

Bericht

der Arbeitsgruppe Netznutzung Strom der Kartellbehörden des Bundes und der Länder

über

- 1. die Reichweite der kartellrechtlichen Eingriffsnormen für die Überprüfung der Höhe der Entgelte für die Nutzung der Stromnetze**
- 2. die kartellrechtliche Relevanz von den Netzzugang behindernden Verhaltensweisen der Stromnetzbetreiber**

Die Europäische Binnenmarktrichtlinie Strom vom 19. Dezember 1996 und das Energiewirtschaftsgesetz in der Neufassung vom 24. April 1998 haben zwar den äußeren Rahmen für Wettbewerb auch in der bis dahin in Monopolstrukturen verhafteten Stromwirtschaft geschaffen. Zahlreiche Eingaben von neu auf den Markt auftretenden Stromhändlern sowie von Stromendkunden (in der Mehrzahl von Haushalts- und Kleingewerbekunden) weisen aber darauf hin, dass dem Übergang in eine wettbewerblich geprägte Stromwirtschaft noch Hindernisse entgegenstehen.

Zum einen wird über die Höhe des von Netzbetreibern erhobenen Netznutzungsentgelts Klage geführt, die es Stromhändlern nahezu unmöglich mache, Kunden im Versorgungsgebiet des bisherigen örtlichen Stromversorgers, der zugleich Netzbetreiber ist, im Wettbewerb zu diesem zu gewinnen und kostendeckend zu versorgen. Zum anderen werden zahlreiche Verhaltensweisen der Netzbetreiber beanstandet, die den Markteintritt neuer Stromhändler behindern.

Der Arbeitsausschuss Versorgungswirtschaft (AAV) der Kartellbehörden des Bundes und der Länder hatte daher auf der Sitzung am 12./13. Oktober 2000 in Mainz eine Arbeitsgruppe eingesetzt, um die erhobenen Vorwürfe zu überprüfen und gemeinsame Konzepte für ein koordiniertes kartellbehördliches Vorgehen zu erarbeiten. Das Ergebnis der Arbeitsgruppe ist der vorliegende Bericht.

Der Bericht kann auch Unternehmen und Privatpersonen bei der unmittelbaren Geltendmachung kartellrechtlicher Ansprüche vor den Zivilgerichten eine Hilfestellung geben.

Gliederung

1. Teil: Netznutzungsentgelte	6
A. Rechtsgrundlagen	6
I. Kartellrechtliche Eingriffsbefugnisse.....	6
II. Keine Bindungswirkung der Verbändevereinbarung Strom II	6
III. Bindungswirkung staatlicher Preisgenehmigungen	6
B. Zuständigkeiten	7
C. Netzbetreiber als Normadressaten der §§ 19, 20 Abs. 1 GWB	8
D. Missbrauchstatbestände	8
I. Ausbeutungsmissbrauch, § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB.....	8
1. Heranziehung der Rechtsprechung zu § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F.	8
2. Vergleichsmarktkonzepte.....	10
3. Räumlicher Vergleichsmarkt.....	10
a) Vergleichsmärkte/-unternehmen	11
(1) Inländische Vergleichsmärkte/-unternehmen.....	11
(2) Ausländische Vergleichsmärkte/-unternehmen	12
b) Benchmarking	14
c) Vergleichsmethode.....	15
(1) Vergleich ausgewählter Abnahmeverhältnisse.....	15
(2) Vergleich der Gesamterlöse	16
d) Korrekturzuschläge	16
(1) Sicherheitszu- und -abschläge	16
(2) Erheblichkeitszuschlag.....	18
e) Sachliche Rechtfertigung (Einwand der Kostenunterdeckung).....	19
4. Zeitlicher Vergleichsmarkt.....	21
5. Sachlicher Vergleichsmarkt	22
II. Angemessenes Entgelt für den Netzzugang, § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB.....	23
1. Begriff des angemessenen Entgeltes	23
2. Diskriminierungsverbot des § 6 Abs. 1 EnWG (intern/extern).....	23
3. Vergleichsmarktgesichtspunkte	25
4. Behinderung	25
5. Subtraktions-/Vergleichsmethode (bzgl. der Kostenbestandteile).....	25

6.	Kostenbetrachtung	27
a)	Aufbau der Kostenrechnung	27
b)	Kostenbegriff	29
c)	Begrenzung des unternehmerischen Gestaltungsspielraums	29
d)	Wettbewerbsbezogene Kostenermittlungsmethoden	29
e)	Übertragung der Erfahrungen aus der Strompreisaufsicht	31
(1)	Fremdkapitalzinsen (zu Tz. D 5 der „Arbeitsanleitung“)	32
(2)	Betriebliche Steuern (zu Tz. D 6 der „Arbeitsanleitung“)	32
(3)	Bestimmungen zum Betriebsergebnis	
	(zu Tz. E bis G der „Arbeitsanleitung“).....	33
(4)	Ausgleich zur Substanzerhaltung (zu Tz. F der „Arbeitsanleitung“)	33
(5)	Bestimmung des betriebsnotwendigen Vermögens	
	(zu Tz. G 1.1, 2. Absatz der „Arbeitsanleitung“)	33
(6)	Höhe der Vergütung für Eigenkapitalbindung	
	(zu Tz. G 1.2 der „Arbeitsanleitung“)	34
(7)	Wagniszuschlag.....	36
f)	Rationelle Betriebsführung.....	36
g)	Berücksichtigung von Kosten für überdimensionierte Netzanlagen.....	37
h)	Zuordnung der Kosten auf die Kostenträger	37
i)	Zurechnung der Netznutzungsentgelte des vorgelagerten Netzbetreibers.....	39
III.	Behinderung, §§ 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB, 20 Abs. 1 GWB.....	39
IV.	Price-Cap-Regulierung	40
E.	Verfahrensrechtliche und prozessuale Fragen.....	42
I.	Mitwirkungspflichten (im kartellbehördlichen Verfahren)	42
II.	Beweislast (im gerichtlichen Verfahren)	43
1.	Beweislast bei § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB.....	43
2.	Beweislast bei § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB.....	44
III.	Verfügungstenor und Bestimmtheit	45
1.	Verfügungstenor bei § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB	45
2.	Verfügungstenor bei § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB	47
2. Teil: Sonstige Wettbewerbsbehinderungen	49	
A. Wechselentgelte	49	
I.	Verursachungsgerechte Kostenzuordnung	50
II.	Belange der nicht wechselnden Kunden	50

III.	Eingrenzung der durch Wechselgebühren behinderten Kundengruppen	51
IV.	Ausmaß der Belastung bei Umlage der Wechselkosten.....	51
V.	Interessenabwägung.....	52
B.	Netznutzungsverträge	52
I.	Problemstellung	52
II.	Benachteiligung von neuen Anbietern	53
III.	Doppelvertragsmodell.....	54
IV.	Vertragliche Regelungen mit Endkunden	55
V.	Ergebnis	55
C.	Regelenergie	56
I.	Regelenergiebedarf.....	56
II.	Forderung von Leistungspreisen	57
III.	Asymmetrische Preisgestaltung bei Mehr- und Mindereinspeisungen.....	58
D.	Lastprofile	60
I.	Erhebung von Risikozuschlägen bei der Anwendung synthetischer Lastprofile.....	60
1.	Notwendigkeit von Lastprofilen	60
2.	Zuschlag für Lastabweichungen	60
II.	Würdigung.....	61
III.	Situation beim analytischen Verfahren	62
E.	Netznutzungsentgelte für die Lieferung von Wärmestrom.....	63
F.	Probleme bei der Verrechnung der Konzessionsabgabe	64
I.	Problemstellung	64
II.	Behinderung dritter Netznutzer?.....	65
III.	Würdigung.....	65
G.	Überwälzung der Belastungen aus dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz auf die Netznutzungsentgelte	66
I.	Problemstellung	66
II.	Begriff der Mehraufwendungen in § 3 Abs. 1 Satz 4 KWKG.....	67
III.	Vorgehen der Kartellbehörden	68
3. Teil: Fazit.....		70

1. Teil: Netznutzungsentgelte

A. Rechtsgrundlagen

I. Kartellrechtliche Eingriffsbefugnisse

Als Rechtsgrundlagen für eine Überprüfung der Netznutzungsentgelte im Strom- und Gasbereich kommen § 19 Abs. 1 mit Abs. 4 Nr. 2 GWB (Als-Ob-Wettbewerb, Vergleichsmarktkonzept), § 19 Abs. 1 mit 4 Nr. 4 GWB (Netzzugang gegen angemessenes Entgelt), § 19 Abs. 1 mit Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB (Behinderungsmisbrauch) und das allgemeine Missbrauchsverbot des § 19 Abs. 1 GWB in Betracht. Missbräuchlich überhöhte Netznutzungsentgelte, die gegen §§ 19, 20 Abs. 1 GWB verstoßen, können die Kartellbehörden nach § 32 GWB untersagen oder als Ordnungswidrigkeit nach § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB mit einem Bußgeld ahnden.

Für die unmittelbare Anwendung der speziellen energierechtlichen Bestimmung des § 6 Abs. 1 EnWG sind die Kartellbehörden gem. § 18 Abs. 1 EnWG nicht zuständig. Die Wertungen des § 6 EnWG können aber im Rahmen des §§ 19, 20 GWB berücksichtigt werden.

II. Keine Bindungswirkung der Verbändevereinbarung Strom II

Die Kartellbehörden sind nicht an die Verbändevereinbarung Strom II (VV Strom II) gebunden. In der VV Strom II, die zur Vermeidung normativ-administrativer Detailregelungen getroffen wurde, legen die beteiligten Verbände dar, welche Haltung die von ihnen vertretenen Wirtschaftskreise zu den einzelnen Fragen der Stromdurchleitung einnehmen. Mehr als einen Empfehlungscharakter besitzt die VV Strom II schon gegenüber den den Verbänden angehörenden Mitgliedsunternehmen nicht; im Außenverhältnis entfaltet sie keine unmittelbare Rechtswirkung. Die gesetzlichen Eingriffsbefugnisse der Kartellbehörden kann sie beeinflussen, aber nicht einschränken.

III. Bindungswirkung staatlicher Preisgenehmigungen

Preisgenehmigungen der Energiepreisaufsicht der Länder von Tarifpreisen der Stromversorger für Tarifkunden nach § 12 BTOElt entfalten keine Bindungswirkung für die nachträgliche kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über Netznutzungsentgelte. Die Energiepreisaufsicht genehmigt präventiv Tarifpreise als Endpreise für Stromtarifkunden, nicht aber die einzelnen Kostenbestandteile; sie trifft keine Aussage zur Höhe der Netznutzungsentgelte.

Die Netznutzungsentgelte werden daher nicht von der Tarifgenehmigung, die auch nur Höchstpreise und keine Festpreise festlegt, umfasst.

Bei der Genehmigung von Vergütungen im Rahmen des Alleinabnehmersystems nach § 7 Abs. 3 EnWG sind dagegen ausweislich des Gesetzeswortlautes die Netznutzungstarife Gegenstand der Genehmigung. Die Netznutzungstarife beim Alleinabnehmersystem werden von der Aufsichtsbehörde geprüft und einer Kostenkontrolle unterzogen. Man könnte daher die Ansicht vertreten, die Genehmigung der Netznutzungstarife nach § 7 Abs. 3 EnWG würde die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über Netznutzungsentgelte binden.

Allerdings werden im Rahmen des § 7 Abs. 3 EnWG bei der Prüfung der Netznutzungstarife unter Kostengesichtspunkten lediglich Höchstpreise und keine Festpreise genehmigt. Die Prüfungsmaßstäbe sind insofern nicht deckungsgleich: Die preisrechtlichen Maßnahmen sind eher kostenorientiert, die Missbrauchsaufsicht eher wettbewerbs- und marktorientiert.¹ Staatliche Preisregelungen, die nur auf die Festlegung von Höchstpreisen ausgerichtet sind, können insofern per se eine kartellrechtlich relevante Rechtfertigung nicht begründen.²

B. Zuständigkeiten

Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden für die Verfolgung von missbräuchlich überhöhten Netznutzungsentgelten richtet sich nach § 48 Abs. 2 Satz 1 GWB. Danach ist das Bundeskartellamt zuständig, wenn die Wirkung des diskriminierenden Verhaltens über das Gebiet eines Landes hinausreicht.

Für die länderübergreifende Wirkung eines diskriminierenden Verhaltens bei der Erhebung von Netznutzungsentgelten kommt es nach der bisherigen Abstimmung zwischen den Kartellbehörden des Bundes und der Länder grundsätzlich auf die geographische Lage des Stromnetzes des Netzbetreibers an. Der sachliche relevante Markt für die Bereitstellung von Netzen für die Stromdurchleitung ist danach in räumlicher Hinsicht grundsätzlich durch die geographische Lage der Versorgungsnetze begrenzt.

Liegt das Netzgebiet des Netzbetreibers, dem der Missbrauchsvorwurf gemacht wird, ausschließlich im Gebiet eines Bundeslandes, so sind grundsätzlich die Landeskartellbehörden

¹ Vgl. zu dieser Argumentation im Hinblick auf § 12 BTO Eit: Feuerborn, Der kartellrechtliche Freistellungsbe-
reich für Elektrizitätsversorgungsunternehmen und deren Kontrolle, Münster 1983, S. 235f. m.w.N.

² Vgl. Schultz, in: Langen/Bunte, 9. Aufl., GWB § 19 Rn. 109; a.A. Klaue, in: Immenga/Mestmäcker, 2. Aufl.,
§ 103 Rn. 57, 64

den für die Verfolgung von Missbrauchsfällen zuständig. In den Fällen, in denen das Stromnetz des betroffenen Netzbetreibers über das Gebiet eines Bundeslandes hinausreicht, ist das Bundeskartellamt zuständig.

C. Netzbetreiber als Normadressaten der §§ 19, 20 Abs. 1 GWB

Netzbetreiber von Stromnetzen sind marktbeherrschend i.S.d. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, weil sie in ihrem Netzgebiet über ein natürliches Monopol verfügen.

Sachlich relevanter Markt ist dabei die Bereitstellung von Netzdurchleitungsdienstleistungen durch den Netzbetreiber.³ Die sachliche Existenz eines solchen Marktes ergibt sich bereits aus § 6 Abs. 1 EnWG, nach dem Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen anderen Unternehmen ihr Versorgungsnetz für Durchleitungen zur Verfügung zu stellen haben. Dieser Markt ist in sachlicher Hinsicht von den Märkten für die Belieferung von Wiederverkäufern bzw. Endkunden abzugrenzen.

In räumlicher Hinsicht ist der Markt für die Bereitstellung von Netzen für die Stromdurchleitung durch die geographische Lage der Elektrizitätsversorgungsnetze begrenzt. Anders als bei den Märkten für die Belieferung von Wiederverkäufern und Endkunden ist wegen des natürlichen Monopols der Netzbetreiber von regionalen, auf das Netzgebiet der jeweiligen Netzbetreiber begrenzten Märkten auszugehen.

D. Missbrauchstatbestände

I. Ausbeutungsmisbrauch, § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB

1. Heranziehung der Rechtsprechung zu § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F.

Die bisherige Rechtsprechung und Praxis zu § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F. lässt sich im wesentlichen auf § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB n.F. (der durch die 6. GWB-Novelle an die Stelle des wortgleichen § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F. getreten ist) übertragen, weil

³ BKartAmt WuW/E DE-V 149 *Berliner Stromdurchleitung*; Lutz, RdE 1999, 102, 106; Schultz, in: Langen/Bunte, 9.Aufl, GWB § 19 Rn. 152.

die Prüfungskriterien und –maßstäbe weitgehend deckungsgleich sind.⁴ Dies entspricht auch der Auffassung des Gesetzgebers der 6. GWB-Novelle.⁵

Korrelat zur rechtlichen Freistellung der Energieversorger vom Kartellverbot nach § 103 Abs. 1 GWB a.F. wegen der Besonderheiten der Elektrizitätsversorgung war die Missbrauchsaufsicht nach § 103 Abs. 5 GWB a.F., die verhindern sollte, dass die so erlangte Monopolstellung der Energieversorgungsunternehmen zum Nachteil der Verbraucher ausgenutzt wird. Da es im Versorgungsgebiet eines EVU keine anderen Wettbewerber gab, war im Rahmen des Preisvergleichs mit gleichartigen Versorgungsunternehmen nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F. von einem fiktiven Wettbewerbspreis auszugehen.⁶

Stromnetzbetreiber sind jetzt zwar nicht mehr durch einen gesetzlichen Ausnahmereich vor Wettbewerb geschützt. Der Wettbewerb konkurrierender Stromnetze um Stromtransporte zu Kunden ist aber auch künftig – jetzt nicht mehr aus rechtlichen, sondern aus faktischen Gründen weitgehend ausgeschlossen. Stromnetze sind so teuer, dass flächendeckender paralleler Leitungsbau für die Verbraucher nicht zu günstigeren Versorgungsbedingungen führen kann. Ferner stehen dem Bau von zusätzlichen Leitungsnetzen jenseits der ökonomischen Zwänge in aller Regel Gründe der Raumordnung und des Landschafts- und Naturschutzes entgegen. Es ist deshalb allgemein anerkannt, dass das Stromleitungsnetz ein natürliches Monopol bildet.

Netznutzungsentgelte werden deshalb auch künftig in einem durch Wettbewerb nicht kontrollierten und auch nicht kontrollierbaren Rahmen festgesetzt. Dies deckt sich inhaltlich mit der Situation, wie sie früher für die Strompreisbildung im rechtlich abgesicherten Versorgungsmonopol bestand. Insofern können die vom Bundesgerichtshof für die Missbrauchsaufsicht über Strompreise im rechtlich abgesicherten Versorgungsmonopol aufgestellten Grundsätze auf die Missbrauchsaufsicht über Netznutzungsentgelte im natürlichen Monopol der Netzbetreiber auf dem Markt der Inanspruchnahme von Netzdurchleitungsdienstleistungen übertragen werden.

⁴ Schultz, in: Langen/Bunte, 9. Aufl., GWB § 19 Rn. 119; Pohlmann, RdE 1998, S. 59; Büdenbender, ZIP 2000, S. 2230.

⁵ Siehe die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT- Drs. 13/9720, zu Nummer 5: „Damit wird es der kartellbehördlichen Praxis nicht verwehrt, die im Zusammenhang mit der Missbrauchsregelung des bisherigen Rechts erarbeiteten Erfahrungen und Wertungen bei der Anwendung des § 19 Abs. 4 zu berücksichtigen.“

⁶ BGH WuW/E 1221, 1223 *Stromtarif*.

2. Vergleichsmarktkonzepte

Zur Ermittlung des Wettbewerbspreises bei einem Preismissbrauchsverfahren im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB hat sich das in § 19 Abs. 4 Nr. 2, 2. Halbsatz GWB ausdrücklich erwähnte Vergleichsmarktkonzept durchgesetzt. Mit diesem Konzept werden Maßstäbe für die Missbräuchlichkeit der Preishöhe gewonnen. Dabei wird zwischen dem räumlichen, zeitlichen und sachlichen Vergleichsmarktkonzept unterschieden.

Beim räumlichen Vergleichsmarktkonzept wird der Preis auf einem anderen Markt (inländisch oder ausländisch) für dieselben Waren und Leistungen festgestellt, beim sachlichen werden die Preise für andere Waren oder Leistungen zum Vergleich herangezogen und beim zeitlichen Vergleichsmarktkonzept werden die Preise in zeitlicher Hinsicht miteinander verglichen.

3. Räumlicher Vergleichsmarkt

Der räumliche Vergleich ist der in der Praxis häufigste und bei der Überprüfung der Nutzungsentgelte vorrangig anzuwendende Vergleich. Beim räumlichen Vergleichsmarktkonzept wird der Preis auf einem anderen Markt für dieselben Waren und Leistungen festgestellt. Es kann sich dabei um einen Vergleich mit Preisen auf einem inländischen Markt⁷ oder – nach allgemeiner Auffassung – mit Preisen auf einem ausländischen Markt⁸ handeln.

Grundsätzlich ist ein Vergleich mit Märkten geboten, auf denen wirksamer Wettbewerb herrscht. Bei Fehlen anderer Vergleichsmöglichkeiten kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes allerdings auch das Preisverhalten von Monopolbetrieben auf anderen Märkten herangezogen werden.⁹ Da im Netzbereich aufgrund des Leitungseigentums der Netzbetreiber ein natürliches Monopol der Netzbetreiber besteht, ist ein Preisvergleich mit den Monoporentgelten der anderen Netzbetreiber auf ihren regional begrenzten Monopölmärkten zulässig und geboten.¹⁰

⁷ BGH WuW/E 667, 672 *Rechtselfbische Zementpreise*; WuW/E 1221, 1223 *Stromtarif*.

⁸ BGH WuW/E 1445, 1452 *Valium I*; WuW/E 1678, 1682 *Valium II*; KG WuW/E OLG 1645, 1653 *Valium Librium*; Schultz, in: Langen/Bunte, 9. Aufl. GWB § 19 Rn. 98; Bechtold, 2. Aufl., GWB § 19 Rn. 72.

⁹ BGH WuW/E 2309, 2311 *Glockenheide*; siehe auch BGH WuW/E 2967, 2969 *Strompreis Schwäbisch Hall*.

¹⁰ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates zu §§ 1-96 GWB, BT-Drs. 13/9720, Ziff. 5.: „Bei diesem Maßstab für die Missbrauchsaufsicht können im Rahmen des Vergleichsmarktkonzepts auch Monopolisten miteinander verglichen werden. Dies ist notwendig, um eine effiziente Missbrauchsaufsicht zu gewährleisten, [...]“.

a) Vergleichsmärkte/-unternehmen

Als Vergleichsunternehmen kann grundsätzlich jeder Netzbetreiber herangezogen werden. Bei der Heranziehung vergleichbarer Netzbetreiber handelt es sich lediglich (wie im Rahmen des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F.) um eine Grobsichtung. Es dürfen also keine überspannten Forderungen an die Vergleichbarkeit gestellt werden. Grundsätzlich ist unter Monopolverhältnissen jede Forderung ungünstigerer Preise als missbräuchlich anzusehen, wenn es keine spürbaren gebietsstrukturellen Unterschiede zwischen den verglichenen Unternehmen gibt.¹¹ Gebietsstrukturelle Unterschiede sind durch Korrekturzu- und -abschläge auszugleichen. Unter Praktikabilitäts Gesichtspunkten ist ein Vergleich von Netzbetreibern mit ähnlichen Strukturmerkmalen vorzuziehen, weil die notwendigen Zu- und Abschläge geringer sind.

Nach dem Zweck des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F. ist es ausreichend, lediglich auf die Preise eines einzigen Vergleichsunternehmens abzustellen.¹²

Wegen des im Kartell- und Energierecht geltenden Wettbewerbsprinzips ist es grundsätzlich zulässig, den Netzbetreiber mit den günstigsten Netznutzungsentgelten als Vergleichsmaßstab im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB zu wählen. Unter marktwirtschaftlich-wettbewerblichen Bedingungen muss sich im Rahmen des wettbewerbsbezogenen Vergleichsmarktkonzeptes ein Netzbetreiber regelmäßig am Preis des billigsten vergleichbaren Netzbetreibers messen lassen. So wird für die Netzbetreiber ein Druck aufgebaut, Rationalisierungsreserven auszuschöpfen, wie er auch im Wettbewerb bestehen würde.

(1) Inländische Vergleichsmärkte/-unternehmen

Die Heranziehung inländischer Vergleichsunternehmen bietet sich vorzugsweise dann an, wenn das Preisniveau verschiedener inländischer Anbieter stark voneinander abweicht. Besteht allerdings der Verdacht, dass das Preisniveau im Inland generell überhöht ist, ist ein Vergleich mit inländischen Unternehmen nur dazu tauglich, in einer ersten Stufe die inländischen Preisausreißer wenigstens auf das (vermutete missbräuchlich überhöhte) Inlands-Preisniveau herunter zu bringen.

