

Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Postfach 130473 • 20104 Hamburg

Greenpeace e.V.

22745 Hamburg

Michael Günther *
Hans-Gerd Heidel *¹
Dr. Ulrich Wollenteit *²
Martin Hack LL.M. (Stockholm) *²
Clara Goldmann LL.M. (Sydney) *
Dr. Michéle John *
Dr. Dirk Legler LL.M. (Cape Town) *
Dr. Roda Verheyen LL.M. (London) *
Dr. Cathrin Zengerling LL.M. (Ann Arbor)

¹ Fachanwalt für Familienrecht
² Fachanwalt für Verwaltungsrecht
* Partner der Partnerschaft
AG Hamburg PR 582

Postfach 130473
20104 Hamburg

Mittelweg 150
20148 Hamburg

Tel.: 040-278494-0
Fax: 040-278494-99
Email: post@rae-guenther.de
www.rae-guenther.de

19.08.2013
13/0558EN/M/mh
Sekretariat: Frau Janott
Tel.: 040-278494-17

Kurzexpertise

Voraussetzungen und möglicher Umfang einer staatlichen Regulierung von Strom-Grundversorgungsstarifen

Die Strompreise für private Stromkunden steigen kontinuierlich. Begründet wird dies mit der in den zurückliegenden Jahren jährlich gestiegenen EEG-Umlage. Gleichzeitig ist festzustellen, dass die Börsenpreise für Strom u.a. aufgrund der stark gestiegenen Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien massiv gesunken sind. Damit sinken auch die Beschaffungskosten der Stromversorger bei gleichzeitiger Erhöhung der Endpreise für private Stromverbraucher. Ein nennenswerter Anteil der privaten Stromkunden sucht sich nicht einen günstigeren Versorger, sondern bleibt in der Grundversorgung. Denn nicht alle Grundversorgungskunden haben die Wahl, sich für einen anderen Versorger zu entscheiden. Bei schlechter Bonität können andere Versorger einen Vertragsschluss mit ihnen ablehnen. Der Grundversorger kann das nicht. Er hat also auch eine wichtige soziale Aufgabe. Vor diesem Hintergrund ist es doppelt wichtig, gegen überhöhte Preise in der Grundversorgung vorzugehen.

Buslinie 109, Haltestelle Böttgerstraße • Fern- und S-Bahnhof Dammtor • Parkhaus Brodersweg

Hamburger Sparkasse
BLZ 200 505 50
Kto.-Nr. 1022 250 383

Commerzbank AG
BLZ 200 800 00
Kto.-Nr. 4000 262 00

GLS Bank
BLZ 430 609 67
Kto.-Nr. 2033 210 900

Anderkonto: Commerzbank AG, BLZ 200 800 00, Kto.-Nr. 4000 262 02

In der vorliegenden Untersuchung wird dargestellt, welche staatlichen Eingriffe nach der aktuellen Rechtslage möglich sind, um Grundversorgungsstromkunden vor unangemessen hohen Versorgungskosten zu schützen. Weiterhin wird untersucht, welche gesetzlichen Maßnahmen empfehlenswert sind, um die Situation zu verbessern.

I. Energiewirtschaftlicher Rahmen

Der Endkundenstrompreis ist in den letzten Jahren stetig gestiegen. Der Strompreis setzt sich dabei aus unterschiedlichsten Komponenten zusammen¹. Zwei wesentliche Bestandteile sind die Erzeugungskosten und die EEG-Umlage. Im Jahre 2013 beläuft sich die EEG-Umlage auf einen Betrag von 5,277 ct/kWh, während sie 2010 nur 2,047 ct/kWh betrug. Diese Steigerungen sind ein zentrales Thema der aktuellen energie- und klimapolitischen Debatte geworden. Energieversorger begründen steigende Strompreise mit der gestiegenen EEG-Umlage.

Einer Kurzstudie des Öko-Instituts² zufolge ist eine solch isolierte Betrachtung betriebswirtschaftlich falsch. Eine Prognose für die kommenden Jahre ergibt, dass die Summe aus EEG-Umlage und Strombörsenpreis sogar sinkt. Die Kostensituation der Stromversorger rechtfertigt es also nicht, steigende Strompreise mit der Erhöhung der EEG-Umlage zu begründen, weil sie gleichzeitig bei der Beschaffung des Stromes sparen.

Im Zuge der steigenden Einspeisung Erneuerbarer Energien, der Unwirksamkeit des Emissionshandels und dem damit einhergehenden geringen CO₂-Preis sowie des Rückgangs der Steinkohlepreise am Weltmarkt sind die Börsenstrompreise in den letzten Jahren sukzessive gesunken. Dieser seit spätestens 2009 zu beobachtende längerfristige Trend zu sinkenden Börsenstrompreisen hat sich im Jahr 2013 noch einmal deutlich verstärkt. Der derzeitige Börsenstrompreis liegt mit etwa 4 Cent pro Kilowattstunden weit unter den Preisen der Vorjahre.

