ebenso Danner/Theobald/Theobald, der insoweit mit Salje konform geht, dass die Energieaufsicht anwendbar ist. Jedoch fällt nach Theobald ein missbräuchliches Verhalten nach § 46 EnWG unter die Missbrauchsaufsicht nach § 30 EnWG, EnWG I B 1, § 46 Rn. 113, 2007. Hiergegen spricht jedoch die systematische Auslegung. § 30 EnWG ist ausschließlich auf den dritten Teil des EnWG anzuwenden.

<sup>365</sup> BT-Drucks. 244/05, S. 21.



5. Kapitel: Das Verhältnis zwischen allgemeiner und sektorspezifischer Wettbewerbsaufsicht selbst dann nicht angewandt werden, wenn die Verordnung sich nicht für abschließend erklärt. Denn die Ermächtigungsgrundlage selbst ist abschließend. Die Rechtsverordnung, die dazu dient die Ermächtigungsgrundlage zu konkretisieren, kann insoweit ihren Anwendungsbereich nicht gegenteilig zu ihrer Ermächtigungsgrundlage bestimmen. So hat der Gesetzgeber in anderen Verordnungen, die auf einer Ermächtigungsgrundlage des dritten Teils basieren, darauf verzichtet, eine abschließende Wirkung ausdrücklich festzulegen.<sup>366</sup>

b) Rechtsverordnungen, die auf Normen außerhalb des dritten Teils des EnWG basieren

Fraglich ist, wie es sich mit Rechtsverordnungen verhält, die nicht auf einer Ermächtigungsgrundlage des dritten Teils des EnWG basieren. Können die Rechtsverordnungen hier die Anwendbarkeit des Kartellrechts ausschließen, wenn sie die ausschließliche Anwendbarkeit nach § 111 Abs. 2 Nr. 2 EnWG ausdrücklich erklären?

In Betracht kommen vier Ermächtigungsgrundlagen. Diese könnten zum Erlass von Rechtsverordnungen führen und mit dem Kartellrecht in Kollision treten und somit die Anwendbarkeit der §§ 19, 20, 29 GWB ausschließen. Die in Betracht kommenden Ermächtigungsgrundlagen sind § 37 Abs. 3 Satz 1 EnWG (Regelung der Zumutbarkeit der Grundversorgung); § 39 Abs. 1 Satz 1 EnWG (Regelung der Gestaltung der allgemeinen Preise), § 39 Abs. 2 Satz 1 EnWG (Regelungen der allgemeinen Bedingungen für die Belieferung von Haushaltskunden im Rahmen der Grund- und Ersatzversorgung) und § 41 Abs. 2 Satz 1 EnWG (Regelung der Belieferung von Haushaltskunden außerhalb der Grundversorgung).

Gegen eine Ermächtigung zum Ausschluss der §§ 19, 20, 29 GWB sprechen zum einen die historische Auslegung und zum anderen der Wortlaut des § 111 EnWG.

Zunächst zu der historischen Auslegung: Im Regierungsentwurf war ursprünglich eine besondere Missbrauchsaufsicht für die Energielieferung an Letztverbraucher vorgesehen. Diese als § 40 EnWG geplante Missbrauchsaufsicht sollte ausdrücklich die §§ 19, 20 GWB unberührt lassen. Wenn nun selbst eine energierechtliche Missbrauchsaufsicht für Letztverbraucher die §§ 19, 20 GWB in ihrer Anwendung nicht ausschließen sollte, dann können erst recht keine Rechtsverordnungen die Anwendbarkeit ausschließen.

<sup>366</sup> vgl. § 1 StromNEV, BGBl. S. 2225; § 1 GasNEV, BGBl. S. 2197; § 1 GasNZV, BGBl. S. 2210.

#### 5. Kapitel: Das Verhältnis zwischen allgemeiner und sektorspezifischer Wettbewerbsaufsicht

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber in der Begründung zu § 30 EnWG erklärt, dass der Ausschluss der §§ 19, 20 GWB nur durch die Existenz eines energierechtlichen Missbrauchsverbots gerechtfertigt ist. Die Geltung des Missbrauchsverbots beschränkt sich jedoch auf den dritten Teil des EnWG. Eine darüber hinaus gehende Unanwendbarkeit der §§ 19, 20, 29 GWB wäre daher nicht gerechtfertigt, da ansonsten das erforderliche energierechtliche Missbrauchsverbot insgesamt fehlen würde.

Auch die Wortlautauslegung kommt zu dem Ergebnis, dass die Erstreckung des Spezialitätsgrundsatzes durch die Erklärung der Abgeschlossenheit nicht möglich ist. § 111 Abs. 2 Nr. 2 EnWG regelt den Spezialitätsgrundsatz für die Rechtsverordnungen, soweit die Rechtsverordnungen auf eine Ermächtigungsgrundlage des dritten Teils beruhen und sich für abschließend erklären. Die Voraussetzungen sind kumulativ und nicht alternativ. Eine Rechtsverordnung, die nicht auf dem dritten Teil des EnWG basiert, kann sich folglich nicht für abschließend erklären.

#### 4. Abschließende Regelung bezogen auf die gesamten Bestimmungen des GWB

Es ist ferner auf den systemwidrigen Wortlaut des § 111 Abs. 2 Nr. 2 EnWG hinzuweisen. Dieser bestimmt, dass Rechtsverordnungen sich für abschließend gegenüber „Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ erklären müssen. Nach dem Wortlaut wäre es demnach möglich, dass eine Rechtsverordnung, die den dritten Teil des EnWG konkretisiert, die Bestimmungen des GWB in seiner Gesamtheit ausschließt. Der Ausschluss ist nach der Nummer 2 des zweiten Absatzes nicht auf die Missbrauchsaufsicht nach den §§ 19, 20, 29 GWB beschränkt, sondern könnte ebenfalls das Kartellverbot nach § 1 GWB erfassen. Gegen diese Wortlautauslegung spricht die teleologische. Denn Sinn und Zweck des zweiten Absatzes ist – wie bereits besprochen wurde – die Konkretisierung des ersten Absatzes. Der erste Absatz bezieht sich ausdrücklich auf die §§ 19, 20 und 29 GWB. Insofern gilt auch hier, dass die Konkretisierung nicht weitergehen kann als der Grundsatz.

#### 5. Bindungswirkung, § 111 Abs. 3 EnWG

In § 111 Abs. 3 EnWG hat der Gesetzgeber ausdrücklich die Bindungswirkung von energierechtlichen Entscheidungen vorgesehen. Nach § 111 Abs. 3 EnWG haben die Kartellbehörden in Verfahren der Missbrauchsaufsicht über Energiepreise die veröffentlichten

## 5. Kapitel: Das Verhältnis zwischen allgemeiner und sektorspezifischer Wettbewerbsaufsicht

und genehmigten Netzzugangsentgelte als rechtmäßig zu Grunde zu legen, soweit nicht etwas anderes durch ein rechtskräftiges Urteil festgestellt worden ist. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit ist somit eine Negativ-Voraussetzung im Rahmen des § 111 Abs. 3 EnWG. Liegt die Negativ-Voraussetzung vor, ist die Bindungswirkung nicht mehr gegeben, und die Kartellbehörden können eigenverantwortlich die Höhe der Entgelte untersuchen. Es ist fraglich, welche Anforderungen an die Voraussetzung der „Feststellung der Rechtswidrigkeit“ zu stellen sind. Es könnten zum einen nur der Tenor nach § 256 Abs. 2 ZPO oder aber die Feststellung der Rechtswidrigkeit in den Entscheidungsgründen gemeint sein. Letzteres ist der Fall. Sinn und Zweck des § 111 Abs. 3 EnWG ist, energierechtlich genehmigte Netzzugangsentgelte nicht mehr durch die §§ 19, 20, 29 GWB zu behindern. Liegt nun aber eine Feststellung der Rechtswidrigkeit durch ein bestands- oder rechtskräftiges Urteil vor, fällt der Schutzzweck weg. Rechtswidrige Entgelte dürfen nicht den Schutz vor kartellrechtlicher Prüfung genießen. Ob die Feststellung nun durch den Tenor einer Entscheidung oder durch die Entscheidungsgründe erfolgt, kann keinen Unterschied machen.

Zu beachten ist, dass ursprünglich auch Entscheidungen, die auf Grundlage des Art. 82 EGV gefasst wurden, ebenfalls unter § 111 Abs. 3 EnWG fallen sollten. Diese Alternative wurde jedoch nach Art. 2 Nr. 7 b) des Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels gestrichen. Die ursprüngliche Fassung war nicht bindend. Dies folgt daraus, dass nach § 50 Abs. 1 GWB allein die Kartellbehörden die für die Anwendung der Artikel 81, 82 EG zuständigen deutschen Wettbewerbsbehörden im Sinne des Art. 35 Abs. 1 der EG-VO Nr. 1/2003 sind. Die Anwendungssperre hätte demnach zur Folge, dass es unter Verstoß gegen vorrangiges EG-Recht in der Sperrzeit keine deutsche Behördenzuständigkeit für die Durchsetzung des Art. 82 EG gegeben hätte.<sup>367</sup>

### *IV. Zwischenergebnis*

Die Energiereform 2005 hat auf das Verhältnis der energierechtlichen zur kartellrechtlichen Aufsicht Einfluss genommen. Insbesondere die §§ 111 EnWG und 130 GWB verfolgen den Zweck, die Kontrolle über Netzanschluss, Netzzugang und Netzentgelt ausschließlich nach dem EnWG zu entscheiden. An die Stelle der noch bis 2005 geltenden Idealkonkurrenz zwischen dem GWB und dem EnWG ist der Spezialitätsgrundsatz getreten. Die kartellrechtliche

<sup>367</sup> Säcker, RdE 2006, S. 63 (67); Kühne/Brodowski, NVwZ 2005, S. 849 (856).

## 5. Kapitel: Das Verhältnis zwischen allgemeiner und sektorspezifischer Wettbewerbsaufsicht

Missbrauchsaufsicht ist weiterhin in den dem Netzbetrieb vor- und nachgelagerten Bereichen anzuwenden. Die Missbrauchsaufsicht bleibt insbesondere für die Endkundenpreise bestehen.

### **B. Die Erforderlichkeit eines übergreifenden wettbewerbsspezifischen Regulierungsrechts**

Die siebte Novelle zum GWB trat am 01.06.2005, somit einen Monat vor dem EnWG, in Kraft.<sup>368</sup> Federführend für beide Gesetze war das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit. Dennoch ist nicht erkennbar, dass das Ministerium einen inhaltlichen Zusammenhang zwischen den Gesetzen gesehen und berücksichtigt hat. Vor allem wurde die dogmatische Frage nach den Gemeinsamkeiten nicht beachtet. Es fehlt somit an einer Systematik, die die Aufgabe hätte, nicht an Einzelheiten anzuknüpfen, sondern normative Ordnungsstrukturen auf einer Abstraktionsstufe sichtbar zu machen, auf der gemeinsame Aussagen möglich sind. Ein solches Vorgehen erscheint auf den ersten Blick unsystematisch. Sinnvoller ist es vielmehr, eine ordnungsstiftende grundsätzliche Dogmatik zu schaffen, die begrifflich zusammenführt, was inhaltlich zusammengehört.<sup>369</sup> Vorteil der Vereinheitlichung ist ein Entbürokratisierungs- und Standardisierungseffekt, der Rechtsklarheit, Transparenz, eine vereinfachte Rechtsanwendung und auch eine erhöhte Akzeptanz beim Bürger mit sich bringt.<sup>370</sup>

In diesen Zusammenhang reiht sich die hier maßgebliche Frage ein, ob die Erweiterung der allgemeinen kartellrechtlichen Instrumente zur Begrenzung von Marktmacht, insbesondere des in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB verankerten Anspruchs auf Zugang zu wesentlichen Einrichtungen, erfolgversprechender gewesen wäre als eine Reform des EnWG. Die Erweiterung des GWB um wettbewerbsspezifische Regulierungsinstrumente ist von der Einführung des § 29 GWB zu unterscheiden. Denn der Anwendungsbereich des § 29 GWB ist auf die dem Netzbetrieb vor- und nachgelagerten Märkte beschränkt. Der regulierungsrechtlich erhebliche Bereich des Netzbetriebs ist von § 29 GWB nicht erfasst.

<sup>368</sup> BGBl. I S. 1954.

<sup>369</sup> Säcker, AöR (130) 2005, 180, 182.

<sup>370</sup> Stober, Zum Leitbild eines modernen Regulierungsverwaltungsrechts, in FS-Scholz, S. 964; Storr, DVBl. 2006, 1017, 1019; zu der Entwicklung ein allgemeinen Netzinfrastukturrechts siehe auch Säcker, AöR (130) 2005, 180, 190 f.; Burgi, NJW 2006, 2439, 2442.

## 5. Kapitel: Das Verhältnis zwischen allgemeiner und sektorspezifischer Wettbewerbsaufsicht

Die soeben aufgeworfenen Fragen zur Vereinheitlichung des Regulierungsrechts durch die Erweiterung des Kartellrechts werden im Folgenden thematisiert.

Das Recht der Netzwirtschaften ist wesentlich, wie im vierten Kapitel gezeigt, von der Intention geprägt, widerstreitende Interessen in Einklang zu bringen. Einerseits wird das Wettbewerbsinteresse verfolgt, andererseits aber auch das Gemeinwohlinteresse. Diese bipolare Funktion des staatlichen Gesetzes wird durch die Instrumente des Regulierungsrechts erfüllt.<sup>371</sup> Die staatliche Aufgabe der Netzinfrastrukturregelung ist jedoch nicht dahingehend einzuordnen, dass sie lediglich eine zeitlich begrenzte Aufgabe darstellt. Das Regulierungsrecht stellt keine Übergangsaufgabe, bis funktionsfähiger Wettbewerbsmarkt geschaffen ist, dar.<sup>372</sup> Vielmehr ist gerade durch die Gewährleistungsverantwortung des Staates für eine leistungsfähige Infrastruktur, um Gemeinschaftsinteressen höchsten Ranges zu befriedigen, Regulierungsrecht eine Daueraufgabe des Staates.<sup>373</sup>

Vor diesem Hintergrund lässt sich die vorangestellte Frage, ob es dogmatisch sinnvoll gewesen wäre, das EnWG in das GWB einzuarbeiten, besser untersuchen. Es ist demnach auf Sinn und Zweck beider Gesetze abzustellen. Hierbei gelangt man zu dem Ergebnis, dass die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle gemäß §§ 19, 20, 29 GWB nach ihrem Sinn und Zweck Grenznormen darstellt, die dann zum Tragen kommen, soweit ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung erreicht.<sup>374</sup> Hat ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung, stellt das GWB eine Grenze für die Ausübung unternehmerischer Gestaltungsfreiheit dar. Das allgemeine Wettbewerbsrecht bedient sich des Instruments der singulären Bekämpfung des Missbrauchs.

Das Regulierungsrecht hingegen nimmt aktiv am Geschehen teil.<sup>375</sup> Es geht um die kontinuierliche Konkretisierung der Gemeinwohlverpflichtung des Inhabers des natürlichen Monopols. Im Gegensatz zum GWB statuiert das Regulierungsrecht Richtnormen für eine

<sup>371</sup> Säcker, AöR (130) 2005, 180, 220.

<sup>372</sup> Kap. 4, Abschnitt A/III.

<sup>373</sup> Säcker, AöR (131) 2005, 180, 188; BVerfGE 30, 292, 323f..

<sup>374</sup> Kirchner, WuW 2007, 327; Heise, Das Verhältnis von Regulierung und Kartellrecht 2008, S. 252.

<sup>375</sup> Eifert, Regulierungsstrategien, in: Hohmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voskuhle (Hrsg.), GVwR I, § 19 Rn. 125 ff; Kühling, Die sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften 2004, S. 11 ff.; Röhl, JZ 2006, 831, 832; Schebstadt, WuW 2005, 6, 8 ff.; Heise, Das Verhältnis von Regulierung und Kartellrecht 2008, S. 252, wobei dieser ausdrücklich nicht auf zeitlichen Umstände der ex-post und ex-ante Kontrolle abstellt, sondern in erster Linie auf die Unterscheidung von reaktivem und proaktivem Handeln.

5. Kapitel: Das Verhältnis zwischen allgemeiner und sektorspezifischer Wettbewerbsaufsicht  
gemeinwohlorientierte Ausübung der Unternehmen im Netzbereich.<sup>376</sup> Es geht in seiner Aufgabenstellung über eine wettbewerbsorientierte Missbrauchsaufsicht hinaus. Schutzobjekt des allgemeinen Wettbewerbsrechts ist der in Wirklichkeit bestehende Wettbewerb und nicht wie beim Regulierungsrecht die Strukturförderung oder aktive Wettbewerbsförderung einzelner Marktteilnehmer.<sup>377</sup>

Die ungleiche systematische Einordnung der ex-ante und der ex-post Kontrolle weisen keine Schnittpunkte auf, die man auf abstrakter Ebene zusammenführen könnte. Im Ergebnis muss die Frage nach der Erweiterung des GWB durch ein Regulierungsrecht somit verneint werden.