¹¹ BGH WuW/E 2967, 2974 *Strompreis Schwäbisch Hall*.

¹² BGH WuW/E 2309, 2311 *Glockenheide*; WuW/E 2967, 2973 *Strompreis Schwäbisch Hall*

(2) Ausländische Vergleichsmärkte/unternehmen

Der Vergleich mit ausländischen Märkten und Netzbetreibern bietet sich insbesondere dann an, wenn man davon ausgeht, dass nicht nur einzelne inländische Netzbetreiber im Vergleich zu anderen inländischen Netzbetreibern unangemessen überhöhte Preise fordern, sondern das Niveau der Netznutzungsentgelte in Deutschland insgesamt unangemessen überhöht ist. In diesem Fall hilft die Beschränkung auf inländische Vergleichsmärkte und Netzbetreiber, wie sie die VV Strom II (Anlage 3, Ziff. 4) zunächst vorsieht, nicht weiter.

Ausländische Vergleichsmärkte und Netzbetreiber weisen auf Grund i.d.R. anderer rechtlicher und wirtschaftlicher Rahmenbedingungen tendenziell mehr strukturelle Besonderheiten auf, denen im Rahmen eines Vergleichs durch Zu- und Abschläge Rechnung zu tragen ist. Zu nennen sind beispielhaft unterschiedliche Kaufkraftstandards, Lohnniveaus und im Strombereich die gesetzlichen Rahmenbedingungen. Dies erschwert von vorneherein Preisvergleiche. Frühere Vergleichsprobleme infolge Währungsschwankungen haben andererseits aufgrund der festen Wechselkursbindungen zwischen den EU-Staaten (und der bevorstehenden Einführung des Euro in einigen EU-Staaten) ihre Bedeutung verloren.

Die Unterschiede zwischen den verglichenen Märkten dürfen nach dem Bundesgerichtshof nicht so erheblich sein, dass der ermittelte (mutmaßliche) Wettbewerbspreis im Ergebnis nicht mehr auf konkreten Vergleichszahlen, sondern überwiegend auf den zum Ausgleich der Marktunterschiede vorgenommenen Zuschlägen beruht (im konkreten Fall setzte sich der angenommene wettbewerbsanaloge Preis zu 49,64 % aus dem Wettbewerbspreis eines ausländischen Vergleichsunternehmens und zu 50,36 % aus Zuschlägen zusammen).¹³

Als Vergleichsmärkte kommen vor allem die in der Liberalisierung der Strommärkte am weitesten fortgeschrittenen skandinavischen Länder (Schweden, Norwegen, Finnland, Dänemark) und England/Wales sowie wegen struktureller Ähnlichkeiten die Niederlande in Betracht.

Im Unterschied zum deutschen Modell des verhandelten Netzzuganges haben sich alle anderen EU-Staaten für das Modell des geregelten Netzzugangs mit Einrichtung einer Regulierungsbehörde entschieden. Dies steht aber einem Vergleich mit den von Regulierungsbehörden in einem Rahmen vorgegebenen bzw. nachträglich gebilligten Netznut-

¹³ BGH WuW/E 1678, 1684 *Valium II*.

zungsentgelten nicht von vorneherein entgegen. Entscheidend ist nicht, wer die Preisfindung für die Netznutzungsentgelte bestimmt, sondern nach welchen Kriterien und Maßstäben sie sich richtet.

In Schweden und Finnland findet beispielsweise eine ex-post-Kontrolle der Netznutzungsentgelte anhand von Vergleichsmaßstäben und anhand einer Kostenkontrolle statt, die dem deutschen System der nachträglichen kartellrechtlichen Preismissbrauchskontrolle vergleichbar ist.

Auch bei der ex-ante-Festlegung von Umsatzbegrenzungen für die einzelnen Netzbetreiber (sog. Revenue- oder Price-Cap-Regulierung) in den Ländern Norwegen, England/Wales, Dänemark und den Niederlanden finden sich Kostenkalkulationsmethoden und Kostenbetrachtungen, die zwar mit den deutschen Maßstäben der Überprüfung der Netznutzungsentgelte nicht deckungsgleich, im ganzen gesehen aber vergleichbar sind.¹⁴

In den meisten der oben genannten Länder besteht neben dem Anreizmechanismus der Price-Cap-Regulierung zur Effizienzsteigerung und Kostensenkung auch der des Benchmarking, d.h. einem Effizienzvergleich unter expliziter Korrektur um strukturelle Besonderheiten.¹⁵ Auch im Rahmen des deutschen Vergleichsmarktkonzeptes findet ein Effizienzvergleich statt - allerdings nur mit einzelnen Netzbetreibern -, der um Zu- und Abschläge für strukturelle Besonderheiten korrigiert wird.

Das bedeutet, dass – ungeachtet der unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen der Regulierung der Stromnetze und des Netzzugangs - die Kartellbehörden bei der Überprüfung der Netznutzungsentgelte im Rahmen eines kartellrechtlichen Preismissbrauchsverfahrens grundsätzlich auch Preise von Netzbetreibern aus den oben genannten Ländern heranziehen können.

Da die Kartellbehörden gegenüber ausländischen Vergleichsunternehmen keine Ermittlungsbefugnisse und Auskunftsrechte besitzen, sind sie allerdings bei der Beschaffung des Datenmaterials für den Vergleich auf die Amts- und Rechtshilfe ausländischer Regulierungsbehörden angewiesen, soweit das entsprechende Datenmaterial nicht öffentlich zugänglich ist.

¹⁴ Siehe dazu das im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums erstellte Gutachten von Ewi/Frontier economics zur „Zusammenstellung von Kostenrechnungsansätzen für kalkulatorische Kosten von Stromnetzen (Transport und Verteilung) in den Ländern Norwegen, England/Wales, Dänemark und Niederlande.

¹⁵ Siehe Gutachten von Ewi/Frontier economics im Auftrag des BMWi, Zusammenstellung von Kostenrechnungsansätzen, S. 9 und Anhang 1.

b) Benchmarking

Beim Benchmarking wird ein Effizienzvergleich der Unternehmen im Hinblick auf ihre Kosten- und Leistungsstruktur unter expliziter Korrektur um strukturelle Besonderheiten, die von den Unternehmen nicht zu verantworten sind, durchgeführt.¹⁶ Dafür stehen ökonomische Benchmarking-Methoden wie die in England angewandte ökonometrische Stochastic Frontier Analysis (SFA) sowie die in Norwegen, England und Wales, Dänemark und den Niederlanden angewandte nicht-parametrische Programmieretechnik Data Envelopment Analyse (DEA) zur Verfügung.¹⁷ Beide Methoden messen eine Möglichkeitsgrenze effizienter Unternehmensführung. Mit der DEA-Methode können die effizientesten Unternehmen identifiziert, für jedes einzelne Unternehmen die geeignetsten Vergleichsunternehmen identifiziert und das Effizienzniveau jedes Unternehmens im Vergleich zu dem effizientesten Anbieter ermittelt werden.¹⁸

Das Benchmarking mit Hilfe solcher Methoden ist grundsätzlich in dem kartellrechtlichen Vergleichsmarktkonzept des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB angelegt. Auch im Rahmen des Vergleichsmarktkonzeptes wird ein Vergleich eines Unternehmens mit einem effizienteren Unternehmen mit günstigeren Entgelten unter Berücksichtigung von strukturellen Besonderheiten vorgenommen. Objektiven, strukturellen Unterschieden zwischen den verglichenen Unternehmen wird herkömmlich durch Korrekturzu- und -abschläge Rechnung getragen.¹⁹

Die Kartellbehörden erwägen, Benchmarking-Methoden im Rahmen des Vergleichsmarktkonzeptes und insbesondere für die Überprüfung, ob die Kosten der Unternehmen einer rationellen Betriebsführung entsprechen,²⁰ nutzbar zu machen. Die Verwendung solcher Benchmarking-Methoden ist allerdings von dem Vorhandensein eines ausreichenden Datenmaterials abhängig, das die Kartellbehörden – wenn es nicht öffentlich zugänglich ist – im Rahmen ihrer Ermittlungs- und Auskunftsbefugnisse nach den § 57, 59 GWB ermitteln müssen.

¹⁶ Gutachten von Ewi/Frontier economics im Auftrag des BMWi, Zusammenstellung von Kostenrechnungsansätzen, S. 9; Burns/Davies/Riechmann, ZfE 1999, S. 285ff.

¹⁷ Siehe dazu detailliert Burns/Davies/Riechmann, ZfE 1999, S. 285ff.; Riechmann, Wirtschaftswelt Energie 2000, S. 6ff.

¹⁸ Burns/Davies/Riechmann, ZfE 1999, S. 285.

¹⁹ Siehe dazu unten D I 3 d) aa).

²⁰ Siehe dazu unten D II 6 f).

c) Vergleichsmethode

Als Vergleichsmethoden kommen zum einen ein Vergleich ausgewählter Abnahmeverhältnisse, zum anderen ein Vergleich der Gesamterlöse in Betracht.

(1) Vergleich ausgewählter Abnahmeverhältnisse

Bisher sind in der Praxis der Kartellbehörden bei der Strompreishöhenkontrolle überwiegend repräsentative Abnahmefälle ausgewählt und deren Preisstellung miteinander verglichen worden.²¹ Bei der Methode des Vergleichs von Abnahmefällen konnte bei der Preishöhenkontrolle auf die bestehenden anerkannten Preisvergleiche des VDEW (Unterteilung der gesamten Abnahmestruktur in 48 repräsentative Abnahmefälle) und des VEA (aus den 48 Abnahmefällen des VDEW werden 15 Abnahmefälle diagonal herausgegriffen) zurückgegriffen werden. Entsprechende repräsentative Abnahmefälle sind bei der Inanspruchnahme von Netzdienstleistungen anzuwenden. Insoweit hat bisher lediglich VEA einen Vergleich von 18 repräsentativen Abnahmefällen (3 in Niederspannung, 15 in Mittelspannung) veröffentlicht. Gegebenenfalls sind darüber hinaus weitere repräsentative Abnahmefälle zu bilden. Ausgehend von den repräsentativen Abnahmefällen kann im Anschluss eine „Gewichtung“ nach Stromabsatz und Zahl der Abnehmer vorgenommen werden.

Der Vergleich einzelner Abnahmeverhältnisse kann einerseits bei einer ausreichenden repräsentativen Anzahl von Abnahmeverhältnissen zur Preishöhenkontrolle, d.h. zur Kontrolle der allgemeinen Höhe der Preise dienen. Andererseits kann mit ihm auch eine Preisstrukturkontrolle erfolgen, d.h. eine Kontrolle, ob bei zulässiger Gesamtbelastung aller Abnehmer diese Gesamtbelastung entsprechend dem Diskriminierungsverbot gerecht auf alle Abnehmer verteilt worden ist.

Der Bundesgerichtshof hat allerdings in der Gaspreis-Entscheidung im Rahmen des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F. einen Tarifgestaltungsfreiraum der Versorgungsunternehmen anerkannt.²² Dieser Tarifgestaltungsspielraum ist nach dem Bundesgerichtshof jedoch eng bemessen; er darf insbesondere nicht zu einem Missbrauch bei der Preisstruktur führen.

²¹ Beispiele: BGH WuW/E 1221 *Stromtarif*; WuW/E 3140 *Gaspreis*; KG WuW/E OLG 5926 *Spreegas*

²² BGH WuW/E 3140, 3143 *Gaspreis*.

(2) Vergleich der Gesamterlöse

Eine Kontrolle der allgemeinen Höhe der Preise, also eine Preisniveaukontrolle, lässt sich zweckmäßig durch einen Vergleich der Gesamterlöse durchführen.²³ Ein Vergleich der Gesamterlöse im Netzbereich erfolgt dadurch, dass die Umsatzerlöse des Stromnetzbetreibers aus dem Netzbereich durch die in seinem Netz transportierten kWh geteilt werden. Für den Vergleich ist von den Netto-Umsatzerlösen auszugehen, d.h. Umsatzsteuer, Stromsteuer und Konzessionsabgaben sind von den Brutto-Erlösen des Netzbetreibers abzuziehen. Baukostenzuschüsse und andere von den Endkunden zu zahlenden Zuschüsse sind anteilig wie Abschreibungen anhand der im Strompreisgenehmigungsverfahren entwickelten Grundsätze zu berücksichtigen.²⁴

Unterschiedliche Schwerpunkte in den Abnahmeverhältnissen werden bei dieser Methode nicht berücksichtigt. Auch kann mit ihr nicht die Praktizierung einer missbräuchlichen Preisstruktur durch den Netzbetreiber erfasst werden.

Der Bundesgerichtshof hat in einem Fall die Anwendung eines Erlösvergleiches als rechtmäßig anerkannt.²⁵ Indem er die Bestimmung einer Missbrauchsgrenze für zulässig hielt, die sich daraus ergab, dass das betroffene Unternehmen nicht mehr Erlösen durfte als sich bei der Anwendung des Tarifsystems des Vergleichsunternehmens ergeben hätte, hat er damit grundsätzlich einen Vergleich von Erlösen, die sich aus der Anwendung unterschiedlicher Tarife auf denselben Abnahmesachverhalt ergeben, als Vergleichsmethode anerkannt.

d) Korrekturzuschläge

(1) Sicherheitszu- und -abschläge

Grundsätzlich ist unter Monopolverhältnissen jede Forderung ungünstigerer Preise als missbräuchlich anzusehen, wenn es keine dem jeweiligen Unternehmen nicht zuzurechnenden abweichenden Umstände gibt; diesen muss durch Zu- und Abschläge bei den verglichenen Preisen Rechnung getragen werden.²⁶

Berücksichtigungsfähig sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nur die objektiven, unternehmensunabhängigen, durch die Struktur des jeweiligen Marktes beding-

²³ Zu dieser Methode grundlegend Lukes/Salje/Feuerborn, Preisvergleich, RTW Bd. 13, S. 34ff. und Feuerborn, Freistellungsbereich, S. 190ff.

²⁴ Lukes/Salje/Feuerborn, Preisvergleich, S. 35.

²⁵ BGH WuW/E 2967 *Strompreis Schwäbisch Hall*.

²⁶ BGH WuW/E 2967, 2974 *Strompreis Schwäbisch Hall*

ten Kosten, nicht hingegen die Kosten, die auf unternehmensindividuellen Umständen beruhen.²⁷

Für die Heranziehung von anderen Netzbetreibern und Netzversorgungsgebieten als Vergleichsmaßstab im Rahmen eines Preisvergleichs ist daher zu unterscheiden:

- zwischen berücksichtigungsfähigen gebietsstrukturell bedingten Mehrkosten, die auf objektiven, für das Unternehmen nicht veränderbaren Umständen beruhen, die jedes andere Versorgungsunternehmen im betreffenden Versorgungsgebiet gleichermaßen betreffen würden, und
- nicht berücksichtigungsfähigen kostenwirksamen subjektiven Umständen, die auf den individuellen Eigenheiten des Unternehmens beruhen und auf die ein Unternehmen Einfluss nehmen kann.

Die folgenden Strukturmerkmale können unter bestimmten Voraussetzungen als objektive, vom Unternehmen nicht beeinflussbare Strukturmerkmale gelten. Insoweit ist allerdings in jedem Einzelfall eine Überprüfung geboten, ob es sich tatsächlich um gebietsstrukturelle, nicht veränderbare Merkmale handelt. Denn auch solche grundsätzlich objektiven Strukturmerkmale können teilweise oder ganz von unternehmensindividuellen Entscheidungen beeinflusst sein. Darüber hinaus hängt die Veränderbarkeit von Strukturmerkmalen gegebenenfalls auch davon ab, welcher Betrachtungszeitraum gewählt wird. Je länger der zeitlich Betrachtungshorizont, desto mehr Faktoren werden durch die Unternehmen beeinflussbar. Grundsätzlich gehören zu den objektiven Strukturmerkmalen:

- Abnehmerdichte (Abnehmer/km Leitungslänge (Trassenlänge und Stromkreislänge)): Auch von den Unternehmen beeinflussbare Umstände können die Abnehmerdichte beeinflussen. Die Abnehmerdichte hängt beispielsweise auch von der Art der Leitungsverlegung durch die Unternehmen ab. So können in einer Straße entweder insgesamt nur eine Leitung oder auf jeder Straßenhälfte eine Leitung, insgesamt also zwei Leitungen verlegt werden. Bei letzterer, auf subjektiven Umständen beruhender Vorgehensweise kann der Quotient Abnehmer/km Leitung erheblich sinken.
- Versorgungsdichte (kWh/km Leitungslänge): Auch die Versorgungsdichte ist wie die Abnehmerdichte von der Art des Leitungsbaus abhängig.
- Abnahmemenge je Zähler/Verbrauchsstelle
- Einwohnerdichte (Abnehmer/km² Versorgungsgebiet)

²⁷ BGH WuW/E 1221, 1224 *Stromtarif*, WuW/E 1445, 1452 *Valium I*, WuW/E 2309, 2310 *Glockenheide*;

- Benutzungsdauer (im Einzelfall zu überprüfen)
- Verhältnis Großkunden/Kleinkunden
- Geologische/Geographische Faktoren (z.B. Geländebeschaffenheit oder Zerteilung des Versorgungsgebietes durch Gewässer)

Die folgenden Strukturmerkmale sind grundsätzlich vom Netzbetreiber beeinflussbare, d.h. subjektive bzw. weiche Strukturmerkmale. Diese Merkmale bleiben bei einem Vergleich von Netzbetreibern außer Betracht:

- Kostenzuordnung bei Spartenbetrieb
- Unterschiedliche Abschreibungsmodalitäten
- Finanzierung/Zinsen
- Kapitalstruktur/Gewinnverwendung
- Investitionsphase
- Personalkosten
- Unnötig hohes Maß an Versorgungssicherheit
- Überdimensionierung von Netzen
- Fehlgeschlagene Investitionen („stranded investments“)
- Beschaffungskosten für Systemdienstleistungen

(2) Erheblichkeitszuschlag

Vor der GWB-Novelle 1980 vertrat der Bundesgerichtshof die Auffassung, nur das erhebliche Abweichen vom Wettbewerbspreis rechtfertige eine Missbrauchsverfügung.²⁸ Bei der Umschreibung des Preismissbrauchs in § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F. (§ 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB n.F.) durch die 4.GWB-Novelle 1980 ist auf die Erheblichkeit bewusst verzichtet worden,²⁹ so dass die Gesetzgebungsgeschichte gegen das Erfordernis eines gesonderten Erheblichkeitszuschlages spricht.³⁰ Der Bundesgerichtshof hat allerdings in der Lufthansa-Entscheidung im Hinblick auf § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB entschieden, dass es eines deutlichen Abstandes zwischen den Preisen bedarf, um einen mit einem Unwerturteil verbundenen Missbrauch zu bejahen.³¹

WuW/E 2967, 2971 *Strompreis Schwäbisch Hall*; KG, WuW/E OLG 5926, 5929 *Spreegas*.

²⁸ BGH, WuW/E 1445, 1454 *Valium I*.

²⁹ Beschlussempfehlung/Bericht des Ausschusses für Wirtschaft zur 4.GWB-Novelle, BT-Drs. 8/3690, S. 25.

³⁰ Pohlmann, RdE 1998, 57, 60; Schultz, in: Langen/Bunte, 9. Aufl., GWB § 19 Rn. 104.

³¹ WuW/E DE-R 375, 379 *Flugpreisspaltung*.

Für die leitungsgebundene Energieversorgung hat der Bundesgerichtshof dagegen in einer Entscheidung zu § 103 Abs. 5 Abs. 2 Nr. 2 GWB a.F. festgestellt, dass diese Norm wegen der durch die Freistellung nach § 103 Abs. 1 GWB a.F. begründeten Monopolstellung nicht die Überschreitung des Vergleichspreises in erheblichem Umfang voraussetze.³² Diese Grundsätze, seien – worauf der Bundesgerichtshof in der Lufthansa/Preisspaltung-Entscheidung nochmals hingewiesen hat³³ – durch die Besonderheiten der seinerzeit bestehenden, durch Demarkations- und Leitungsrechte abgesicherten Monopolstellung der Versorgungsbetriebe bedingt und damit von den im Wettbewerb gebildeten Preisen (wie in der Lufthansa-Entscheidung) zu unterscheiden.

Der Wettbewerb konkurrierender Stromnetze um Stromtransporte zu Kunden ist aber auch künftig – jetzt nicht mehr aus rechtlichen, sondern aus faktischen Gründen – wegen des natürlichen Monopols der Netzbetreiber ausgeschlossen. Die Bedingungen und Besonderheiten, unter denen der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zu § 103 Abs. 5 GWB a.F. entwickelt hat, entsprechen denen, die auf dem Markt der Inanspruchnahme von Netzdurchleitungsdienstleistungen aufgrund des natürlichen Monopols der Netzbetreiber bestehen. Daher ist die Entscheidung des Bundesgerichtshofes im Fall Strompreis Schwäbisch Hall, dass wegen der Monopolstellung ein Erheblichkeitszuschlag nicht erforderlich ist, auf Preismissbrauchsverfahren gegen Stromnetzbetreiber wegen überhöhter Netznutzungsentgelte zu übertragen.

Ein Erheblichkeitszuschlag auf den ermittelten wettbewerbsanalogen Preis im Netzbereich ist somit nicht erforderlich.

e) Sachliche Rechtfertigung (Einwand der Kostenunterdeckung)

Der Wortlaut des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB sieht anders als Nr. 1 und Nr. 3 nicht vor, dass der Ausbeutungsmissbrauch durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sein kann. Dennoch fällt nach Auffassung des Bundesgerichtshofes das Verhalten eines Marktbeherrschers nicht unter den Tatbestand des Ausbeutungsmissbrauchs, wenn es sachlich gerechtfertigt ist.³⁴ Der Bundesgerichtshof bezieht sich dabei auf die vor der 4. GWB-Novelle ergangene Rechtsprechung und folgert die zusätzliche Einschränkung aus dem den Missbrauchs begriff kennzeichnenden Unwerturteil.

³² BGH WuW/E 2967, 2974 *Strompreis Schwäbisch Hall*.

³³ WuW/E DE-R 375, 379f. *Flugpreisspaltung*.

³⁴ BGH WuW/E 1965 *Gemeinsamer Anzeigentarif*, vgl. auch BGH WuW/E 1445, 1454 *Valium I*; KG WuW/E 2617, 2618 *Regional unterschiedliche Tankstellenpreise*.

Rechtfertigungsgründe können im Falle eines im übrigen festgestellten Preismissbrauchs i.S.d. § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB allerdings nur in einem äußerst eingeschränkten Umfang Berücksichtigung finden. Die Rechtfertigungsgründe müssen einen Wettbewerbsbezug aufweisen; sie reduzieren sich auf solche Umstände, die in den Preisvergleich über die dort vorgesehenen Korrekturzuschläge keinen Eingang finden können.³⁵

Zu den vorgebrachten Rechtfertigungsgründen wird in erster Linie die individuelle Kostensituation gehören, insbesondere der Einwand, dass die im Rahmen der Preismissbrauchsaufsicht gefundene Preisgrenze unter den Selbstkosten des Netzbetreibers liegt. Die Auffassung des Kammergerichts, dem Marktbeherrscher könne nicht zugemutet werden, seine Preise auf ein Niveau unter den eigenen Kosten zu senken,³⁶ wird dem Wettbewerbsbezug der kartellrechtlichen Preiskontrolle allerdings nicht gerecht.³⁷ Damit würde zu Lasten der Marktgegenseite im Rahmen der Preishöhenkontrolle die Ineffizienz des Marktbeherrschers respektiert.³⁸

Der Bundesgerichtshof hat in dem Fall Flugpreisspaltung/Lufthansa zu § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB entschieden, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen im Wege der Preismissbrauchsaufsicht nicht dazu gezwungen werden kann, entweder seine Leistung zu nicht einmal kostendeckenden Preisen anzubieten oder sich aus dem Wettbewerb gänzlich zurückzuziehen.³⁹ Danach ist es den Unternehmen – bei rationaler Betriebsführung - grundsätzlich möglich, dem Vorwurf des Preismissbrauches mit dem Einwand der Kostenunterdeckung zu begegnen.