Der Effekt sinkender Börsenstrompreise stellt sich sowohl am Spotmarkt ein, wo sehr kurzfristig Strommengen für den nächsten Tag gehandelt werden können, als auch am Terminmarkt (Abb. 1), wo Strommengen gehandelt werden, deren Lieferung in den Folgejahren erfolgt.

¹ 2011: Stromerzeugung und Vertrieb (33%), Steuern (24%), Netzentgelte (20%), EEG-Umlage (14%), Konzessionsabgaben (6%) und Abrechnungen und Messungen (3%).

² EEG-Umlage und die Kosten der Stromversorgung für 2014 – Eine Analyse von Trends, Ursachen und Wechselwirkungen; Öko-Institut; Juni 2013.

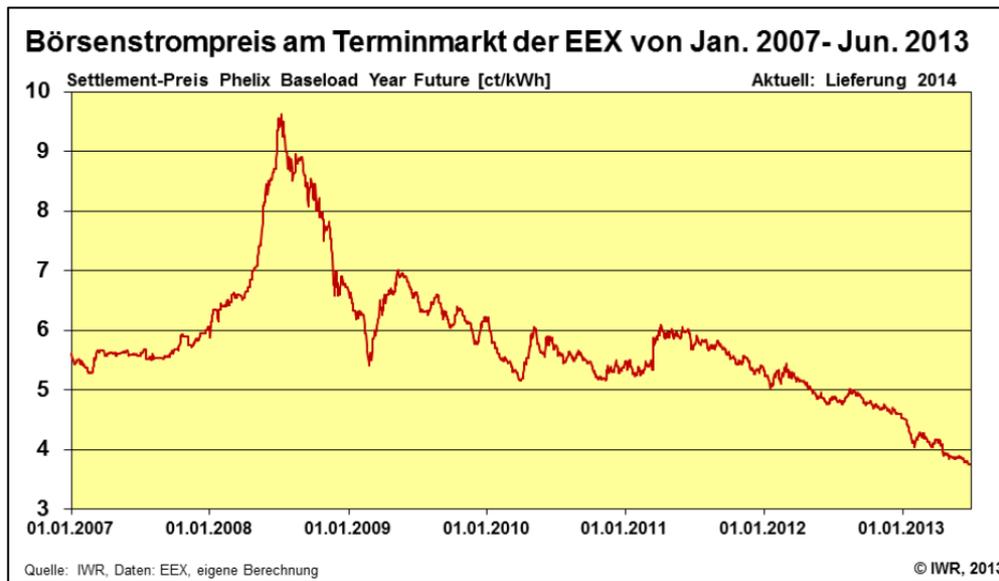


Abbildung 1: Baseload-Strompreis am Terminmarkt, Beschaffung für das Folgejahr; Quelle: IWR nach EEX

Gewinner dieser Entwicklung sind die Stromhändler, die an der Börse den Strom zur Versorgung ihrer Kunden einkaufen. Dieser Preisverfall im Einkauf wird nur sehr bedingt an die privaten Stromkunden weitergegeben. Während in Sondertarifen ein gewisser Verfall bei den Kostenbestandteilen Erzeugung, Vertrieb und Gewinnmargen zu verzeichnen ist, zeigt sich in den Tarifen der Grundversorgung ein gegenteiliger Trend. Leidtragende sind die 40 Prozent aller Haushaltskunden³, die in Tarifen der Grundversorgung verharren. Dies sind zum einen Personen, die aus unterschiedlichsten Gründen einen Anbieterwechsel scheuen, zum anderen aber auch Personen, die aufgrund mangelnder Bonität keine Möglichkeit zum Wechsel haben.

Die Grundversorgungstarife sind zumeist der teuerste Tarif im jeweiligen Versorgungsgebiet. Die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt haben im Monitoringbericht 2012 nachgewiesen, dass die Kostenbestandteile Energiebeschaffung, Vertrieb und Gewinnmargen in durchschnittlichen Grundversorgungstarifen bereits im Jahr 2012 um 13 Prozent über dem Durchschnittswert bei Sonderverträgen lagen⁴. Zudem weist der Monitoringbericht 2012 aus, dass die Kosten für Vertrieb inklusive der Gewinnmargen in den Grundversorgungstarifen mit 2,5 ct/kWh im Jahr 2012 rund 42% höher lagen als in den Sondertarifen von Mitbewerbern im jeweiligen Versorgungsgebiet (1,75 ct/kWh).

Da der Monitoringbericht von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt in der näheren Untersuchung, wie sich die verschiedenen Kostenbestandteile im Zeitverlauf entwickelt haben, lediglich eine über alle Tarife mengengewichtete

³ BNetzA und BKartellA (2013): Monitoringbericht 2012. 3.Aufl.

⁴ ebd.

Betrachtung anstellt, wird für die weitere Analyse auf eine Studie des Beratungsunternehmens Energy Brainpool⁵ zurückgegriffen. Diese zeigt deutlich das Auseinanderfallen der Summe aus Beschaffungs-, Vertriebskosten und Gewinn: Während die Gesamtsumme in den Grundversorgungstarifen in etwa konstant bleibt, sinkt die Summe in den Wettbewerbstarifen für Neukunden stark ab und sinkt sogar in den Negativbereich (Abb. 2)⁶.