Eine Erweiterung des Kartellrechts um die Regulierungsnormen des EnWG ist zurzeit weder sinnvoll noch erforderlich.

### **C. Ergebnis**

Das Verhältnis des GWB zum EnWG ist ausreichend und abschließend in den §§ 111 EnWG und 130 GWB geregelt. Eine Erweiterung des Kartellrechts um die wettbewerbspezifischen Regelungen des Energierechts ist nicht sinnvoll.

<sup>376</sup> Kirchner, WuW 2007, 327.

<sup>377</sup> Röhl, JZ 2006, 831, 832.

## 6. Kapitel: Hessischer Gesetzesentwurf vom 28.01.2008

Die Europäische Kommission hat am 10.01.2007 ihren Bericht über Maßnahmen zur Stärkung des europäischen Gas- und Elektrizität- Binnenmarktes veröffentlicht.<sup>378</sup> Der Bericht hatte die Prüfung der bisherigen Entflechtungsregelungen zum Inhalt.

Es werden drei Gründe genannt, die für die schlechte Wettbewerbssituation ausschlaggebend seien. Zum einen funktioniere die eingeführte informationelle Entflechtung in der Praxis nicht. Marktrelevante Informationen würden weiterhin von den Netzbetreibern an die Erzeugungs- und Vertriebseinheiten weitergegeben. Zum anderen sei die vorhandene Diskriminierung im Rahmen des Netzzugangs ausschlaggebend. Die Netzbetreiber würden trotz der bisherigen Entflechtungsregeln konkurrierenden Versorgungsunternehmen den Zugang zum Netz erschweren. Der dritte Grund liege in den fehlenden Investitionen der Netzbetreiber. Die Entflechtungsregeln würden den Versorgungsunternehmen keine Anreize zu Investitionen geben.<sup>379</sup> Um dieser Entwicklung entgegenzuwirken, hat die Europäische Kommission im Entwurf zum dritten Legislativpaket vom 19.07.2007 die eigentumsrechtliche Entflechtung vorgeschlagen. Hiernach waren drei Möglichkeiten für die Umsetzung der Entflechtung vorgesehen: die vollständige eigentumsrechtliche Entflechtung, das Modell des Independent System Operator (ISO-Modell) und des Aktiensplittings.

Nunmehr hat das Europäische Parlament am 17.04.2009 mit der tschechischen Präsidentschaft einen Kompromiss über das Gesetzgebungsverfahren ausgehandelt. Der Kompromiss gibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, zwischen drei Optionen zu wählen, um den Netzbetrieb von der Strom- und Gasversorgung und -erzeugung zu trennen: Die eigentumsrechtliche Entflechtung, das ISO-Modell und das des Independent Transmission Operator (ITO-Modell). Die dritte Option - das ITO-Modell - bewahrt die herkömmliche integrierte Konzernstruktur von Netz, Erzeugung und Versorgung, zwingt jedoch das Unternehmen, verschiedene Regeln einzuhalten, die garantieren, dass die beiden Unternehmensteile in der Praxis unabhängig

<sup>378</sup> Communication from the Commission to the Counsel and the European Parliament, Aspect for the internal gas and electricity market, KOM (2006), 841.

<sup>379</sup> Communication from the Commission to the Counsel and the European Parliament, Aspect for the internal gas and electricity market, KOM (2006), 841.

voneinander arbeiten.<sup>380</sup> Nach Inkrafttreten der Richtlinien haben die Mitgliedsstaaten anderthalb Jahre Zeit, diese in nationales Recht umzusetzen.

Zuvor, im März 2009, haben sich die europäische Kommission und RWE darauf geeinigt, dass RWE sein Gas-Transportnetz verkauft und die Kommission im Gegenzug von einer Kartellstrafe in Milliardenhöhe absieht. Die europäische Wettbewerbsaufsicht hatte im Mai 2007 ein Untersuchungsverfahren im Bereich Erdgas eingeleitet. RWE habe danach seine dominante Marktstellung bei Gas ausgenutzt und Wettbewerbern den Zugang zu seinem Leitungsnetz in Nordrhein-Westfalen erschwert. Ebenso verkauft nun E.ON auf Druck der Kommission Teile seines Höchstspannungsnetzes und ein Fünftel seiner Kraftwerke. Auch hier hat die Kommission das Angebot bereits angenommen. Im Gegenzug stellt die Kommission das Untersuchungsverfahren ein.

Der hessische Wirtschaftsminister Alois Rhiel sprach sich im Zusammenhang mit § 29 GWB gegen dessen Einführung und für die eigentumsrechtliche Entflechtung aus. Nach Rhiel seien die vier Energiekonzerne zu zerschlagen. Erst durch diese Strukturänderung sei Wettbewerb möglich.<sup>381</sup> "Hessen will das Wettbewerbsrecht verschärfen, damit - wenn alles andere nicht hilft - der Staat das Stromerzeugungs-Oligopol der vier Konzerne RWE, E.ON, Vattenfall und EnBW zerschlagen kann", sagte Rhiel.

Das Land Hessen hat daher am 29. Januar 2008 dem Bundesrat einen Gesetzesentwurf zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung vorgelegt.<sup>382</sup> Der Kern des Gesetzesentwurfes ist die Einführung des § 41 a GWB-E, der die eigentumsrechtliche

<sup>380</sup> Ein Aufsichtsorgan - bestehend aus Vertretern des Gaskonzerns, von dritten Anteilseignern und des Übertragungsnetzbetreibers - ist verantwortlich für "Entscheidungen, die von erheblichem Einfluss auf den Wert der Vermögenswerte der Anteilseigner" sind; ein "Gleichbehandlungsprogramm" legt Maßnahmen fest, "mit denen sichergestellt wird, dass diskriminierende Verhaltensweisen ausgeschlossen werden"; ein "Gleichbehandlungsbeauftragter" überwacht die Durchführung des Gleichbehandlungsprogramms; Führungskräfte dürfen drei Jahre vor Beginn und für vier Jahre nach Beendigung ihrer Tätigkeit für den Übertragungsnetzbetreiber nicht bei dem Energieversorger angestellt sein ("Cooling-off"-Zeiten).

<sup>381</sup> Vgl. Pressemitteilung des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung v. 04.10.2006, 03.11.2006, 08.12.2006 und 10.01.2007.

<sup>382</sup> BR-Drucks. 76/08; zum heutigen Standpunkt hat der Bundesrat den Gesetzesentwurf dem Wirtschafts- und dem Innenausschuss zugeleitet.



Entflechtung zum Inhalt hat. Der fehlende Wettbewerb auf dem Energiesektor habe das hessische Ministerium dazu gezwungen, diesen Gesetzesentwurf einzureichen. Es sei kein anderes wettbewerbspolitisches Instrument denkbar, um die Marktstruktur aktiv zu verändern. Die bisherigen Mittel, die dem Bundeskartellamt zur Verfügung stünden, seien nicht ausreichend. Das Bundeskartellamt könne zwar eingreifen, wenn Unternehmen ihr Verhalten absprächen oder sie ihre Marktmacht missbrauchten. Es sei jedoch nicht möglich, bei problematischen Marktstrukturen einzuschreiten. Ein Entflechtungstatbestand sei erforderlich, um aktiv die Marktstruktur zu gestalten.<sup>383</sup>

§ 41 a GWB-E ist wie folgt gefasst:

„(1) Ist auf einem Markt mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung ein Unternehmen marktbeherrschend und ist auf absehbare Zeit kein wesentlicher Wettbewerb auf diesem Markt zu erwarten, kann das Bundeskartellamt anordnen, dass das marktbeherrschende Unternehmen innerhalb angemessener Frist bestimmte Teile seines Vermögens veräußern oder auf andere Weise verselbstständigen muss, wenn dies eine spürbare Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen erwarten lässt. Ausgenommen von der Anordnung sind Vermögensvorteile, die das betroffene Unternehmen in den letzten fünf Jahren vor der Zustellung der Anordnung aufgrund der bestandskräftigen Freigabe eines Zusammenschlusses nach § 40 Abs. 2 übernommen hat. Die Anordnung kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Der Wert von zu veräußernden Teilen, der zuvor von einem durch das Bundeskartellamt beauftragten Wirtschaftsprüfer zu ermitteln ist, wird als Geschäftsgeheimnis Bestandteil der Anordnung nach Satz 1.

(2) Das marktbeherrschende Unternehmen soll bis zu einem vom Bundeskartellamt zu bestimmenden Zeitpunkt Vorschläge unterbreiten, welche Teile seines Vermögens zu veräußern oder auf andere Weise zu verselbstständigen sind. Zu diesen Vorschlägen und deren wettbewerblichen Auswirkungen ist eine Stellungnahme der Monopolkommission einzuholen. Die Monopolkommission kann auch eigene Vorschläge unterbreiten, die unter Beteiligung des betroffenen Unternehmens eine spürbare Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen erwarten lassen.

<sup>383</sup> BR-Drucks. 76/08.

(3) Dem Unternehmen ist ein angemessener Zeitraum zu gewähren, innerhalb dessen die nach Absatz 1 angeordnete Verselbstständigung zu erfolgen hat. Im Fall der Veräußerung dürfen der oder die Erwerber auf dem relevanten Markt keine beherrschende Stellung innehaben oder durch den geplanten Erwerb erlangen und nicht die Voraussetzungen des § 36 Abs. 3 erfüllen. Die bestimmten Vermögensteile dürfen innerhalb einer Frist von zehn Jahren seit der Verselbstständigung nach Satz 1 nur an Unternehmen weiter übertragen werden, die die Voraussetzungen eines Erwerbers im Sinne des Satz 2 erfüllen. Der Vertrag mit dem oder den Erwerbern über die bestimmten Vermögensteile bedarf zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung des Bundeskartellamtes; Abs. 1 Satz 3 gilt entsprechend. Die Zustimmung ist zu versagen, wenn der in Abs. 1 Satz 1 bestimmte Zweck nicht erreicht würde.

(4) Die §§ 35, 40 Abs. 4 und 41 Abs. 4 gelten entsprechend. Im Falle der entsprechenden Anwendung des § 41 Abs. 4 Nr. 3 darf der Treuhänder einen Vermögensteil nur veräußern, wenn der Erlös mindestens die Hälfte des nach Absatz 1 Satz 3 festgestellten Wertes beträgt.“

Die eigentumsrechtliche Entflechtung ist dem GWB grundsätzlich nicht fremd. Schon der Josten-Entwurf aus dem Jahre 1949 enthielt einen Entflechtungstatbestand.<sup>384</sup> Einen weiteren Entwurf hat die Monopolkommission in ihrem III. Hauptgutachten 1978/1979 vorgelegt.<sup>385</sup> Die Frage, ob diese Vorschläge verfassungsrechtlich zulässig waren, wurde in der Literatur unterschiedlich beurteilt. So hielten *Selmer*<sup>386</sup> und *Müller*<sup>387</sup> die Entflechtungsvorgaben für verfassungswidrig, wohingegen die Monopolkommission, *Duden*<sup>388</sup>, *Möschel*<sup>389</sup>, *Scholz*<sup>390</sup>, *Schulte-Braucks*<sup>391</sup> und *Kerber*<sup>392</sup> die Entflechtung für verfassungsgemäß hielten.

Es ist augenscheinlich, dass auch der vorliegende Gesetzesentwurf verfassungswidrig sein könnte. So ist im Folgenden die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzesentwurfes zu untersuchen.

<sup>384</sup> § 15 Entwurf zu einem Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs und zu einem Monopolamt, gedruckt im Auftrag des Bundesministeriums Wirtschaft, 1949.

<sup>385</sup> Monopolkommission, Fusionskontrolle bleibt vorrangig, Hauptgutachten III.

<sup>386</sup> Selmer, Unternehmensentflechtung, 1981, S. 15 ff..

<sup>387</sup> Müller, Entflechtung 2004, S. 191 ff..

<sup>388</sup> Duden in FS-Böhm 1965, S. 3 ff.

<sup>389</sup> Möschel, Entflechtungen 1979, S. 131 ff.

<sup>390</sup> Scholz, Entflechtung 1981, S. 83 ff..

<sup>391</sup> Schulte-Braucks, Auflösung 1980, S. 260 ff..

<sup>392</sup> Kerber, Unternehmensentflechtung 1987, S. 66 ff..

### **A. Verfassungsmäßigkeit der Entflechtungsvorschrift**

Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit orientiert sich an den Grundrechten des zu entflechtenden Unternehmens. Es wäre zwar auch daran zu denken, dass ebenfalls die Arbeitnehmer in ihren Grundrechten verletzt sein könnten. Dies käme zum einen dann in Betracht, wenn die Arbeitnehmer weiterhin in dem entflochtenen Teil des Unternehmens beschäftigt blieben und nun einen neuen Arbeitgeber bekämen. Es könnte hierdurch ein Verstoß gegen die Vertragsfreiheit der Arbeitnehmer nach Art. 2 Abs. 1 GG vorliegen, da diesen ein neuer Vertragspartner aufgezwungen würde. Die Arbeitnehmer sind jedoch durch arbeitsrechtliche Vorschriften ausreichend geschützt.<sup>393</sup>

Weiter könnte ein Grundrechtseingriff dadurch gegeben sein, dass die Arbeitnehmer aufgrund der Entflechtung damit rechnen müssten, weniger Einkommen erzielen zu können. Das Lohnniveau ist jedoch als bloße Gewinnchance verfassungsrechtlich nicht geschützt.<sup>394</sup> So bleiben als Prüfungsmaßstab die Grundrechte des entflochtenen Unternehmens. Hierbei kommt ein Grundrechtseingriff zunächst in Art. 14 GG<sup>395</sup> (I.) und sodann in Art. 12 GG (II.) in Betracht.

Die Entflechtung ist nach dem Gesetzesentwurf auf verschiedenen Wegen möglich. Es werden daher die einzelnen Entflechtungsmodelle der Grundrechtsprüfung unterzogen. Als Entflechtungsmodelle kommen in Betracht: Die Verpflichtung zur Veräußerung von Unternehmensteilen (1), die Übertragung des Netzbetriebes auf einen Independent System Operator (2), das Aktiensplitting (3) oder die Veräußerung von externem Wachstum (4).

#### *I. Eigentumsschutz nach Art. 14 GG*

##### 1. Verpflichtung zur Veräußerung von Unternehmensteilen

###### a) Eingriff in den Schutzbereich

<sup>393</sup> § 613a BGB regelt die Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers im Falle eines Betriebsübergangs, vgl. hierzu Palandt/Weidenkaff, BGB, § 613a.

<sup>394</sup> Jarass/Pieroth, GG-Komm. Art. 14 Rn. 25.

<sup>395</sup> Der Prüfungsmaßstab ist das Eigentumsgrundrecht nach Art. 14 GG vgl. Schmidt-Preuß, in: Baur/Pritzsche/Simon, Unbundling, Kap. 2, Rn. 64 ff..

Die Verpflichtung zur Veräußerung von Unternehmensteilen müsste einen Eingriff in den Schutzbereich des Eigentumsgrundrechts aus Art. 14 GG darstellen.

aa) Unmittelbarer Eingriff

In personeller Hinsicht ist Grundrechtsträger des Art. 14 GG jede natürliche Person. Nach Art. 19 Abs. 3 GG können sich jedoch auch inländische juristische Personen des Privatrechts auf die Grundrechte berufen, die ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind. Auf die von dem Gesetzesentwurf betroffenen marktbeherrschenden Unternehmen ist Art. 14 GG dem Wesen nach anwendbar.

In sachlicher Hinsicht schützt Art. 14 GG das Eigentum, somit jedes vermögenswerte Recht, die freie und privatnützige Verfügung über dieses Recht durch seinen Inhaber und die prinzipielle freie Disposition über den sachlichen, ökonomischen sowie sonstigen Nutzen dieses Rechts.<sup>396</sup> Das verfassungsrechtlich gewährleistete Eigentum ist durch Privatnützigkeit und die grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet. Die Eigentumsgarantie soll dem Eigentümer in eigenverantwortlichem privatem Interesse von Nutzen sein, wobei Art. 14 GG auch das Anteilseigentum und das Eigentum der Unternehmensträger schützt.<sup>397</sup>

Bei einer Verfügung des Bundeskartellamtes, die dem Unternehmen die Veräußerung von Unternehmensteilen auferlegt, wird augenscheinlich in das Eigentum des Unternehmens eingegriffen. Unternehmensteile können Grundstücke, Forderungen, geistiges Eigentum oder bewegliche Sachen sein.