Gegen eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB spricht, dass der Bundesgerichtshof ausschließlich auf die Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB eingegangen ist, die sich tatbestandlich von denen des § 19 Abs. 4 Nr. 2 nicht unerheblich unterscheiden (Möglichkeit der sachlichen Rechtfertigung mit Beweislastregel nur in § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB; Vergleich des Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens selbst auf verschiedenen Märkten bei § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB gegenüber Vergleich mit anderen Unternehmen beim räumlichen Vergleichsmarktkonzept im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB; Strukturmissbrauch in § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB gegenüber Ausbeutungsmissbrauch in § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB).

³⁵ Schultz, in: Langen/Bunte, 9. Aufl., GWB § 19 Rn. 107.

³⁶ KG, WuW/E OLG 2617, 2619 *Regional unterschiedliche Tankstellenpreise*, WuW/E DE-R 124, 128 *Flugpreis Berlin/Frankfurt am Main*.

³⁷ Hübschle, WuW 1998, S. 152.

³⁸ Schultz, in: Langen/Bunte, 9. Aufl., GWB § 19 Rn. 107.

³⁹ BGH WuW/E DE-R 375, 377 *Flugpreisspaltung*.

Wenn man demgegenüber eine Übertragung des Einwandes der Kostenunterdeckung als sachliche Rechtfertigung im Rahmen des Vergleichmarktkonzeptes auf den Tatbestand des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB für zulässig hielte, wäre zu beachten, dass dann – wie der Bundesgerichtshof zu § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB entschieden hat - nur solche Kosten beachtlich wären, die auf objektiven, für jeden anderen Anbieter gleichermaßen wirksam werden und nicht auf unbeachtlichen unternehmensindividuellen Umständen beruhen.⁴⁰ Der Einwand der Kostenunterdeckung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn auch bei ordnungsgemäßer Kostenzuordnung und Ausschöpfung etwaiger Rationalisierungsreserven Einnahmen erzielt würden, die die Selbstkosten nicht decken.

Beruft sich ein Unternehmen gegenüber dem Vorwurf, seine Netznutzungsentgelte seien gegenüber Vergleichsunternehmen missbräuchlich überhöht, auf den Einwand der Kostenunterdeckung, kann es – sofern man den Einwand im Rahmen des Vergleichmarktkonzeptes des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB überhaupt für zulässig hält - insbesondere nicht die auf unternehmensindividuellen Umständen beruhenden Kosten geltend machen, sondern muss zuvor seine Rationalisierungsreserven im Netzbereich ausschöpfen und kann nur die spezifischen dem Netzbetrieb zuzuordnenden objektiven Kosten ansetzen.

Weiterhin wäre in diesem Fall zu beachten, daß eine Kostenunterdeckung nicht bereits dann vorläge, wenn die kalkulatorischen Kosten eines Unternehmens nicht gedeckt würden. Aus dem Markt wird sich ein Unternehmen nicht schon dann zurückziehen, wenn es seine kalkulatorischen Kosten nicht deckt, sondern erst, wenn es tatsächlich einen Verlust ausweist. Selbst wenn es im Rahmen des Einwandes der Kostenunterdeckung auf die kalkulatorischen Kosten ankommen sollte, wäre zu berücksichtigen, daß etwa die Eigenkapitalverzinsung aus den kalkulatorischen Kosten herausgerechnet werden muß. Nicht erzielte Gewinne sind keine Verluste in diesem Sinne.

4. Zeitlicher Vergleichsmarkt

Anhaltspunkte für missbräuchlich überhöhte Netznutzungsentgelte im Strombereich kann auch das zeitliche Vergleichsmarktkonzept liefern. Bei diesem Konzept werden die Strompreis- und Erlössituation eines Unternehmens mit seinen entsprechenden Daten aus früherer Zeit verglichen.

⁴⁰ BGH WuW/E DE-R 375, 378 *Flugpreisspaltung*.

Ziel eines solchen Vergleichs wäre es, den Erlösanteil über alle Abnehmergruppen hinweg zu bestimmen, der vor der Liberalisierung des Strommarktes für die Netznutzung in dem betreffenden Netzgebiet zur Verfügung stand. Dieser Erlösanteil wird verglichen mit den entsprechenden Erlösen, die der Netzbetreiber nach der Liberalisierung erzielt. Insoweit kann festgestellt werden, ob das unverändert integrierte EVU seinen Kunden nach der Liberalisierung höhere Entgelte für die Netznutzung als früher berechnet.

Darüber hinaus kann geprüft werden, welche Erlöse das EVU auf der Basis seiner jetzigen Netznutzungsentgelte für die Lieferung des insgesamt über sein Netz geleiteten Stroms erhalten würde. Insoweit wird deutlich gemacht, ob die Entgeltregeln für die Netznutzung durch Dritte auf den Gesamtabsatz über das Netz angewendet im zeitlichen Vergleich zu höheren Erlösen für die Netznutzung führen.

Das Netz unterliegt kurzfristig regelmäßig keinen größeren Veränderungen. Es lässt sich deshalb die Aussage treffen, dass die Netzbetreiber beim Übergang in einen liberalisierten Markt grundsätzlich keine höheren Erlöse beanspruchen dürfen, als sie diesen Betriebsteil in einem integrierten EVU in der Zeit vor der Liberalisierung zur Verfügung standen. Maßstab für die Feststellung eines Missbrauchs ist also, ob sich bei der Umstellung auf den liberalisierten Markt die für den Netzbereich vereinnahmten oder kalkulierten Erlöse erhöht haben.

Bei diesem Vergleich werden nicht einzelne Abnahmefälle verglichen, sondern die gesamte Erlössituation des Unternehmens. Auf dieser Basis kann nur festgestellt werden, ob die allgemeine Höhe der auf das Netz entfallenden Erlösanteile überhöht ist. Ob die Erlöse auf die einzelnen Netznutzer oder Nutzergruppen missbrauchsfrei verteilt sind, lässt sich mit diesem Vergleich nicht beantworten.

Als Vergleichsjahre bieten sich die Geschäftsjahre 1997 (vor Liberalisierung) und 1999 oder - wenn verfügbar - 2000 an. Für einen solchen Vergleich sind reine Weiterverteiler besonders geeignet, weil bei diesen der Aufwand für die Strombeschaffung eindeutig feststellbar ist. Strombeschaffungskosten müssen in diesem Fall nicht kostenkalkulatorisch bewertet werden.

5. Sachlicher Vergleichsmarkt

Beim sachlichen Vergleichskonzept werden die Preise für andere Waren oder Leistungen zum Vergleich herangezogen. Mangels eines Substitutionsgutes für den Markt der

Stromnetznutzung scheidet ein Rückgriff auf einen sachlichen Vergleichsmarkt bei der Überprüfung der Netzentgelte im Strombereich aus.

II. Angemessenes Entgelt für den Netzzugang, § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

Nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB liegt ein Missbrauch vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf den vor- und nachgelagerten Märkten als Wettbewerber tätig zu werden. Die Vorschrift betrifft daher sowohl das „Ob“ (Zugangsverweigerung) als auch das „Wie“ (angemessenes Nutzungsentgelt) des Netzzugangs. Bei einer Kontrolle der Netznutzungsentgelte ist allein die Frage des „Wie“ der Durchleitung, also die Höhe des Durchleitungsentgeltes, problematisch, das in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB mit dem Begriff „gegen angemessenes Entgelt“ geregelt worden ist.

1. Begriff des angemessenen Entgeltes

Bei dem Merkmal des „angemessenes Entgeltes“ in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der der Auslegung bedarf. Die systematische Auslegung hilft insoweit nicht weiter, da der Begriff „angemessenes Entgelt“ im GWB sonst nicht verwendet wird. Ähnliche Begriffe finden sich im Energiewirtschaftsrecht in § 13 Abs. 2 Satz 2 EnWG (Übertragung von Netzen „gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung“⁴¹) und in § 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV („wirtschaftlich angemessenes Entgelt“).

Nach der amtlichen Begründung der Bundesregierung ist das Kriterium der sachlichen Rechtfertigung der Beurteilungsmaßstab dafür, ob die Nutzungsvergütung, die der Inhaber einer wesentlichen Einrichtung von einem Dritten verlangt, angemessen ist.⁴² Zu der Frage der Bestimmung einer angemessenen Höhe findet sich in den Gesetzesmaterialien keine Aussage.

2. Diskriminierungsverbot des § 6 Abs. 1 EnWG (intern/extern)

Für die Auslegung der kartellrechtlichen Generalklausel des angemessenen Entgeltes in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB sind die inhaltlichen Kriterien des EnWG und anderer einschlägiger

⁴¹ Dazu BGH, DE-R 409 *Endschaftsbestimmung*.

⁴² BT-Drs. 13/9720, zu § 19.

Normen, insbesondere die gesetzlichen Wertungen des § 6 Abs. 1 EnWG zu berücksichtigen.⁴³ Durch § 6 Abs. 1 EnWG wird die Anwendbarkeit der allgemeinen Missbrauchstatbestände nicht ausgeschlossen, wie sich aus § 6 Abs. 1 Satz 4 EnWG ergibt.

Hinsichtlich der Höhe der Netznutzungsentgelte findet sich in § 6 Abs. 1 Satz 1 EnWG die Regelung, dass die Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen anderen Unternehmen das Versorgungsnetz für Durchleitungen zu Bedingungen zur Verfügung zu stellen haben, die nicht ungünstiger sind, als sie von ihnen in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb ihres Unternehmens oder gegenüber verbundenen oder assoziierten Unternehmen tatsächlich oder kalkulatorisch in Rechnung gestellt werden. Weitergehend als § 20 Abs. 1 GWB verlangt § 6 Abs. 1 EnWG damit eine Gleichbehandlung von externen Dritten mit der eigenen Vertriebsabteilung. Der interne Verrechnungspreis wird einem Marktpreis gleichgestellt.⁴⁴

Da die konzern- oder unternehmensintern festgesetzten Durchleitungsentgelte im Rahmen des § 6 Abs. 1 EnWG über den Ansatz der kalkulatorischen Kosten einer weitgehenden Gestaltungsfreiheit des Netzinhabers unterliegen, kann ein solches Konzept erhöhte Durchleitungsentgelte begünstigen.⁴⁵ In keinem Fall dürfen vertriebsbezogene Kostenbestandteile in die Netznutzungsentgelte einberechnet werden.

Die integrierten Energieversorger werden bestrebt sein, im Netzbereich, in dem sie ein natürliches Monopol besitzen, die Netznutzungsentgelte möglichst hoch zu kalkulieren, die Kosten der Strombeschaffung und des Vertriebes dagegen, bei denen sie in einem Wettbewerbsverhältnis zu anderen Stromanbietern stehen, möglichst gering anzusetzen. Dadurch kann es mittelbar zu einer Diskriminierung der neuen Stromanbieter kommen, denn die integrierten Energieversorger können rechnerische Verluste im Vertriebsbereich durch hohe Gewinne infolge überhöhter Netznutzungsentgelte im Netzbereich ausgleichen.

⁴³ BKartAmt, WuW/E DE -V 149, 153 *Berliner Stromdurchleitung*; Tätigkeitsbericht BKartAmt 1997/98, S. 29; Bunte, in: Langen/Bunte, 9. Aufl., GWB, Sonderbereich Energiewirtschaft Rn. 29; Kühne, RdE 2000, S. 5f. Vgl. auch Stellungnahme des Bundesrates, dass das Entgelt nicht diskriminierend sein dürfe (BT-Drs. 13/9720, Ziff. 4).

⁴⁴ Büdenbender, ZIP 2000, S. 2228.

⁴⁵ Tätigkeitsbericht BKartAmt 1997/98, S. 29. In diesem Zusammenhang sei darauf verwiesen, dass auch kein energierechtlicher Grundsatz existiert, wonach Netzentgelte (ausschließlich) kostenorientiert zu bilden seien. Das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) enthält weder für den Fall des verhandelten Netzzugangs nach § 6 noch für den sogen. Netzzugangsalternative nach § 7 derartige Hinweise. Auch die Formulierung des § 6 Abs. 1 Satz („... tatsächlich oder kalkulatorisch in Rechnung gestellt werden“) besagt nur, dass auch unter Berücksichtigung von unternehmensinternen Kostenverrechnungen keine Diskriminierung von Wettbewerbern stattfinden darf.

3. Vergleichsmarktgesichtspunkte

Maßstäbe für das angemessene Entgelt finden sich nicht nur in § 6 Abs. 1 EnWG, sondern vor allem im Vergleichsmarktkonzept des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB.⁴⁶ Da die Bestimmung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB auf die Erweiterung wettbewerblicher Handlungsspielräume gerichtet ist, kann die Angemessenheit der Vergütung anhand eines wettbewerbsbezogenen Maßstabes ermittelt werden.⁴⁷ Netzinhaber können daher nur eine Vergütung verlangen, die auch bei Bestehen wesentlichen Wettbewerbs auf der Netzebene durchsetzbar wäre. Deshalb können im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB auch die Preisermessungskriterien des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB, insbesondere das räumliche und das zeitliche Vergleichsmarktkonzept herangezogen werden. Das bedeutet, dass das angemessene Durchleitungsentgelt durch einen Vergleich mit den Durchleitungsentgelten vergleichbarer Netzbetreiber ermittelt werden kann.

4. Behinderung

Im Rahmen des angemessenen Entgeltes können auch Behinderungsgesichtspunkte (§§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB) Berücksichtigung finden.⁴⁸ Netznutzungsentgelte, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen unbillig behindern, sind immer auch unangemessen i.S.d. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB.

5. Subtraktions-/Vergleichsmethode (bzgl. der Kostenbestandteile)

Weitere Hinweise auf missbräuchlich überhöhte Durchleitungsentgelte kann die folgende, hier als Subtraktions-/Vergleichsmethode (bzgl. der Kostenbestandteile) bezeichnete Vorgehensweise liefern:

Von dem Brutto-Stromverkaufspreis (Arbeitspreis und auf die kWh umgelegter Leistungspreis) eines integrierten Energieversorgers werden das Netznutzungsentgelt und die gesetzlich vorgegebenen Abgaben (Stromsteuer, Umsatzsteuer, Konzessionsabgaben) abgezogen. Der verbleibende Rest stellt die - überwiegend variablen - Kosten für Strombeschaffung und Vertrieb (Netto-Strompreis) dar.

Die so herausgerechneten Kosten für Strombeschaffung und Vertrieb können dann mit den Marktpreisen für Strombeschaffung oder den Strombeschaffungskosten anderer Energie-

⁴⁶ Lutz, RdE 1999, 102, 109; Tätigkeitsbericht BKartAmt 1997/98, S. 29.

⁴⁷ Schultz, in: Langen/Bunte, 9.Aufl, GWB § 19 Rn. 168.

⁴⁸ Siehe dazu unten D II 3.

versorger sowie mit den Vertriebskosten anderer vergleichbarer Energieversorger (da es hier keinen Marktpreis gibt) verglichen werden. Problematisch wird die Gegenüberstellung im Hinblick auf die Strombeschaffungskosten allerdings, wenn ein integrierter Stromversorger seinen Strom in erheblichem Umfang aus eigenen Anlagen bezieht.

Unterschreiten die so ermittelten Kosten für Strombeschaffung und Vertrieb die Marktpreise bzw. die dafür von anderen Energieversorgern durchschnittlich aufgewendeten Kosten erheblich, spricht dies für gezielt hoch angesetzte Netznutzungsentgelte durch den integrierten Energieversorger, um andere durchleitungswillige Stromanbieter zu behindern. In diesem Fall der Kombination hoher Netznutzungsentgelte und sehr gering angesetzter Strombeschaffungs- und Vertriebskosten besteht ein starkes Indiz für die Unangemessenheit der erhobenen Netznutzungsentgelte. Dieses Ermittlungsergebnis dürfte zwar für sich allein noch nicht für die Feststellung eines unangemessenen Entgeltes i.S.d. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ausreichen. Es ist aber geeignet, das im Rahmen einer Vergleichsbehandlung gefundene Ergebnis einer unangemessenen Preisgestaltung abzustützen.

Stellt sich nach Abzug der Netznutzungsentgelte und der gesetzlichen Abgaben vom Brutto-Stromverkaufspreis eines integrierten Stromversorgers heraus, dass der verbleibende Rest (also die Kosten für Strombeschaffung und Vertrieb) gleich Null oder sogar negativ ist, ist anzunehmen, dass der integrierte Energieversorger keine angemessenen Netznutzungsentgelte i.S.d. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB fordert. Bei diesem Ermittlungsergebnis – die Netznutzungsentgelte des integrierten Versorgers sind so hoch, dass in seinem Brutto-Stromverkaufspreis seine Kosten für die Strombeschaffung und den Vertrieb nicht enthalten sind oder sogar eine Kostenunterdeckung besteht – ist grundsätzlich von missbräuchlich überhöhten Netznutzungsentgelten auszugehen. Unsicherheiten ergeben sich hier nur in bezug auf die Festsetzung der Missbrauchsgrenze.

Sofern die betroffenen Energieversorger hiergegen einwenden, dass sie wegen des harten Wettbewerbes auf dem Strommarkt ihre Strombeschaffungs- und Vertriebskosten nicht an die Endkunden weitergeben könnten, ist auch zu prüfen, ob die betroffenen Unternehmen ihren Strom unter Einstandspreis verkaufen, was die Missbrauchstatbestände der Spezialnorm des § 20 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. Satz 1 und der §§ 20 Abs. 1, 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB erfüllen könnte.

6. Kostenbetrachtung

Die Angemessenheit des Entgeltes kann neben Vergleichsmarktgesichtspunkten auch nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten auf der Grundlage einer Kostenbetrachtung beurteilt werden. Bei der Ermittlung der Kosten für die Netznutzungsentgelte kann in gewissem Umfang auf die bei der Überprüfung der Strompreise für Tarifkunden nach §12 BTO/Elt entwickelten Kriterien und Maßstäbe zurückgegriffen werden.

Zu den problematischen Gesichtspunkten der Kostenbetrachtung von Netznutzungsentgelten gehören insbesondere:

- Abschreibung des notwendigen Betriebsvermögens
- Eigenkapital- und Fremdkapitalverzinsung
- Substanzerhaltung bzw. Inflationsausgleich
- Wagniszuschlag
- Rationelle Betriebsführung
- Berücksichtigung von überdimensionierten Netzen
- Zuordnung von Kosten zum Netzbereich in Abgrenzung zu anderen Bereichen und Zuordnung zu den unterschiedlichen Netzebenen
- Zurechnung überhöhter Netznutzungsentgelte des vorgelagerten Netzbetreibers

a) Aufbau der Kostenrechnung

Üblicherweise werden in der Theorie der Kostenrechnung nach der Fragestellung drei „Stufen“ der Kostenrechnung unterschieden, deren Ergebnisse jeweils unterschiedliche Fragestellungen beantworten:

(1) Die Kostenartenrechnung (Welche Kosten sind entstanden?)

Sie erfasst alle im Unternehmen entstandenen Kosten nach Kostenarten (z.B. Materialverbrauch, Lohn- und Gehaltskosten, Abschreibungen, Zinsen usw.)

(2) Die Kostenträgerrechnung (Wofür sind die Kosten angefallen?)

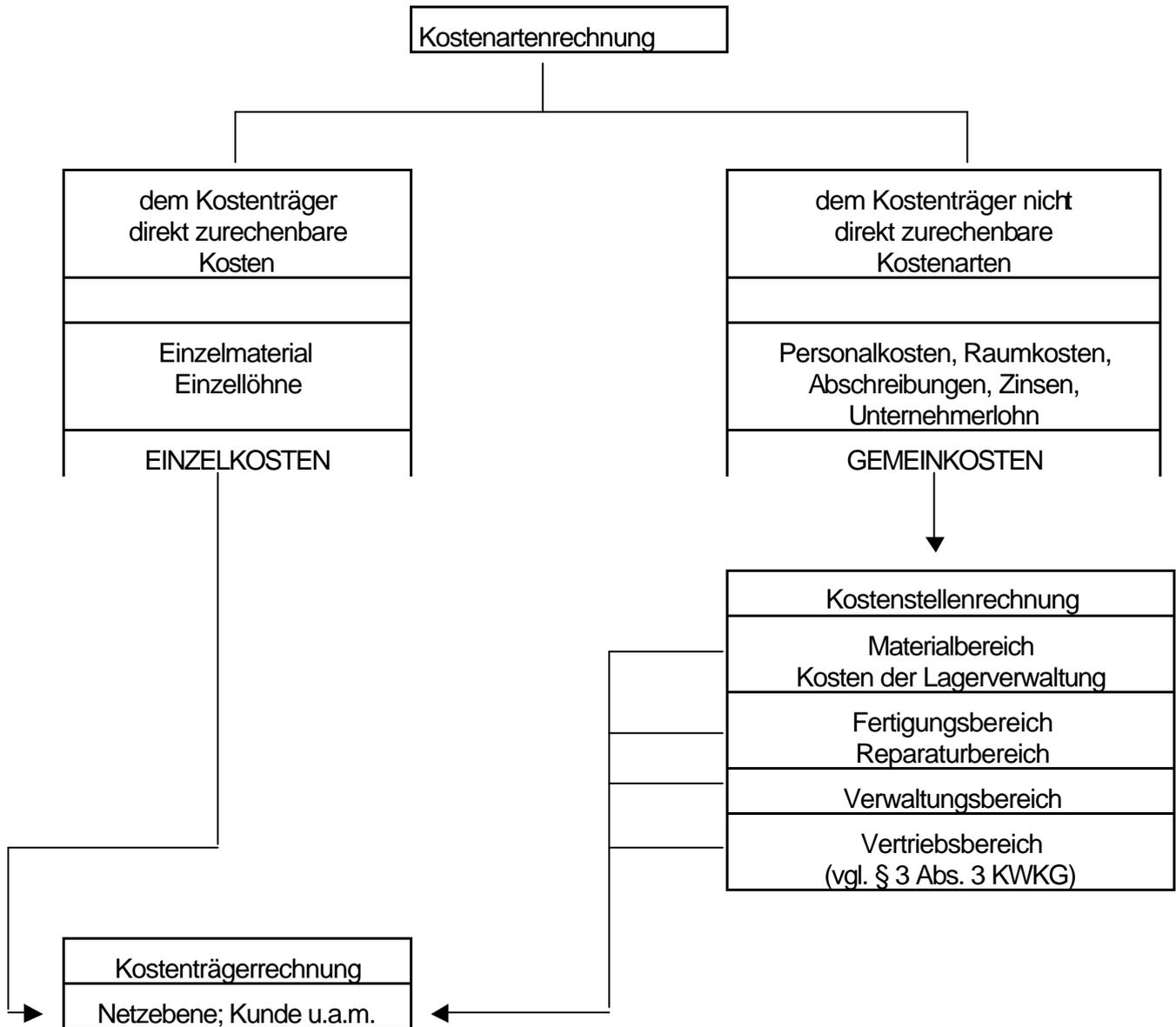
Sie ordnet die Kosten den „Produkten“ des Unternehmens, im Falle der Beurteilung von Netzentgelten also die einzelnen Dienstleistungen des Netzbetreibers (z.B. Übertragung elektrischer Leistung oder Arbeit, differenziert nach verschiedenen Spannungsebenen) zu.

(3) Die Kostenstellenrechnung (Wo sind die Kosten angefallen?)