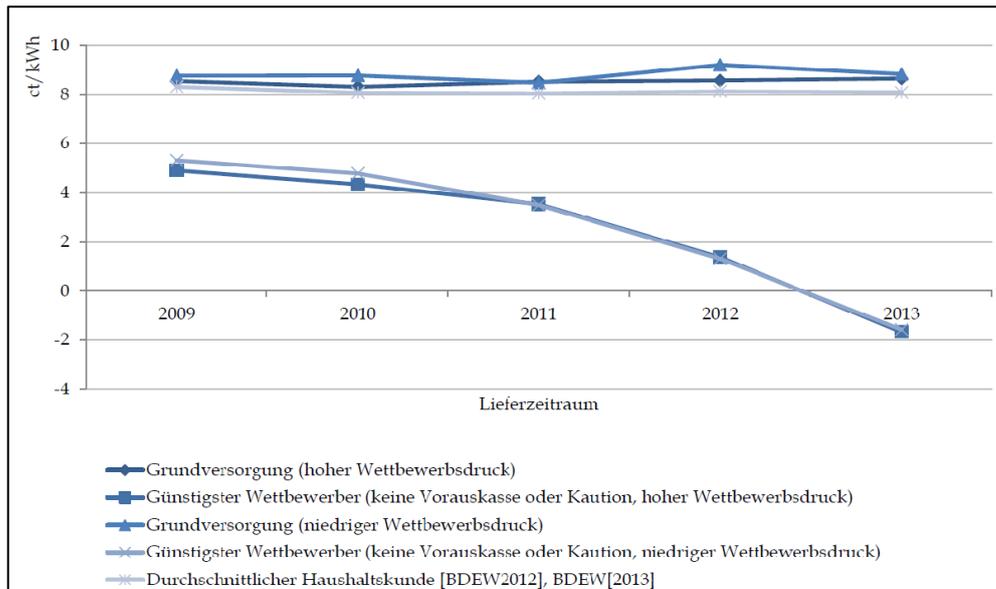


Abbildung 2: Beschaffungs-, Vertriebskosten und Gewinn in Summe bei Haushaltskunden in vers. Grundversorgungs- und Wettbewerbstarifen für Neukunden; Quelle: Energy Brainpool (2013): Zusammenhang von Strombörsenpreisen und Endkundenpreisen.

Subtrahiert man aus der Summe die Beschaffungskosten und betrachtet lediglich die Entwicklung der Vertriebskosten und Gewinne in den Grundversorgungstarifen, zeigt sich ein deutlicher Anstieg dieser Kostenbestandteile. Da keine genauen Zahlen über die Höhe der Vertriebskosten vorliegen, kann hilfsweise angenommen werden, dass die Vertriebskosten in Höhe der Inflationsrate gestiegen sind. Daraus ergäbe sich eine Kostensteigerung im Zeitraum von 2009 bis 2013 um 5,3 %. Im gleichen Zeitraum zeigt sich eine Steigerung der Summe aus Vertriebskosten und Marge zwischen 73% und 87% (Abb. 3). Folgt man der Annahme, dass die Vertriebskosten lediglich in Höhe der Inflationsrate gestiegen sind, sind die Gewinnmargen der Energieversorger in den Grundversorgungstarifen zwischen 2009 und 2013 je nach Region zwischen knapp 70% und 80% gestiegen. Daraus lässt sich ableiten, dass die Energieversorger die gesunkenen Börsenstrompreise nicht an die Kunden weitergeben, sondern zur Gewinnmaximierung nutzen.

⁵ Energy Brainpool (2013): Zusammenhang von Strombörsenpreisen und Endkundenpreisen.

⁶ Diese negativen Kosten für Beschaffungs-, Vertriebskosten und Gewinn lassen sich durch anderweitige Unternehmensinteresse wie Neukundengewinnung oder Imagebildung erklären.