Es ist fraglich, ob Art. 14 GG auch vor einer Wertminderung für das nach der Entflechtung bestehen bleibende Unternehmen schützt. Diese Frage ist zu verneinen. Soweit das entflochtene Unternehmen durch die Veräußerung eine Wertminderung erfährt, stellt diese eine zukünftige Gewinnchance dar. Art. 14 GG schützt nur das Erworbene und nicht den Erwerb.<sup>398</sup> Die Erwartung also, dass ein Unternehmen auch in Zukunft rentabel bleibt, fällt nicht in den

<sup>396</sup> Jarass/Pieroth, GG-Komm. Art. 14 Rn. 7 ff.; Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 137.

<sup>397</sup> BVerfGE 14, 263, 276; 25, 371, 407; 100, 289, 301 f.; 50, 290, 341; Papier, in Maunz/Dürig, Komm zum GG, Art. 14, Rn. 195.

<sup>398</sup> Hofmann, in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG-Komm, Art. 12 Rn. 23; BVerfGE 30, 292, 335.

Schutzbereich des Grundrechts. Nach jüngerer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fällt eine Gewinnchance jedenfalls dann nicht unter den Eigentumsschutz des Art. 14 GG, wenn der Gesetzgeber bei seinem Eingriff öffentliche Interessen verfolgt.<sup>399</sup> Auch nach dieser Rechtsprechung wird vorliegend die Gewinnchance nicht von Art. 14 GG erfasst. Die Entwurfsverfasser verfolgen das Ziel, den Wettbewerb zu fördern. Gesteigerter Wettbewerb dient den Interessen der Verbraucher, somit der Allgemeinheit und liegt im öffentlichen Interesse.

Die Veräußerung von Unternehmensteilen stellt nicht nur durch den Zwang zum Verkauf einen Eingriff in die Eigentumsgarantie dar, sondern darüber hinaus auch durch den Zwang zur Umwandlung. Art. 14 GG schützt auch die Freiheit zur Organisation des Unternehmens.<sup>400</sup> Der Unternehmensteil muss zunächst einmal – für eine juristische Sekunde – verselbstständigt werden, um dann veräußert werden zu können.

#### bb) Mittelbarer Eingriff

Nach § 41 a Abs. 2 GWB-E soll das marktbeherrschende Unternehmen bis zu einem vom Bundeskartellamt zu bestimmenden Zeitpunkt Vorschläge unterbreiten, welche Teile seines Vermögens zu veräußern oder zu verselbstständigen sind. Hiernach ist das Unternehmen also dazu angehalten, mit dem Bundeskartellamt in Verhandlungen zu treten, um die für sie günstigste Form der Entflechtung zu erreichen. Scheitert es an diesen Verhandlungen, ist das Einsetzen eines Treuhänders nach § 41 a GWB-E i.V.m. § 41 Abs. 4 Nr. 3 GWB als ultima ratio vorgesehen.

Es stellt sich somit die Frage, inwieweit das Drohen mit dem Einsetzen eines Treuhänders verfassungsrechtlich relevant ist beziehungsweise, ob diese Drohung bereits einen Eingriff in das Eigentumsrecht darstellt. Hierin könnte ein mittelbarer Eingriff liegen. Der mittelbare Eingriff zeichnet sich durch die mittelbare Wirkung einer Regelung aus. Wann die Eingriffsschwelle überschritten ist, ist abhängig von dem Zweck der Regelung.<sup>401</sup> Bezweckt die Regelung die beeinträchtigende Wirkung, liegt ein Eingriff vor. Von den Entwurfsverfassern ist gewollt, dass die betroffenen Unternehmen in der Regel auf die Verhandlungen eingehen, um den wirtschaftlich besten Erfolg zu erzielen. Damit die Verhandlungen am wahrscheinlichsten

<sup>399</sup> BVerfG NJW 1999, 1699 ff.; NJW-RR 2000, 842, 842 ff.; NJW 2001, 279, 280.

<sup>400</sup> BVerfGE 50, 290, 351.

<sup>401</sup> BVerwGE 71, 183, 193 ff.; 90, 121 ff..

stattfinden, wurde die für die Unternehmen negative Folge des Treuhänders festgelegt. Auch wenn die Verhandlungen im Ergebnis für die betroffenen Unternehmen vorteilhaft sind, besteht der mittelbare Zwang, zu verhandeln. Die Voraussetzung der Finalität ist hierdurch gegeben.

Ein Eingriff in das Eigentumsgrundrecht liegt daher sowohl in der Anordnung zur Entflechtung als auch in der Drohung zur Entflechtung durch einen Treuhänder.

#### b) Zulässigkeit des Eingriffs

Es ist zu untersuchen, ob der Eingriff zulässig ist.

##### aa) Formelle Grundrechtsschranken

Im Rahmen der formellen Grundrechtsschranken wirft der Gesetzesentwurf verschiedene Anhaltspunkte zur Überprüfung auf. Es stellt sich etwa die Frage, ob der Zwang zur Verhandlung mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar ist (1). Es ist fraglich, ob das Bestimmtheitsgebot eingehalten wurde, weil das Gesetz die konkreten Formen der Entflechtung nicht nennt. Es ist auch eine Frage des Bestimmtheitsgebots, ob eine Ermessensentscheidung des Bundeskartellamtes mit den Grundrechten des betroffenen Unternehmens vereinbar ist. Ferner ist zu prüfen, ob es bestimmt genug ist, dass die Höhe der Ausgleichszahlung nicht im Gesetz selbst definiert ist, sondern in einem – späteren – Verwaltungsakt festgesetzt wird (2). Es ist eine Frage des Vertrauensschutzes, dass der Gesetzesentwurf eine Entflechtung von denjenigen Unternehmensteilen in Betracht zieht, die vorherig vom Bundeskartellamt im Rahmen der Fusionskontrolle genehmigt wurden (3).

##### (1) Rechtsstaatsprinzip

Es ist zu untersuchen, inwieweit die Drohung, einen Treuhänder einzusetzen und der damit einhergehende Zwang, mit dem Bundeskartellamt zu verhandeln, mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar ist. Hierbei ist zwischen dem tatsächlichen Einsetzen eines Treuhänders und der Drohung hierzu zu unterscheiden. Bei dem tatsächlichen Einsatz eines Treuhänders sind die Grundsätze des Rechtsstaatsprinzips gewahrt. Die Verfügung zum Tätigwerden des Treuhänders ist ein Verwaltungsakt, der von dem betroffenen Unternehmen angefochten werden kann. Auch muss der Treuhänder sich an den Inhalt der Verfügung und der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage halten.

Bei der Drohung ist es jedoch anders. Wie bereits dargestellt, besteht einerseits keine Pflicht zur Verhandlung. Andererseits ist das Gesetz bewusst so gestaltet, dass diese Möglichkeit für das Unternehmen gänzlich unattraktiv ist. Das Unternehmen ist zweifelsfrei durch die Drohung nicht einem belastenden Verwaltungsakt ausgesetzt, so dass das Rechtsstaatsprinzip kaum zu beachten ist. Denn das Rechtsstaatsprinzip steht dem Adressaten von belastenden Eingriffen zur Seite. Die Verhandlung stellt indes für das Unternehmen zunächst einen Vorteil und keinen Nachteil dar. Es ist als rechtliches Gehör zu verstehen und gehört damit gerade zu den Grundsätzen des Rechtsstaatsprinzips. Durch die Verhandlung kann das Unternehmen besser auf das Ergebnis Einfluss nehmen. Sie kommt ihm daher zu Gute. Der Zwang zum Verhandeln belastet das Unternehmen in geringem Ausmaß, so dass sich die Maßnahme im Rahmen der formellen Grundrechtsschranke hält.

## (2) Bestimmtheitsgebot

Im Rahmen des Bestimmtheitsgebots stellen sich mehrere Fragen. Zunächst ist zu beachten, dass der Gesetzesentwurf keine konkrete Form der Entflechtung nennt. Es ist jede Form der Entflechtung möglich, angefangen von der personellen bis hin zur Veräußerung eines Unternehmensteils. Hier ist insbesondere die Wesentlichkeitstheorie zu beachten. Nach dieser muss der Gesetzgeber alles Wesentliche selbst regeln.<sup>402</sup> Die konkrete Form der Entflechtung ist ein wesentliches Merkmal. Zumal jede Entflechtung stets ein Grundrechtseingriff ist. Dass die Ermächtigungsgrundlage nicht die konkrete Form der Entflechtung nennt, ist dennoch mit dem Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar. Die betroffenen Märkte und auch Unternehmen sind in ihrer Struktur zu verschieden, als das man in der Ermächtigungsgrundlage konkretere Angaben machen könnte. Es handelt sich hier um ein Auswahlermessen, dass pflichtgemäß ausgeübt werden muss. Darüber hinaus knüpft der Gesetzesentwurf die Entflechtung an weitere Voraussetzungen. Es muss sich um einen Markt mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung handeln; das zu entflechtende Unternehmen muss eine marktbeherrschende Stellung einnehmen; es darf in absehbarer Zeit kein wesentlicher Wettbewerb auf dem Markt zu erwarten sein und die Entflechtung muss eine spürbare Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen erwarten lassen. Die Entwurfsverfasser haben also die konkreten Voraussetzungen für die Entflechtung selbst geregelt und werden somit dem Bestimmtheitsgrundsatz ausreichend gerecht.

<sup>402</sup> Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, § 12 Rn. 43; BVerfGE 40, 237, 248; 49, 89, 126.

Weiter ist im Wege des Bestimmtheitsgrundsatzes zu beachten, dass die Höhe der Ausgleichszahlung dem Unternehmen eventuell zu spät bekannt wird. Durch die Nassauskiesungsentscheidung<sup>403</sup> hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass der Adressat eine Enteignung nicht bestandskräftig werden lassen darf, wenn er denkt, dass die Enteignung aufgrund fehlender Kompensation verfassungswidrig sei. Er darf also nicht im Nachhinein eine Entschädigung verlangen. Durch die Denkmalschutzentscheidung hat das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung auf die Inhalts- und Schrankenbestimmung erweitert<sup>404</sup>, so dass es vorliegend noch dahinstehen kann, um welche Form der Enteignung es sich handelt.

Die Kompensation liegt in dem Erlös für den Verkauf des Unternehmens beziehungsweise Unternehmensteils. Die Höhe der Kompensation wird dem Unternehmen erst dann bekannt, wenn der Kaufvertrag mit dem Käufer geschlossen ist. Zu diesem Zeitpunkt ist es hingegen möglich, dass die Verfügung selbst bereits bestandskräftig geworden ist. Der Gesetzesentwurf wirkt dieser Gefahr durch § 41 a Abs. 4 GWB-E entgegen. Danach darf der Treuhänder einen Vermögensteil nur veräußern, wenn der Erlös mindestens die Hälfte des – zuvor durch einen vom Bundeskartellamt beauftragten Wirtschaftsprüfer – ermittelten Wertes des Vermögensteils beträgt. Hierdurch weiß der Adressat, welche Kompensation er mindestens erhält.

### (3) Vertrauensschutz

Im Rahmen der formellen Grundrechtsschranken ist auch der Vertrauensschutz zu beachten. Es ist zu prüfen, wie der Umstand zu beurteilen ist, dass ein Unternehmen auch zur Veräußerung von solchen Unternehmensteilen angehalten werden kann, die es vorher durch eine genehmigte Fusion erworben hat. Der Gesetzesentwurf gewährt insoweit einen Vertrauensschutz, dass diejenigen Unternehmensteile von der Entflechtung ausgenommen sind, die in den letzten fünf Jahren durch eine Fusion erworben wurden. Jedoch sieht das Gesetz eine Widerrufsmöglichkeit vor. Nach § 40 Abs. 3a Nr. 4 GWB-E kann die Freigabe widerrufen oder geändert werden, wenn das Bundeskartellamt aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen die Freigabe versagen kann und wenn ohne den Widerruf oder die Änderung das öffentliche Interesse an wesentlichem Wettbewerb an einem Markt mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung gefährdet wäre. Dieser

<sup>403</sup> BVerfGE 58, 345 ff. (Nassauskiesungsbeschluss).

<sup>404</sup> BVerfGE 100, 226, 246.



Widerruf ist dem des § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwVfG nachgebildet und mit dem Vertrauensschutz vereinbar.

(4) Zwischenergebnis

Der Gesetzesentwurf steht mit den formellen Grundrechtsschranken im Einklang.

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Der Gesetzesentwurf muss weiter materiell verfassungsgemäß sein. Dies setzt voraus, dass der Entwurf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahrt (2). Welche Anforderungen an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu stellen sind, richtet sich danach, ob in dem Eingriff eine Enteignung oder eine Inhalts- und Schrankenbestimmung zu sehen ist (1).

(1) Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung

Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind im Wesentlichen drei Formen der eigentumsrelevanten Eingriffe möglich.<sup>405</sup> Die Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG), die Enteignung durch Gesetz (Legalenteignung) und die Enteignung durch die Exekutive auf gesetzlicher Grundlage (Administrativenteignung). Für die Beurteilung, ob eine Enteignung oder eine Inhalts- und Schrankenbestimmung vorliegt, ist die Intention des Gesetzgebers ausschlaggebend und nicht die Intensität des Eingriffs.<sup>406</sup> Bei einer Enteignung muss es dem Gesetzgeber gerade darum gehen, dem Grundrechtsträger das Eigentum zu entziehen um dadurch eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen. Die Inhalts- und Schrankenbestimmung hat den Zweck einer Güterdefinition.<sup>407</sup> In der kartellrechtlichen Rechtsprechung ist eine Entflechtung in der Regel eine Enteignung.<sup>408</sup> Dieser Ansatz bedarf im Bereich der Energieversorgung der eingehenderen Überprüfung.

Wird der Eigentümer eines Netzes dazu gezwungen, das Netz, die Netzgesellschaft oder Teile der Netzgesellschaft an Dritte zu veräußern, die er sich selbst aussuchen kann, ist die Intensität des Zugriffs augenscheinlich geringer als die Entziehung des Eigentums im Wege einer

<sup>405</sup> BVerfGE 58, 300, 331.

<sup>406</sup> BVerfGE 70, 191, 200; 71, 137, 141; 79, 174, 191, 83, 201, 211; 104, 1, 9.

<sup>407</sup> Leibholz/Rink, Art. 14, Rn. 521.

formellen Enteignung. Wie jedoch bereits dargestellt, ist nicht auf die Intensität des Eingriffs, sondern auf seine Intention abzustellen. Das maßgebliche Abgrenzungskriterium ist also die Frage, ob die Entwurfsverfasser durch die Zwangsveräußerung eine konkret-individuelle Entziehung von Eigentum zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe erreichen oder doch eine abstrakt-generelle Regelung zur Eigentumsordnung schaffen wollen.

Das Entflechtungsmodell der Zwangsveräußerung von Unternehmensteilen könnte eine konkret-individuelle Regelung zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe sein. Dazu muss zunächst geklärt werden, welche öffentliche Aufgabe dem Gesetzgeber zukommt und ob diese mit dem Gesetzeszweck übereinstimmt. Bei der Frage nach der öffentlichen Aufgabe ist an die bereits erläuterte Verschiebung der Verantwortung des Staates im Energiesektor zu denken. Der Staat, auf dessen Intention es vorliegend ankommt, trägt durch die Liberalisierung im Bereich der Energieversorgung nicht mehr die Erfüllungsverantwortung. Diese hat sich zu einer reinen Gewährleistungsverantwortung verschoben. Es muss also zwischen einem öffentlichem Interesse einerseits und der öffentlichen Aufgabe andererseits unterscheiden werden. § 41 a GWB-E verfolgt zwar mit dem Ziel - Schaffung von Wettbewerb - offensichtlich ein öffentliches Interesse<sup>409</sup>, da die Schaffung von Wettbewerb dem Verbraucher und somit der Allgemeinheit zu Gute kommt. Den Staat trifft jedoch ausschließlich die Gewährleistungsverantwortung. Diese beschränkt sich darauf, erst dann einzugreifen, wenn ein gemeinwohlschädliches Ereignis droht. Dieser Verantwortung kommt der Staat mit den Regulierungsnormen des EnWG ausreichend nach. So ist in den §§ 36 ff. EnWG die Frage der Grundversorgung hinlänglich geregelt. Auch besteht nach § 18 EnWG die Verpflichtung von Neiderspannungs- beziehungsweise Niederdruckbetreibern, Jedermann an ihre Energieversorgungsnetze anzuschließen. Hierdurch soll insbesondere die Grundversorgung sichergestellt werden.