Sie teilt die Kosten den einzelnen Organisationseinheiten des Betriebes zu. (z.B. Verwaltung, Vertrieb, Abrechnung, Netzbetrieb usw.). Sie erlangt besondere Bedeutung für die

Weiterverteilung von Kosten, die den Kostenträgern nicht direkt zugeordnet werden können, und stellt sich insofern als Bindeglied zwischen Kostenarten- und Kostenträgerrechnung dar.

Das nachfolgende Schema verdeutlicht die Zusammenhänge:



b) Kostenbegriff

Eine allgemeine und allein gültige Methode zur Kostenermittlung (Bestimmung der Kostenarten) gibt es nicht. Vielmehr ist die Frage, was Kosten bzw. wie Kosten zu definieren sind, Gegenstand divergierender Auffassungen in der Betriebswirtschaftslehre, was sich insbesondere in unterschiedlichen Kostenermittlungskonzeptionen niederschlägt.⁴⁹

Auch ist der Kostenbegriff weder gesetzlich noch durch Rechtsverordnung eindeutig bestimmt. Die Kostenrechnung ist Teil des internen Rechnungswesens. Sie dient in dieser Funktion der Orientierung des Unternehmens über die Kosten- und Erlöslage und kann insoweit nach eigenen Zwecken ausgestaltet werden. Was ein Unternehmen als Kosten ansehen will, kann - insbesondere soweit es sich um die Verrechnung sogen. „kalkulatorischer Kosten“ (kalkulatorische Abschreibungen, Zinsen, Wagnisse, Unternehmerlohn) handelt, im Hinblick auf die mit der Kostenrechnung verfolgten Erkenntnisziele frei bestimmt werden.

c) Begrenzung des unternehmerischen Gestaltungsspielraums

Für Kostenrechnungen, die der Ableitung von Selbstkostenpreisen im Rahmen kartellrechtlicher Verfahren dienen, kann es dagegen keine derartige unternehmerische Gestaltungsfreiheit geben, ebenso wenig wie dies z.B. bei der Konkretisierung des Kostenbegriffs im Rahmen der Stromtarifaufsicht nach § 12 BTO/Elt oder sonstiger kostenorientierter Preisadministration der Fall sein kann. Gestaltungsspielräume in der Selbstkostenrechnung würden in diesem Falle Preissetzungsspielräume bedeuten, die eine effektive Missbrauchsaufsicht verhindern.

Der Kostenbegriff ist für Preiskontrollen aufgrund gesetzlicher Vorschriften jeweils im Lichte der Zielsetzung der betreffenden Gesetzesvorschrift zu bestimmen, es ist ein normativer Kostenbegriff zugrunde zu legen.⁵⁰

d) Wettbewerbsbezogene Kostenermittlungsmethoden

Soweit der Kostenbegriff in der Missbrauchsaufsicht relevant wird, muss seine Bedeutung deshalb im Lichte der Zielsetzung des § 19 GWB unter Berücksichtigung grundlegender

⁴⁹ Vgl. BGH WuW/E DE-R 409, 417 *Endschaftsbestimmung*.

⁵⁰ Vgl. Badura, in: Badura/Kern: Maßstab und Grenzen der Preisaufsicht nach § 12a der Bundestarifordnung Elektrizität, Heidelberg 1983, S. 56.

Erkenntnisse der Volks- und Betriebswirtschaftslehre, aber auch der bisherigen Erfahrungen mit kostenorientierter Preisbildung, bestimmt werden.

Da die Bestimmung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB auf die Erweiterung wettbewerblicher Handlungsspielräume gerichtet ist,⁵¹ führt der wettbewerbsbezogene Maßstab des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB dazu, bei mehreren betriebswirtschaftlich anerkannten Kostenermittlungs- und -kalkulationsmethoden der Methode der Vorrang einzuräumen, die den größten Wettbewerbsbezug aufweist und dem Wettbewerb am meisten dient. Bei der Interessenabwägung zwischen den Interessen des Netzbetreibers und den die Durchleitung begehrenden Dritten ist der Gedanke des Wettbewerbes angemessen zu berücksichtigen.

Dieser wettbewerbsbezogene Maßstab findet sich auch in der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 16.11.1999⁵² wieder. In dieser Entscheidung hat der Bundesgerichtshof bei der Frage, wie das angemessene Entgelt für den Kauf eines Energieversorgungsnetzes zu ermitteln ist, die betriebswirtschaftlich anerkannte Substanzwertmethode insoweit abgelehnt, als diese den nach der ebenfalls betriebswirtschaftlich anerkannten Ertragswertmethode ermittelten Preis übersteigt. Von mehreren betriebswirtschaftlich anerkannten Berechnungsmethoden hat der Bundesgerichtshof damit der Berechnungsmethode den Vorrang eingeräumt, die der Förderung des Wettbewerbes dienlicher war.

Insbesondere sind in Kostenrechnungen, die der Ableitung wettbewerbsanaloger Preise dienen, nur solche Kosten einzustellen, die auch unter Wettbewerbsbedingungen in die Preise überwälzbar sind. Empirische Untersuchungen darüber, in welcher Höhe sich Kosten (im Sinne einer „Feinabstimmung„ des Kostenbegriffs) in Wettbewerbspreisen widerspiegeln, sind bisher nicht systematisch betrieben worden. In der umfangreichen Literatur zur Kostenrechnung wird dagegen überwiegend eine normative, entscheidungsorientierte Theorie der Kosten dargestellt, die die Ableitung von Empfehlungen für die Preisgestaltung unter Annahme bestimmter Zielsetzungen (z.B. Amortisationszeiten, Gewinnerwartungen) erlaubt. In welchem Maße sich Unternehmen unter Wettbewerbsbedingungen nach derartigen Empfehlungen verhalten, ob unter den Bedingungen eines realen Wettbewerbsmarktes die Empfehlungen für bestimmte Kostenansätze zu wettbewerbsgerechten Preisen führen, ist - soweit ersichtlich - bisher nicht ausreichend untersucht worden.

⁵¹ Schultz, in: Langen/Bunte, 9.Aufl., GWB § 19 Rn. 168.

⁵² BGH WuW/E DE-R 409, 417 *Endschaftsbestimmung*.

e) Übertragung der Erfahrungen aus der Strompreisaufsicht

Erfahrungen liegen allerdings aus der Strompreisaufsicht nach § 12 BTOElt vor, die bei der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht über Betreiber von Energieversorgungsnetzen nutzbar gemacht werden können. Diese Erfahrungen sind für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über Netzbetreiber besonders deshalb von Bedeutung, weil sich die Tarifaufsicht nach § 12 BTOElt ebenfalls auf Stromversorgungsunternehmen erstreckt, die „ein Netz für die allgemeine Versorgung, nach § 3 Abs. 3 EnWG betreiben.

Die Definition eines geeigneten Kostenbegriffs ist Gegenstand einer intensiven Fachdiskussion um eine sachgerechte Stromtarifaufsicht in den zurückliegenden Jahren gewesen. Die Strompreisaufsicht war mit dem Phänomen konfrontiert, dass die Versorgungsunternehmen über lange Zeiträume hinweg niedrigere Preise gefordert haben, als kostenrechnerisch abgeleitet.⁵³ Die Preisgenehmigungsbehörden haben aus diesem Umstand geschlossen, dass die den Kostenrechnungen zugrunde liegende Definition des Kostenbegriffs nicht sachgerecht sei. Die Untersuchungen haben gezeigt, dass die Kostenansätze auch Ertragsforderungen enthielten, die von den Kapitalgebern der Versorgungswirtschaft letztendlich nicht erhoben worden sind.

Dies gab den Anstoß für die Entwicklung einer neuen Richtlinie für die Ermittlung von Kostenpreisen im Tarifgenehmigungsverfahren, die den Kostenbegriff enger abgegrenzt hat und die unter dem Begriff „Arbeitsanleitung zur Darstellung der Kosten- und Erlösentwicklung in der Stromversorgung, [nach dem Beschluss des Bund-Länder-Ausschusses „Energiepreise, vom 10./11.06.1997 („Arbeitsanleitung 1997“)]⁵⁴ bekannt geworden ist. Auf der Basis dieser Richtlinie sind Proberechnungen erstellt worden, die gezeigt haben, dass die gefundene Abgrenzung des Kostenbegriffs die bis dahin vorhandenen offenen Preiserhöhungsspielräume der Unternehmen eingrenzt, andererseits keine Einschränkung der Erlösansprüche bedeutet, die zu einem Substanzverlust führen müssen. Die Arbeitsanleitung berücksichtigt auch die Änderung der „Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten“⁵⁵ im Jahre 1989.⁵⁶ Die Arbeitsanleitung ist eine Richtlinie zur Kostenartenrechnung.

⁵³ Siehe dazu: Schäfer, G.: Kalkulatorische Abschreibung und Verzinsung im Rahmen wirksamer Stromtarifaufsicht. Überlegungen zu Konsequenzen der Ergebnisse der Proberechnungen zur Neufassung der „Arbeitsanleitung zur Darstellung der Kosten- und Erlösentwicklung in der Stromversorgung,“ vorgelegt anlässlich des 2. Kolloquiums „Tarifgenehmigung und Preisaufsicht in der Energiewirtschaft,“ des FORUM-Instituts für Management am 17. Februar 1995 in Köln.

⁵⁴ Nebst Begründung abgedruckt in: Obermolte-Danner, Energiewirtschaftsrecht, EnPrR III, S. 1-14

⁵⁵ Anlage zur Verordnung PR Nr. 30/53 vom 21.11.1953

⁵⁶ Verordnung PR Nr. 1/89 vom 13.6.1989.

Bei der kostenrechnerischen Simulation von Wettbewerbspreisen i.S. des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB kann kein weiter gefasster Kostenbegriff zugrundegelegt werden als seinerzeit für die Tariffbildung nach § 12 BTOElt entwickelt. Auch die Stromtarifaufsicht zielt darauf, Verhaltensspielräume der Versorger zu begrenzen, die sich aus der starken Marktstellung ergeben. Es spricht deshalb alles dafür, als Kosten allenfalls die nach der „Arbeitsanleitung 1997“ berücksichtigungsfähigen Positionen zu akzeptieren, soweit Kostenprüfungen im Rahmen der Missbrauchsaufsicht nach dem GWB über Netzbetreiber anzustellen bzw. zu prüfen sind.

Die „Arbeitsanleitung 1997“ weicht in einigen Punkten von dem Leitfaden⁵⁷ der Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke (VDEW) für die Kalkulation von Netznutzungsentgelten ab. Auf einige wesentliche Abweichungen wird nachfolgend hingewiesen. Auch soweit die Arbeitsanleitung ergänzende Festlegungen im Verwaltungsverfahren fordert bzw. die Kartellbehörden besondere Prüfungsmaßstäbe aufstellen, wird dazu in den nachstehenden Hinweisen für die Praxis der kartellrechtlichen Prüfung Stellung genommen

Die Hinweise folgen dem Aufbau der „Arbeitsanleitung 1997“.

(1) Fremdkapitalzinsen (zu Tz. D 5 der „Arbeitsanleitung“)

Die Berücksichtigung des Zinsaufwandes als Kosten wird auf ein Niveau begrenzt, das sich bei günstigster Fremdkapitalbeschaffung am Markt erzielen lässt.⁵⁸ Als Zinsen werden nur marktgerechte Zinsen zugelassen. Liegen die tatsächlichen Zinsaufwendungen höher, so sind entsprechende Korrekturabschläge erforderlich.

(2) Betriebliche Steuern (zu Tz. D 6 der „Arbeitsanleitung“)

Die „Arbeitsanleitung“ lässt den Ansatz von Ertragsteuern als Kosten grundsätzlich nicht zu. Derartige Steuern sind aus dem Ergebnis zu decken. Dies gilt zunächst für die Körperschaft- und Einkommensteuer, aber auch für die Gewerbebeertragsteuer und für einen Ansatz von Steuern auf den sog. Scheingewinn.⁵⁹ Insoweit ergeben sich Abweichungen von

⁵⁷ Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke - VDEW - e.V.: Leitfaden zur Ermittlung von Netznutzungsentgelten - Grundlagen der Kostenermittlung, Frankfurt am Main 30.6.2000

⁵⁸ Siehe das Gutachten von Ewi/frontier economics im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums zur „Zusammenstellung von Kostenrechnungsansätzen für kalkulatorische Kosten von Stromnetzen (Transport und Verteilung) in den Ländern Norwegen, England/Wales, Dänemark und Niederlande“, S. 5 und S.21f.

⁵⁹ Zum Thema „Steuern auf den Scheingewinn“ siehe die nachfolgenden Erläuterungen zum Thema Substanzerhalt.

den Empfehlungen des VDEW-Leitfadens, der sowohl die Gewerbeertragsteuer als auch die sog. Scheingewinnbesteuerung als Kostenansatz berücksichtigt sehen möchte.

(3) Bestimmungen zum Betriebsergebnis (zu Tz. E bis G der „Arbeitsanleitung“)

Die „Arbeitsanleitung“ will Kosten deutlich von Ertragskomponenten abgrenzen. Deshalb ordnet sie sowohl die Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals einschl. einer Komponente für Risiko (Wagnis) als auch den Ausgleich zur Substanzerhaltung der Ergebnis- bzw. Ertragsphäre zu. Der VDEW-Leitfaden berücksichtigt dagegen diese Komponenten als Kosten.

(4) Ausgleich zur Substanzerhaltung (zu Tz. F der „Arbeitsanleitung“)

Die „Arbeitsanleitung“ sieht einen „Ausgleich zur Substanzerhaltung“ vor. Der Ausgleichsbetrag wird durch Berechnung der Mehrabschreibungen auf den Tagesneuwert für den eigenfinanzierten Teil der Anlagegüter ermittelt. Dies entspricht der Empfehlung des VDEW-Leitfadens. Nach den Vorgaben der „Arbeitsanleitung“ darf die zur Ermittlung des Ausgleichsbetrages zur Substanzerhaltung ansetzbare Eigenkapitalquote 40 % nicht übersteigen.

Während der VDEW-Leitfaden ferner die Berücksichtigung von Ertragsteuern auf jenen Betrag empfiehlt, um den die kalkulatorischen Abschreibungen die bilanziellen übersteigen, schließt die Arbeitsanleitung dies aus. Die „Scheingewinn“ genannte Differenz stellt - jedenfalls über die Lebensdauer eines Anlagegutes - den Mehrbetrag der Abschreibungen auf Tagesneuwerte dar. Dieser Ausgleich zur Substanzerhaltung ist als Element des Inflationsausgleichs im Rahmen einer auf dem Nominalwertprinzip basierenden Rechnungslegung eine Ertragskomponente. Auch in anderen Anlageformen unterliegt ein dem Inflationsausgleich dienender Ertrag der Ertragsteuerbelastung. Eine Sonderbehandlung des Ertragselementes „Ausgleich zur Substanzerhaltung“ ist deshalb nicht angebracht.

(5) Bestimmung des betriebsnotwendigen Vermögens (zu Tz G 1.1, 2. Absatz der „Arbeitsanleitung“)

Der kalkulatorische Restwert des Anlagevermögens (auf der Basis der Anschaffungs- und Herstellkosten) bedarf besonders sorgfältiger Prüfung. In mehreren Bundesländern sind bei der Stromtarifkontrolle über lange Zeit hinweg kalkulatorische Abschreibungen unter Ansatz steuerlich zulässiger Nutzungsdauern berücksichtigt worden. Entsprechend niedrig

müssten die kalkulatorischen Restwerte sein. Ein Wiederaufleben der einmal erreichten Restwerte, das offenbar von vielen EDV-Programmen bei Änderung der Nutzungsdauern vorgenommen wird, ist auszuschließen, um eine Doppelverrechnung von Zinsen und Abschreibungen zu vermeiden. Dies erfordert einen lückenlosen Nachweis über die Verrechnung kalkulatorischer Abschreibungen seit Anschaffung bzw. Herstellung jedes einzelnen Wirtschaftsgutes.

In jedem Falle soll ein Abgleich der bilanziellen Restwerte mit den kalkulatorischen erfolgen. Liegt der kalkulatorische Restwert um mehr als das Eineinhalbfache über dem bilanziellen Restwert, so bedarf dies einer besonderen Begründung bzw. Nachprüfung. Ein Verhältnis größer 2:1 sollte aufgrund der Erfahrungen im Rahmen der Tarifpreisaufsicht in der Praxis ausgeschlossen bleiben.

(6) Höhe der Vergütung für Eigenkapitalbindung (zu Tz. G 1.2 der „Arbeitsanleitung“)

Die Arbeitsanleitung verzichtet bewusst auf die Festlegung eines Kalkulationszinssatzes. Die Vergleichsrendite aus der Anlage in festverzinsliche Wertpapiere soll ausdrücklich nur insoweit herangezogen werden, als keine geeigneteren Maßstäbe zur Verfügung stehen. Die Arbeitsanleitung will mit dieser Offenheit sicherstellen, dass sowohl Marktschwankungen der Rendite Rechnung getragen werden kann als auch, dass unter den Bedingungen der „Arbeitsanleitung“, den Unternehmen bei rationeller Betriebsführung Erlöse bzw. Erträge zugestanden werden, die auch in anderen Anlageformen mit vergleichbarer Kapitalbindungsdauer und mit vergleichbarem Anlagerisiko erzielt werden können.

Bei der Beurteilung der Angemessenheit eines Kalkulationszinssatzes ist auch ein Abgleich mit Ergebnissen der handelsrechtlichen Rechnungslegung vorgesehen. Die Erfahrungen der Preisaufsichtsbehörden lassen vermuten, dass die Entscheidungen der Wirtschaftsunternehmen über Preise und Ertragserwartungen in hohem Maße von den Erfordernissen der handelsrechtlichen Rechnungslegung (externe Rechnungslegung: Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung) beeinflusst werden. Ob die Ertragslage gut, auskömmlich oder zu gering ist, wird von den Unternehmen weit stärker anhand der Ergebnisse der Gewinn- und Verlustrechnung beurteilt als anhand einer kalkulatorisch ermittelten Rendite. Es ist deshalb sachgerecht, bei der Festlegung eines Zinssatzes für die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung auch zu prüfen, ob seine Berücksichtigung in der Preiskalkulation zu angemessenen Ergebnissen in der Gewinn- und Verlustrechnung führt.

Auch Kostenrechnungen, die zur Simulation von Wettbewerbspreisen angestellt werden, müssen deshalb mit den Ergebnissen der Gewinn- und Verlustrechnungen abgeglichen werden. Dies hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in seinem Urteil vom 12.1.1989⁶⁰ auch für Kostenrechnungen im Rahmen von Stromtarifgenehmigungsverfahren für angemessen gehalten. Nach Überzeugung des Gerichts können die Ergebnisse beider Rechnungslegungen nicht auf Dauer wesentlich voneinander abweichen.⁶¹ Die „Arbeitsanleitung 1997“ hat diesem Gesichtspunkt dadurch Rechnung getragen, dass ein Abgleich der Ertragskomponenten in der kalkulatorischen Rechnung mit Ergebnissen des handelsrechtlichen Jahresabschlusses gefordert wird.⁶² Dieser notwendige Abgleich bezieht sich nicht auf die Ergebnisse der Kostenrechnung eines Unternehmens und eines Jahres. Er erfolgt branchendurchschnittlich und über mehrere Jahre.

Soweit (zunächst) hilfsweise auf die Vergleichsrendite aus festverzinslichen Wertpapieren abgestellt wird, kann nur der inflationsbereinigte Zins (Realzins) angewandt werden, weil der Inflationsausgleich nach den Vorgaben der Arbeitsanleitung über einen besonderen „Ausgleich für Substanzerhaltung“ geleistet wird.

Im übrigen wird darauf hingewiesen, dass die Arbeitsanleitung eine Orientierung am 5-Jahres-Mittel der Umlaufrendite vorsieht, während der VDEW-Leitfaden vom 10-Jahres-Mittelwert ausgeht.

Für die hilfsweise Herleitung eines Kalkulationszinssatzes aus der Umlaufrendite ergibt sich zum Ende des Jahres 2000 folgendes Bild: Gegenwärtig liegt der 5-Jahres-Durchschnitt der Umlaufrendite bei etwa 5 v.H. Der Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte ist von 1991 (=100) bis Anfang 2000 nicht gestiegen, er lag zwischenzeitlich sogar bei 98,5 im Jahre 1999. Im Jahr 2000 ist bis Oktober jedoch ein Anstieg um 3,7 v.H. zu verzeichnen. Der durchschnittliche Preisanstieg von 1996 (Indexwert 98,8, Jahresmittel) bis Oktober 2000 (3 1/3 Jahre) lag bei 1,46 v.H.⁶³ Subtrahiert man diesen Wert von der Umlaufrendite, so erhält man einen Realzinssatz von 3,54 v.H.

Bei der Bewertung dieser - vordergründig niedrig erscheinenden - Verzinsung ist zu berücksichtigen, dass sie sich auf ein nach kalkulatorischen Methoden ermitteltes Vermögen bezieht, deshalb nicht mit der Verzinsung des bilanziell ausgewiesenen Kapitals gleichzu-

⁶⁰ RdE 1989, S. 40ff.

⁶¹ RdE 1989, S. 44f.

⁶² Arbeitsanleitung 1997, Ziffer G.2.

⁶³ Alle Angaben nach dem Monatsbericht der Deutschen Bundesbank für Dezember 2000, siehe Seiten 51 und 65.

setzen ist. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass die „Arbeitsanleitung 1997,, die Berücksichtigung des Nominalzinssatzes zulässt für Kapitaleinsatz zur Finanzierung von Vermögensgegenständen, auf die kein Ausgleich zur Substanzerhaltung erfolgt. Dies trifft z.B. auf das eigenfinanzierte Umlaufvermögen zu.

(7) Wagniszuschlag

Das allgemeine Kapitalanlagerisiko wird in der Umlaufrendite für festverzinsliche Wertpapiere abgebildet, da auch derartige Anlagen mit diesem Risiko behaftet sind. Der Bund-Länder-Ausschuss „Energiepreise“ hat bei der Erarbeitung der Arbeitsanleitung 1997 in der Stromversorgung kein nennenswert darüber hinausgehendes allgemeines (d.h. nicht durch den Ansatz von Einzelwagnissen bzw. Versicherungsbeiträgen gedecktes) Unternehmerwagnis gesehen. Dies gilt unter den Bedingungen eines wettbewerblich geöffneten Marktes nicht mehr für alle Bereiche der Energieversorgung. Das Risiko der Kapitalanlage im Netzbetrieb stellt sich dagegen auch nach der Energierechtsnovelle von 1998 und der 6. GWB-Novelle nicht wesentlich anders als bei Abfassung der Arbeitsanleitung 1997 dar.

Es erscheint deshalb angemessen, dieses Risiko bei der Ableitung von Kostenpreisen für den Netzbetrieb nicht gesondert zu berücksichtigen, vielmehr auf die Umlaufrendite aus festverzinslichen Wertpapieren abzustellen. Risikozuschläge zur Umlaufrendite bedürfen besonderer Rechtfertigung; sie müssen durch empirische Untersuchungen begründet werden.

f) Rationelle Betriebsführung

Ergänzend wird an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass Kosten grundsätzlich nur insoweit berücksichtigt werden, als sie bei effizienter Leistungsbereitstellung bzw. rationeller Betriebsführung unvermeidbar sind. Dieser Grundsatz, der auch bei der Kalkulation administrierter Preise gilt, ist ohne Zweifel bei der Bestimmung von Selbstkostenpreisen in kartellrechtlichen Verfahren zu berücksichtigen. Ausdrücklich hat der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss zur Flugpreisspaltung darauf hingewiesen, dass nur die „bei Ausschöpfung etwaiger Rationalisierungspotentiale“ entstehenden Kosten berücksichtigt werden können. Kosten, die bei wirtschaftlicher Betriebsführung vermeidbar sind, sind unter Wettbewerbsbedingungen nicht auf Verbraucher überwälzbar.