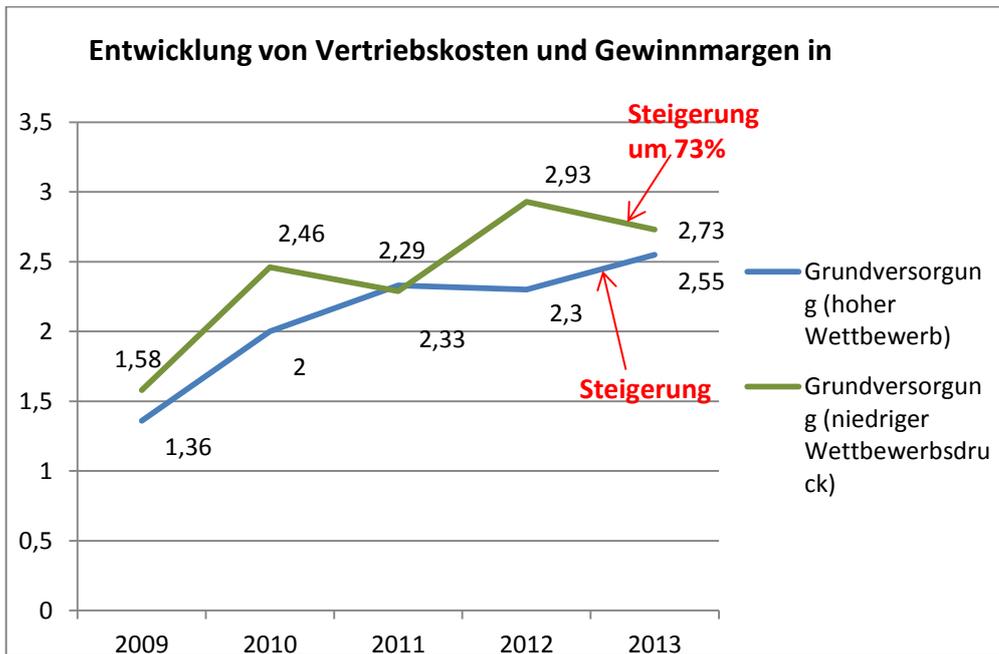


Abbildung 3: Entwicklung von Vertriebskosten und Gewinnmargen in Grundversorgungstarifen; Quelle: Energy Brainpool (2013): Zusammenhang von Strombörsenpreisen und Endkundenpreisen; Eigene Darstellung.

In absoluten Zahlen zeigt sich eine Preissteigerung (abzüglich einer angenommenen Steigerung der Vertriebskosten in Höhe der Inflationsrate) von rund einem Cent pro Kilowattstunde. Würden die Gewinne auf das Niveau von 2009 zurückgefahren, ergäbe sich somit eine Entlastung von rund 40 Euro/Jahr für einen Haushalt mit einem Jahresverbrauch von 4000 kWh.

II. Fragestellung

In den Grundversorgungstarifen zeigen sich keine Effekte steigenden Wettbewerbs im Zuge der Liberalisierung des Strommarktes. Es stellt sich deshalb die Frage, ob es rechtlich vorgesehene staatliche Eingriffsmöglichkeiten gibt, um Preissteigerungen zu verhindern, die nicht durch eine Steigerung der Gesamtkosten begründet werden können.

Rechtlich sind zwei Ansätze zu prüfen. Zum einen erlaubt § 39 Abs. 1 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) dem Bundeswirtschaftsministerium den Erlass einer Rechtsverordnung, welche die „Gestaltung der Allgemeinen Preise für die Grund- und Ersatzversorgung“ regelt. Es ist zu prüfen, ob auf dieser Grundlage wieder ein System wie nach der ehemaligen BTOelt (Bundestarifordnung Elektrizität) eingeführt werden kann, in dem Grundversorgungstarife nur dann erhoben werden dürfen, wenn diese Tarife zuvor von der Aufsichtsbehörde genehmigt worden sind.

Zum anderen können die Kartellämter gemäß § 29 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gegen Stromversorger vorgehen, die in Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung unangemessen hohe Preise fordern oder unangemessene Gewinne erzielen.

Die beiden Instrumente unterscheiden sich erheblich: Eine Regelung durch Verordnung nach § 39 EnWG ist nur für die Grund- und Ersatzversorgung möglich, setzt aber nicht voraus, dass ein Missbrauch der Preisgestaltungsmöglichkeiten nachgewiesen ist. Das kartellrechtliche Vorgehen dagegen ist gegen alle Preise möglich, setzt aber voraus, dass die zuständige Kartellbehörde die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung und die Unangemessenheit der Preise im Verhältnis zu den Kosten oder im Vergleich zu anderen Anbietern beweisen kann.

III. Erlass einer Verordnung zur Gestaltung der Allgemeinen Preise (Grund- und Ersatzversorgung), § 39 Abs. 1 EnWG

Die aktuelle Fassung des § 39 Abs. 1 EnWG ermöglicht nur den Erlass einer Verordnung, die bestimmte Anforderungen an die Gestaltung von Grundversorgungstarifen stellt. Sie enthält keine Grundlage für den Erlass einer Rechtsverordnung, die eine ex-ante Preisgenehmigungspflicht für Stromgrundversorger festschreibt.

1. Reichweite des § 39 Abs. 1 EnWG

Nach § 39 Abs. 1 EnWG kann

*„das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (...) im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates **die Gestaltung der Allgemeinen Preise** nach § 36 Abs. 1 und § 38 Abs. 1 des Grundversorgers unter Berücksichtigung des § 1 Abs. 1 regeln.“*

Allgemeine Preise im Sinne der Vorschrift sind nur die Preise der Grundversorgungsverträge mit Haushaltskunden und der Ersatzversorgung von Letztverbrauchern in Niederspannung oder in Niederdruck. Nicht erfasst sind sog. „Sondervertragskunden“. Alle Stromkunden, die mit dem Grundversorger oder einem anderen Energieversorgungsunternehmen einen Stromliefervertrag abgeschlossen haben, der die Bedingungen des Energiebezugs abweichend von den Bedingungen der Grundversorgung regelt, sind Sondervertragskunden. Für Sondervertragskunden, die Haushaltskunden sind, können auf der Grundlage der Ermächtigungsgrundlage des § 41 Abs. 5 EnWG ebenfalls durch Verordnung Regelungen getroffen werden, die hier jedoch nicht weiter erläutert werden sollen und auch bisher nicht erlassen wurden.