Da die Schaffung von Wettbewerb somit nicht in den Aufgabenbereich des Staates fällt, kann seine Intention auch nicht darin liegen, eine konkret-individuelle Regelung zur Erfüllung einer solchen Aufgabe, zu schaffen.

<sup>408</sup> Duden, in Coing 1965, S. 17 ff.; Selmer, Unternehmensentflechtung 1981, S. 62 ff.; Scholz, Entflechtung 1981, S.172 ff.; Müller, Entflechtung 2004, S. 195 ff..

<sup>409</sup> Engel, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestandes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung 2007, 25.

Die Intention der Entwurfsverfasser liegt darin, durch eine abstrakt-generelle Regelung zu verhindern, dass zugleich Eigentum an Erzeugungskapazitäten und am Netzbetrieb besteht.<sup>410</sup> Der Zwangsverkauf von Unternehmensteilen stellt somit eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 und Abs. 2 GG dar.<sup>411</sup> Der Einordnung der Entflechtung als Inhalts- und Schrankenbestimmung steht auch nicht entgegen, dass die Entflechtung in den tatsächlichen Folgen einer Enteignung gleichkommt.<sup>412</sup> Wirkt sich die Inhalts- und Schrankenbestimmung für den Adressaten faktisch wie eine Enteignung aus, ist dieser Umstand im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen.<sup>413</sup>

## (2) Verhältnismäßigkeit

Auch der inhaltsbestimmende Gesetzgeber ist nicht zu unverhältnismäßigen Gesetzen berechtigt. Demnach müssen auch Inhalts- und Schrankenbestimmungen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren. Vor allem ist zu beachten, dass die grundsätzlich nur im Falle der Enteignung relevante Entschädigungspflicht nach Art. 14 Abs. 3 GG auch im Rahmen einer Inhalts- und Schrankenbestimmung anzuwenden ist, soweit sich die Inhalts- und Schrankenbestimmung faktisch wie eine Enteignung auswirkt.<sup>414</sup> Die Entflechtung muss demnach einen legitimen Zweck verfolgen (a), geeignet (b), erforderlich (c) und angemessen (d) sein.

### (a) Legitimer Zweck

Die Entflechtung muss als gerechtfertigter Eingriff in das Eigentumsgrundrecht einen legitimen Zweck verfolgen. Die Anforderungen an den legitimen Zweck im Falle einer Enteignung sind andere als im Falle einer Inhalts- und Schrankenbestimmung. Im Falle einer Inhalts- und

<sup>410</sup> Anders Kahle, RdE 2007, S. 293, 298; er beurteilt das ownership unbundling als Enteignung. Das Abstellen auf eine Neuordnung des Eigentumsbegriffs im Energiebereich würde verschleiern, dass ein vollständiger Entzug des Eigentums vorliegt.

<sup>411</sup> Baur/Pritzsche/Klauer, Ownership Unbundling, S. 80; Haslinger, WuW 2007, 343, 344; v. Hammerstein, Entflechtung des Eigentums an Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen von anderen Bereichen der Energieversorgung, S. 24.

<sup>412</sup> Baur/Pritzsche/Klauer, Ownership Unbundling, S. 80.

<sup>413</sup> Haslinger, WuW 2007, 343, 344.

<sup>414</sup> BVerfGE 83, 201, 211 ff..

Schrankenbestimmung lässt das Bundesverfassungsgericht einleuchtende Gründe ausreichen.<sup>415</sup> Das Schutzniveau der Eigentumsgarantie ist dabei umso geringer, je mehr das Eigentumsobjekt einen sozialen Bezug aufweist.<sup>416</sup> In seiner Entscheidung zu den Telekommunikationsleitungen hat das Bundesverfassungsgericht Eigentumseingriffe mit dem Ziel, „die Voraussetzungen für das tatsächliche Entstehen von Wettbewerb zu schaffen“ genügen lassen. Das Ermöglichen eines funktionsfähigen Wettbewerbs ist danach ein legitimer Zweck. Nach der Gesetzesbegründung zu § 41 a GWB-E ist Ziel des Gesetzes die Belebung des Wettbewerbs.<sup>417</sup>

#### (b) Geeignetheit

Die Entflechtung muss ein geeignetes Mittel zur Verfolgung des legitimen Zwecks sein. Das Mittel ist geeignet, soweit es den gewünschten Erfolg fördert. Es ist jedoch nicht erforderlich, dass das Mittel das Bestmögliche oder Geeignetste ist.

Es wird hier schon oftmals eingewandt, dass es zu unsicher sei, ob sich die Marktstruktur durch die Entflechtung tatsächlich verbessere.<sup>418</sup> Es fehle hierzu an konkreten Erfahrungssätzen. Funktionsfähiger Wettbewerb könne nur erreicht werden, wenn die Marktstruktur auch nachhaltig verbessert werde. So müsse hierzu gewährleistet werden, dass die Erwerber der entflochtenen Unternehmen am Markt auch erfolgreich seien. Die Erwerber müssten daher genügend Branchenerfahrung aufweisen und darlegen, dass sie das neue Unternehmen am Markt etablieren könnten. So bestehe die Gefahr, dass die betroffenen Unternehmen sich bewusst schwache Erwerber suchen, um weniger Wettbewerb ausgesetzt zu werden.

Dieser Gefahr wollen die Entwurfsverfasser dadurch entgegenzutreten, dass eine Entflechtung erst dann zulässig ist, wenn durch sie eine spürbare Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen zu erwarten ist. Ist etwa zu erwarten, dass die Verbesserung aus anderen Gründen auch eintreten könnte, liegt die Voraussetzung nicht vor. So sind *Mayen/Karpenstein* sogar der Auffassung, dass sich die eigentumsrechtliche Entflechtung kontraproduktiv auswirken werde. Ein entflochtener Netzbetreiber verfüge über weniger Informationen über die zukünftige Entwicklung von internationalen Stromflüssen oder Erzeugungsstrategien als ein vertikal integrierter Netzbetreiber. Er sei deswegen schon weniger geeignet, Investitionen einzugehen,

<sup>415</sup> BVerfGE 20, 351, 360.

<sup>416</sup> BVerfGE 70, 191, 201; 79, 292, 302; 101, 54, 75 f.; 102, 1, 17.

<sup>417</sup> BR-Drucks. 76/08.

<sup>418</sup> *Mayen/Karpenstein*, RdE 2008, 33, 39.

als ein Netzbetreiber, der über solche Informationen verfüge. Es besteht nach *Mayen/Karpenstein* kein Zusammenhang zwischen der Entflechtung und der Intensität/Qualität von Wettbewerb<sup>419</sup>, so dass die eigentumsrechtliche Entflechtung nicht geeignet sei.

Fraglich ist jedoch, inwieweit es erforderlich ist, dass im Rahmen der Geeignetheit eine mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit vorliegen muss. Dies wird von der Verfassung nicht vorausgesetzt. Vielmehr genügt es, dass der Gesetzgeber die vernünftigerweise denkbaren Anstrengungen zur Aufklärung trifft.<sup>420</sup> Der Gesetzgeber hat bei der Beurteilung inwieweit eine Maßnahme geeignet ist, einen weiten Beurteilungsspielraum. Dieser im Wirtschaftsrecht besonders großzügig ausgelegter Beurteilungsspielraum resultiert aus der Prognoseunsicherheit. Ausreichend ist – wie bereits die Definition der Geeignetheit zeigt – dass der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Durch jede der oben aufgezeigten Formen der Entflechtung wird zumindest verhindert, dass Netzeigentümer ihre Konkurrenten durch Untersagung der Netznutzung diskriminieren, um eine Wettbewerbssituation zu verhindern. Der Diskriminierungsanreiz entfällt bei einem Betreiber, der selbst kein Netznutzungsinteresse hat. Die Entflechtung ist, im Hinblick auf den Maßstab, dazu geeignet, den Wettbewerb zu fördern.<sup>421</sup>

#### (c) Erforderlichkeit

Die Entflechtung müsste weiter erforderlich sein. Eine Maßnahme ist dann erforderlich, wenn kein milderes Mittel zur Verfolgung des legitimen Zwecks vorliegt. Das mildere Mittel muss jedoch in der gleichen Weise geeignet sein, den Zweck zu erreichen.<sup>422</sup> Im Ergebnis sind mehrere mildere Mittel denkbar. Es ist vor allem an § 29 GWB oder auch an die Regulierungsbestimmungen des dritten Teils des EnWG zu denken. In diesem Rahmen ist insbesondere auf die Verordnungen der Anreizregulierung und des Kraftwerksnetzanschlusses hinzuweisen. Weiter könnte darauf abgestellt werden, dass die verschiedenen

<sup>419</sup> *Mayen/Karpenstein*, RdE 2008, 33, 39; vgl. hierzu Pielow, der zum selben Ergebnis gelangt, dies jedoch durch eine rechtsvergleichende Analyse belegt, RdE 2008, 345 ff..

<sup>420</sup> BVerfGE 50, 290, 332 ff..

<sup>421</sup> Anders Baur/Pritzsche/Klauer, *Ownership Unbundling*; sie verneinen die Erforderlichkeit aufgrund der möglichen Entflechtung von einer Vielzahl von kleineren Unternehmen. Dieser Umstand ist bei dem vorliegendem Gesetzesentwurf nicht zu berücksichtigen, da die Entflechtung eine marktbeherrschende Stellung des Unternehmens voraussetzt.

<sup>422</sup> Leibholz/Rinck, § 20 Rn. 777.

Entflechtungsmodelle an sich schon Abstufungen im Sinne der Erforderlichkeit enthalten. Auf letztere Möglichkeit ist zunächst einzugehen.

Die Entflechtung ist, wie bereits dargelegt wurde, auf verschiedenen Wegen möglich. Es können einzelne Unternehmensteile oder externes Wachstum veräußert werden. Auch ist ein Aktiensplitting oder das ISO-Modell denkbar. Es hat im ersten Augenblick den Anschein, dass das ISO-Modell oder ein Aktiensplitting die milderen Mittel darstellen. Nach einer eingehenderen Betrachtung ist dies jedoch nicht mehr der Fall. Die verschiedenen Entflechtungsformen können bei den verschiedenen Unternehmen unterschiedlich intensiv ausfallen. Die Intensität ist von dem konkreten Unternehmen abhängig. Hier spiegelt sich ebenfalls der positive Aspekt der Verhandlungsmöglichkeit zwischen dem Unternehmen und dem Bundeskartellamt wieder. Die Verhandlungen gewähren dem Unternehmen die Möglichkeit, das für sie mildeste Entflechtungsmodell zu wählen. Folglich werden die Entwurfsverfasser dem Erforderlichkeitsmoment dadurch gerecht, dass verschiedene Entflechtungsmodelle möglich sind.

Auch § 29 GWB kommt als milderes Mittel in Betracht. Die Norm verfolgt ebenfalls das legitime Ziel, funktionsfähigen Wettbewerb zu schaffen. Wie bereits untersucht, ist nicht zu erwarten, dass § 29 GWB funktionsfähigen Wettbewerb schaffen wird.<sup>423</sup> Die vereinfachte Missbrauchsaufsicht stellt zwar ein milderes Mittel dar, aber kein gleich geeignetes.

Es ist fraglich, ob die Regulierungsnormen des dritten Teils des EnWG gleich geeignete, relativ mildere Mittel sind. *Mayen/Karpenstein* sehen vor allem in den Normen zum Netzzugang, dem diesbezüglichen Diskriminierungsverbot und dem Kostenorientierungsprinzip der Entgelte gleich geeignete, mildere Mittel.<sup>424</sup> Es bestehe ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Regulierungsnormen des Energiewirtschaftsgesetzes und den Unbundlingsvorschriften: Je schärfer die materiellen Regelungen über die Netzzugangsregulierung ausgestaltet seien, desto weniger scharf müssen die Regeln des Unbundlings sein.<sup>425</sup> *Mayen/Karpenstein* kritisieren in diesem Zusammenhang, dass eine Begründung fehle, warum es einer über die Regulierungsnormen hinausgehenden Regelung bedürfe. Der Zeitraum seit in Kraft treten des regulierten EnWG sei noch zu kurz, als dass über seine Wirksamkeit eine Aussage getroffen werden könne.<sup>426</sup> Die hier maßgebliche Frage, ob die Regulierungsnormen genauso geeignet

<sup>423</sup> Kap. 3, Abschnitt D.

<sup>424</sup> *Mayen/Karpenstein*, RdE 2008, 33, 39.

<sup>425</sup> so auch *Koenig/Rasbach*, DÖV 2004, 733, 734.

<sup>426</sup> *Mayen/Karpenstein*, RdE 2008, 33, 39.

sind wie die eigentumsrechtliche Entflechtung, kann unerörtert bleiben, soweit andere gleich geeignete, relativ mildere Mittel denkbar sind.

So stellen insbesondere die sogenannten „weichen“ Strukturinstrumente gleich geeignete, mildere Mittel dar. Im Ergebnis zu Kapitel 4 dieser Arbeit wurde auf die Verbesserung der Marktzutrittschancen durch die Einführung der Verordnungen des Netzanschlusses und der Anreizregulierung eingegangen. Vor allem die seit dem 27.6.2007 in Kraft getretene Netzanschlussverordnung stellt ein relativ milderes Mittel dar. Wie bereits dargestellt, vereinfacht die Netzanschlussverordnung den Markteintritt für potentielle „Newcomer“ auf dem deutschen Erzeugermarkt. Hierzu werden institutionelle Marktzutrittsschranken abgebaut und Genehmigungszeiten für den Kraftwerksbau abgekürzt. Durch einen zügigen und diskriminierungsfreien Netzanschluss und auch Netzzugang neuer Kraftwerke soll der Wettbewerb auf der Erzeugerebene insoweit belebt werden, als der Marktzutritt für „Newcomer“ attraktiv wird. Die Netzanschlussverordnung regelt insoweit einen privilegierten Netzzugang bei Netzengpässen für neue Kraftwerke. Durch die Regelungen über den Netzzugang wird verhindert, dass die Tochtergesellschaften der großen Verbundunternehmen „Newcomer“ dadurch diskriminieren, dass sie den mit ihnen verflochtenen Unternehmen auf der Erzeugerebene den Netzzugang gewähren.

Auch die ARegV ist als „weiches“ Strukturinstrument ein relativ milderes, jedoch gleich geeignetes Mittel, um Wettbewerb zu forcieren. Mit der ARegV werden den Unternehmen Anreize gegeben, Anstrengungen zu unternehmen, ihre Effizienz zu steigern: Durch eine Entkopplung von Kosten und Erlösen innerhalb einer Regulierungsperiode wird den Unternehmen eine Möglichkeit eröffnet, höhere Gewinne zu erwirtschaften, wenn sie die Kosten senken. Reduziert ein Unternehmen seine Kosten, kann es die Gewinne einbehalten. Neben der Effizienzsteigerung hat die Anreizregulierung vor allem zwei wettbewerbspolitische Effekte: Einerseits sollen Marktzutrittsschranken abgebaut werden, andererseits sollen die Endkundenpreise sinken. Beide Effekte forcieren den Wettbewerb.

Darüber hinaus könnte durch den Ausbau der Grenzkuppelstellen die erwünschte länderübergreifende Zusammenarbeit zwischen den Netzen ermöglicht werden, ohne dass es auf nationaler Ebene zur Entziehung des Eigentums an den Netzen kommen muss. Nicht durch die eigentumsrechtliche Entflechtung auf nationaler Ebene, sondern durch die Schaffung von grenzüberschreitenden Grenz- und Organisationsstrukturen können die bisher national geprägten

Energiemärkte erweitert werden. Ein solcher grenzüberschreitender Regionalmarkt würde die hohe Marktkonzentration reduzieren.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung in Form der Veräußerung von Unternehmensteilen ist demnach nicht erforderlich.

(d) Angemessenheit

Die Entflechtung muss auch angemessen sein. Die Entflechtung ist angemessen, wenn der durch die Entflechtung erfolgte Eingriff nicht außer Verhältnis zum Zweck der Maßnahme steht.

Unbestritten ist, dass sowohl der Eigentumsentzug als auch die Varianten des ISO und des Aktiensplittings eine hohe Eingriffsintensität in das Eigentumsgrundrecht aufzeigen.<sup>427</sup> Uneinig sind sich die Vertreter der Literatur darüber, ob die Formen der Entflechtung eine übermäßige Belastung für die Netzeigentümer darstellen und im Verhältnis hierzu die Zweckerreichung zu gering ist.<sup>428</sup> Ein Teil der Literatur stellt die Sozialbindung der Netze in den Vordergrund. Die Vertreter dieser Ansicht führen aus, dass die Netzeigentümer an den Netzen nur beschränkten Eigentumsschutz genießen könnten. Das Eigentum resultiere aus der Zeit der früheren Versorgungsmonopole und entspringe somit nicht der eigenen Leistung der Energieversorgungsunternehmer.<sup>429</sup>

Dieser Auffassung ist entgegenzutreten. Die Energieversorgungsunternehmer haben ihr Eigentum an den Netzen im Einklang mit der – ehemaligen – Rechtsordnung erlangt. Dass die jetzige Eigentumssituation für die wettbewerbliche Ordnung nicht förderlich ist, muss im Rahmen des Art. 14 GG irrelevant bleiben. Es kann ihnen ein vollumfänglicher Schutz durch Art. 14 GG nicht versagt werden, da das Eigentum de lege lata erwirtschaftet wurde.