Die tatsächlich entstandenen Kosten können nicht mit den Kosten bei rationeller Betriebsführung gleichgesetzt werden. Geeignet für eine Überprüfung, ob die erfassten Kosten ei-

ner rationellen Betriebsführung entsprechen, wären die von ausländischen Regulierungsbehörden (z.B. in Norwegen, England & Wales, Niederlande) angewandten Benchmarking-Methoden. Das Benchmarking ist in diesen Ländern das zentrale Element der Kostenerfassung und -bewertung im Hinblick auf eine rationelle Betriebsführung.⁶⁴

g) Berücksichtigung von Kosten für überdimensionierte Netzanlagen

Die Kartellbehörden halten das hohe Sicherheitsniveau und die geringe Störanfälligkeit des deutschen Stromnetzes für wichtig und werden dies bei Missbrauchsverfahren zur Überprüfung der Netznutzungsentgelte berücksichtigen; auch nach der Liberalisierung des Strommarktes ist das erforderliche Sicherheitsniveau einzuhalten.

Bei der Netzdimensionierung sind gebietsstrukturelle Faktoren und der Aspekt zu beachten, dass die Netze teilweise für einen prognostizierten höheren Abnahmebedarf in der Zukunft ausgelegt sein können. Dies kann für die Endverbraucher letztlich günstiger sein, als später bei gestiegener Nachfrage nachzurüsten. Diese Aussage ist aber nicht in jedem Fall richtig, sondern im Einzelfall zu verifizieren.

Die Kosten für Netzanlagen, die aufgrund überhöhter Anforderungen an die Versorgungssicherheit installiert wurden, können nach Auffassung der Kartellbehörden nicht unkontrolliert in die Höhe der Netznutzungsentgelte einfließen. Im Hinblick auf die erforderliche Versorgungssicherheit orientieren sich die Kartellbehörden beim Übertragungsnetz als äußerste Grenze am Grid-Code, den die Unternehmen selbst untereinander als Maßstab für die Versorgungssicherheit hinsichtlich des Übertragungsnetzes vereinbart haben. Der Grid-Code geht von einem $n-1$ Sicherheitskriterium aus. Eine über diese Grenze hinausgehende Absicherung der Netzanlagen kann bei der Ermittlung der Netznutzungsentgelte nicht angesetzt werden. Die Kosten für solche überdimensionierten Anlagen werden von den Kartellbehörden nicht anerkannt. Es bleibt darüber hinaus vorbehalten, im Einzelfall die Sicherheitsregelungen des Grid-Code als überzogen zu beurteilen.

h) Zuordnung der Kosten auf die Kostenträger

Die Zuordnung von Kosten zu den einzelnen Leistungen des Netzbetriebs – entweder durch direkte Zuordnung zu den Kostenträgern oder indirekt über Zuschlüsselung zu den

⁶⁴ Vgl. Gutachten von Ewi/Frontier economics im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums zur „Zusammenstellung von Kostenrechnungsansätzen für kalkulatorische Kosten von Stromnetzen (Transport und Verteilung) in den Ländern Norwegen, England/Wales, Dänemark und Niederlande“, S. 9.

Kostenträgern durch Hilfsrechnungen (Kostenstellenrechnung)⁶⁵ - ist bei einem reinen Netzünternehmen vergleichsweise einfach. Gleichwohl bedarf schon in diesem Fall die Zuordnung von Kosten, die den Kostenträgern nicht direkt zugeordnet werden können, bestimmter Konventionen (Beispiel: Schlüsselung der Kosten der Verwaltung, aber auch der für die Erstellung verschiedener Netzdienstleistungen gemeinsam genutzter Anlagen, etwa des Hochspannungsnetzes). Weit anspruchsvoller stellt sich die Kostenzuordnung in einem integrierten (Netzbetrieb und Vertrieb umfassenden) Unternehmen oder gar in einem sog. Querverbundunternehmen (eine Vielzahl von Stadtwerken sind sog. Querverbundunternehmen mit den Sparten Energie, Wasser, Verkehr). In diesen Fällen müssen die nicht direkt zurechenbaren Kosten zunächst den Unternehmensbereichen zugeordnet werden, bevor sie den Kostenträgern zugeschlüsselt werden können.

Für die Ausgestaltung der Kostenträgerrechnung gilt in diesem Zusammenhang das zur Abgrenzung des Kostenbegriffs Gesagte sinngemäß. Gestaltungsspielräume der Unternehmen bei der Kostenschlüsselung würden bei kostenorientierter Preisbildung Preissetzungsspielräume bedeuten, die eine effektive Missbrauchsaufsicht behindern würden. Die Schlüsselungen haben sachgerecht im Hinblick auf die Zielsetzung der Förderung des Wettbewerbs zu erfolgen. Stehen mehrere Kostenschlüssel zur Verfügung, so ist derjenige zu wählen, der der Förderung des Wettbewerbs dienlicher ist.

Für die Zuordnung wichtiger nicht direkt zurechenbarer elektrizitätsspezifischer Kostenblöcke verwendet die Elektrizitätswirtschaft mehrere Kostenträgerrechnungsverfahren (Spitzenlastanteilsverfahren, Höchstlastverfahren usw.) Die Arbeitsgruppe der Kartellbehörden verzichtet zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Abschlussberichts darauf, einzelne Verfahren für die Ableitung wettbewerbsanaloger Preise grundsätzlich auszuschließen, da die Praxis bisher zeigt, dass alle anerkannten Verfahren zu ähnlichen Ergebnissen führen. Die Kartellbehörden werden jedoch, soweit Kostenprüfungen im Rahmen von Missbrauchsverfahren Bedeutung erlangen, diesem Gesichtspunkt erneut prüfen und ggf. einengende Festlegungen treffen.

Nicht hinnehmbar ist in jedem Fall ein Kostenverrechnungssystem, das nach dem Prinzip der "Anlegbarkeit" bzw. „Tragfähigkeit“ ausgerichtet ist. Bei diesem Prinzip werden die Kosten nicht verursachungsgerecht auf die Kostenträger verteilt, sondern man fragt, ob die Kostenträger auf Grund des erzielbaren hohen oder niedrigen Marktpreises mehr oder weniger Kosten tragen können. Das hätte für die Höhe der Netzentgelte die Folge, dass gera-

⁶⁵ Siehe dazu oben D II 6 a).

de der monopolistische Netzbetrieb willkürlich mit den höchsten Kosten belastet würde. Damit würde eine Wirkung eintreten, die die Errichtung von Marktbarrieren geradezu fördert.

Hat sich das Unternehmen, der Netzbetreiber, für eine den obigen Grundsätzen entsprechende, bestimmte Schlüsselung von Gemeinkosten entschieden, so ist auch zu fordern, dass er diesem System konsequent folgt und nicht die Verteilungsparameter ständig wechselt. Insoweit ist eine Schlüsselungsstetigkeit geboten, ähnlich der Bewertungsstetigkeit im Handelsrecht (§ 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB) und im Steuerrecht. Nur in begründeten Ausnahmefällen dürfte eine Abweichung zugelassen werden.

i) Zurechnung der Netznutzungsentgelte des vorgelagerten Netzbetreibers

Den Verteilnetzbetreiber - d.h. den Netzbetreiber, an dessen Netz die Endkunden angeschlossen sind – kann bei Anwendung des Kostenwälzungsprinzips unter Umständen die Pflicht treffen, die Entgelte des Netzbetreibers vorgelagerter Netze im Hinblick auf ihre Angemessenheit zu hinterfragen und zu überprüfen.

Die Kartellbehörden werden dessen ungeachtet missbräuchlich überhöhte Netznutzungsentgelte im Rahmen ihres Aufgreifermessens grundsätzlich gegenüber dem Netzbetreiber aufgreifen, der sie erhebt.

III. Behinderung, §§ 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB, 20 Abs. 1 GWB

§ 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB (Behinderungsmissbrauch) verbietet die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der anderen Wettbewerber ohne sachlich gerechtfertigten Grund, § 20 Abs. 1 GWB die Ungleichbehandlung bzw. unbillige Behinderung von anderen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund. Da der Behinderungsbegriff der Generalklausel des § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB mit dem Behinderungsbegriff des § 20 Abs. 1 GWB weitgehend deckungsgleich ist,⁶⁶ können beide Normen im Rahmen der Überprüfung der Netznutzungsentgelte im Strombereich zusammengefasst angewandt werden.

Eine Behinderung nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 und § 20 Abs. 1 GWB kann sich dadurch ergeben, dass prohibitive Netznutzungsentgelte von Wettbewerbern gefordert werden.⁶⁷

⁶⁶ Schultz, in: Langen/Bunte, 9. Aufl., GWB § 19 Rn. 128.

⁶⁷ Schultz, in: Langen/Bunte, 9. Aufl., GWB § 20 Rn. 117.

Allerdings kann insoweit auf die spezielleren Normen des § 19 Abs. 4 Nr. 2 und Nr. 4 GWB zurückgegriffen werden. Weitergehende Prüfungsmaßstäbe und Abwägungsgrundsätze als § 19 Abs. 4 Nr. 2 und Nr. 4 GWB vermitteln §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB nicht. Durchleitungsentgelte, die im Vergleich zu anderen Unternehmen missbräuchlich i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB bzw. unangemessen i.S.d. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB sind, stellen auch eine unbillige Behinderung i.S.d. § 19 Abs. 4 Nr. 1, § 20 Abs. 1 GWB oder des allgemeinen Missbrauchsverbotes des § 19 Abs. 1 GWB dar.

IV. Price-Cap-Regulierung

Die Price-cap-Regulierung (bzw. Revenue-Cap-Regulierung), die bei den ausländischen Regulierungsbehörden in Verbindung mit Benchmarking-Methoden angewandt wird, ist ein Verfahren zur Begrenzung der Preisentwicklung in regulierten Wirtschaftssektoren und in der Phase der Deregulierung von Wirtschaftssektoren.⁶⁸ Dabei unterliegen nur die Gesamterlöse aus den Netznutzungsentgelten der Regulierung, nicht einzelne Netzentgelte und Entgeltkomponenten.

Bei der Price-Cap-Regulierung wird eine Restriktion hinsichtlich der Wachstumsrate von Preisen eingeführt. Dabei darf das gewichtete Wachstum der Abgabepreise nicht das Wachstum eines allgemeinen Preisindex (Einzelhandelspreisindex; retail price index, RPI), vermindert um das geschätzte Produktivitätswachstum (X) der regulierten Branche überschreiten. Auf diese Weise wird ein Zeitpfad mit Preisobergrenzen festgelegt.

Regulierte Unternehmen haben die Möglichkeit, durch Produktivitätsfortschritte, welche über die Schätzung hinausgehen, Gewinne zu steigern. Die Differenz zwischen individuellem Preis und dem Preispfad verbleibt im Unternehmen als zusätzlicher Gewinn.⁶⁹ Somit bestehen starke Anreize zur Effizienzsteigerung. In der Regel gelten die Preisfortschreibungsfaktoren für eine vorab festgelegte, begrenzte Anzahl von Jahren.⁷⁰ Am Ende einer Regulierungsperiode wird eine Überprüfung der Kosten- und Leistungssituation der regulierten Unternehmen durchgeführt und so Korrekturen bei einem Abweichen der Preissteigerungs- und Produktivitätsfortschrittspfade ermöglicht.

⁶⁸ Vgl. Riechmann, Wettbewerb im Endverbrauchermarkt für Strom – das Beispiel von England und Wales, München 1999; Gutachten von Ewi/frontier economics im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums, Zusammenstellung von Kostenrechnungsansätzen für kalkulatorische Kosten von Stromnetzen (Transport und Verteilung) in den Ländern Norwegen, England/Wales, Dänemark und Niederlande, S. 9 und S. 43f.

⁶⁹ Vgl. Riechmann, Price-Cap-Regulierung, Zeitschrift für Energiewirtschaft 1995, 157 ff.

⁷⁰ Z.B. in England & Wales 5 Jahre bei der Aufsicht über Umsätze in der Stromverteilung, 4 Jahre in der Stromübertragung.

Ob eine Price-Cap-Regulierung schon im Rahmen des dafür allein in Betracht kommenden Missbrauchstatbestandes des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB (Vergleichsmarktkonzept) zulässig ist, ist bereits sehr fraglich. Im Rahmen des Vergleichsmarktkonzeptes werden die Preise eines Netzbetreibers mit dem eines anderen Netzbetreibers oder mit den eigenen früheren Preisen verglichen; es wird aber nicht losgelöst von einem konkreten Vergleichsmaßstab ein Umsatz- oder Erlöspfad vorgegeben, der sich abstrakt an dem allgemeinen Preisindex und dem geschätzten Produktivitätswachstum der gesamten Branche orientiert.

Aufgrund ihrer Eingriffsbefugnisse aus § 32 GWB sind die Kartellbehörden jedenfalls de lege lata nicht zu einer Price-Cap-Regulierung berechtigt.

Nach § 32 GWB können in Deutschland die Kartellbehörden Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen ein Verhalten untersagen, das nach diesem Gesetz verboten ist. Bereits nach dem Wortlaut haben damit die Kartellbehörden als einzige Sanktionsmöglichkeit die Untersagungsverfügung; für weitergehende Verfügungen fehlt die notwendige gesetzliche Ermächtigung. Nach dem Bundesgerichtshof enthält das Gebot im Gegensatz zum Verbot einen unverhältnismäßig stärkeren und sachlich grundsätzlich andersartigen Eingriff in den Rechtskreis des betroffenen Unternehmens.⁷¹ Durch die Beschränkung auf ein Verbot, wird es dem Unternehmen überlassen, auf welche Weise es das ihm zur Last gelegte diskriminierende Verhalten vermeiden will. Dadurch wird seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit gewahrt.⁷²

Der Bundesgerichtshof hat allerdings bezogen auf den Preismissbrauch neben der Untersagung auch die Festlegung einer Preisobergrenze zugelassen. Bei einer missbräuchlichen Preisgestaltung können nicht nur die konkret verlangten Preise beanstandet werden, sondern durch Festlegung einer Missbrauchsgrenze auch sämtliche im Missbrauchsbereich liegenden Preisgestaltungen in den Verbotsbereich einbezogen werden.⁷³ Die auf diese Weise zusätzlich erfassten möglichen Verletzungshandlungen müssen dann ebenfalls unter das gesetzliche Verbot fallen und zudem - da die Kartellbehörde nicht ohne weiteres vorbeugend tätig werden darf - ernstlich drohen. Der Bundesgerichtshof hat die Zulässigkeit einer Preisobergrenze auch damit begründet, dass zur Feststellung eines Preismissbrauchs ohnehin eine Klärung der Missbrauchsgrenze erforderlich ist.⁷⁴

⁷¹ BGH WuW 1345 *Polyester-Grundstoffe*

⁷² BGH WuW 1346 *Polyester-Grundstoffe*

⁷³ Vgl. BGH WuW/E 2967 ff., 2976 *Strompreis Schwäbisch-Hall*.

⁷⁴ Vgl. BGH WuW/E 1435, 1437 *Vitamin-B-12*.

Die dargestellten Voraussetzungen liegen bei der Price-Cap-Regulierung nicht vor. § 32 GWB ermächtigt die Kartellbehörden nicht dazu, in die Zukunft gerichtet Umsätze oder Preise über mehrere Jahre hinweg verbindlich für die Unternehmen festzulegen.

Denn die Price-Cap-Regulierung verfolgt nicht die Absicht des Verbotes eines konkreten Preises, sondern die Begrenzung der Preisentwicklung in bestimmten Wirtschaftssektoren für die Zukunft durch Vorgabe von Umsatzbegrenzungen. Mit dieser Regulierung wird in die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Unternehmen eingegriffen. Ein derartiger Eingriff soll nach den Vorschriften des GWB aber gerade vermieden werden. Die Kartellbehörden können missbräuchliche Preisgestaltungen beanstanden und untersagen. Das betroffene Unternehmen soll aber frei gestalten können, wie es das ihm zur Last gelegte missbräuchliche Verhalten vermeiden will. Ein gestalterisches, regulierendes Eingreifen der Kartellbehörden wie bei der Price-Cap-Regulierung ist nach dem GWB nicht möglich.

E. Verfahrensrechtliche und prozessuale Fragen

I. Mitwirkungspflichten (im kartellbehördlichen Verfahren)

Im Kartellverwaltungsverfahren gilt nach § 57 Abs. 1 GWB der Amtsermittlungsgrundsatz, nach der die Kartellbehörde alle Ermittlungen führen und alle Beweise erheben kann, die erforderlich sind. Sofern ein Anfangsverdacht, d.h. ein mit vertretbaren Argumenten belegter, auf konkrete tatsächliche Umstände gestützter Verdacht, ein bestimmter kartellrechtlicher Tatbestand sei möglicherweise verwirklicht, besteht,⁷⁵ kann die Kartellbehörde Auskunft und die Herausgabe von Unterlagen von dem betroffenen Unternehmen nach § 59 Abs. 1 Nr. 1 GWB verlangen.

Neben der Amtsermittlungspflicht der Kartellbehörden hat das betroffene Unternehmen bei einem Preismissbrauchsverfahren hinsichtlich der Höhe der Durchleitungsentgelte erhebliche Mitwirkungspflichten. Der Bundesgerichtshof hat im Lufthansa-Fall entschieden, dass das betroffene Unternehmen bei der näheren Darlegung der Kostenstruktur seiner Leistungen mitwirkungspflichtig ist.⁷⁶ Denn nur so könne der Gefahr begegnet werden, dass Kostenüberhöhungstendenzen in die Beurteilung einfließen und die angeführte Kostenunterdeckung nicht auf objektiven strukturellen, sondern auf in diesem Zusammenhang unbeachtlichen unternehmensindividuellen Umständen beruht.

⁷⁵ KG WuW/E 2517, 2518 *Metro-Kaufhof*; BGH WuW/E 2095, 2098 *Wettbewerbsregeln*.

⁷⁶ BGH DE-R 375, 378 *Flugpreisspaltung*.

Sofern Netzbetreiber gegenüber den Kartellbehörden den Einwand der Kostenunterdeckung geltend machen, treffen sie also umfangreiche Mitwirkungspflichten. Das bedeutet, dass sie ihre Kalkulationen, aus denen sich eine Kostenunterdeckung ergeben soll, gegenüber den Kartellbehörden offen legen und im einzelnen begründen müssen.

Die Mitwirkungspflicht ergibt sich aus der größeren Sachnähe des Unternehmens, das allein über die Kostenberechnungen und Kalkulationsgrundlagen verfügt sowie aus dem Missbrauchsverdacht, die die Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises im Vergleich zu anderen Unternehmen hervorruft.⁷⁷

II. Beweislast (im gerichtlichen Verfahren)

1. Beweislast bei § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB

Im gerichtlichen Verfahren ist nach den allgemeinen Beweislastregeln die Kartellbehörde für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB darlegungs- und beweisbelastet. Für die Beweislast bei der sachlichen Rechtfertigung des Ausbeutungsmissbrauchs gibt § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB naturgemäß nichts vor, da dieses Merkmal ein ungeschriebenes, von der Rechtsprechung entwickeltes Tatbestandsmerkmal ist. Der Bundesgerichtshof geht in der Lufthansa-Entscheidung wohl davon aus, dass – bei einer erhöhten Mitwirkungspflicht des betroffenen Unternehmens – die Kartellbehörde aber letztendlich für den Einwand der Kostenunterdeckung als sachliche Rechtfertigung die Beweislast trifft.⁷⁸

Dagegen spricht aber, dass es sich bei dem Einwand der Kostenunterdeckung um einen im Interesse des betroffenen Unternehmens liegenden Einwand handelt, durch den der an sich gegebene Tatbestand des Ausbeutungsmissbrauchs ausgeschlossen wird; für solche Einwendungen trägt aber nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen der Einwendende die Beweislast.

Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB a.F. (§ 20 Abs. 1 GWB n.F.), nach dem das diskriminierungsverdächtige Unternehmen für die sachliche Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung darlegungs- und beweislastpflichtig ist.⁷⁹ Diese Rechtsprechung ist auf die sachliche Rechtfertigung in § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB zu übertragen.⁸⁰

⁷⁷ Baur/Weyer, in: Frankfurter Kommentar, GWB § 22 Rn. 642.

⁷⁸ BGH WuW/E DE-R 375, 378 *Flugpreisspaltung*.

⁷⁹ BGH WuW/E 1814, 1819 *Allkauf-Saba*, WuW/E 3079, 3084 *Stromeinspeisung II*.

⁸⁰ Bechtold, 2. Aufl., GWB § 19 Rn. 70

Die Beweislast des betroffenen Unternehmens für die sachliche Rechtfertigung lässt sich ebenso wie die Mitwirkungspflicht mit der größeren Sachnähe des Unternehmens, das die Netznutzungsentgelte anhand der eigenen Kosten berechnet hat, sowie dem Missbrauchsverdacht begründen, die die Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises im Vergleich zu anderen Unternehmen hervorruft.

2. Beweislast bei § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

Nach den allgemeinen Beweislastregeln ist die Kartellbehörde auch für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB - und damit auch für die Frage des angemessenen Entgeltes - darlegungs- und beweislspflichtig.

Die Beweislastumkehr in § 19 Abs. 4 Nr. 4, 2. Halbsatz GWB bezieht sich ebenso wie die Beweislastumkehr in § 6 Abs. 1 Satz 2 EnWG dem Wortlaut nach nur auf die Rechtfertigung des Netzbetreibers bei einer Zugangsverweigerung wegen Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit. Die Beweislastumkehr, die aufgrund einer Initiative des Bundesrates eingefügt wurde, hat der Bundesrat damit begründet, dass die möglichen Rechtfertigungsgründe für die Verweigerung des Zugangs überwiegend in der Sphäre des Eigentümers der wesentlichen Einrichtung liegen und für das Zugang begehrende Unternehmen nicht oder nur schwer zu überprüfen sind.⁸¹

Dieser Gedanke der Sphärentheorie gilt dem Sinn und Zweck nach ebenso für das Tatbestandsmerkmal des angemessenen Entgeltes. Denn die Netznutzungsentgelte werden einseitig von den Netzbetreibern als Monopolisten festgelegt; Kartellbehörden und die Durchleitung begehrende Dritte können diese Entgelte nur nachvollziehen, wenn die Netzbetreiber ihre Kalkulationen offen legen und sie im einzelnen begründen. Die Rechtfertigung und Begründung für die Höhe der Netznutzungsentgelte liegen im Verantwortungsreich der Netzbetreiber.

Im wirtschaftlichen Ergebnis hat ein unangemessen hohes Durchleitungsentgelt die gleiche prohibitive Wirkung wie eine Durchleitungsverweigerung. Denn bei wirtschaftlich unverträglich hohen Durchleitungsentgelten werden dritte Unternehmen wirtschaftlich aus Kostengründen im Wettbewerb keine Durchleitungen vornehmen, da sie gegenüber den integrierten Energieversorgern nicht konkurrenzfähig sind.

⁸¹ BT-Drs. 13/9720, S. 73.

Wegen des Wortlauts des § 19 Abs. 4 Nr. 4, 2. Halbsatz GWB kommt insoweit nur eine analoge Anwendung in Betracht. Sinn und Zweck der Beweislastumkehr des § 19 Abs. 4 Nr. 4, 2. Halbsatz GWB sprechen für eine analoge Anwendung der Beweislastumkehr auf das Merkmal des angemessenen Entgeltes.⁸²

Zumindest ist aber im Sinne einer Beweiserleichterung ein Netzbetreiber für die Höhe des angemessenen Entgeltes dann darlegungspflichtig, wenn sich aufgrund von Indizien (insbesondere aufgrund der Subtraktions- und Vergleichsmethode) der Verdacht erhärtet hat, dass das geforderte Netznutzungsentgelt unangemessen und missbräuchlich überhöht ist. Der Netzbetreiber muss dann dem begründeten Vorwurf, die von ihm geforderten Durchleitungsentgelte seien missbräuchlich überhöht, entgegentreten.