Fraglich ist, ob eine „*Gestaltung der Allgemeinen Preise*“ im Sinne des § 39 Abs. 1 EnWG eine Preisregelung in Form einer Preisgenehmigung zulässt. Eine solche Möglichkeit der Genehmigungspflicht fand sich ausdrücklich in § 11 Abs. 1 S. 1, 2.HS EnWG 1998. Dort hieß es:

*„Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Gestaltung der Allgemeinen Tarife der Elektrizitätsversorgungsunternehmen unter Berücksichtigung des Gesetzeszweckes regeln und **diese Tarife von einer Genehmigung abhängig machen**. Es kann dabei Bestimmungen über Inhalt und Aufbau der Tarife treffen sowie die tariflichen Rechte und Pflichten der Elektrizitätsversorgungsunternehmen und ihrer Abnehmer regeln. Es kann bestimmen, daß **bei der Genehmigung der Tarife** Aufwendungen eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens für Maßnahmen zur sparsamen und rationellen Verwendung von Elektrizität bei den Abnehmern bei der Feststellung der Kosten- und Erlöslage des Unternehmens anerkannt werden, sofern diese Maßnahmen elektrizitätswirtschaftlich rationeller Betriebsführung entsprechen und den Wettbewerb nicht verzerren.“*

Die Formulierung „*diese Tarife von einer Genehmigung abhängig machen*“ wurde im § 39 Abs. 1 EnWG n.F. bewusst nicht übernommen. Im Gesetzesentwurf (BT-Drs. 15/3917) wurde diesbezüglich ausgeführt:

*„Zu § 39 (Allgemeine Preise und Versorgungsbedingungen)
Absatz 1 entspricht in angepasster Form der Regelung des § 11 Abs. 1 des geltenden Energiewirtschaftsgesetzes. **Die Ermächtigung, im Rahmen der Bundestarifordnung Elektrizität (BTOElt) Preisgenehmigungen vorzusehen, ist entfallen**. Die Aufsicht nach der BTOElt wird in die besondere Missbrauchsaufsicht nach § 40 überführt.“*

Die Preisaufsicht sollte demnach ursprünglich von einer „besonderen Preisaufsicht“ geregelt werden (§ 40 des Regierungsentwurfes). Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens entfiel jedoch auch diese „*besondere Preisaufsicht*“ nach § 40 RegE. Um in dem erstmal nur auf dem Papier liberalisierten Strommarkt noch eine gewisse Übergangszeit zur Entwicklung echten Wettbewerbs und damit günstiger Preise zu geben, ordnete Art. 5 Abs. 3 des Zweiten Neuregelungsgesetzes vom 12.07.2005 die Fortgeltung der BTOElt bis zum 30.06.2007 an. Seit dem 01.07.2007 ist die BTOElt somit außer Kraft und es fehlt sowohl eine konkreten Preisgenehmigungspflicht als auch die Möglichkeit, eine solche per Rechtsverordnung zu erlassen.

Man könnte überlegen, trotzdem eine Verordnung auf der Grundlage des § 39 Abs. 1 EnWG zu erlassen, die eine Preisgenehmigungspflicht für die Grund-

versorgung einführt und dieses damit zu begründen versuchen, dass die vom Gesetz zugelassene „Gestaltung der allgemeinen Preise“ auch den Erlass eines Preisgenehmigungssystems umfasst.

Gegen eine solche Gesetzesinterpretation spricht jedoch zum Einen, dass in einem Wirtschaftssystem, in dem die Preise zwischen Vertragspartnern grundsätzlich frei ausgehandelt werden, eine Verordnungsregelung, die Preise nur nach einer Genehmigung zulässig sein lässt, einen schwerwiegenden Eingriff in die Handlungsfreiheit der betroffenen Unternehmen darstellt. Ein solcher Grundrechtseingriff ist zwar dann, wenn er sachlich gerechtfertigt werden kann, rechtlich nicht ausgeschlossen. Er benötigt aber eine hinlänglich eindeutige Ermächtigungsgrundlage. Diese läge dann vor, wenn in der Verordnungsermächtigung stünde, dass die Preise von einer Genehmigung abhängig gemacht werden können, wie es bis 2005 der Fall war. Durch die Streichung genau dieses Satzes hat sich der Gesetzgeber entschieden, dem Verordnungsgeber nicht mehr die Möglichkeit einzuräumen, die Preise von einer vorher erteilten Genehmigung abhängig zu machen.

Deutlich wurde dies auch durch (Gesetzes-)Anträge der Fraktion DIE LINKE (05.09.2006; BT-Drs. 16/2505) und des Landes Nordrhein-Westfalen (19.10.2006; BR-Drs. 735/06) im Verfahren zum Erlass des geänderten Energiewirtschaftsgesetzes im Jahre 2005. Die beiden Initiativen zielten darauf ab, die Preiskontrolle nach § 12 BTOElt beizubehalten bzw. den § 39 Abs. 1 EnWG um die Formulierung „*und diese von einer Genehmigung abhängig machen*“ zu erweitern. Beide Initiativen fanden jedoch keine Mehrheit.