<sup>427</sup> Mayen/Karpenstein, RdE 2008, 33, 39, Haslinger, WuW 2007, 343, 346; Baur/Pritzsche/Klauer, Ownership Unbundling, S. 83; v. Hammerstein, Entflechtung des Eigentums an Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen von anderen Bereichen der Energieversorgung, S. 35.

<sup>428</sup> Baur/Pritzsche/Klauer, in: Ownership Unbundling führen hierzu aus, dass der angestrebte Zweck lediglich eine Hoffnung auf eine verbesserte Wettbewerbssituation ist, S. 85.

<sup>429</sup> Haslinger, WuW 2007, 343, 347.



Es bleibt also im Ergebnis die Sozialbindung der Netze einerseits mit der Aussicht auf mehr Wettbewerb andererseits abzuwägen. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes, sei die Sozialpflichtigkeit des Netzeigentums nicht stets ausreichend, um den Grundrechtsschutz des betroffenen Unternehmens hinter das Einschränkungsinteresse zurücktreten zu lassen.<sup>430</sup> Die Sozialbindung könne nicht als Einfallstor für jeden noch so intensiven Eingriff in das Eigentum dienen. Die Sozialbindung vermag es vorliegend nicht, die Inhalts- und Schrankenbestimmung zu rechtfertigen. Zumal die Entflechtungsmaßnahmen, sind sie einmal umgesetzt, kaum mehr umkehrbar sind, auch wenn sie sich als falsch, rechtswidrig oder nicht geeignet erweisen sollten. Darüber hinaus steht die Eingriffsintensität der eigentumsrechtlichen Entflechtung außer Verhältnis zu der von ihr zu erwartenden Wirkung. Bei der Anordnung zum Zwangsverkauf des Netzes besteht lediglich die Möglichkeit auf mehr Wettbewerb. Dies kann im Rahmen der Angemessenheit nicht ausreichend sein, zumal nur der Zwangsverkauf angeordnet wird, die Marktstrukturen im Übrigen aber unberührt bleiben. Es werden nur die Symptome beseitigt, jedoch nicht die Ursachen. Daher sind allenfalls geringfügige Vorteile zu erwarten.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass die bisherigen Entflechtungsvorgaben für die Verteilernetzbetreiber nach § 7 Abs. 3 EnWG erst ab dem 01.07.2007 gelten. Es ist erst abzuwarten, inwieweit diese Maßnahmen sich auf den Wettbewerb auswirken, bevor die eingriffsintensivste Entflechtungsform realisiert wird.

#### c) Zwischenergebnis

Die eigentumsrechtliche Entflechtung durch Veräußerung von Unternehmensteilen wird dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gerecht. Insbesondere ist sie weder geeignet noch angemessen. Im Rahmen der Geeignetheit sind „weiche“ Strukturinstrumente denkbar, die relativ mildere Mittel darstellen und dennoch gleich geeignet sind. Auch stehen die durch die Entflechtungsmodelle bedingten Eingriffe in das Eigentumsgrundrecht außer Verhältnis zu den zu erwartenden Zielen.

Die Verpflichtung zur Veräußerung von Unternehmensteilen ist daher als ein nicht gerechtfertigter Eingriff in das Eigentumsgrundrecht verfassungswidrig.

<sup>430</sup> BVerfGE 115, 205, 242.

## 2. Independent System Operator

### a) Eingriff in den Schutzbereich

Eine weitere Möglichkeit zur Trennung des Netzeigentums vom Netzbetrieb ist das ISO-Modell. Das ISO-Modell fällt unter die zweite Alternative des § 41 a Abs. 1 Satz 1 GWB-E. Nach dieser kann das Bundeskartellamt anordnen, dass das marktbeherrschende Unternehmen bestimmte Teile seines Vermögens auf andere Weise verselbstständigen muss.

Nach dem ISO-Modell verbleibt das Eigentum am Netz bei dem ursprünglichen Netzinhaber, jedoch wird der Netzbetrieb an einen von dem Netzeigentümer unabhängigen Betreiber – den Independent System Operator – übertragen. Der Netzeigentümer überlässt dem ISO jede Betriebsverantwortung, so dass dieser für die Netzsteuerung verantwortlich wird und alle Entscheidungen über Wartung, Ausbau und Finanzierung des Netzes zu treffen hat.

Auch durch das Modell des ISO wird in das Eigentumsrecht des Netzeigentümers eingegriffen. Hierbei ist der Umstand, dass der Netzeigentümer noch dinglicher Eigentümer bleibt, nicht ausschlaggebend. Die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG erfasst auch das Nutzungsrecht des Eigentümers. Es ist hiernach grundrechtlich geschützt, dass der Eigentümer selbst über vertragliche Nutzungsrechte am Eigentum gegenüber Dritten beziehungsweise auch über den Ausschluss der Nutzung selbst entscheiden kann.<sup>431</sup> Würde das Bundeskartellamt nun dem Netzeigentümer auferlegen, die Nutzungsrechte am Netz einem unabhängigen Dritten zu übertragen, stellt dies einen Eingriff in die Freiheit des Netzeigentümers über das Nutzungsrecht dar.

### b) Rechtfertigung des Eingriffs

Die eigentumsrechtliche Entflechtung durch das ISO-Modell muss auch materiell verfassungsgemäß sein.

#### aa) Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung

<sup>431</sup> BVerfGE 89, 1, 5 f..

Durch das ISO-Modell liegt ein deutlich geringerer Eingriff in das Eigentumsgrundrecht vor. Der Netzeigentümer verliert nicht sein dingliches Eigentumsrecht. Die Übertragung der Nutzungsrechte an einen ISO beschränkt und bestimmt den Eigentumsinhalt insofern, als der Netzeigentümer nicht mehr in vollem Umfang über sein Eigentum entscheiden kann. Es verbleibt dem Eigentümer zwar die Möglichkeit, über das Netz Einkünfte zu erwirtschaften oder das Netz vollständig zu veräußern, jedoch verliert er die Entscheidungsbefugnis über die Zulassung bestimmter Nutzungen und Nutzer. Unabhängig von der Intensität des Eingriffs soll das ISO-Modell die Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Eigentümerbefugnisse konkretisieren. Die Intention liegt wie bei der Zwangsveräußerung nicht in dem konkret-individuellen Entzug des Eigentums beziehungsweise der Eigentumsrechte, um eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen. Das ISO-Modell ist somit keine Enteignung, sondern ebenfalls eine Inhalts- und Schrankenbestimmung.<sup>432</sup>

#### bb) Verhältnismäßigkeit

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ist bezüglich des legitimen Zwecks und der Geeignetheit auf die Ausführungen zur Veräußerung von Unternehmensteilen zu verweisen.

##### (1) Erforderlichkeit

Es kommt im Wege des ISO-Modells vor allem in Betracht, dass die Maßnahme selbst als relativ milderes Mittel zu bestimmen ist. Nach *Haslinger* stellt die Übertragung des Netzbetriebes an einen unabhängigen Netzbetreiber einen weniger starken Grundrechtseingriff dar, verfolge aber den gleichen Zweck und sei somit ein milderes Mittel.<sup>433</sup> *Haslinger* erkennt jedoch, dass das Modell des ISO in seiner Wirkung einer Enteignung gleichkommt. Bei dem ISO verbleibt dem Netzeigentümer zwar die formale Eigentumsposition am Netz, es werden ihm jedoch sämtliche Nutzungs- und Entscheidungsbefugnisse über den Betrieb des Netzes einschließlich der Investitionsentscheidungen genommen. Gerade diese Befugnisse werden auf den ISO übertragen. Es kann im Rahmen der materiellen Verfassungsmäßigkeit nicht die formale Eigentümerstellung des Netzeigentümers maßgeblich sein. Es muss vielmehr darauf

<sup>432</sup> v. Hammerstein, Entflechtung des Eigentums an Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen von anderen Bereichen der Energieversorgung, S. 25; Haslinger, WuW 2007, 343, 344; Baur/Pritzsche/Klaur, Ownership Unbundling, S. 80; anders Mayen/Karpenstein, RdE 2008, 33, 37 f..

abgestellt werden, dass dem Netzeigentümer das durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistete Nutzungsrecht vollständig entzogen wird. Im Ergebnis kann daher das Modell des ISO aufgrund der verbleibenden formalen Eigentümerstellung kein milderes Mittel darstellen.

Im Übrigen ist auf die Ausführungen zur Erforderlichkeit im Rahmen der Veräußerung von Unternehmensteilen zu verweisen. Sowohl die Verordnungen über den Netzanschluss und über die Anreizregulierung als auch der Ausbau der Grenzkuppelstellen sind als „weiche“ Infrastrukturinstrumente relativ mildere und gleich geeignete Mittel.

## (2) Angemessenheit

Auch das ISO-Modell ist nicht angemessen. Es ist zwar bei dem ISO-Modell zu berücksichtigen, dass der Eigentümer dinglicher Berechtigter des Netzes bleibt und daher der Eingriff weniger intensiv erscheint. Jedoch ist auch hier darauf hinzuweisen, dass die dingliche Eigentumsposition als formaler Umstand keine erhebliche Bedeutung haben kann. Ausschlaggebend ist, wie sich der Eingriff faktisch bei dem betroffenen Unternehmen auswirkt. Faktisch verhält es sich bei dem ISO-Modell wie bei der Zwangsveräußerung von Unternehmensteilen. Daher ist auf die Ausführung zum Verkauf von Unternehmensteilen zu verweisen.

## c) Zwischenergebnis

Das ISO-Modell ist weder erforderlich, noch angemessen und somit als eine nicht verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung nicht verfassungsgemäß.

## 3. Aktiensplitting

Ein weiteres Entflechtungsmodell ist das Aktiensplitting. Dieses Modell fällt ebenfalls unter § 41 a Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GWB-E. Beim Aktiensplitting wird das vertikal integrierte Versorgungsunternehmen in zwei Gesellschaften aufgespaltet. Eine Gesellschaft beschäftigt sich mit der Erzeugung beziehungsweise dem Import und dem Vertrieb und die andere ist für den Netzbetrieb zuständig.<sup>434</sup> Die bisherigen Anteilseigner erhalten für eine Aktie an dem Versorgungsunternehmen zwei Aktien: eine Netz- und eine Erzeugeraktie. Die Netzgesellschaft

<sup>433</sup> Haslinger, WuW 2007, 343, 345.

wird hierdurch rechtlich unabhängig und hat einen von dem übrigen Unternehmensverbund personell getrennten Vorstand und Aufsichtsrat. Der grundlegende Gedanke hinter einem Aktiensplitting ist, dass die Eigentümerstruktur eines Unternehmens sich im Zeitablauf ändert, wenn die Aktien eines Unternehmens kontinuierlich gehandelt werden.<sup>435</sup>

a) Eingriff in den Schutzbereich

Das Aktiensplitting stellt einen Eingriff in Art. 14 GG dar. Der Muttergesellschaft wird das von Art. 14 GG geschützte Anteilseigentum an der Netzgesellschaft entzogen. Dies zeigt sich insbesondere durch einen Nettoverlust in der Bilanz der Muttergesellschaft, der durch den Verlust an der Beteiligung an der Tochtergesellschaft bedingt ist.<sup>436</sup> Dem Einwand von *Möschel*, es läge kein Eingriff vor, da die Anteile der Netzgesellschaft auf die Aktionäre der Muttergesellschaft übertragen und somit das Eigentum auf die Muttergesellschaft durchschlagen würde, ist nicht zu folgen.<sup>437</sup> Denn bei der Aktiengesellschaft und ihren Aktionären handelt es sich um rechtlich zu trennende, eigenständige Rechtspersonen. Die eigenständige Aktiengesellschaft der Muttergesellschaft verliert die Tochtergesellschaft, wodurch ein Eingriff in das geschützte Anteilseigentum vorliegt.<sup>438</sup>

b) Rechtfertigung des Eingriffs

Auch das Modell des Aktiensplittings müsste einen zulässigen Eingriff darstellen.

aa) Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung

Die bereits ausgeführten Überlegungen zu der Abgrenzung zwischen einer Enteignung und einer Inhalts- und Schrankenbestimmung sind ebenso auf das Modell des Aktiensplittings anzuwenden. Es fehlt auch beim Aktiensplitting an der Intention der Entwurfsverfasser, eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen.

<sup>434</sup> Der Vorschlag stammt von Wernhard Möschel, in: *Faz.net* v. 10.1.2007.

<sup>435</sup> Monopolkommission, *Strom und Gas 2007* Tz. 611.

<sup>436</sup> *Mayen/Karpenstein*, *RdE* 2008, 33, 36.

<sup>437</sup> *Möschel*, in: *Faz.net* v. 18.10.2006.

<sup>438</sup> *Mayen/Karpenstein*, *RdE* 2008, 33, 36.

bb) Verhältnismäßigkeit

Das Aktiensplitting verfolgt einen legitimen Zweck und ist geeignet. Jedoch ist es weder erforderlich noch angemessen. Im Rahmen der Angemessenheit ist zu beachten, dass das Aktiensplitting den geringsten Eingriff darstellt, zumal die Aktionäre nicht das Eigentum an der Aktie, d.h. am Netzbetrieb verlieren, sondern darüber hinaus auch weitere Aktien gewinnen. Jedoch stellen vor allem die KraftNAV, die ARegV und der Ausbau der Grenzkuppelstellen relativ mildere und gleich geeignete Mittel dar. Es ist auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Veräußerung von Unternehmensteilen zu verweisen.

c) Zwischenergebnis

Das Aktiensplitting ist eine nicht verfassungsgemäße Inhalts- und Schrankenbestimmung.

4. Veräußerung von externem Wachstum

Eine Entflechtung ist weiter dadurch möglich, dass das Unternehmen dazu gezwungen wird, Teile abzusondern, die es vorher durch eine genehmigte Fusion erworben hat.

a) Eingriff in den Schutzbereich

Bei der Veräußerung von externem Wachstum stellt sich die Frage, ob ein weiterer Grundrechtseingriff in Art. 14 GG dadurch vorliegt, dass das Bundeskartellamt widersprüchlich zu seinem vorherigen Verhalten handeln würde. Hierbei ist insbesondere zu beachten, dass die vorherige Genehmigung zu der Fusion ein begünstigender Verwaltungsakt darstellt, der dem Adressaten – hier dem Unternehmen – ein subjektiv öffentliches Recht gewährt. Eigentum im Sinne von Art. 14 GG kann auch durch Normen des öffentlichen Rechts begründet werden.<sup>439</sup> Hier verhält es sich jedoch anders. Der begünstigende Verwaltungsakt führt nicht zu einem unmittelbaren Vermögenswert. Er beseitigt lediglich die Hindernisse, um sich später Vermögenswerte schaffen zu können. Demnach ist in der Genehmigung zur Fusion kein schützenswertes Eigentum im Sinne des Art. 14 GG zu sehen.

<sup>439</sup> Jarass/Pieroth, GG-Komm. Art. 14 Rn. 11.

b) Rechtfertigung des Eingriffs

Die zwangsweise Veräußerung von externem Wachstum ist, wie die zwangsweise Veräußerung von Unternehmensteilen, nicht verhältnismäßig und somit eine nicht verfassungsgemäße Inhalts- und Schrankenbestimmung.

5. Ergebnis

Die Ausführungen haben gezeigt, dass es sich bei den möglichen Formen der eigentumsrechtlichen Entflechtung um Inhalts- und Schrankenbestimmungen handelt. Diese sind jedoch nicht verhältnismäßig. Insbesondere fehlt es an der Erforderlichkeit und Angemessenheit.

*II. Berufsfreiheit nach Art. 12 GG*

1. Schutzbereich

Neben Art. 14 GG kommt ein Eingriff in Art. 12 GG in Betracht. Art. 12 GG schützt als einheitliches Grundrecht die Berufsfreiheit. Diese umfasst insbesondere die Wahl eines bestimmten Berufs und dessen Ausübung.<sup>440</sup> Die Berufsfreiheit könnte dann betroffen sein, wenn die Energieversorgungsunternehmen durch die eigentumsrechtliche Entflechtung daran gehindert werden, sowohl in der Erzeugung und dem Handel als auch im Netzbetrieb beruflich tätig zu werden. Den Betroffenen Unternehmen steht zwar frei, welchen der beiden Berufe sie ausüben wollen, jedoch unter dem Ausschluss des jeweils anderen. Der Schutzbereich des Art. 12 GG ist daher eröffnet.