Als dogmatische Begründung für eine solche Beweiserleichterung können die im Zivilprozessrecht entwickelten Grundsätze über den Anscheins- und den Anzeichenbeweis herangezogen werden. Beim Anscheinsbeweis wird die Beweislast folgendermaßen erleichtert: Steht ein Sachverhalt fest, der nach allgemeiner Erfahrung auf einen bestimmten Umstand oder eine bestimmte Ursache hinweist, so ist dieser Umstand als bewiesen anzusehen.⁸³ Nach dem Anzeichenbeweis können Erfahrungssätze, die für einen Anscheinsbeweis nicht ausreichen, zusammen mit anderen Indizien dazu führen, den Beweis als erbracht anzusehen.⁸⁴ Das dem GWB ein solcher Anscheinsbeweis nicht fremd ist, zeigt sich an der Beweiserleichterung des § 20 Abs. 5 GWB, die an die Grundsätze des zivilprozessrechtlichen Anscheinsbeweises anknüpft.

Schließlich entspricht diese Auffassung der Beweislastverteilung im Zivilprozeß: Würde der Netzbetreiber auf Zahlung eines angemessenen Entgelts klagen, hätte der die anspruchsbegründenden Voraussetzungen nachzuweisen.

III. Verfügungstenor und Bestimmtheit

1. Verfügungstenor bei § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB

Würden die Kartellbehörden gegenüber dem Netzbetreiber nur den konkret verlangten missbräuchlichen Preis für die Netzdurchleitung untersagen, bestünde für den Netzbetreiber die leichte Umgehungsmöglichkeit, ein Netznutzungsentgelt nur geringfügig unterhalb der beanstandeten Höhe zu verlangen.

⁸² Ähnlich Büdenbender, ZIP 2000, S. 2235.

⁸³ Heinrichs, in: Palandt, 59. Aufl., BGB vor § 249 Rn. 163.

⁸⁴ Heinrichs, in: Palandt, 59. Aufl., BGB vor § 249 Rn. 166.

Die Kartellbehörden müssen in Verfügungen daher Preisobergrenzen – durch Festlegung eines bestimmten Betrages oder durch eine Verweisung auf die Entgelte des günstigeren Vergleichsunternehmens - für Durchleitungsentgelte festsetzen. Eine solche Festsetzung einer Preismissbrauchsgrenze ist im Rahmen einer Untersagung nach § 32 GWB zulässig. Nach dem Bundesgerichtshof können bei einer missbräuchlichen Preisgestaltung nicht nur die konkret verlangten Preise beanstandet werden, sondern durch Festlegung einer Missbrauchsgrenze sämtliche im Missbrauchsbereich liegenden Preisgestaltungen in den Verbotsbereich der Verfügung miteinbezogen werden.⁸⁵ Die Zulässigkeit der Festlegung einer Preisobergrenze hat der Bundesgerichtshof auch damit begründet, dass zur Feststellung eines Preismissbrauchs ohnehin eine Klärung der Missbrauchsgrenze erforderlich ist.⁸⁶

Die Preismissbrauchsgrenze wird durch die Durchleitungsentgelte des günstigsten vergleichbaren Netzbetreibers bestimmt, zuzüglich von Zuschlägen für objektive Struktur- nachteile des betroffenen Netzbetreibers als Adressaten der Verfügung.

Die Preismissbrauchsgrenze kann neben der Festsetzung eines bestimmten Betrages durch eine dynamische Verweisung auf die Entgelte des günstigeren Vergleichsunternehmens⁸⁷ oder durch eine statische Verweisung⁸⁸ festgelegt werden. Bei einer Verweisung auf die Preise eines anderen Unternehmens muss der Adressat die Preise, auf die in der Verfügung Bezug genommen wird, kennen oder unschwer ermitteln können und es muss eine Festlegung des zeitlichen Bezugs erfolgen.⁸⁹ Sicherheitszuschläge können auch im Rahmen der dynamischen Verweisung im Verfügungstenor berücksichtigt werden.⁹⁰

Die dynamische Verweisung ist gegenüber der statischen zweckmäßiger und praktikabler, denn wenn das Vergleichsunternehmen die Vergleichspreise erhöht, können die alten Preise des Unternehmens im Rahmen des Vergleichsmarktkonzeptes nicht mehr als Vergleichsmaßstab herangezogen werden. Eine Missbrauchsverfügung mit einer statischen Verweisung wäre dann gegenstandslos und man müsste eine neue Verfügung, die sich auf die aktuellen Preise bezieht, erlassen. Dies wird durch die dynamische Verweisung vermieden.

⁸⁵ BGH WuW/E 1435, 1437 *Vitamin-B-12*; WuW/E 1445, 1446 *Valium I* WuW/E 2967, 2976 *Strompreis Schwäbisch-Hall*

⁸⁶ BGH WuW/E 1435, 1437 *Vitamin-B-12*.

⁸⁷ BGH WuW/E 2967, 2969 *Strompreis Schwäbisch Hall*; WuW/E 3009, 3012 *Stadtgaspreis Potsdam*; KG WuW/E OLG 5926, 5927 *Spreegas*.

⁸⁸ BGH WuW/E 3140 *Gaspreis* – mit Festsetzung einer Obergrenze.

⁸⁹ BGH WuW/E 3009, 3012 *Stadtgaspreis Potsdam*.

⁹⁰ Siehe LKB Brandenburg, WuW/E LKartB 297.

2. Verfügungstenor bei § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

Bei einer kartellbehördlichen Verfügung, die in erster Linie das „Ob“ der Mitbenutzung eines Netzes oder einer wesentlichen Infrastruktureinrichtung nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB betrifft, ist streitig, ob auch der Begriff des angemessenen Entgeltes in dieser Verfügung der Konkretisierung bedarf. Das Landgericht Potsdam⁹¹ hatte insoweit keine Bedenken gegen eine Klage auf Durchleitung gegen Zahlung eines „angemessenen Entgeltes“. Dagegen verlangte das Oberlandesgericht Düsseldorf in dem Scandlines-Fall⁹² auch in diesem Fall wegen des Bestimmtheitsgebotes die Festlegung eines Entgelthöchstbetrages im Sinne einer Missbrauchsgrenze.

Das Bundeskartellamt hatte sich im Scandlines-Fall auf den Standpunkt gestellt - dem das Oberlandesgericht Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 2. August 2000 nicht gefolgt ist -, dass es sich bei seiner Verfügung nur um einen sog. Teilverwaltungsakt handle, der bloß das grundsätzliche „Ob“ der Zugangsgewährung regelt und der das „Wie“ der Mitbenutzung der Infrastruktureinrichtung, insbesondere die Höhe des Entgeltes, der Vereinbarung der Parteien überlasse.⁹³ An dieser Auffassung des Bundeskartellamtes wird im Hinblick auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9. Oktober 2000⁹⁴ festgehalten.

Im Rahmen eines Preismissbrauchsverfahrens wegen missbräuchlich überhöhter Netznutzungsentgelte geht es allerdings ausschließlich um das „Wie“ der Zugangsgewährung, d.h. um die Höhe der Durchleitungsentgelte. Eine kartellbehördliche Verfügung in einem solchen Verfahren müsste jedenfalls hinsichtlich des angemessenen Entgeltes eine Preisobergrenze als Missbrauchsgrenze festlegen. Sofern man Vergleichsmarktesichtspunkte im Rahmen des angemessenen Entgeltes berücksichtigt, kann die Missbrauchsgrenze auch durch eine dynamische oder statische Verweisung festgelegt werden.

Die Kartellbehörden können nach § 65 Abs. 1 i.V.m. § 64 Abs. 1 Nr. 2 GWB die sofortige Vollziehung einer Untersagungsverfügung nach § 32 GWB anordnen, wenn dies im öffentlichen oder überwiegenden Interesse eines Beteiligten geboten ist. Eine gesetzlich festgeschriebene sofortige Vollziehbarkeit von Untersagungsverfügungen nach § 32 i.V.m. § 19

⁹¹ WuW/E DE-R 464, 465 *Stadtwerke Zehdenick*.

⁹² WuW/E DE-R 569, 576f. *Puttgarden II/Scandlines* (nicht rechtskräftig).

⁹³ WuW/E DE-R 569, 572 *Puttgarden II/Scandlines*.

⁹⁴ WuW/E DE-R 557 *Importarzneimittel-Boycott*.

Abs. 4 Nr. 4 GWB, wie sie das Bundeskartellamt⁹⁵ und der Bundesrat⁹⁶ gefordert hatten, ist im Rahmen der 6. GWB-Novelle nicht in das GWB aufgenommen worden.

⁹⁵ Tätigkeitsbereich 1997/98, S. 22.

⁹⁶ BT-Drs. 13/9720, Stellungnahme des Bundesrates, Ziff. 12.

2. Teil: Sonstige Wettbewerbsbehinderungen

A. Wechselentgelte

Wechselgebühren werden zum Ausgleich der Mehrkosten erhoben, die dem bisherigen Lieferanten und/oder dem Netzbetreiber durch den Wechsel entstehen.

Soweit die entstehenden Kosten dem Vertrieb zuzuordnen sind, aber über das Netz erhoben werden, verstoßen Wechselgebühren gegen Kartellrecht.

Falls die Kosten dem Netzbetrieb zuzurechnen sind, ist fraglich, ob sie dem wechselnden Kunden bzw. dem neuen Stromlieferanten auferlegt werden dürfen oder auf alle Netzbetreiber umzulegen sind.

Kartellrechtliche Maßstäbe sind §§ 19 Abs.4 Nr.2 und 4, § 20 Abs.1 GWB. Das Vergleichsmarktpinzip des § 19 Abs.4 Nr.2 GWB ist jedoch wenig geeignet, da hiernach prinzipiell nur der Gesamtpreis geprüft werden kann und die Wechselgebühr nur einer der preisbildenden Faktoren ist. Auch liegt die maßgebliche Beeinträchtigung durch ein Wechselentgelt nicht in der Erhöhung des Gesamtentgeltes für die Netznutzung, sondern in dem Wettbewerbsnachteil, den der neue Lieferant gegenüber dem früheren Gebietsmonopolisten hat, der bei einer Weiterbelieferung des Kunden keine zusätzlichen Kosten tragen muss.

In erster Linie ist die Wechselgebühr damit am Behinderungsverbot zu messen. Ob Wechselgebühren letztlich anhand § 19 Abs.4 Nr.4 oder 20 Abs.1 überprüft werden, ist - von Verfahrensbesonderheiten wie der obligatorischen mündlichen Verhandlung bei einem Vorgehen auf der Grundlage des § 19 GWB abgesehen - im Ergebnis unerheblich. Zur Auslegung des wertungsoffenen Begriffs des „angemessenen“ Entgelts in §19 Abs.4 Nr.4 GWB muss insbesondere auf die Wertungen anderer Vorschriften des GWB abgestellt werden. Ein behinderndes Entgelt ist nicht angemessen i.S.d. § 19 Abs.4 Nr.4 GWB.

Behinderung im Sinne des §20 Abs.1 ist jede für das Wettbewerbsverhalten des betroffenen Konkurrenten objektiv nachteilige Maßnahme. Ob eine Behinderung unbillig ist, ist durch umfassende Abwägung der Interessen aller Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB zu ermitteln. Zu berücksichtigende Interessen sind:

- das Interesse der neuen Anbieter und der wechselnden Kunden, keine Zahlungen entrichten zu müssen, die den Wechsel verteuern, und

- das Interesse der nicht wechselwilligen Kunden, durch die Umlage der wechselbedingten Mehrkosten nicht stärker als bei einer individuellen Zuordnung der wechselbedingten Mehrkosten belastet zu werden.

Das Interesse des bisherigen Stromlieferanten am Fortbestand der Lieferbeziehung ist angesichts der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB nicht berücksichtigungsfähig. Auch der Netzbetreiber hat kein schützenswürdiges Eigeninteresse, die Belastung gerade dem wechselwilligen Kunden aufzuerlegen.

I. Verursachungsgerechte Kostenzuordnung

Ziel des Grundsatzes der verursachungsgerechten Kostenzuordnung ist, einen Teil der Abnehmer davor zu schützen, Belastungen tragen zu müssen, für die sie nicht verantwortlich sind.

Der Grundsatz der verursachungsgerechten Kostenzuordnung ist jedoch kein Selbstzweck; entscheidend ist, ob das Interesse der nicht wechselnden Kunden, von Belastungen frei zu bleiben, die übrigen berücksichtigungsfähigen Interessen überwiegt. Dies gilt um so mehr, als der Grundsatz der verursachungsgerechten Kostenzuordnung im Netzbereich nicht durchgängig praktiziert wird. So ist der Umzug eines Tariffkunden innerhalb eines Netzgebietes bislang kostenfrei, obwohl auch hiermit Kosten verbunden sind.

Der Grundsatz der verursachungsgerechten Kostenzuordnung kann damit eine Wechselgebühr nur rechtfertigen, soweit er im Interesse der nicht wechselwilligen Kunden aufgeht. Da für die Kunden, die ihren Lieferanten nicht wechseln, jedoch nicht der Netznutzungspreis, sondern der Gesamtpreis für den Strombezug wirtschaftlich entscheidend ist, kann es nicht allein auf die Erhöhung der Netznutzungsentgelte, sondern nur insgesamt auf die Verteuerung des Strombezugs ankommen. Maßgeblich ist das Interesse, **insgesamt** vor Mehrbelastungen geschützt zu werden; eine verursachungsgerechte Kostenzuordnung mit Kosteneinsparungen für diese Kunden **allein hinsichtlich des Netznutzungsentgelts** reicht zur Rechtfertigung einer Wechselgebühr nicht aus.

II. Belange der nicht wechselnden Kunden

Für das Gewicht der Belange der nicht wechselnden Kunden ist entscheidend, ob das Netznutzungsentgelt durch die Umlage stärker steigt als die durch die Umlage erzielbaren Vorteile beim Strompreis. Die Belastung des einzelnen Stromkunden mit einem höheren

Netznutzungsentgelt hängt - neben der Höhe des umgelegten Wechselentgelts - von drei weiteren Faktoren ab:

- Wechselquote (Zahl der Kunden, die pro Zeitabschnitt zu einem anderen Stromlieferanten wechseln)
- Größe des Kunden (bei einer Umlage auf die kWh geleistete Arbeit werden größere Kunden absolut gesehen höher belastet als kleinere Kunden)
- Größe der Kundengruppe, deren Wechselkosten in die Umlage einberechnet werden (Gesamtheit der niederspannungsseitig versorgten Kunden oder nur Lastprofilkunden)

Zu berücksichtigen sind neben der Belastung durch die Umlage die Vorteile, die die nicht wechselbereiten Kunden durch - nicht durch Marktzutrittschindernisse verfälschten - Wettbewerb haben. Die Wechselgebühr führt dazu, dass der bisherige Versorger - ungeachtet sonstiger Wettbewerbsvorteile wie Wechselträgheit der Kunden oder bestehende Bindung an einen lokalen Stromversorger - auf den Jahresverbrauch bezogen in Höhe der Wechselgebühr oberhalb des wettbewerbsadäquaten Preises anbieten kann. Ohne Wechselgebühr ergeben sich aufgrund des Wettbewerbsdrucks geringere Strompreise.

III. Eingrenzung der durch Wechselgebühren behinderten Kundengruppen

Hohe Belastungen einzelner Kunden mit weit über dem Durchschnitt liegender Abnahme können weitestgehend vermieden werden, wenn die Umlage auf die Kundengruppe der nach Lastprofil versorgten Kunden beschränkt wird. Ein kartellbehördliches Eingreifen ist regelmäßig nur bei Lastprofilkunden geboten. Die behindernde Wirkung einer Wechselgebühr nimmt im Verhältnis zu den gesamten Strombezugskosten mit zunehmender Größe ab (bspw. können im Stadtgebiet München Kunden bis 250.000 kWh nach Lastprofilen versorgt werden; schon bei Strombezugskosten von 20 Pf./kWh beläuft sich die Jahresrechnung auf DM50.000,-; eine Wechselgebühr fällt hier kaum mehr ins Gewicht).

IV. Ausmaß der Belastung bei Umlage der Wechselkosten

Solange die Wechselquote gering ist, ist die Umlage der hierdurch verursachten Kosten für den einzelnen kaum spürbar. Bei z.B. 5 % Wechselvorgängen pro Jahr und einem Durchschnittsverbrauch der nach Lastprofil versorgten Kunden von 5.000 kWh/a führt eine Umlage einer Wechselgebühr in Höhe von DM100,- rechnerisch zu Mehrkosten von 0,1 Pf./kWh oder für den Durchschnittsverbraucher zu Kostensteigerungen von 5,- DM/a.

Dem stehen die Einsparungen gegenüber, die die nicht wechselbereiten Kunden aufgrund des wettbewerbsbedingt geringeren Preisgestaltungsspielraums des bisherigen Gebietsversorgers haben. Es ist damit zu rechnen, dass die wettbewerbsbedingten Entlastungen zumindest bei Wechselvorgängen bis zu 5% pro Jahr regelmäßig die Belastungen aus der Umlage der Wechselkosten auf die Netznutzungsentgelte übersteigen. Das exakte Ausmaß der Be- und Entlastung einzelner Kunden hängt davon ab, wie die Netzbetreiber bzw. die Versorger die Be- und Entlastung in ihrem jeweiligen Preissystem weitergeben.

V. Interessenabwägung

Soweit es im Einzelfall tatsächlich zu einer Mehrbelastung kommen sollte, müssen die Interessen der nicht wechselnden Kunden hinter das Interesse der Allgemeinheit an einem unbeschränkten Wettbewerb sowie die Interessen der wechselnden Kunden zurücktreten. Sie haben geringeres Gewicht, weil

- auch die nicht wechselnden Kunden wie die wechselnden von dem durch den Wettbewerb ausgelösten Druck auf die Lieferantenpreise profitieren,
- etwaige Mehrbelastungen im Verhältnis zum Gesamtstrompreis für diese Kunden sehr gering sind
- der Grundsatz der verursachungsgerechten Zuordnung auch in anderen Bereichen nicht durchgängig praktiziert wird, so dass ein quasi zum subjektiven Recht verdichteter Anspruch einzelner nicht besteht.

B. Netznutzungsverträge

I. Problemstellung

Örtliche Stromversorgungsunternehmen, die zugleich örtliche Netzbetreiber sind, weigern sich zum Teil, beim Wechsel eines Kunden zu einem neuen Lieferanten mit dem neuen Lieferanten einen Netznutzungsvertrag abzuschließen. Sie beharren darauf, den Netznutzungsvertrag, der insbesondere auch die Entgelte für die Netznutzung regelt, ausschließlich mit dem Endkunden zu vereinbaren. Ohne den Abschluss eines solchen Vertrages leiten sie den Strom des neuen Anbieters, zu dem der Kunde wechseln will, nicht durch. Durch den Abschluss des Netznutzungsvertrages nur mit dem Endkunden soll zugunsten des örtlichen Stromversorgers und Netzbetreibers eine Kundenbindung auch gegenüber wechselnden Kunden aufrecht erhalten werden.

II. Benachteiligung von neuen Anbietern

Wettbewerblich auf dem Strommarkt aktive Unternehmen werden hierdurch im Wettbewerb ungerechtfertigt benachteiligt. Sie können bei dieser Praxis im Gegensatz zu dem örtlichen Versorger/Netzbetreiber ihren Kunden kein umfassendes Stromlieferungs-/Netznutzungs-Angebot (all inclusive) machen. Die vertragliche Differenzierung zwischen Stromlieferungsvertrag (Kunde/neuer Lieferant) und Netznutzungsvertrag (Kunde/Netzbetreiber) ist geeignet, potenziell wechselwillige Stromkunden, die von ihrem bisherigen örtlichen Versorger eine einheitliche vertragliche Lösung gewöhnt sind, vom Vertragsschluß abzuhalten. Besonders stark stellt sich die Abschreckung dar, wenn - wie vereinzelt festgestellt - Netzbetreiber wechselwillige Haushaltskunden mit unüberschaubaren, komplizierten Vertragstexten konfrontieren.

Mit ihrer Praxis weichen die örtlichen Stromversorger von der gesetzlichen Regelung des § 6 Abs. 1 des Energiewirtschaftsgesetzes ab, der auch dritten Stromanbietern einen grundsätzlichen Rechtsanspruch auf vertraglich geregelten Netzzugang einräumt.⁹⁷

Dabei wird nicht verkannt, dass der Abschluss von Netznutzungsverträgen mit Endverbrauchern diesen je nach Interessenlage auch Vorteile bringen kann. Die Kartellbehörden halten deshalb auch nicht generell den Abschluss von Netznutzungsverträgen mit Endkunden für unzulässig. Können Kunden davon überzeugt werden, dass es für sie vorteilhaft ist, Netznutzungsverträge selbst mit dem Netzbetreiber abzuschließen, weil dann z.B. ein Versorgerwechsel schneller und einfacher zu realisieren ist, kann der Kunde selbstverständlich einen solchen Vertrag abschließen.

Unzulässig ist es nur, Netznutzungsverträge, die insbesondere auch das Netznutzungsentgelt regeln, ausschließlich mit dem Endkunden zu vereinbaren und Stromhändlern den Abschluss solcher Verträge zu verweigern.⁹⁸ Nicht der Netzbetreiber hat darüber zu befinden, welche Marktteilnehmer sein Netz benutzen dürfen. Vielmehr hat der Netzbetreiber allen berechtigten Netznutzungsinteressenten sein Netz diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen.

Durch die hier vertretene Position wird nicht die Umsetzung der VV Strom II in Frage gestellt. Zwar empfiehlt die VV Strom II als Regelfall den Abschluss eines Netznutzungsvertrages zwischen Netzbetreiber und Endkunde. Für die Abwicklung und Handhabung

⁹⁷ Siehe Urteil des LG Kiel vom 31.01.2001 (Az.: 14 O Kart 135/00).

⁹⁸ Siehe Urteil des LG Kiel vom 31.01.2001 (Az.: 14 O Kart 135/00).

des durch die VV Strom II geregelten neuen Durchleitungssystems ist es aber nicht erforderlich, dass der Netznutzungsvertrag mit dem Endkunden abgeschlossen wird. Das System ist ebenso praktikierbar, wenn der Vertrag mit dem neuen Stromlieferanten abgeschlossen wird. Dies ergibt sich schon daraus, dass nicht alle Netzbetreiber für die Anwendung der VV Strom II den Abschluss des Netznutzungsvertrages mit dem Endkunden fordern.

III. Doppelvertragsmodell

In der Folge des Schlichtungsverfahrens RWE ./ Stadtwerke Münster haben etliche Netzbetreiber mit dem sog. Doppelvertragsmodell eine neue Vertragskonstruktion entwickelt. Merkmal des Doppelvertragsmodells ist, dass der Netzbetreiber sowohl mit den neuen Lieferanten im Händler-Rahmenvertrag als auch mit den Endkunden einen Vertrag über die Netznutzung schließen. Im Händler-Rahmenvertrag ist vereinbart, dass die Leistung "Netznutzung" nicht an den Endkunden, sondern an den Händler erbracht wird, soweit und solange der Händler den Kunden mit Strom beliefert. Der Netznutzungsvertrag mit dem Kunden ruht solange. Erst wenn die Belieferung durch den Händler eingestellt oder der Händler-Rahmenvertrag gekündigt wird, lebt der Netznutzungsvertrag mit dem Endkunden wieder auf. Der Endkunde ist dann unmittelbar selbst Schuldner des Netznutzungsentgelts und wird bei Entnahme von Strom am Zählpunkt automatisch ersatzweise vom Netzbetreiber mit Strom beliefert.