Demnach ist auszuschließen, dass der § 39 Abs. 1 EnWG in seiner heutigen Fassung als Grundlage für den Erlass einer Verordnung genutzt werden kann, mit der die Preise für die Grundversorgung mit Strom im Vorwege von einer dafür zuständigen Behörde genehmigt werden müssen.

Eine „Gestaltung“ i.S.d. § 39 Abs. 1 EnWG ermöglicht damit lediglich die Vorgabe eines Preisstrukturechts mit Vorgaben für die Preisbildung und Preissystematik. Danach kann durch Verordnung dem Grundversorger die Bildung eines Pflichttarifs oder mehrerer Pflichttarife aufgegeben und daneben das Angebot von Wahlтарifen zugelassen werden. Es können Vorgaben für einen für alle erfassten Letztverbraucher einheitlichen Allgemeinen Tarif oder für nach Letztverbrauchergruppen differenzierte Allgemeine Tarife (vgl. § 3 BTOElt) sowie Vorgaben für das Angebot von Schwachlastтарifen für Tageszeiten schwacher Leistungsentnahme getroffen werden.

2. Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Preisregulierung

Will man eine durchgängige Vorabkontrolle der Grundversorgungstarife durchführen, so ist eine entsprechende Änderung des § 39 Abs. 1 EnWG erforderlich. Es müsste wieder eine Ermächtigungsgrundlage dafür geschaffen werden, die Grundversorgungspreise einer behördlichen Genehmigung zu unterwerfen und so vor ihrer Anwendung auf Angemessenheit zu überprüfen. Die Änderung wäre rechtstechnisch kurz; es könnte in § 39 Abs. 1 S. 1 EnWG am Ende wieder eine Formulierung eingefügt werden, die sich an dem früheren § 11 EnWG orientiert:

„und die Tarife einschließlich der Höhe der Preise von einer Genehmigung abhängig machen“

eingefügt werden.

Dann könnte im Rahmen der Verordnungsermächtigung vom zuständigen Ministerium ein dem ehemaligen § 12 BTO/Elt angelehntes Genehmigungsverfahren vorgeschrieben werden.

Ein solches System verursacht zwar einerseits Aufwand, andererseits kann vermutet werden, dass allein schon die Notwendigkeit, Preiserhöhungen genehmigt zu bekommen, dazu führen wird, dass tatsächlich nur nachweisbare Kostensteigerungen dazu führen, dass ein Grundversorger sich um die Genehmigung höherer Preise bemüht.

In der Praxis dürfte sich das Genehmigungsverfahren erheblich von dem unterscheiden, das bis 2007 praktiziert wurde, weil sich die Preisbildung heute deutlich anders darstellt. Die erhebliche Volatilität der Börsenpreise würde wohl dazu führen, dass die Genehmigungszeiträume relativ kurz werden oder Genehmigungen nicht für statische Preise erteilt werden, sondern z.B. für Preise, die sich entsprechend bestimmter Börsenparameter verändern.

IV. Kartellrechtliche Preiskontrolle (§ 29 GWB)

1. Hintergrund des § 29 S. 1 GWB

Mit der Abschaffung der Preisgenehmigung für die Grundversorgung hat der Gesetzgeber sich für einen Systemwechsel entschieden. Weil er an den Erfolg der Strommarktliberalisierung und damit daran glaubte, dass sich im Wettbewerb günstige Preise bilden, sollte ein staatlicher Eingriff nur noch dann möglich sein, wenn der Markt nicht funktioniert. Das ist dann der Fall, wenn marktbeherrschende Unternehmen ihre Macht ausnutzen, um unangemessen hohe Preise durchzusetzen. Um solche Missstände zu beseitigen, steht dem Staat seit Jahrzehnten das kartellrechtliche Instrumentarium des Gesetzes ge-

gen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zur Verfügung. Die Kernnorm, die auf alle Märkte anzuwenden ist, findet sich in § 19 Abs. 1 GWB, der die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verbietet.

Als Kompensation für die weggefallene Preisgenehmigung und Reaktion auf die zunehmende Konzentration im Energiemarkt hat der Gesetzgeber das kartellrechtliche Instrumentarium um eine Spezialnorm ergänzt, die nur für den Strom- und Gasmarkt gilt, den § 29 GWB.

§ 29 S. 1 GWB besagt:

„Einem Unternehmen ist es verboten, als Anbieter von Elektrizität oder leitungsgebundenem Gas (Versorgungsunternehmen) auf einem Markt, auf dem es allein oder zusammen mit anderen Versorgungsunternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat, diese Stellung missbräuchlich auszunutzen, indem es

- 1. Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die ungünstiger sind als diejenigen anderer Versorgungsunternehmen oder von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten, es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, dass die Abweichung sachlich gerechtfertigt ist, wobei die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast nur in Verfahren vor den Kartellbehörden gilt, oder*
- 2. Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten.*

Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, dürfen bei der Feststellung eines Missbrauchs im Sinne des Satzes 1 nicht berücksichtigt werden. Die §§ 19 und 20 bleiben unberührt.“

Weil der Gesetzgeber weiterhin erwartet, dass sich in überschaubarer Zeit ein funktionierender Strommarkt bildet, gilt die Norm gemäß § 131 Abs. 1 GWB nur zeitlich begrenzt bis zum 31. Dezember 2017. Danach soll die „normale“ kartellrechtliche Kontrolle gemäß § 19 GWB ausreichen. Allerdings ist die Geltungsdauer des § 29 GWB bereits verlängert worden, weil die ursprünglich geplante Geltungsdauer als nicht ausreichend angesehen wurde.