2. Eingriff in den Schutzbereich

Es müsste ein Eingriff in die Berufsfreiheit vorliegen. Die Berufsfreiheit schützt vor staatlichen Beeinträchtigungen, welche in das „Ob“ und das „Wie“ der Berufswahl und -ausübung

<sup>440</sup> BVerfGE 7, 377, 401 ff.; Ipsen, Staatsrecht II, Rn . 595.

eingreifen. Ein Eingriff, der das „Ob“ der Berufsfreiheit betrifft, kann entweder an objektive oder an subjektive Zulassungsvoraussetzungen knüpfen.<sup>441</sup> Diese verschiedenen Eingriffe sind zu unterscheiden, da sie verschieden hohe Rechtsfertigungsanforderungen erfüllen müssen. Objektive Zulassungsbeschränkungen beziehen sich auf Kriterien, die dem Einfluss des Berufswilligen entzogen sind.<sup>442</sup> Hingegen knüpfen subjektive Zulassungsvoraussetzungen an Umstände an, die in der Person des Berufswilligen liegen.<sup>443</sup>

Die eigentumsrechtliche Entflechtung hat zur Folge, dass die integrierten Versorgungsunternehmen nicht mehr gleichzeitig als Netzbetreiber und als Erzeuger oder Händler tätig werden können.

Die Einstufung als Berufswahl- oder Berufsausübungsbeschränkung hängt davon ab, ob die Ausübung eines Berufes oder einer Berufsmodalität ausgeschlossen wird. Es stellt sich die Frage, ob von einem eigenständigen Beruf des Netzbetreibers ausgegangen werden kann. Dafür, dass von einem eigenständigen Beruf des Netzbetreibers ausgegangen werden kann, spricht vor allem der Zweck der eigentumsrechtlichen Entflechtung. Diese bezweckt gerade, dass der Netzbetrieb von den Bereichen des Handels und der Erzeugung unabhängig wird. Durch die umfassende Verselbständigung des Netzbetriebes soll sich ein von den restlichen Wertschöpfungsstufen unabhängiger Beruf entwickeln.

Ob jedoch ein Eingriff in die Berufswahl- oder Berufsausübungsfreiheit vorliegt, ist von einer anderen Frage abhängig. Denn die eigentumsrechtliche Entflechtung wirkt sich für diejenigen Unternehmen, die ausschließlich im Handel und der Erzeugung bereits tätig sind und bleiben wollen, als bloße Ausübungsregelung aus. Für diejenigen jedoch, die sowohl im Bereich des Netzbetriebes als auch im Handel und der Erzeugung tätig sein wollen, wirkt die eigentumsrechtliche Entflechtung als Berufswahlregelung.

Eingriffe, die sich sowohl als Berufsausübungs- als auch Berufswahlbeschränkung kennzeichnen lassen, müssen den Rechtsfertigungsanforderungen genügen, die für Berufswahlbeschränkungen gelten.<sup>444</sup>

<sup>441</sup> Piroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 825.

<sup>442</sup> BVferGE 25, 88, 101; 44, 105, 117.

<sup>443</sup> BVferGE 7, 377, 407.

<sup>444</sup> BVferGE 59, 302 ff.



### 3. Rechtfertigung des Eingriffs

Die Rechtfertigungsanforderungen im Rahmen des Art. 12 GG sind besonders ausgestaltet. Es gilt die Stufenlehre, die vom BVerfG im Apothekenurteil entwickelt wurde.<sup>445</sup> Nach der Stufenlehre werden die Stufen der Regelung der Berufsausübung, der subjektiven Zulassungsvoraussetzungen und objektiven Zulassungsschranken als drei Stufen zunehmender Eingriffsintensität unterschieden. Mit der Zunahme der Eingriffsintensität geht eine Abnahme der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers einher.<sup>446</sup> Die Rechtfertigungsanforderungen erhöhen sich also, je intensiver der Eingriff ist. Die Stufenlehre ist demnach die strikte Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.<sup>447</sup>

Eine objektive Berufszulassungsbeschränkung ist dann zulässig, wenn sie zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlich schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zwingend geboten ist.<sup>448</sup> Aufgrund der weitreichenden Identität mit den Schrankenregelungen zum Eigentumseingriff können die Argumente zu Art. 14 GG aufgegriffen werden. Der Eingriff steht somit außer Verhältnis zur Erreichung des Zwecks.

### **B. Ergebnis**

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass der Gesetzesentwurf des Landes Hessen - § 41 a GWB-E – ein Eingriff in Art. 14 GG ist. Alle Entflechtungsformen sind unverhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung und daher verfassungswidrig. Der Gesetzesentwurf ist weder erforderlich noch angemessen. Weiter liegt ein nicht gerechtfertigter Eingriff in die Berufsfreiheit der vertikal integrierten Versorgungsunternehmen vor.

<sup>445</sup> BVerfGE 7, 377 ff..

<sup>446</sup> Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 846.

<sup>447</sup> Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 24.

<sup>448</sup> BVerfGE 7, 408 ff.; 11, 183 ff.; 21, 251 ff.; 25, 11 ff.; 31, 29 ff.; 40, 218 ff..

## 7. Kapitel: Resümee

Zur ersten These:

Seit dem 22.12.2007 ist § 29 GWB in Kraft getreten. Zweck des eingeführten Energieparagrafen ist es, den Kartellbehörden die Durchführung der Missbrauchsaufsicht nach § 19 GWB zu erleichtern. Zu diesem Zweck wurde durch § 29 GWB das isolierte Gewinnbegrenzungskonzept und eine materielle Beweislastumkehr bei Verfahren vor den Kartellbehörden eingeführt. Hierdurch soll funktionierender Wettbewerb auf dem Energiesektor geschaffen werden. Der Energieparagraf vermag es zunächst, seinen vordergründigen Zweck – die erleichterte Missbrauchsaufsicht – zu erreichen. § 29 GWB ist jedoch nicht für das übergeordnete Ziel – die Schaffung eines freien und funktionierenden Wettbewerbs – geeignet.

Die Ungeeignetheit des § 29 GWB wird durch die Ergebnisse dieser Arbeit belegt, die wie folgt zusammengefasst werden:

Der Missbrauchsverdacht nach § 29 Nr. 1 GWB kann auch ausgesprochen werden, soweit das Versorgungsunternehmen Entgelte oder Geschäftsbedingungen fordert, die unerheblich ungünstiger sind als anderer Versorgungsunternehmen oder anderer vergleichbarer Unternehmen. Die Streichung der Formulierung im Gesetzesentwurf „..., auch wenn die Abweichung nicht erheblich ist“, führt nicht zu dem Schluss, dass ein Erheblichkeitszuschlag erforderlich sei. Es sind vielmehr Grundsätze der Rechtsprechung zu § 103 Abs. 5 GWB a.F. im Rahmen des § 29 GWB zu berücksichtigen. Der BGH stellte fest, dass jedes Fordern von ungünstigeren Preisen ein missbräuchliches Verhalten darstelle. Es sei daher nicht ersichtlich, weshalb den monopolistischen Versorgungsunternehmen eine gewisse Bandbreite für ungünstigere Entgelte zu geben sei.

Dass der Erheblichkeitszuschlag im Rahmen des Missbrauchsverdachts nach § 29 Nr. 1 GWB nicht erforderlich ist, führt zum einen zur Rechtsunsicherheit und zum anderen zu einem Parallelverhalten der Versorgungsunternehmen. Die Rechtsunsicherheit folgt daraus, dass jedes Versorgungsunternehmen stetig damit rechnen muss, einem Missbrauchsverdacht ausgesetzt zu sein, soweit ein anderes Versorgungsunternehmen – wenn auch unerheblich – seine Preise senkt.

Die Versorgungsunternehmen werden dazu angehalten, ihre Preise an die der anderen Versorgungsunternehmen anzupassen.

Die Gleichartigkeit der Preise führt zu einer Stagnation des Verbraucherwechsels. Der für den Wettbewerb ausschlaggebende Faktor des Preises wird ausgehebelt. Der Energiemarkt wird für „Newcomer“ uninteressant.

Die Umkehr der Beweislast im Rahmen des § 29 Nr. 1 Alt. 1 GWB bezieht sich entgegen der Gesetzesbegründung nicht auf den Rechtfertigungsgrund der strukturellen Vergleichbarkeit. Es ist zwischen dem speziellen Rechtfertigungsgrund der strukturellen Vergleichbarkeit und anderen Rechtfertigungsgründen zu unterscheiden. Den Nachweis der strukturellen Vergleichbarkeit können die betroffenen Versorgungsunternehmen nicht erbringen. Sie unterliegen einem Informationsdefizit. Die Kartellbehörde hat den Nachweis für die strukturelle Vergleichbarkeit im Wege der grundsätzlichen Beweislast zu erbringen.

Das Gewinnbegrenzungskonzept birgt Rechtsunsicherheiten und wettbewerbspolitische Risiken in sich.

Die im Rahmen des Gewinnbegrenzungskonzeptes festzustellenden Kosten sind keine Grenzkosten. Es ist nach dem Zweck des Energieparagrafen auf die Vollkosten (variable und fixe Kosten) abzustellen. Die Vollkostenrechnung hat eine wesentliche Schwachstelle. Die exakte Zurechnung von mittelbaren Kosten (Gemeinkosten) auf den Kostenträger ist kaum möglich. Im Bereich der Strom- und Gasversorgung ist die Kostenermittlung und die Zuordnung zu den einzelnen Kostenstellen zum Teil nach den Vorgaben der §§ 3 – 14 StromNEV und den §§ 3- 12 GasNEV möglich. Jedoch werden in der StromNEV und der GasNEV, die für den Netzbetrieb und nicht für die Endkundenpreise maßgeblich sind, keine Kosten des Endkundenmarktes berücksichtigt. Die Problematik der Gemeinkostenschlüsselung kann demnach hier nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Die Identifizierung der Kosten in diesem Rahmen und ihre Zurechnung werden für die Kartellbehörden eine kaum zu bewältigende Aufgabe bedeuten und ist daher nicht zu begrüßen.

Der Begriff der „Unangemessenheit“ nach § 29 Nr. 2 GWB ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der konkretisiert werden muss. Die Konkretisierung kann nicht durch die Festlegung einer normativen Missbrauchsschwelle im Sinne einer Gewinnobergrenze erfolgen. Dies würde

entgegen der Gesetzesbegründung eine Preisregulierung zur Folge haben. Es ist anlehnd an den EuGH auf den Vergleich mit Konkurrenzprodukten abzustellen, wobei die fehlende Vergleichsmöglichkeit wiederum zu Schwierigkeiten führen wird.

Die Einführung der Kostenprüfung birgt neben den eben gezeigten Rechtsunsicherheiten auf der Tatbestandsseite weitere wettbewerbspolitische Gefahren in sich. So wird eine Preis-Kosten-Relation die Unternehmen dazu verleiten, ineffiziente Kosten zu machen, um unter diesem Deckmantel die Gewinne zu rechtfertigen. Die Unternehmen werden aus ökonomischer Sicht nicht erforderliche Kapazitäten aufbauen, so dass die Gewinnspanne aufgrund der Kosten höher ist als bei effizienter Investitionsplanung. Auch § 29 Satz 2 GWB wird diesem Fehlanreiz nicht entgegenwirken. Eine ineffiziente Betriebsführung wird faktisch durch die Kartellbehörden nicht aufgedeckt werden können.

Das Gewinnbegrenzungskonzept ist aus einem weiteren Grund nicht geeignet, wirksamen Wettbewerb zu schaffen. Die Preise, die nach § 29 Nr. 2 GWB angemessen sind, können das geltende Preisniveau von ausländischen Anbietern unterschreiten. In diesem Fall stellen die Preise nach § 29 Nr. 2 GWB Marktzutrittschranken für die ausländischen Unternehmen dar. Hierdurch sinken die Anzahl der Wettbewerber und die Möglichkeit potentiellen Wettbewerbs.

Zur zweiten These:

Der Netzbetrieb der Energiewirtschaft ist ein natürliches Monopol. Auf den Ebenen der Erzeugung und des Handels ist Wettbewerb möglich. Da nur der Monopolbereich des Netzbetriebes dem freien Wettbewerb entgegensteht, erfolgt die wettbewerbspezifische Regulierung nur in diesem Bereich. Das EnWG zeichnet sich hier durch eine sektorspezifische Wettbewerbsregulierung aus.

Insbesondere die ARegV und die KraftNAV sind als „weiche“ strukturpolitische Regulierungsinstrumente dazu geeignet, Wettbewerb zu forcieren. Vor allem die KraftNAV weist den richtigen Weg auf. Durch den Abbau institutioneller Marktzutrittschranken wurden Ursachenadäquate Mittel zur Wettbewerbsförderung geschaffen.

Ebenfalls ist die Einführung der ARegV positiv zu beurteilen. Die ARegV verfolgt das Ziel, regulierten Unternehmen Anreize für Kostensenkungen beziehungsweise für

Produktivitätssteigerungen zu geben, um Monopolgewinne zu vermeiden. Somit setzt auch die ARegV an den Ursachen für den fehlenden Wettbewerb an.

Die Verordnungen sind in den Jahren 2007 und 2009 in Kraft getreten. Dies macht deutlich, dass die Konzepte noch erprobt werden müssen.

Zur dritten These:

Das Verhältnis des GWB zum EnWG ist in den §§ 130 GWB, 111 EnWG geregelt. Gemäß § 130 Abs. 3 GWB ist die Anwendung der Regelungen des GWB durch die Normen des EnWG nicht beschränkt. § 111 EnWG regelt hierzu die Ausnahme. § 111 Abs. 2 EnWG schließt die Anwendung der §§ 19, 20, 29 GWB auf Sachverhalte aus, die den Regulierungsbehörden zur ausschließlichen Entscheidung zugewiesen sind. Hierzu gehören alle Regulierungsentscheidungen, die sich auf den Netzbetrieb beziehen. Das Ausschließlichkeitsverhältnis wurde eingeführt, um der Gefahr der Doppelkontrolle entgegenzuwirken.

Auf die dem Netzbetrieb vor- und nachgelagerten Märkte sind die §§ 19, 20, 29 GWB weiterhin anwendbar. Auch wenn sich hieraus Probleme in der Praxis ergeben können, ist festzuhalten, dass das Verhältnis des GWB zum EnWG durch die §§ 130 GWB, 111 EnWG ausreichend geregelt ist.

Eine Erweiterung des Kartellrechts um die sektorspezifischen Wettbewerbsregeln des EnWG ist weder erforderlich noch sinnvoll. Das Kartellrecht und das sektorspezifische Wettbewerbsrecht verfolgen zwar dasselbe übergeordnete Ziel, jedoch haben sie grundsätzlich unterschiedlichste Ausgangspunkte. Das Kartellrecht setzt den bereits bestehenden Wettbewerb voraus und greift erst ein, soweit dieser gefährdet scheint. Hingegen wird durch sektorspezifisches Wettbewerbsrecht Wettbewerb erst geschaffen.

Zur vierten These:

Das Land Hessen hat am 29. 01.2008 dem Bundesrat einen Gesetzesentwurf zur Änderung des GWB vorgelegt. Der Kern des Gesetzesentwurfes ist die Einführung des § 41 a GWB-E, der eine eigentumsrechtliche Entflechtung zum Inhalt hat.

Der Gesetzesentwurf des § 41 a GWB-E ist verfassungswidrig. Der Entflechtungstatbestand verstößt sowohl gegen Art. 14 GG als auch gegen Art. 12 GG.

Nach dem Gesetzesentwurf kann ein Versorgungsunternehmen dazu verpflichtet werden, Unternehmensteile zu veräußern, den Netzbetrieb auf einen Independent System Operator zu übertragen, ein Aktiensplitting durchzuführen oder externes Wachstum zu veräußern. Jede dieser Eingriffsformen stellt einen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 GG dar. Insbesondere auch die Modelle des ISO und des Aktiensplittings. Im Wege des ISO-Modells verbleibt dem Versorgungsunternehmen zwar die dingliche Eigentumsposition am Netzbetrieb, jedoch verliert es jedes Nutzungsrecht am Netzbetrieb und überträgt dieses einem ISO. In den Schutzbereich des Art. 14 GG fällt auch das Nutzungsrecht am Eigentum, so dass ein Eingriff vorliegt. Auch das Modell des Aktiensplittings stellt einen Eingriff in Art. 14 GG dar. Denn durch das Aktiensplitting wird der Obergesellschaft das von Art. 14 GG geschützte Anteilseigentum an den Netzgesellschaften entzogen.