Das Doppelvertragsmodell verbessert zwar die wettbewerbliche Situation der neuen Lieferanten gegenüber der bisherigen Praxis, den Netznutzungsvertrag ausschließlich mit dem Endkunden abzuschließen, räumt aber kartellrechtliche Bedenken im Hinblick auf §§ 19, 20 GWB nicht gänzlich aus, wenn Netzbetreiber den Abschluss des Doppelvertrages zur strikten Voraussetzung für die Belieferung von Endkunden machen. Bereits die grundlegende Vorgabe eines Vertragsmodells durch marktbeherrschende Netzbetreiber ist dann missbräuchlich, wenn erstens die Händler einen Anspruch auf einen Netznutzungsvertrag haben, ohne dass ihre Kunden einen, wenngleich erst einmal ruhenden, zusätzlichen Netznutzungsvertrag mit dem Netzbetreiber abschließen müssen und zweitens ihnen dadurch wettbewerbliche Nachteile entstehen. Das ist aber auch beim Doppelvertragsmodell der Fall. Der Netzbetreiber, i.d.R. zugleich ebenfalls Stromverkäufer, behält eine über die AVB-ähnlichen Rechte und Pflichten hinausgehende gerade nicht gewollte Kundenbindung auf Kosten des Händlers. Dem Kunden wird das Insolvenzrisiko des Händlers über das gebührende Maß vor Augen geführt und er wird zum Vertragspartner des Netznutzungsvertrags für einen Eventualfall gemacht, ohne dass er den Umfang seiner Rechten und Pflichten genau kennt. Die Wechselbereitschaft der Endkunden wird auch damit gehemmt.

Zwingende Gründe aus der Sicht der Netzbetreiber für die Anwendung des Doppelvertragsmodells sind nicht zu erkennen.

IV. Vertragliche Regelungen mit Endkunden

Fragen des Zugangs des Netzbetreibers zu den Netzteilen (i.e.L. Zähleinrichtungen), die sich im Gewahrsam des Grundstückseigentümers befinden, sowie Haftungsregelungen können in dem zwischen Netzbetreiber und Grundstückseigentümer stets abzuschließenden Netzanschlussvertrag oder in dem mit dem Stromhändler abgeschlossenen Netznutzungsvertrag vereinbart werden.

Reine Zugangsrechte zu den Zähleinrichtungen im Gewahrsam eines Mieter-Endkunden, mit dem kein Netzanschlussvertrag geschlossen wird, können, soweit sie in den oben genannten Verträgen nicht geregelt werden können, auch weiterhin unmittelbar zwischen Netzbetreiber und Mieter-Endkunden vereinbart werden. In der Praxis wird sich der Endkunde insoweit von seinem neuen Lieferanten vertreten lassen. Bestehen kann der Netzbetreiber auf einem Vertrag mit dem Endkunden nicht, wenn der neue Lieferant dem Netzbetreiber diese Rechte in gleichem Umfang verschafft - z.B. durch Übertragung von Rechten aus dem Vertrag mit dem Endkunden auf den Netzbetreiber oder durch einen Vertrag zugunsten Dritter mit dem Endkunden.

V. Ergebnis

Stromnetzbetreiber müssen Netznutzungsverträge mit Stromhändlern abschließen. Die Praxis insbesondere von Stadtwerken, Netznutzungsverträge nach den Regeln der VV Strom II ausschließlich mit den Endkunden zuzulassen, ist kartellrechtswidrig. Sie verstößt gegen §§ 19 Abs. 4 Nr. 1 und 4 sowie 20 Abs. 1 GWB. Das von der Arbeitsgruppe gefundene Ergebnis ist bereits vorab in einer Presseerklärung des Bundeskartellamtes vom 2. Februar 2001 der Öffentlichkeit mitgeteilt worden. Die Landeskartellbehörde Baden-Württemberg hat inzwischen absprachegemäß mehrere Missbrauchs-Pilotverfahren gegen baden-württembergische Netzbetreiber eingeleitet.

Kartellrechtswidrig ist auch die Verhaltensweise von Netzbetreibern, den Abschluss von Netznutzungsverträgen mit Stromhändlern vom Abschluss eines sog. Doppelvertrages abhängig zu machen (vgl. oben).

C. Regelenergie

I. Regelenergiebedarf

In einem liberalisierten Strommarkt, in dem Verbraucher ihren Stromlieferanten frei wählen können, müssen Vereinbarungen getroffen werden, um stets auftretende Abweichungen zwischen der Stromentnahme der Kunden eines Stromlieferanten und der Stromeinspeisung des Stromlieferanten in das Netz zu regeln. Nach der Systematik der VV Strom II haben die Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) die Aufgabe, in ihrer Regelzone für einen entsprechenden Ausgleich zu sorgen. Sie sind daher Monopolisten bei der Bereitstellung von Regelenergie. Sie haben alle Arten von Regelenergie (Energie zur Primärregelung, Energie zur Sekundärregelung und die sog. Minutenreserve) bereitzustellen.

Die Energie für die Primärregelung und für die Sekundärregelung, die in einem Zeitraum von wenigen Sekunden bis max. 5 Minuten insbesondere zur Frequenzerhaltung benötigt wird, wird von den hierfür eingesetzten Kraftwerken voll automatisch bereitgestellt. Die innerhalb dieses Zeitraums auftretenden Abweichungen zwischen Einspeisung und Entnahme gelten als nicht individualisierbar. Die hierfür entstehenden Kosten sind daher Bestandteil der Kosten der für die Netznutzung erforderlichen Systemdienstleistungen, die vom ÜNB als Bestandteil der Netznutzungsentgelte in Rechnung gestellt werden.

Dagegen wird dem Stromhändler die sog. Minutenreserve, das ist die Regelenergie, die zum Ausgleich der Abweichungen der zeitgleichen $\frac{1}{4}$ h - Messwerte von Einspeisung und Entnahme benötigt wird (auch Ausgleichsenergie genannt), vom ÜNB individuell in Rechnung gestellt. Dabei wird den Stromhändlern die Möglichkeit eingeräumt, Abweichungen zwischen Einspeisungen und Entnahmen für mehrere Entnahmestellen durch Bildung von sog. Bilanzkreisen zu saldieren und infolge der dadurch eintretenden Durchmischung den Regelenergiebedarf zu minimieren. Die Händler bilden demnach in der Regelzone eines jeden ÜNB Bilanzkreise, denen sie ihren Entnahmestellen unabhängig davon, ob diese im Netzbereich des ÜNB oder in einem unterlagerten Verteilnetz liegen, zuordnen. Für den Bilanzausgleich (periodengenaue Ausgleich zwischen Entnahme und Einspeisung) ist nur die Aggregation aller zu einem Bilanzkreis gehörigen Entnahmen und Einspeisungen relevant. Die Bilanzierung aller in seinem Regelgebiet bestehenden Händler-Bilanzkreise wird vom ÜNB durchgeführt. Er ermittelt die viertelstündliche Abrechnung pro Bilanzkreis.⁹⁹

⁹⁹ Für das Regelgebiet von RWE neu (die vereinigten ehemaligen Regelgebiete von RWE alt und der auf RWE verschmolzenen VEW) wird in Umsetzung einer Auflage aus dem Fusionskontrollverfahren RWE/VEW auch eine Saldierung aller im Regelgebiet bestehenden Bilanzkreise vorgenommen. Dadurch sinkt infolge des höheren Durchmischungseffekts die Menge abzurechnender Regelenergie weiter ab. Eine entsprechende Regelung ist im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens E.ON/Heingas als Auflage auch für das E.ON-

Entsprechend der VV Strom II wird für Abweichungen innerhalb eines Toleranzbandes (Standard-Toleranzband $\pm 5\%$ vom Bezugswert) lediglich ein Arbeitspreis verrechnet. Bei Abweichungen innerhalb des Toleranzbandes ist darüber hinaus in gewissen Grenzen ein Naturalausgleich möglich. Zur Deckung einer über das Toleranzband hinausgehenden Mindereinspeisung wird ein zusätzlicher Regelleistungspreis (nach VV Strom II ein Monatsleistungspreis) verrechnet.

II. Forderung von Leistungspreisen

Das Fordern von Leistungspreisen für von einem Bilanzkreis außerhalb eines Toleranzbandes bezogene Ausgleichsenergie ist problematisch. Tatsächlich sind die Leistungsschwankungen über die Summe aller Bilanzkreise innerhalb eines Regelgebietes aufgrund des Durchmischungseffektes wesentlich kleiner als sie sich in einem einzelnen Bilanzkreis darstellen. Sie können sogar gegen Null tendieren. Das Inrechnungstellen von Leistungspreisen für Regelernergie gegenüber jedem Bilanzkreis, der über die Grenze eines Toleranzbandes hinaus zu wenig Energie eingespeist hat, beschert dem ÜNB gegenüber seinen tatsächlichen Kosten für die Bereitstellung von Regelleistung nicht begründete Mehrerlöse.

Beispiel für einen Extremfall:

Wenn sich 100 Bilanzkreise bei z.T. extremen Abweichungen gegeneinander völlig ausgleichen, entstehen dem ÜNB keinerlei Zusatzkosten für die Bereitstellung von Regelleistung. Bei getrennter Bilanzierung der Bilanzkreise werden ± 50 der Bilanzkreise Ausgleichsenergie benötigen, von denen einer erheblichen Zahl wegen Überschreitung ihres Toleranzbandes Leistungspreise in Rechnung gestellt werden; ein durch die Kostensituation nicht begründbarer Mehrerlös.

Besonders behindernd wirkt sich die Praxis der Erhebung von Leistungspreisen für kleine Händler aus, die nur wenige Kunden in einem Regelgebiet haben, die sie zu einem Bilanzkreis zusammenfassen können, da in derartigen Bilanzkreisen die Abweichungen zwischen prognostizierter und tatsächlich in Anspruch genommener Leistung am höchsten sind. Bei Monatsleistungspreisen von bis zu 30 DM kann dies zu Kosten von mehreren Pf/kWh führen, die eine wettbewerbsfähige Preisbildung des (kleinen) Händlers unmöglich machen.

Regelgebiet (die vereinigten ehemaligen Regelgebiete der mittlerweile miteinander verschmolzenen Preussen Elektra AG und Bayernwerk AG) als Auflage verfügt worden. Ihre Erfüllung hängt vom Vollzug des Zusammenschlussvorhabens ab.

Hinzu kommt, dass Monats- oder gar Jahresleistungspreise überzogene Auswirkungen für Bilanzkreise haben, die nur vereinzelt, an wenigen Tagen im Monat/Jahr mit ihrem Ausgleichsenergiebedarf über das Toleranzband hinausgehen.

Das geschilderte Problem könnte dadurch gemildert werden, dass die ÜNB allenfalls Tagesleistungspreise für Abweichungen außerhalb der Toleranzbänder in Rechnung stellen. So hat RWE im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens RWE/VEW zum 1. Juli 2000 die Abrechnung der Regelenergie auf der Basis von Tagesleistungspreisen eingeführt. Die anderen ÜNB sind diesem Beispiel aber bisher nicht gefolgt.

Um Mehrfachverrechnungen von Leistungspreisen (oder anders ausgedrückt: die Umlegung fiktiver Kosten auf einzelne Bilanzkreise) durch die ÜNB gänzlich zu verhindern, sollten sie auf die Erhebung von Leistungspreisen verzichten und sich die tatsächlich entstehenden Beschaffungskosten für Regelenergie (incl. Leistungskomponenten) gegenüber den Händlern/Bilanzkreisen nur mit einem (zeitlich variablen) Arbeitspreis vergüten lassen¹⁰⁰. Damit wird jeder Händler/Bilanzkreis nur mit den tatsächlich von ihm verursachten Kosten belastet.

Wegen der behindernden Wirkung auf Stromhändler, insbesondere auf kleinere Stromhändler mit wenigen Bilanzkreis-kunden, und der damit für den Wettbewerb auf den liberalisierten Strommärkten insgesamt verbundenen Gefahren (hohe Marktzutrittsbarriere) sehen es die Kartellbehörden als missbräuchlich/behindernd an, wenn Übertragungsnetzbetreiber einzelnen Bilanzkreisen bei Bereitstellung von Regelenergie (Ausgleichsenergie) besondere Leistungspreise berechnen.

III. Asymmetrische Preisgestaltung bei Mehr- und Mindereinspeisungen

Von Stromhändlern werden auch stets die sowohl innerhalb als auch außerhalb der Toleranzbänder stark asymmetrischen Arbeitspreise bei der Verrechnung von Mehr- und Mindermengen als missbräuchlich/behindernd beanstandet. Die ÜNB vergüten Überschussmengen deutlich unter dem Marktpreis; für Fehlmengen verrechnen sie dagegen einen Preis deutlich über dem Marktpreis. Da Abweichungen zwischen Einspeisung und Entnahme eines Bilanzkreises aber nahezu unvermeidlich sind, werden die Stromhändler durch diese Verhaltensweise im Wettbewerb systematisch schlechter gestellt, da sie permanent entweder über Marktpreis Mehrmengen zukaufen müssen oder Überschussmen-

¹⁰⁰ Die Abrechnung von Regelenergie auf Basis eines reinen Arbeitskreises ist auch Ziel der in dem Fusionsverfahren RWE/VEW und E.ON/Heingas verfügten Auflagen.

gen unter Marktpreis vergütet erhalten. Ihre Kostenbasis ist somit von vornherein höher als die des konkurrierenden, vertikal integrierten Netzbetreibers/Lieferanten.

Von den ÜNB wird zur Rechtfertigung ihres Verhaltens in erster Linie angeführt, dass mit der Preisspreizung die gezielte missbräuchliche Ausnutzung von Preisunterschieden zwischen dem Regelenergie- bzw. Vergütungspreis und den Spotpreisen für Elektrizität (z.B. den Preisen des Central European Price Index - CEPI -) durch die Stromhändler vermieden werden sollen. Liege der Arbeitspreis für Regelenergie unter dem aktuellen Spotmarktpreis für Strom würde der Händler gezielt zu wenig Strom einspeisen, um sich über die Regelenergie billig mit Strom zu versorgen. Liege die Vergütung für zuviel eingespeisten Strom über dem aktuellen Spotmarktpreis für Strom, würden die Händler gezielt zuviel Strom einspeisen, um an der Vergütung zu verdienen.

Diese Argumentation ist - jedenfalls solange der ÜNB als einziger Regulator für Bilanzabweichungen etabliert ist - plausibel. Um Arbitrage-Möglichkeiten der Stromhändler gänzlich zu verhindern, muss die Größe der Preisspreizung der maximalen Variation des Spotmarktpreises gleichen. Die Kartellbehörden sollten daher in Zukunft wenigstens darauf hinwirken, dass von ÜNB praktizierte Preisspreizungen keine Regelenergie-Arbeitspreise beinhalten, die über dem höchsten Spotmarktpreis einer festen, in der Vergangenheit liegenden Periode liegen (ggf. mit "Sicherheitszuschlag") und bei Vergütungen von Mehrein-speisungen keine Arbeitspreise beinhalten, die unter dem niedrigsten Spotmarktpreis einer derartigen Periode liegen.

Allerdings dürften praktische Schwierigkeiten bei der Bestimmung von Spotmarkt- Referenzpreisen vorhersehbar sein.

Bei Preisspreizungen, die durch extrem hohe Arbeitspreise für benötigte Regelenergie gekennzeichnet sind, kann gegen die ÜNB auch ein gesondertes Preissmissbrauchsverfahren bezüglich der Höhe der Arbeitspreise eingeleitet werden.

Die für Stromhändler durch in diesem Rahmen praktizierte Preisspreizungen verbleibenden Wettbewerbsnachteile können nur dadurch weitgehend beseitigt werden, dass in allen Regelzonen der ÜNB "Märkte für Regelenergie" geschaffen werden, wie sie in Erfüllung der Auflagen in den Fusionsverfahren RWE/VEW und E.ON/Heingas vorgesehen sind, in denen durch den hohen Saldierungsgrad der gesamten Regelzone der Bedarf an Ausgleichsenergie weitgehend minimiert wird und die wettbewerbliche Beschaffung der restlichen benötigten Regelenergie mittels Ausschreibung wenigstens für niedrigere Regelenergie-Arbeitspreise sorgt.

D. Lastprofile

I. Erhebung von Risikozuschlägen bei der Anwendung synthetischer Lastprofile

1. Notwendigkeit von Lastprofilen

Synthetische Lastprofile werden von Netzbetreibern bei der Einspeisung zur Versorgung solcher Kunden angewendet, bei denen eine Leistungsmessung wirtschaftlich nicht vertretbar ist und ihre Einführung deshalb wettbewerbsausschließend oder -behindernd wäre. Leistungsmessung ist teuer und deshalb nur bei höheren Verbräuchen vertretbar.¹⁰¹

Über das Lastprofil wird bestimmt, mit welcher Leistungscharakteristik der dritte Anbieter den Strom für seine Kunden in das Netz des Netzbetreibers einspeisen muss. Eine Verknüpfung mit dem individuellen Abnahmeverhalten des jeweiligen Kunden ist wirtschaftlich nicht darstellbar. Deshalb werden beim synthetischen Lastprofil die Kunden ohne Leistungsmessung zu Kundengruppen zusammengefasst. Deren typisches Gruppenverhalten ist durch Messungen ermittelt worden. Hieraus ist ein synthetisches Lastprofil gebildet worden. Ein solches Vorgehen ist durchaus gerechtfertigt, weil für die im Netz auftretende Last der Einfluss des einzelnen kleinen Kunden nicht relevant ist. Auf diese Weise wird den dritten Anbietern im Vorhinein ein bestimmtes Lastprofil mitgeteilt, nach dem sie einspeisen müssen. Soweit sich in der Praxis tatsächlich Abweichungen zwischen dem standardisierten Lastprofil und dem tatsächlichen Abnahmeverhalten der Gruppe ergeben, wird dies dem Netznutzer nicht individuell in Rechnung gestellt.

Im Gegensatz dazu wird beim sog. analytischen Verfahren im Nachhinein konkret ermittelt, ob sich Abweichungen der Lastverläufe für Verbraucherguppen ergeben haben. Entsprechend können sich Nachforderungen ergeben, die im Vorhinein nicht abschätzbar sind.

2. Zuschlag für Lastabweichungen

Bei der Anwendung der synthetischen Lastprofile und der dazugehörigen Entgeltmodelle wird im Netzentgelt ein Zuschlag einkalkuliert. Der Zuschlag wird damit begründet, dem

¹⁰¹ Nach einer repräsentativen Erhebung des VDEW (Ergebnisse und Erhebung "Netznutzungspreise" und Einsatz von Lastprofilen, M-36/2000) frühestens ab 30.000 kWh Jahresverbrauch, bei wenigen Unternehmen auch erst ab 100.000 kWh Jahresverbrauch.

Netzbetreiber entstehe ein zusätzlicher Aufwand, wenn die tatsächliche Leistungsanspruchnahme der Kundengruppe von dem synthetischen Lastprofil abweiche. Insbesondere wird vorgebracht, dass er den Aufwand für die sog. Kältezusatzlast abdecken soll, die entsteht, wenn infolge einer nur in mehrjährigem Abstand auftretenden längeren Kälteperiode die Leistungsanforderung der Kundengruppe die in der synthetischen Lastkurve zugrundegelegten Werte deutlich überschreitet. Ein derartiges Ereignis ist in den Lastprofilen nicht berücksichtigt und wird auch durch die Durchmischung der sonst unterschiedlichen Leistungsanforderungen der verschiedenen Kundengruppen nicht ausgeglichen. Dieser Zuschlag wird in den veröffentlichten Netzentgelten nicht gesondert ausgewiesen. Er wird aber in der Kalkulation angewendet (Größenordnung 0,5 Pfennig pro kWh).

II. Würdigung

Die Kartellbehörden sehen einen derartigen Zuschlag kritisch. Er stellt eine pauschale Belastung für die Netznutzer dar, ohne dass der Mehraufwand für die Netzbetreiber bereits konkret bezifferbar ist. Er gleicht deshalb einer Vorsorgemaßnahme zur Absicherung eines Risikos.

Auf welche Weise dieses Risiko tatsächlich abgesichert wird, ist im Wettbewerb ungewiss. Die statistisch irgendwann erforderliche Leistung kann in langfristigen Verträgen gesichert werden, sie kann aber auch erst im Bedarfsfall beschafft werden. Welche Strategie gewählt wird, ist eine unternehmerische Entscheidung, die auch davon bestimmt ist, wie der Netzbetreiber die Kapazitätssituation einschätzt. In Zeiten reichlich vorhandener Kapazitäten wird es zur Kostenminimierung sinnvoll sein, die Leistung erst dann zu beschaffen, wenn sie tatsächlich benötigt wird, weil auch dann nicht mit einer Preisexplosion zu rechnen ist. Anders kann sich die Situation u.U. in Zeiten knapper Kapazitäten darstellen. Alternativ kann sich ein Netzbetreiber aber auch fragen, ob nicht in Zeiten der Lastspitze vertraglich auch Lastreduktionen insbesondere bei großen Stromverbrauchern möglich sind, z.B. durch Hinwirken auf den Abschluss von Verträgen mit abschaltbarer Leistung. Eine solche Strategie würde für den Netzbetreiber aber ebenfalls sofort kostenwirksam, weil der entsprechende Kunde für die vereinbarte Abschaltmöglichkeit unabhängig von ihrem tatsächlichen Eintritt sofort Preisvorteile erwartet. Dies wäre aber u.U. billiger als die Vorhaltung von Leistung.

Da die Netzbetreiber demnach unterschiedliche Handlungsmöglichkeiten mit unterschiedlichen Kostenfolgen haben, ist derzeit noch nicht abschätzbar, wie hoch die zu verteilenden Kosten für die Kältezusatzlast tatsächlich sein werden.

Für den Zuschlag wird angeführt, er sei erforderlich, um eine Gleichbehandlung mit den leistungsgemessenen Kunden herbeizuführen. Diese müssten jede erhöhte Inanspruchnahme von elektrischer Leistung bezahlen. Auch ihnen gegenüber wird aber die Gleichbehandlung verbessert, wenn nicht vorsorglich Pauschalen erhoben werden. Denn auch die leistungsgemessenen Kunden bezahlen eine erhöhte Leistung erst nach ihrer Inanspruchnahme.

Außerdem kann der Zuschlag zu Verzerrungen zwischen neuen Anbietern und dem Vertrieb eines bisher integrierten Stromversorgungsunternehmens führen. Denn die Vertriebsparten speisen derzeit für ihre eigenen Kleinkunden offenbar noch nicht nach Lastprofilen ein. Sie erbringen vielmehr über ihre Einspeisungen den notwendigen Belastungsausgleich. Leistungserhöhungen ihrer Kunden treffen sie deshalb zwar ebenfalls. Aber es ist fraglich, ob ihre Preise bereits im Vorhinein kalkulatorisch durch die Kältezusatzlast belastet sind. Denn auch insoweit bestehen die oben beschriebenen unternehmerischen Reaktionsmöglichkeiten für die Abdeckung der Kältezusatzlast.

Das vorsorgliche Einfordern von Zuschlägen vor Eintritt des dadurch abzusichernden Risikos kann deshalb dritte Netznutzer benachteiligen. Die Kartellbehörden werden sich deshalb bei der Überprüfung der Kalkulation von Netzentgelten besonders mit Höhe und konkreter Begründung für den Zuschlag auseinandersetzen und Nachweise für die tatsächlich eingetretene Kältezusatzlast einfordern.

III. Situation beim analytischen Verfahren

Im analytischen Verfahren tritt das dargestellte Problem nicht auf, weil nachträglich Leistungsabweichungen für alle Kundengruppen ermittelt und abgerechnet werden. Andererseits ist dies nur ein scheinbarer Vorteil des analytischen Modells, denn er wird erkauft mit einer erheblichen Unsicherheit für die Netznutzer, die nicht im Vorhinein wissen, wie teuer die Netznutzung für sie sein wird. Darüber hinaus ist ein erheblich höherer Aufwand an Datenermittlung und -verarbeitung erforderlich. Nach einer repräsentativen Erhebung der VDEW wenden 59 % der Befragten für die Abrechnung von Kleinkunden das synthetische Lastprofilverfahren an, 14 % das analytische (27 % hatten keine Angaben gemacht). Die Kartellbehörden werden beobachten, ob sich dieses Verfahren in der Praxis bewährt. Anhand der Praxisergebnisse werden sie prüfen, ob das analytische Modell wegen seiner Kompliziertheit und Wirkungsweise behindernde Wirkung hat.