§ 29 GWB verbietet missbräuchliches Verhalten. Ein Grundversorgungstarif, der unter Verstoß gegen dieses Verbot gebildet wird, ist also unwirksam (§ 134 BGB). Ein Grundversorgungskunde hat in der Theorie also die Möglichkeit, nachweislich überhöhte Grundversorgungspreise als unwirksam anzugreifen und überhöhte Zahlungen zurück zu fordern. Faktisch wird ihm dies kaum ge-

lingen, weil er in einem solchen Prozess beweisen müsste, dass der Tarif missbräuchlich zustande gekommen ist. Dazu fehlen einem normalen Verbraucher aber die Informationen und er kann sie auch nicht - oder jedenfalls nicht mit vertretbarem Aufwand - beschaffen.

Die Bedeutung des § 29 GWB liegt deshalb praktisch fast ausschließlich darin, dass die Kartellbehörden damit ein Instrument in die Hände bekommen, um gegen Preismissbrauch durch marktbeherrschende Versorgungsunternehmen vorzugehen.

2. Voraussetzungen für ein kartellrechtliches Einschreiten

Voraussetzung für ein Einschreiten der Kartellbehörde nach § 29 GWB ist, dass ein Versorgungsunternehmen, das eine marktbeherrschende Stellung hat, diese ausnutzt und so im Vergleich zu anderen (§ 29 S. 1 Nr. 1 GWB) oder im Vergleich zu den – angemessenen - Kosten (§ 29 S. 1 Nr. 2 GWB) unangemessene Entgelte fordert.

Dass der Grundversorger ein Versorgungsunternehmen in diesem Sinne ist, versteht sich von selbst. Er ist auch per se marktbeherrschend (hierzu unten a)). Ob er diese Stellung ausnutzt und die Kartellbehörden daher nach § 29 S. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB einschreiten können, müsste jeweils anhand der unten unter b) bzw. c) dargelegten Kriterien von den Kartellbehörden überprüft und bewertet werden.

a) Der Stromgrundversorger hat eine marktbeherrschende Stellung

Ein Grundversorgungsunternehmen ist nach der kartellbehördlichen Rechtsanwendung als marktbeherrschend anzusehen, da die Stromversorgung von Haushaltskunden in der Grundversorgung als eigener Markt abgegrenzt wird. Ein Unternehmen ist nach § 18 Abs. 1 GWB marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist, keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat.

Weil es bei der Grundversorgung um die Versorgung von Haushaltskunden mit Strom geht, könnte man als den relevanten Markt den aller Haushaltskunden ansehen. Denn alle Haushaltskunden haben dasselbe Versorgungsbedürfnis, nämlich Strom für die tägliche Lebensführung geliefert zu bekommen (sog. Bedarfsmarktkonzept).

In der kartellbehördlichen Praxis wird jedoch differenziert:

Im Verfahren E.ON/Stadtwerke Eschwege⁷ hat das Bundeskartellamt den Strommarkt in die drei Stufen Erzeugerstufe (Erstabsatzmarkt), Distributionsstufe (Großverbrauchermarkt) und Letztverbraucherstufe aufgeteilt und diese in dem Verfahren „Integra/Thüga“⁸ weiter ausdifferenziert. Der Letztverbrauchermarkt ist nach dieser Praxis in Standardlastprofil (SLP)-Kunden zu allgemeinen Preisen (also die Grundversorgung), SLP-Kunden mit Sondervertrag und SLP-Kunden des Heizstrommarktes zu unterteilen.

Zur Begründung führt das Bundeskartellamt aus, dass eine Unterscheidung von SLP-Kunden der Grundversorgung (allgemeine Preise) und der SLP-Kunden mit Sonderverträgen sachgerecht sei, da letztere eine höhere Wechselbereitschaft aufzeigen würden. Auch sei der Vertrag auf unterschiedliche Weise zustande gekommen. Denn während es sich bei der Grundversorgung um ein gesetzliches Schuldverhältnis handele, hätten SLP-Kunden mit Sondervertrag explizit einen Vertrag abgeschlossen. Außerdem sei festzustellen, dass auch die betroffenen Elektrizitätsversorgungsunternehmen eine betriebswirtschaftliche Unterscheidung zwischen grundversorgten und Sondervertragskunden vornehmen würden. Für diese Unterscheidung spricht weiter, dass sich ein Versorgungsunternehmen der Grundversorgung die Kunden nicht aussuchen kann, sondern alle Kunden versorgen muss, die dies wünschen. Bei Sondervertragskunden besteht dagegen die Möglichkeit, nur bestimmte Kundengruppen anzusprechen und z.B. den Vertragsschluss mit Kunden mit schlechter Bonität zu verweigern.