Alle eben genannten Formen der eigentumsrechtlichen Entflechtung sind Inhalts- und Schrankenbestimmungen. Hier ist die Intention des Gesetzgebers maßgeblich. Die Intention der Entwurfsverfasser liegt darin, im Wege einer abstrakt-generellen Regelung, die Unvereinbarkeit von Eigentum an Erzeugungskapazitäten einerseits und dem Eigentum am Netzbetrieb andererseits neu zu ordnen.

Die Inhalts- und Schrankenbestimmungen sind nicht verhältnismäßig. Alle Entflechtungsmodelle sind nicht erforderlich. Die „weichen“ Strukturinstrumente sind relativ mildere, gleich geeignete Mittel. Die Verordnungen über den Netzanschluss, die Anreizregulierung und der Ausbau der Grenzkoppelstellen stellen keinen Eingriff in die Eigentumsfreiheit dar und intensivieren dennoch den Wettbewerb, sowohl auf der Erzeugerstufe als auch auf der Vertreiberstufe. Die KraftNAV ist erst ab 2007 und die ARegV ab 2009 in Kraft getreten. Es ist zunächst abzuwarten, inwieweit diese Maßnahmen sich auf den Wettbewerb auswirken, bevor die eingriffsintensivste Entflechtungsform in Betracht kommt.

Die Entflechtungsmodelle sind nicht angemessen. Im Ergebnis kann die Sozialbindung einen derart massiven Eingriff in die Substanz der Unternehmen nicht rechtfertigen. Zumal die Entflechtungsmaßnahmen, sind sie einmal umgesetzt, nicht mehr umkehrbar sind, auch wenn sie sich als falsch, rechtswidrig oder nicht zielführend erweisen sollten. Darüber hinaus steht die Eingriffsintensität der eigentumsrechtlichen Entflechtung außer Verhältnis zu der von ihr zu

erwartenden Wirkung. Bei der Anordnung zum Zwangsverkauf vom Netz besteht lediglich die Möglichkeit auf mehr Wettbewerb. Diese ist im Rahmen der Angemessenheit nicht ausreichend.

## Literaturverzeichnis

- Aehringhaus, Stefan                      Netzzugangsregelungen und ihre behördliche Durchsetzung, iur. Diss., Münster 2003.
- Allwardt, Cederick                        Europäisiertes Energierecht in Deutschland, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht Band 37, iur. Diss., Berlin 2006.
- Aumüller, Ortrud                         Regulierung und Wettbewerb auf dem Telekommunikations- und Strommarkt, iur. Diss., Hamburg 2006.
- Badura, Peter                                Netzzugang oder Mitwirkungsrecht Dritter bei der Energieversorgung mit Gas?, DVBl. 2004, S. 1189 - 1198.
- ders.    Wettbewerbsaufsicht und Infrastrukturgewährleistung durch Regulierung im Bereich der Post und Telekommunikation, in Festschrift für Großfeld, hrsg. von Hubner/Ebke, Heidelberg 1999, S. 35 – 48.
- Balzer, Miriam  
Schönefuß, Stephan                        Erste rechtliche Bewertung des Endberichts der BNetzA zur Anreizregulierung nach § 112 a EnWG, RdE 2006, S. 213 – 217.
- Barth, Michael                                Strombörse und Energierecht – Bedeutung und rechtliche Rahmenbedingungen des börslichen Handels von Elektrizität, RdE 2000, S. 139 - 145.
- Bartsch, Michael  
Röhling, Andreas  
Salje, Peter  
Scholz, Ulrich                                Stromwirtschaft, Ein Praxishandbuch, 2. Auflage, Köln/München 2008.
- Baur, Jürgen                                    Zur künftigen Rolle der Kartellbehörden in der Energiewirtschaft, RdE 2004, S. 277 – 284.
- Baur, Jürgen F.  
Pritzsche, Kai Uwe  
Garbers, Marco                                Anreizregulierung nach dem Energiewirtschaftsgesetz, Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Köln Band 122, Baden-Baden 2006.
- Baur, Jürgen F.  
Pritzsche, Uwe  
Klauer, Stefan                                Ownership Unbundling, Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Köln Band 121, Baden Baden 2006.
- Baur, Jürgen F.  
Pritzsche, Uwe  
Simon, Stefan                                 Unbundling in der Energiewirtschaft, Ein Praxishandbuch, München 2006.



Bechtold, Rainer	GWB, Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, München 2008.
ders.	GWB, Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, München 1993.
Beck'scher TKG Kommentar	Telekommunikationsgesetz, hrsg. v. Büchner/Ehmer/Geppert/Kerkhoff/Piepenbrock/Schütz/Schuster, München 1997.
Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz	Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, hrsg. v. Säcker, Frankfurt am Main 2006.
Böge, Ulf	Die leitungsggebundene Energiewirtschaft zwischen klassischer Wettbewerbsaufsicht und Regulierung, in Festschrift für Baur, hrsg. v. Büdenbender/Kühne, Baden Baden 2002, S. 399 – 414.
Böge, Ulf Lange, Markus	Die zukünftige Energiemarkt-Regulierung im Lichte der Erfahrungen und der europarechtlichen Vorgaben, WuW 2003, S. 870 - 880.
Bohne, Eberhard	Im Regulierungswahn, IR 2005, S. 170 - 175.
Borrmann, Jörg Finsinger, Jörg	Markt und Regulierung, München 1999.
Brattig, Boris Kahle, Christian	Die Entwicklung des Energierechts 2003 – 2004, NVwZ 2005, S. 642 - 648.
Breuer, Rüdiger	Umsetzung von EG-Richtlinien im neuen Energiewirtschaftsrecht, NVwZ 2004, S. 520 - 530.
Britz, Gabriele	Markt(er)öffnung durch Regulierung, in Festschrift für Zezswitsch, hrsg. von Aschke/Hase/Schmidt-De Caluwe, Baden-Baden 2005, S. 378 – 386.
ders.	Behördliche Befugnisse und Handlungsformen für die Netzentgeltregulierung nach neuem EnWG, RdE 2006, S. 1 - 9.
Britz, Gabriele Hellermann, Johannes Hermes, Georg	EnWG, Energiewirtschaftsgesetz, Kommentar, München, 2008.
Brunekreeft, Gert Keller, Katja	Netzzugangsregime und aktuelle Marktentwicklung im deutschen Elektrizitätssektor, ZfE 2000, S. 155 - 166.
Bullinger, Martin	Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige, DVBl. 2003, S. 1355 - 1361.

- Busche, Jan Vom Energieversorger zum Dienstleister und Stromhändler – Energieversorgung im Zeitalter des Wettbewerbs, in: Das neue Energierecht in der Bewährung; Festschrift für Baur, hrsg. von Büdenbender/ Kühne, Baden-Baden 2002., S. 99 – 116.
- Büdenbender, Ulrich Die Korrekturfaktoren des § 21 Abs. 2-4 EnWG für die kostenbasierte Netzentgeltregulierung, RdE 2008, 69 – 80.
- ders. Das System der Netzentgeltregulierung in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, DVBl. 2006, S. 197 - 211.
- ders. Umweltschutz in der Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes, DVBl. 2005, S. 1161 - 1174.
- ders. Die Ausgestaltung des Regulierungskonzeptes für die Elektrizitäts- und Gaswirtschaft – Überlegungen zum gegenwärtigen Stand der Diskussion über die Energierechtsreform, RdE 2004, S. 284 - 300.
- ders. Energierecht, Eine systematische Darstellung des gesamten Rechts der öffentlichen Energieversorgung, München 1982.
- ders. Zur Einführung: Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, JuS 1978, S. 150 – 156.
- ders. Die Kartellaufsicht über die Energiewirtschaft, Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Köln Band 76, Baden Baden 1995.
- ders. Energierecht nach der Energierechtsreform, JZ 1999, S.62 - 72.
- ders. Durchleitung in der Elektrizitätswirtschaft und der Eigentumsschutz, WuW 2000, S. 119 - 135.
- Coase, Ronald The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics Vol. 3 1960, S. 1 - 44.
- Dammann, Jana Kristina Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung, Eine vergleichende Analyse der US-amerikanischen und europäischen Fusionskontrolle unter besonderer Berücksichtigung nicht horizontaler Zusammenschlüsse, iur. Diss., Hamburg 2007.
- Danner, Wolfgang  
Theobald, Christian Kommentar zum Energierecht Band 1. Loseblattsammlung, München, Stand: Mai 2007.
- Danwitz, Thomas Was ist eigentlich Regulierung, DÖV 2004, S. 977 - 985.

- Deregulierungskommission Unabhängige Expertenkommission zum Abbau marktwidriger Regulierung, Marktöffnung und Wettbewerb, Berichte 1990 und 1991, Stuttgart 1991.
- Duden, Konrad Entflechtung und Grundgesetz, in Festschrift für Böhm, hrsg. von Coing/Kornstein/Mestmäcker, Karlsruhe 1965, S. 3 -20.
- Elsapas, Maximilian-Emanuel Netzentgelte zwischen Kostenorientierung und Anreizregulierung, RdE 2007, S. 329 - 337.  
Rosin, Peter  
Burmeister, Thomas
- Emmerich, Volker Kartellrecht, 11. Auflage, München 2008.
- Engel, Christoph Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestandes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung, Gutachten zum Gesetzentwurf zur Verbesserung der Marktstruktur bei Wettbewerbsversagen, verfügbar über [http://www.perspektive-wettbewerb.de/index.php?article\\_id=153](http://www.perspektive-wettbewerb.de/index.php?article_id=153) 2007.
- ders. Verhandelter Netzzugang, Baden Baden 2002.
- Faustmann, Jörg Zur Neuregelung des Preismisbrauchs im Energie- und Raapke, Julius Lebensmittelsektor – Fortschritt für den Wettbewerb, WRP 2008, S. 67 - 73.
- Fehling, Michael Mitbenutzungsrechte Dritter bei Schienenwegen, Energieversorgungs- und Telekommunikationsleitungen vor dem Hintergrund staatlicher Infrastrukturverantwortung, AöR (121) 1996, S. 59 - 95.
- Frankfurter Kommentar Kommentar zum Kartellrecht, hrsg. v. Jaeger/Pohlmann/Rieger/Schroeder, Loseblattsammlung, Stand: Juli 2008, Köln.
- Fritsch, Michael Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 5. Auflage, München Wein, Thomas 2003.  
Ewers, Hans-Jürgen
- Germer, Energierecht Handbuch, 2. Auflage, Berlin 2007.  
Loibl
- Hamacher, Joachim Die neue kartellrechtliche Preismisbrauchsaufsicht in der leitungsgebundenen Energieversorgung, RdE 1998, S. 225 – 232.
- ders. Monopolmissbrauch von Elektrizitätsversorgungsunternehmen bei der Gestaltung ihrer Sonderabnehmerpreise, Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Köln Band 90, iur. Diss., Baden Baden 1990.

- Haslinger, Sebastian Grundrechtsverletzung durch Ownership Unbundling ?, WuW 2007, S. 343 - 350.
- Heise, Michael Das Verhältnis von Regulierung und Kartellrecht im Bereich der Netzwirtschaften, Zur Frage der Herausbildung eines eigenständigen Netzwirtschaftsrechts, iur. Diss., Berlin 2008.
- Hermes, Georg Staatliche Infrastrukturverantwortung, Beiträge zum öffentlichen Recht, Jus Publicum Band 29, Tübingen 1998.
- ders. Die Regulierung der Energiewirtschaft zwischen öffentlichem und privatem Recht zugleich ein Beitrag zum Kontrahierungszwang, Beiträge zum öffentlichen Wirtschaftsrecht: Verfassungsrechtliche Grundlagen, Liberalisierung und Regulierung, öffentliche Unternehmen, hrsg. v. Schmidt-Aßmann/Dolde, Frankfurt am Main 2005.
- Herrmann, Joachim Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Köln, Band 119, iur. Diss., Berlin 2005.
- Heitzer, Bernhard Schwerpunkte der deutschen Wettbewerbspolitik, WuW 2007, S. 854 - 864.
- Hoffmann, Dietrich Die Bedeutung von Preisen und Kosten bei der Missbrauchsaufsicht nach § 22 GWB, Der Betrieb 1975, S. 337 - 339.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang  
Schmidt-Assmann, Enerhard  
Vosskuhle, Andreas Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, München 2006.
- Hohmann, Holger Die essential facility doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkung, Eine Untersuchung der allgemeinen Zugangsregelung zu Netzen und anderen Infrastruktureinrichtungen gem. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB unter Berücksichtigung US-amerikanischer, europäischer und sektorspezifischer Erfahrungen, Baden Baden 2001.
- Horn, Norbert Regulierung und Wettbewerb am Beispiel des Strommarktes, RdE 2003, S. 85 - 128.
- Horstmann, Karl-Peter  
Cierslarczyk, Michael Energiehandel, Ein Praxishandbuch, hrsg. v. Horstmann/Cierslarczyk, München 2006.
- Hübschle, Wolfgang Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über Strompreisdifferenzierung nach der Energierechtsnovelle, WuW 1998, S. 146 - 155.

- Immenga, Ulrich  
Strompreise zwischen Kartell- und Preisaufsicht – unter besonderer Berücksichtigung des internen Kostenausgleichs zwischen Abnehmergruppen, Baden Baden 1982.
- ders.  
Grenzen der Regulierung von Endkundenentgelten nach Öffnung der Telekommunikationsmärkte, WuW 1999, S. 949 - 961.
- Immenga, Ulrich  
Mestmäcker, Ernst-Joachim  
Wettbewerbsrecht, Band 2 GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. Auflage, München 2007.
- Ipsen, Jörn  
Staatsrecht II, Grundrechte, 10 Auflage, Köln 2007.
- Jäger, Lutz  
Sachliche Marktabgrenzung bei Erdgaslieferung an Haushalts- und Kleingewerbekunden (HuK-Kunden) in der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, RdE 2008, S. 275 - 279.
- Jarass, Hans  
Pieroth, Bodo  
Kommentar zum Grundgesetz, 9. Auflage, München 2007.
- Kahle, Christian  
Die Eigentumsrechtliche Entflechtung (Ownership Unbundling) der Energieversorgungsnetze aus europarechtlicher und verfassungsrechtlicher Sicht, RdE 2007, S. 293 - 299.
- Kahlenberg, Harald  
Haellmigk, Christian  
Aktuelle Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Betriebs-Berater 2008, S. 174 - 181.
- Kerber, Markus C.  
Die Unternehmensentflechtung nach dem GWB, Ein Beitrag zur Dogmatik von § 24 VI, VII GWB aus wettbewerbs-, gesellschafts-, und verfassungsrechtlicher Sicht, Baden Baden 1987.
- Kirchner, Christian  
Kartellrecht und/oder Regulierung?, WuW 2007, S. 327 - 327.
- Kling, Michael  
Thomas, Stefan  
Kartellrecht, München 2007.
- Knieps, Günter  
Netzökonomie, Grundlagen – Strategien – Wettbewerbspolitik, Wiesbaden 2007.
- ders.  
Wettbewerbsökonomie: Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 2005.
- Knöpfle, Robert  
Zur Berücksichtigung der Kosten, insbesondere der Gemeinkosten bei der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, Der Betriebs-Berater 1975, S. 1607 - 1611.

- Koenig, Chrisitan  
Kühling, Jürgen  
Institutionelle Regulierungsordnung in der Eisenbahn- und Energiewirtschaft – sektorspezifische Regulierungsbehörden oder Bundeskartellamt?, 2001, 810.
- Koenig, Christian  
Kühling, Jürgen  
Rasbach, Winfried  
Energierrecht, Frankfurt a.M., 2006.
- Koenig, Christian  
Rasbach, Winfried  
Trilogie komplementärer Regulierungsinstrumente: Netzzugang, Unbundling, Sofortvollzug, DÖV 2004, S. 733 - 739.
- Koenig, Chrisitan  
Schellberg, Margret  
Spiekermann, Kristin  
Energierrechtliche Entflechtungsvorgaben versus gesellschaftsrechtliche Kontrollkompetenzen? Regelungskonflikte am Beispiel von Aufsichtsräten in vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen, RdE 2007, S. 72 – 76.
- König, Klaus  
Benz, Angelika  
Privatisierung und staatliche Regulierung; Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk, Baden-Baden 1997.
- Kramm, Dietrich  
Preisgleichheit und kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich der Energieversorgung, WRP 1998, S. 341 - 349.
- Kuhn, Tilman  
Preishöhenmissbrauch (excessive pricing) im deutschen und europäischen Kartellrecht, WuW 2006, S. 578 - 592.
- Külper-Sörries, Katja  
Grundsatzfragen der Energiemarktregulierung, DVBl. 2005, S. 296 - 298.
- Kühling, Jürgen/  
El-Burdi, Stefan  
Das runderneuerte Energiewirtschaftsgesetz, DVBl. 2005, S.1470 – 1482.
- Kühling, Jürgen  
Die sektorspezifischen Regulierungen der Netzwirtschaften, München 2004.
- Kühne, Gunther  
Brodowski, Christian  
Das neue Energiewirtschaftsrecht nach der Reform 2005, NVwZ 2005, S. 849 - 858.
- Kühne, Gunther  
Der Netzzugang und seine Verweigerung im Spannungsfeld zwischen Zivilrecht, Energierrecht und Kartellrecht, RdE 2000, S. 1 - 7.
- Lang, Volker  
Die Regulierung der deutschen Stromwirtschaft, Eine föderalismustheoretische Analyse, iur. Diss., Frankfurt am Main 1999.