E. Netznutzungsentgelte für die Lieferung von Wärmestrom

Strom insbesondere für Nachtstromspeicherheizungen wird von den integrierten Versorgungsunternehmen im Rahmen von Sonderabkommen an die Endverbraucher geliefert. Die dort vereinbarten Preise liegen zum Teil deutlich unter den allgemeinen Netznutzungsentgelten. Strom für diese Anlagen wird deshalb preisgünstiger verkauft, weil sie so betrieben werden, dass sie nur in lastschwachen Zeiten Strom aus dem Netz entnehmen. Sie tragen insofern dazu bei, die vorhandenen Versorgungsanlagen besser auszulasten. Die Dimensionierung der Versorgungsanlagen wird daher nicht durch die Stromnachfrage dieser Anlagen mitbestimmt. Die ihnen berechneten Strompreise werden mithin nicht im Wege einer Vollkostenrechnung, sondern nach Deckungsbeitrags Gesichtspunkten gebildet.

Rechnet der Netzbetreiber dem eigenen Vertrieb für die Lieferung von Wärmestrom nicht die vollen Netzkosten, sondern nur Deckungsbeiträge zu, so ist er grundsätzlich nach §§ 6 Abs. 1 EnWG, 19 Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 4, 20 Abs. 1 GWB verpflichtet, auch dritten Netznutzern für vergleichbare Wärmestromlieferungen entsprechend niedrigere Preise zu berechnen. Anders kann das Gleichbehandlungsgebot zwischen interner und externer Nutzung des Netzes nicht erfüllt werden.

Dieses Gleichbehandlungsgebot wird derzeit ersichtlich nicht erfüllt. Dritten Netznutzern werden für alle Stromlieferungen dieselben Netznutzungsentgelte berechnet.

Als Begründung wird angeführt, für diesen Wärmestrom existierten noch keine Lastprofile, nach denen dritte Netznutzer einspeisen könnten. Deshalb könnten die entsprechenden Wärmestromlieferungen im Wege der Durchleitung noch nicht abgewickelt werden.

Richtig ist, dass Wärmestrom nicht nach den synthetischen oder analytischen Lastprofilen eingespeist werden kann, wie sie bei nicht leistungsgemessenen Kunden zur Anwendung kommen. Die Nachfrage nach Wärmestrom muss anders prognostiziert werden, weil sie insbesondere von den Witterungsbedingungen abhängt, die nicht über lange Zeiträume vorhergesagt werden können. In der Versorgungswirtschaft gibt es andererseits langjährige Erfahrungen mit der Abnahme von Wärmestrom. Lastverläufe und witterungsabhängige Abnahmemengen sind deshalb im Grundsatz bekannt. Es kann insofern kein unüberwindbares Problem darstellen, dritten Netznutzern in der gebotenen Zeitnähe angepasst an den voraussichtlichen Witterungsverlauf Einspeisepprofile und Einspeisemengen mitzuteilen.

Für die Kartellbehörden sind deshalb fast drei Jahre nach Inkrafttreten der Energierechtsreform nicht vorhandene Lastprofile für die Wärmestromlieferung durch Dritte nur noch für einen sehr begrenzten Zeitraum als Argument gegen einen Missbrauchsvorwurf tauglich.

F. Probleme bei der Verrechnung der Konzessionsabgabe

I. Problemstellung

Netzbetreiber müssen auf der Basis von Verträgen über die Nutzung gemeindlicher Wege für die Stromleitungen (Konzessionsverträge) Konzessionsabgaben an die jeweiligen Gemeinden zahlen. Die Höhe der Konzessionsabgaben ist durch die Konzessionsabgabenverordnung¹⁰² nach oben begrenzt. Im traditionellen Bereich der Tarifabnehmerversorgung sind die Konzessionsabgaben nach Gemeindegrößenklassen gestaffelt.¹⁰³ Am niedrigsten sind die Konzessionsabgaben in kleinen Gemeinden (2,6 Pf je kWh), am höchsten in Großstädten (4,69 Pf je kWh).

Auch für Lieferungen Dritter über das Netz fallen diese Konzessionsabgaben an. Die Regelungen der Konzessionsabgabenverordnung sind darauf gerichtet, die Konzessionsabgaben möglichst wettbewerbsneutral auszugestalten.¹⁰⁴

Ist ein Netzbetreiber nur in einer Gemeinde oder Stadt tätig, fallen bei bisher noch integrierten Versorgungsunternehmen dieselben Konzessionsabgaben an, wie sie auch jeder dritte Netznutzer in diesem Gemeindegebiet tragen muss. Diese Fälle sind unproblematisch.

Anders kann sich das Bild darstellen, wenn ein Netzbetreiber sein Netz in Gemeinden unterschiedlicher Gemeindegrößenklassen betreibt. Dritten Netznutzern gegenüber wird dann in den meisten Fällen die Konzessionsabgabe gemeindescharf, also jeweils nach dem Standort des belieferten Kunden, abgerechnet. In den Strompreisen des integrierten Versorgungsunternehmens ist demgegenüber regelmäßig ein Mischsatz für die Konzessionsabgaben enthalten, wie er sich aus den unterschiedlichen Konzessionsabgabesätzen und Absatzzahlen in den jeweiligen Gemeinden ergibt. Denn die integrierten Versorgungsunternehmen beliefern bisher in ihrem Versorgungsgebiet alle Tarifkunden nach einem ein-

¹⁰² Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas (KAV) vom 9.1.1992 (BGBl. I S. 12).

¹⁰³ Im Sonderabnehmerbereich gilt ein einheitlicher Höchstsatz von 0,22 Pf je kWh. Insoweit treten keine besonderen Probleme auf.

¹⁰⁴ Vgl. Erste Verordnung zur Änderung der KAV vom 22 Juli 1999 (BGBl. I S. 1669).

heitlichen Preissystem. Ein individueller Ausweis der unterschiedlich hohen Konzessionsabgaben findet regelmäßig nicht statt.

II. Behinderung dritter Netznutzer?

Bei dieser Sachlage müssen neue Anbieter z. B. bei der Belieferung von Kunden in Großstädten eine Tarifabnehmerkonzessionsabgabe in Höhe von 4,69 Pf. je kWh an den Netzbetreiber zahlen. In den Entgelten, die der Netzbetreiber mit dem Vertrieb des eigenen Unternehmens abrechnet, ist regelmäßig aber nur der durchschnittliche Konzessionsabgabensatz enthalten. Bei größeren Versorgungsbereichen haben deshalb neue Anbieter in Großstädten Wettbewerbsnachteile, weil ihnen die dort geltenden hohen Konzessionsabgaben zugerechnet werden; andererseits haben sie in kleinen Gemeinden Vorteile, weil ihnen dort auch nur der niedrigere Konzessionsabgabensatz in Rechnung gestellt wird.

Wirtschaftlich hätten neue Anbieter einen Gleichstand erreicht, wenn ihre Kundenstruktur bezogen auf die Verteilung auf die einzelnen Gemeinden der des bisherigen Versorgers entspräche.

Eine denkbare Lösungsmöglichkeit bestünde darin, die Strompreise künftig unter Ausschluss der Konzessionsabgabe zu bilden und dem so ermittelten Preis die jeweils anfallende Konzessionsabgabe zuzuschlagen. Dies würde zu unterschiedlichen Strompreisen in den Gemeindegebieten in Abhängigkeit von der Konzessionsabgabe führen.

Als weitere Möglichkeit käme in Betracht, dass auch dritten Netznutzern gegenüber nur der durchschnittliche Konzessionsabgabensatz in Rechnung gestellt wird.¹⁰⁵

III. Würdigung

Die Kartellbehörden sehen sich auch angesichts der Regelungen in der Konzessionsabgabenverordnung nicht in der Lage, ein bestimmtes Preisbildungssystem für diese Fälle aus dem GWB abzuleiten. Vielmehr kann insoweit nur das Diskriminierungsverbot des § 6 Abs. 1 EnWG nutzbar gemacht werden. Danach sind die Netzbetreiber intern (gegenüber ihrer Vertriebsabteilung) wie extern (gegenüber den die Durchleitung begehrenden Dritten) zur Gleichbehandlung verpflichtet. Hieraus ergibt sich die Forderung, dass die Netzbetreiber dem eigenen Vertrieb gegenüber in gleicher Weise abrechnen müssen, wie auch gegenüber Dritten; das bedeutet: Wird Dritten gegenüber die Konzessionsabgabe

¹⁰⁵ So die EWE AG bei ihren Netznutzungsentgelten.

gemeindescharf abgerechnet, muss in der internen Abrechnung gegenüber dem eigenen Vertrieb in gleicher Weise vorgegangen werden. Gleiches gilt bei der Anwendung von Durchschnittssätzen.

Es bleibt aber dem Vertrieb des integrierten Versorgungsunternehmens überlassen, wie er diese ggf. unterschiedlich hohen Netznutzungsentgelte in den einzelnen Gemeinden des Versorgungsgebietes in den Strompreisen umsetzt.

G. Überwälzung der Belastungen aus dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz auf die Netznutzungsentgelte

I. Problemstellung

Das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG)¹⁰⁶ verpflichtet die Netzbetreiber, KWK-Anlagen an ihr Netz anzuschließen, den Strom aus diesen Anlagen abzunehmen und – im Jahr 2000 - mit 9 Pf pro kWh zu vergüten (§ 3 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 KWKG). Die aufnahmepflichtigen Netzbetreiber erhalten von dem vorgelagerten Netzbetreiber einen Ausgleich in Höhe von 3 Pf pro kWh (§ 5 Abs. 1 KWKG). Die Übertragungsnetzbetreiber wiederum verteilen untereinander die Belastungen in der Weise, dass jedem Übertragungsnetzbetreiber in Bezug auf die über sein Netz abgegebenen Kilowattstunden dieselbe Belastung trifft. Vergütungssatz und Ausgleichsbetrag werden ab dem 1.1.2001 zum 1. Januar eines neuen Jahres jeweils um 0,5 Pf pro kWh gesenkt.

Nach § 3 Abs.1 Satz 4 KWKG-Gesetz können nicht vermeidbare Mehraufwendungen auf Grund der Verpflichtungen nach den Sätzen 1 und 2 des §3 Abs.1 bei der Ermittlung des Netznutzungsentgeltes in Ansatz gebracht werden.

Unstreitig können die Belastungen, die in Folge des degressiv gestalteten Belastungsausgleichs entstehen, in den Netznutzungsentgelten an die Netznutzer weitergegeben werden. Im Jahre 2000 errechnete sich hieraus nach Angaben der Deutschen Verbundgesellschaft ein Betrag von 0,53 Pf je kWh für über das Hochspannungsnetz bezogenen Strom.

Einzelne Netzbetreiber, in deren Netzgebiet KWK-Anlagen betrieben werden, machen deutlich höhere Aufschläge geltend. Im Einzelfall kann der Aufschlag dann mehrere Pfenn-

¹⁰⁶ Gesetz zum Schutz der Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung vom 12. Mai 2000 (BGBl. I S. 703).

nig je kWh betragen. Entsprechend liegen die für die Netznutzung geforderten Entgelte bei diesen Unternehmen vergleichsweise hoch.

Die Kartellbehörden sehen diese erhöhten Zuschläge, die aufgrund des KWKG-Gesetzes gefordert werden, kritisch. Die Netzbetreiber begründen ihr Vorgehen damit, der in § 3 Abs. 1 KWKG genannte Begriff der „Mehraufwendungen“ sei umfassend zu definieren. Erfasst seien damit auch die Mehrkosten, die ihnen nach Anrechnung des Belastungsausgleichs deshalb verbleiben, weil sie den Strom anderweitig hätten günstiger – d.h. unter den im Jahr 2000 zu zahlenden 6 Pf pro kWh - beschaffen können. Die Netzbetreiber bringen damit bei der Ermittlung der Netznutzungsentgelte die potenzielle Differenz zwischen den verbleibenden 6 Pf und dem für sie erzielbaren Marktpreis in Ansatz.

II. Begriff der Mehraufwendungen in § 3 Abs. 1 Satz 4 KWKG

Der Wortlaut des § 3 Abs. 1 Satz 4 KWKG ist insofern nicht eindeutig: Unter dem Begriff „Mehraufwendung“ kann bei weiter Auslegung jegliche Kostenbelastung zu verstehen sein, die aus der Aufnahme- und Vergütungspflicht resultiert, bei enger Auslegung ist er dagegen auf die einspeisebedingten Mehraufwendungen beschränkt.¹⁰⁷

Zwar wird in weiten Teilen der Elektrizitätswirtschaft die Auffassung der umfassenden Auslegung des Begriffes Mehraufwendungen vertreten. Nach Zielrichtung, Systematik und Entstehungsgeschichte des KWKG-Gesetzes bestehen aber erhebliche Bedenken gegen diese Auffassung.¹⁰⁸ Denn mit dem Gesetz sollte den KWK-Anlagenbetreibern kein voller Belastungsausgleich für den Betrieb der KWK-Anlage, sondern nur ein klar definierter degressiver Ausgleich zuteil werden.

Dies zeigt sich in der Gesetzesbegründung: Danach wird davon ausgegangen, dass die durch das KWKG sichergestellte Vergütung von zunächst 6 Pf pro kWh größenordnungsmäßig bis 2004 dem Marktpreis entspricht.¹⁰⁹ Zudem erwartete der Gesetzgeber nur eine geringe Erhöhung der Netznutzungsentgelte aufgrund des KWKG.¹¹⁰ Systematisch spricht für die enge Auslegung mit der Beschränkung auf die einspeisebedingten Mehraufwendungen auch, dass nach § 10 Abs. 2 Satz 3 Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG)¹¹¹ – das

¹⁰⁷ So Herrmann, RdE 2000, S. 184, 192, mit der zusätzlichen Begründung, dass der Gesetzgeber bei der Einbeziehung jeglicher Kostenbelastung aus dem KWKG den Begriff „Aufwendungen“ statt „Mehraufwendungen“ hätte wählen müssen.

¹⁰⁸ Vgl. Herrmann, RdE 2000, S. 184, 192f.

¹⁰⁹ BT-Drs. 14/2765, S. 1.

¹¹⁰ BT-Drs. 14/2765, S. 1.

¹¹¹ Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien vom 29. März 2000 (BGBl. I S. 305).

EEG enthält eine dem § 3 Abs. 3 Satz 2 KWKG entsprechende Regelung in § 3 Abs. 1 Satz 3 EEG – die Netzbetreiber lediglich die für den Ausbau notwendigen Kosten bei der Ermittlung des Netznutzungsentgeltes in Ansatz bringen können. Gegen eine weite Auslegung des Begriffes „Mehraufwendungen“ ist zudem in praktischer Hinsicht anzuführen, dass der Marktpreis für Stromlieferungen ständig schwankt und die angeblichen „Mehrbelastungen“ aus dem Unterschied zum Marktpreis kaum quantifizierbar sind, weil sie sich ständig ändern.

Außerdem sind bei den einbezogenen KWK-Anlagen regelmäßig Netzbetreiber und Anlagenbetreiber identisch, d.h. die KWK-Anlagenbetreiber speisen den Strom aus den KWK-Anlagen als integriertes EVU in ihr eigenes Netz ein. Dass solche integrierten EVUs Mehraufwendungen haben, ist nicht ersichtlich. Sie werden vielmehr durch das KWKG im Umfang des Belastungsausgleichs gegenüber der Situation vor Inkrafttreten des KWK-Gesetzes entlastet. Zudem erhalten sie zusätzlich eine Gutschrift für die dezentrale Einspeisung nach der VV Strom II.¹¹² Ein genereller Ersatz von Mehraufwendungen des Netzbetreibers führt deshalb im Ergebnis zu einer Förderung der KWK-Anlage, die den Umfang des Belastungsausgleichs übersteigt.

Außerdem würde der Anreiz weiter verstärkt, durch forcierte Stromerzeugung in ihren KWK-Anlagen windfall-profits durch die Vergütung von 9 Pf pro kWh an die KWK-Sparte des eigenen Unternehmens einerseits und die Überwälzung von „Mehrkosten“ auf die Netznutzungsentgelte andererseits zu erwirtschaften. All dies steht im Widerspruch zur Intention des Gesetzgebers und führt zu einer überzogenen Förderung von KWK-Anlagen.

Deshalb spricht viel dafür, den Begriff der Mehraufwendungen im § 3 Abs.1 KWK-Gesetz eng auszulegen und auf einspeisebedingte Mehraufwendungen (Netzanschluss, Netzverstärkung) zu beschränken.

III. Vorgehen der Kartellbehörden

Kartellrechtliche Eingriffsgrundlage für ein Missbrauchsverfahren wegen Erhöhung der Netznutzungsentgelte aufgrund des KWK-Gesetzes wären § 19 Abs.4 Nr.4 und Abs. 4 Nr. 1 GWB. Die Kartellbehörden können - anders als im Rahmen des Vergleichsmarktpinzips auf der Grundlage des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB, wo der Gesamtpreis maßgeblicher Anknüp-

¹¹² Nach 2.3.3 der VV Strom II erhalten Betreiber von dezentralen Erzeugungsanlagen ein Entgelt, das den durch die jeweilige Einspeisung in den vorgelagerten Netzebenen eingesparten Netznutzungsentgelten entspricht.

fungspunkt ist - im Rahmen einer Kostenkontrolle auf der Grundlage des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB auch einzelne Bestandteile des Strompreises für missbräuchlich erachten.

Die angeführte Problematik hat mittlerweile allerdings an Bedeutung verloren, da die angeführten weiteren Mehrkosten aufgrund inzwischen angestiegener Strombeschaffungskosten weniger Gewicht haben. Die Kartellbehörden sehen sich deshalb zur Zeit nicht veranlasst, die Problematik gesondert in Musterverfahren aufzugreifen.

In welchem Umfang Mehraufwendungen nach dem KWK-Gesetz in den jeweils betroffenen vertraglichen Beziehungen an die Netznutzer weitergegeben werden können, ist eine Frage des jeweiligen Vertrages. Ob eine Weitergabe der Belastung vertraglich möglich ist, müssen die Parteien des Netznutzungsvertrages im Streitfalle zivilrechtlich klären. Die Kartellbehörden werden im Rahmen ihres Aufgreifermessens regelmäßig nicht gegen solche Preiserhöhungen aufgrund vertraglicher Preisgleitklauseln vorgehen.

3. Teil: Fazit

Die Gewährleistung eines missbrauchs- und diskriminierungsfreien Zugangs zu den Stromnetzen der etablierten, vertikal integrierten Versorgungsunternehmen ist die zentrale Voraussetzung für fairen Wettbewerb auf den Strommärkten. Das kartellrechtliche Instrumentarium ist im Hinblick auf das ganze Spektrum möglicher Behinderungsstrategien der Netzbetreiber unterschiedlich effizient. Seine Wirksamkeit für diese mit der Marktöffnung neu entstandene Aufgabe hängt entscheidend auch von der ressourcenmäßigen Ausstattung der Kartellbehörden ab. Diese müssen bei der Rechtsanwendung und Auslotung der Reichweite des gesetzlichen Instrumentariums eine Vorreiterrolle übernehmen und damit auch die zivilrechtliche Klärung von Streitfragen unterstützen.

1. Behinderungspraktiken wie sie beispielhaft im zweiten Teil des Berichts beschrieben sind, bereiten von der Rechtsanwendung her geringere Schwierigkeiten. Sie könnten relativ problemlos in Kartellverwaltungsverfahren aufgegriffen und gegebenenfalls auch einer gerichtlichen Prüfung zugeführt werden. Die personellen Ressourcen, die den Kartellbehörden des Bundes und der Länder für diese Aufgaben derzeit zur Verfügung stehen, erlauben allerdings lediglich Musterverfahren, die Schwerpunkte von Behinderungsstrategien aufgreifen. Es kann jedoch grundsätzlich erwartet werden, dass sich die Netzbetreiber rechtmäßig verhalten, soweit die rechtlichen Zweifelsfragen entschieden sind. Eine flächendeckende Verfolgung auftretender Behinderungen ist nicht möglich.

Das Bundeskartellamt hat bereits im vergangenen Jahr ein Musterverfahren mit dem Ziel der Verwendung von kostensenkenden Standard-Lastprofilen durch die Netzbetreiber bei der Versorgung von Haushaltskunden durch Stromhändler erfolgreich abgeschlossen.

Die Landeskartellbehörde Bayern hat ein Musterverfahren gegen einen Netzbetreiber wegen des Forderns sogenannter Wechselgebühren (vgl. 2. Teil, Abschnitt A) mit einer Untersagungsverfügung abgeschlossen, die allerdings noch nicht rechtskräftig ist. Die Landeskartellbehörden Thüringen, Niedersachsen und Baden-Württemberg haben ebenfalls derartige Verfahren eingeleitet. Die Landeskartellbehörde Baden-Württemberg hat darüber hinaus Musterverfahren gegen Stadtwerke wegen der Weigerung, mit Stromhändlern Netznutzungsverträge abzuschließen (vgl. 2. Teil, Abschnitt B), eingeleitet.

2. Eine Kontrolle der von inländischen Netzbetreibern erhobenen Netznutzungsentgelte mit Mitteln der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht auf der Grundlage des Vergleichsmarktkonzepts ist, wie sich aus den Ausführungen des ersten Teils des Berichts ergibt, möglich, aber mit erheblichen Anwendungsproblemen verbunden:

- Wettbewerbspreise stehen für die Zwecke der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht über Netznutzungsentgelte als Monopolpreise nicht zur Verfügung. Der nach der Rechtsprechung zulässige Vergleich mit den Monopolpreisen anderer Unternehmen schwächt die Effektivität einer Missbrauchsaufsicht, da vermutet werden kann, dass auch der verglichene Monopolpreis eine Monopolrendite enthält.
- Besteht der Verdacht, dass das inländische Preisniveau insgesamt überhöht ist, käme nur der Vergleich mit einem ausländischen Unternehmen in Betracht. Das Heranziehen ausländischer regulierter Unternehmen als Vergleichsunternehmen ist aber mit zusätzlichen Unsicherheiten behaftet, da auslandsspezifischen strukturellen Besonderheiten und unterschiedlichen wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen Rechnung getragen werden muss.

Sollten die Kartellbehörden vor diesem Hintergrund auf eine Kostenkontrolle verwiesen werden, stellt sie die Prüfung der Angemessenheit der von den Unternehmen angesetzten Kosten des Netzbetriebs (vgl. dazu 1. Teil, Abschnitt D II.6.) vor neue zusätzliche Herausforderungen.

Das Bundeskartellamt wird in dem bereits eröffneten Muster-Missbrauchsverfahren gegen die e.dis Energie Nord AG auf der Grundlage eines inländischen Unternehmensvergleichs und bei ausreichender personeller Kapazität gegebenenfalls auch in einem noch zu führenden Missbrauchsverfahren gegen einen anderen Netzbetreiber auf der Grundlage eines ausländischen Unternehmensvergleichs das vorhandene kartellrechtliche Instrumentarium auf seine Effektivität hin ausloten.

Auch wenn sich dieses als effektiv erweisen sollte, könnten die Kartellbehörden des Bundes und der Länder nur Musterfälle aufgreifen. Sie können mit der jetzigen Ressourcenausstattung eine flächendeckende Überprüfung der Netznutzungsentgelte der ca. 800 Netzbetreiber nicht leisten. Ob und in welchem Umfang sich diese Aufgabe in nächster Zeit stellen wird, hängt neben einem Erfolg der Musterverfahren auch davon ab, ob die VV Strom II zu einem qualifizierten und zuverlässigen Schlichtungsinstrument weiterentwickelt wird.