- Langen, Eugen  
Bunte, Hermann-Josef  
Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 10. Auflage, München 2006.
- Lecheler, Helmut  
Herrmann, Joachim  
Energierightliches Unbundling und EG-Wettbewerbsrecht, WuW 2005, S. 482 - 493.
- Leibholz, Gerhard  
Rink, Hans-Justus  
Kommentar zum Grundgesetz, Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, hrsg. v. Leibholz/Rink/Hesselberger, Band II Art. 12-69, Loseblattsammlung, Stand: November 2007, Köln.
- Leprich, Uwe  
Least-Cost Planing als Regulierungskonzept – Neue ökonomische Strategien zur rationellen Verwendung elektrischer Energie, Freiburg 1994.
- Lettl, Tobias  
Kartellrecht, 2. Auflage, München 2007
- Liedtke, Rüdiger  
Das Energie-Kartell, Das lukrative Geschäft mit Strom, Gas und Wasser, Frankfurt am Main 2006.
- Löhr, Franziska Alice  
Bundesbehörden zwischen Privatisierungsgebot und Infrastrukturauftrag, Zur demokratischen Legitimation der Regulierung durch die Bundesnetzagentur in den Bereichen Telekommunikation und Post, iur. Diss; Baden Baden 2006.
- Loewenheim, Ulrich  
Meessen, Karl  
Riesenkampff, Aelxander  
Kommentar zum Kartellrecht, Band 2: GWB, München 2009.
- Lohmann, Matthias  
Anreizregulierung als hoheitlich vermittelter Wettbewerb, Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Köln Band 129, iur. Diss; Baden-Baden 2007.
- Loos, Jan Henning  
Die Entflechtung der Rechnungslegung als Instrument zur Durchsetzung des Netzzugangs in der Energiewirtschaft, iur. Diss., Gießen 2004.
- Lotze, Andreas  
Thomale, Hans-Christoph  
Neues zur Kontrolle von Energiepreisen: Preismissbrauchsaufsicht und Anreizregulierung, WuW 2008, S. 257 - 270.
- Lukes, Rudolf  
Beseitigung der kartellrechtlichen Freistellung für die leitungsgebundene Energieversorgung und die Auswirkungen auf Netzbenutzungen, RdE 1998, S. 49 - 57.
- Markert, Kurt  
Kartellrecht und sektorspezifische Regulierung im Strom- und Gassektor nach dem neuen; Energiewirtschaftsgesetz (EnWG 2005), in: Wirtschaftspolitik in offenen Demokratien Festschrift für Uwe Jens, hrsg. v. Neumann/Romahn, Marburg 2005, S. 147 - 170.

Masing, Johannes	Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, Die Verwaltung 2003, S. 1 - 32.
ders.	Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts, AöR (128) 2003, S. 558 - 607.
Maunz, Theodor Dürig, Günter	Grundgesetz Kommentar, hrsg. v. Herzog/Scholz/Herdegen/Klein, Band II, Art. 6 – 16 a GG, Loseblattsammlung, Stand: Mai 2008, München.
Mayen, Thomas	Die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung im Energiewirtschaftsrecht – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Regulierungsverwaltungsrechts, RdE 2008, S. 314 - 318.
Mayen, Thomas Karpenstein, Ulrich	Eigentumsrechtliche Entflechtung der Energieversorgungsnetze, Verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Aspekte des Eigentumsschutzes, RdE 2008, S. 33 - 44.
Meder, Stephan	Die Krise des Nationalstaates und ihre Folgen für das Kodifikationsprinzip, JZ 2006, S. 477 - 484.
Meizenbach, Jörg	Die Anreizregulierung als Instrument zur Regulierung von Netznutzungsentgelten im neuen EnWG, iur. Diss, Baden Baden 2008.
Möschel, Wernhard	Strompreise und kartellrechtliche Kontrolle, WuW 1999, S. 5 – 14.
ders	Entflechtung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1979.
ders.	Regulierung und Deregulierung. Versuch einer theoretischen Grundlegung, in Festschrift für Immenga, hrsg. v. Fuchs/Schwintowski/Zimmer, München 2004, S. 277 – 289.
ders.	Europäisches Kartellrecht in liberalisierten Wirtschaftssektoren, WuW 1999, S. 832 - 841.
Monopolkommission	Fusionskontrolle bleibt vorrangig, Hauptgutachten III 1978/1979, Baden Baden 1980.
Monopolkommission	Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, Hauptgutachten XIII 1998/1999, Baden Baden 2000.
Monopolkommission	Netzwettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten XIV 2000/2001, Baden Baden 2003.



Monopolkommission	Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Hauptgutachten XV 2002/2003, Baden Baden 2005.
Monopolkommission	Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor, Hauptgutachten XVI 2004/2005, Baden Baden 2006.
Monopolkommission	Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, Sondergutachten 49, Baden Baden 2008. (zitiert: Monopolkommission, Strom und Gas 2007).
Monopolkommission	Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 3 und 4 GWB, Band 47, Baden Baden 2007.
Müller, Birgit	Entflechtung und Deregulierung, Ein methodischer Vergleich, Schriften zum Wirtschaftsrecht (Band 178), Berlin 2004.
Müller, Jürgen Vogelsang, Ingo	Staatliche Regulierung, Regulated Industries in den USA und Gemeinwohlbindung in wettbewerblichen Ausnahmebereichen in der Bundesrepublik Deutschland, Baden Baden 1979.
Münchener Kommentar	Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Missbrauchs- und Fusionskontrolle, Band 2, hrsg. v. Hirsch/Montag/Säcker, München 2008.
Neumann, Carl Wolfgang	Allgemeine Wettbewerbstheorie und Preismissbrauchsaufsicht, iur. Diss., Neuwied/Darmstadt 1983.
Palandt	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 67. Auflage, München 2008.
Pielow, Johann-Christian	Erfolgsstory „Ownership Unbundling“? – Anmerkungen aus rechtsvergleichender Sicht, RdE 2008, S. 345 - 353.
Pieroth, Bodo Schlink, Bernhard	Grundrechte, Staatsrecht II, 23. Auflagen, Heidelberg 2007.
Pohl, Manfred Rädler, Peter	Rechtsfragen der Anreizregulierung – Zehn Thesen zum anstehenden Wechsel in die neue Entgeltregulierung, RdE 2008, S. 306 - 313.
Pohlmann, Mario	Kartellrechtliche Aufsicht über Stromabgabepreise der Energieversorgungsunternehmen nach der Energierechtsnovelle, RdE 1998, S. 57 - 62.
Preuske, Dirk	Preismissbrauchskonzepte und Marktsysteme, Diss, Baden Baden 1984.

- Raschauer, Bernhard Handbuch Energierecht, Wien 2006.
- Rayermann, Marcus  
Loibl, Helmut Energierecht Handbuch, Berlin 2003.
- Ritter, Jan-Stephan Regierungsentwurf zum Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels, WuW 2008, S. 142 - 148.
- Ritter, Jan-Stephan  
Lücke, Alexander Die Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels – geplante Änderungen des GWB, WuW 2007, S. 698 - 712.
- Rosin, Peter Bestimmung des Ausgangsniveaus für die Erlösobergrenze in der ersten Regulierungsperiode nach § 6 Abs. 2 ARegV, RdE 2009, S. 37 – 42.
- Roth, Eva Unbundlingkonforme Netzorganisation, Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Köln Band 124, iur. Diss., Baden Baden 2006.
- Ruffert, Matthias Regulierung im System des Verwaltungsrechts, AöR (124) 1999, S. 237 - 281.
- Ruge, Reinhard Diskriminierungsfreier Netzzugang, AöR (131) 2006, S. 1 - 78.
- ders. Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State – Zur veränderten Rolle des Staates nach der Deregulierung der Stromwirtschaft in Deutschland, Großbritannien und der EU, iur. Diss; Berlin 2004.
- Ruthig, Josef  
Storr, Stefan  
Röger, Ralf Öffentliches Wirtschaftsrecht, Heidelberg 2005.
- Neue Regulierungsansätze im Telekommunikationsrecht eine erste Analyse des neuen Telekommunikationsgesetzes 2004, DVBl. 2005, S. 143 - 153.
- Röhl, Christian Soll das Recht des Regulierungsverwaltungsrechts übergreifend geregelt werden? JZ 2006, S. 831 - 839.
- Salje, Peter Taschenkommentar zum Energiewirtschaftsgesetz, Köln, Berlin, München 2006.
- Säcker, Christopher Der Einfluss der sektorspezifischen Regulierung auf die Anwendung des deutschen und gemeinschaftlichen Kartellrechts, iur. Diss., Berlin 2006.

- Säcker, Franz Jürgen                      Berliner Kommentar zum Energierecht, Säcker (Hrsg.), Vahlen 2004.
- ders.    Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht, AöR (130) 2005, S. 180 - 224.
- ders.    Ex-Ante-Methodenregulierung und Ex-Post-Beschwerderecht, RdE 2003, S. 300 - 307.
- ders.    Reform des Energierechts, Beiträge zum Energiewirtschaftsrecht, Energiewettbewerbsrecht, Energievertragsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht, Heidelberg 2003.
- ders.    Zum Verhältnis von § 315 BGB, § 30 AVBElt, § 30 AVBGas, § 24 AVB Fernwärme und § 19 GWB – Zur MVV-Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 18.10.05, RdE 2006, S. 63 - 76.
- ders.    Zur erneuten Novellierung des GWB, WuW 2007, S. 1195 - 1195.
- ders.  
Meinzenbach, Jörg                          Der Effizienzkostenmaßstab des § 21 Abs. 2 EnWG im System der energierechtlichen Netzentgeltregulierung, RdE 2009, S. 1 – 14.
- Schalast, Christoph                          Der fortdauernde Zielkonflikt zwischen Umweltschutz und Wettbewerb im deutschen Energierecht, RdE 2001, S. 121 - 128.
- Schebstadt, Arnd                              Sektorspezifische Regulierung – Im Grenzgebiet zwischen Marktaufsicht und Marktgestaltung, WuW 2005, S. 6 - 15.
- ders.    Aufsicht über Netznutzungsentgelte zwischen Kartellrecht und sektorspezifischer Regulierung, RdE 2004, S. 181 - 189.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno  
Hofmann, Hans  
Hopfauf, Axel  
Schneider, Jens-Peter                          GG, Kommentar zum Grundgesetz, 11. Auflage, München 2008.
- Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation, iur. Habil; Baden-Baden 1999.
- Schneider, Jens-Peter  
Theobald, Christian                          Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, Die Grundsätze der neuen Rechtslage, München 2003.
- Scholtka, Boris                                  Das neue Energiewirtschaftsgesetz, NJW 2005, S. 2421 - 2426.
- Scholtka, Boris  
Baumbach, Antje                              Die Entwicklung des Energierechts in den Jahren 2002 – 2003, NJW 2004, S. 723 - 727.

Scholz, Rupert	Entflechtung und Verfassung, Baden Baden 1981.
Scholze, Gregor	Die Stellung des Energievertragsrechts im Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht, iur. Diss., Baden Baden 2007.
Schröder, Kai Stelzner, Peter	Der Bilanzkreisvertrag unter besonderer Berücksichtigung der Strombörse, et 2000, S. 683 - 687.
Schütz, Raimund Tüngler, Stefan	Die geplante Novelle des EU-Energierechtd – Inhalt und Umsetzungsbedarf, RdE 2003, S. 98 - 106.
Schulte-Braucks, Reinhard	Die Auflösung marktbeherrschender Stellungen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Problems der Marktmacht mit einer Fallstudie über die amerikanische Computerindustrie, iur. Diss; Baden Baden 1980.
Schwintowski, Hans-Peter	Der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen, WuW 1999, 842.
ders.	Verhandelter versus regulierter Netzzugang, Schriftenreihe Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft e.V. an der Humboldt-Universität zu Berlin (15), Baden Baden 2005.
Selmer, Peter	Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, Köln, Berlin, Bonn, München 1981.
Smeddinck, Ulrich	Umweltschutz im Energierecht, Sondertagung der Gesellschaft für Umweltschutz e.V. und des Umweltbundesamtes in Berlin vom 20.Juni 2005, DVBl. 2005, S. 1180 - 1182.
Staebe, Erik	Zur Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG), DVBl. 2004, S. 853 - 862.
Stadler, Christoph	Der Gesetzesentwurf zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung, Betriebs-Berater 2007, S. 60 - 64.
Stapper, Thilo	Das essential facility Prinzip und seine Verwendung zur Öffnung immaterialgüterrechtlich geschützter de facto Standards für den Wettbewerb, iur. Diss; Berlin 2003.
Stern, Klaus	Das neue Energiewirtschaftsgesetz, in Festschrift für Scholz, hrsg. von Pitschas/Uhle, Berlin 2007, 923 - 941.
Stober, Rolf	Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 15. Auflagen, Stuttgart 2006.

- ders. Zum Leitbild eines modernen Regulierungsverwaltungsrecht, in Festschrift für Scholz, hrsg. von Pitschas/Uhle, Berlin 2007, S. 943 - 976.
- ders. Telekommunikation zwischen öffentlich-rechtlicher Steuerung und privatwirtschaftlicher Verantwortung, DÖV 2004, S. 221 - 231.
- ders. Staatliches Gewaltmonopol und privates Sicherheitsgewerbe, NJW 1997, S. 889 - 896.
- Spoerr, Stefan  
Deutsch, Markus Das Wirtschaftsverwaltungsrecht der Telekommunikation – Regulierung und Lizenzen als neue Schlüsselbegriffe des Verwaltungsrechts, DVBl. 1997, S. 300 - 309.
- Stumpf, Cordula  
Gabler, Andreas Netzzugang, Netznutzungsentgelte und Regulierung in Energienetzen nach der Energierechtsnovelle, NJW 2005, S. 3174 - 3179.
- Storr, Stefan Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden? , DVBl. 2006, S. 1017 - 1026.
- Tegethoff; Wilm  
Büdenbender, Ulrich  
Klinger, Heinz  
Tettinger, Peter  
Pielow, Joh. – Christian Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Kommentar, Band 1, Loseblattsammlung, Essen, Stand: Juni 2000.
- Zum neuen Regulator für den Netzzugang in der Energiewirtschaft aus Sicht des öffentlichen Rechts, RdE 2003, S. 289 - 299.
- Tettinger, Peter Energierecht – nunmehr ein Anhängsel zum Wettbewerbsrecht, RdE 2001, S. 41 - 46.
- Theobald, Christian  
Zenke, Ines Grundlagen der Strom- und Gasdurchleitung, München 2001.
- Theobald, Christian  
Schiebold, Daniel Aktuelle Entwicklungen des Energierechts, Verwaltungs-Archiv Band 94 Heft 2, 2003, S. 157 - 191.
- Tüngler, Stefan Die Novellierung des Energiewirtschaftsrechts, JuS 2006, S. 487 – 491.
- Walter, Karl Maria  
v. Keussler, Julia Der diskriminierungsfreie Zugang zum Netz: Reichweite des Anspruchs auf Durchleitung (Teil 1), RdE 1999, S. 190 - 194.
- Voßkuhle, Andreas »Schlüsselbegriffe« der Verwaltungsrechtsreform – Eine kritische Bestandsaufnahme –, Verwaltungsarchiv 2001, Band 91, S. 184 - 215.
- Weber, Rolf Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen Baden Baden 1986.

- Weiss, Susanne                      Das Konzept der Gewinnbegrenzung für die Preishöhenkontrolle über marktbeherrschende Unternehmen, iur. Diss., München 1994.
- Weyer, Hartmut                     Kostenprüfung, Ausgangsniveau und Erlösbergrenze in der Anreizregulierung, RdE 2008, S. 261 - 267.
- Zieklow, Jan                         Öffentliches Wirtschaftsrecht, München 2007.
- Zippelius, Reinhold
- Würtenberger, Thomas