Dieser Ansatzpunkt wird von der Lehre zum Teil kritisiert⁹, wobei dann ein einheitlicher sachlicher Markt auf der Letztverbraucherstufe für alle SLP-Kunden angenommen wird. Denn letztlich hätten alle SLP-Kunden eine ähnliche wirtschaftliche Funktion und ein vergleichbares Abnahmeverhalten¹⁰. Auch diese Auffassung dürfte vorliegend aufgrund der typischerweise sehr hohen Marktanteile des Grundversorgers bei der Versorgung von Haushaltskunden zumeist die Marktbeherrschung bejahen:

Rund 40 % der Letztverbraucher befinden sich in der Grundversorgung, ca. 43 % der Letztverbraucher haben einen Sondervertrag mit dem Grundversorger und ca. 17% haben einen Versorgungsvertrag mit einem anderen Unternehmen als dem Grundversorger abgeschlossen¹¹. Hierbei ist die anhaltende Tendenz

⁷ BKartA, Beschluss vom 12.9.2003, Az. B 8-21/03 (*E.ON/Stadtwerke Eschwege*)

⁸ BKartA, Beschluss vom 30.11.2009, Az. B 8-107/09 (*Integra/Thüga*)

⁹ So Koleva, „Preismissbrauchskontrolle nach § 29 GWB“, S. 212. A.A. Becker/Blau in Schneider/Theobald, *Recht der Energiewirtschaft*, 2. Aufl. 2010, § 12 Rn. 33: „Da es von Gesetzes wegen ausschließlich einen Grundversorger geben kann, der Elektrizität an SLP-Kunden zu den sogenannten Allgemeinen Preisen anbietet bzw. anbieten muss, kommt diesem Unternehmen eine rechtlich abgesicherte Monopolstellung auf diesem Markt zu und es ist somit als marktbeherrschend ... einzustufen.“

¹⁰ Koleva, „Preismissbrauchskontrolle nach § 29 GWB“, S.217.

¹¹ Bundesnetzagentur/Bundeskartellamt (2013): *Monitoringbericht 2012*, S. 121.

feststellbar, dass grundversorgte Kunden stetig abnehmen und stattdessen Sonderverträge abgeschlossen werden. Gemäß § 18 Abs. 4 GWB wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens 40 Prozent hat. Bezieht man in die Betrachtung mit ein, dass nach den aktuellen Erkenntnissen weitere rund 43 % der SLP-Haushaltskunden Sonderverträge mit dem Grundversorger abgeschlossen haben, so kommt der Grundversorger – bei der einheitlichen Marktbetrachtung – auf einen Marktanteil von über 80 %, der unzweifelhaft zur Marktbeherrschung führt. In bestimmten räumlichen Märkten (also etwa pro Netzgebiet) können sich die Verhältnisse jedoch anders darstellen, so dass dies von Fall zu Fall überprüfen wäre.

Räumlich relevanter Markt für die Grundversorgung kann nur das jeweilige Netzgebiet sein, weil der Grundversorger nur dort gemäß § 36 Abs. 2 S. 1 EnWG als solcher tätig ist. Dort ist der Grundversorger unter Zugrundelegung der kartellrechtlichen Praxis schon definitionsgemäß marktbeherrschend. Denn gemäß § 36 Abs. 2 EnWG gibt es in jedem Netzgebiet immer nur einen Grundversorger.

b) Missbrauchstatbestände, § 29 S. 1 Nr. 1 und 2 GWB

Die Grundstruktur des § 29 GWB folgt einem „Zwei-Säulen-Modell“, welches zum einen aus einem Vergleichsmarktkonzept (§ 29 S. 1 Nr. 1 GWB) und zum anderen aus einem Gewinnbegrenzungskonzept (§ 29 S. 1 Nr. 2 GWB) besteht. Die Missbrauchstatbestände stehen nebeneinander. Ein Verstoß gegen das gesetzliche Missbrauchsverbot liegt vor, wenn einer der beiden Tatbestände erfüllt ist. In der Praxis wird jedoch das Gewinnbegrenzungskonzept nur selten angewandt¹²; im Bereich der Energiewirtschaft dürfte dies auch damit zusammenhängen, dass einzig der Vergleichsmarkttatbestand eine Beweislastumkehr enthält und dass konkrete Maßstäbe für den Gewinnbegrenzungstatbestand fehlen.

aa) Vergleichsweise ungünstige Entgelte, § 29 S. 1 Nr. 1 GWB (Vergleichsmarktkonzept)

§ 29 S. 1 Nr. 1 GWB verbietet es marktbeherrschenden Unternehmen, Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen zu fordern, die ungünstiger sind als die anderer Versorgungsunternehmen oder sonstiger Unternehmen auf vergleichbaren Märkten („Vergleichsmarktkonzept“).

(1) Räumlicher, sachlicher oder zeitlicher Vergleichsmarkt

¹² Becker/Blau in: Schneider/Theobald, aaO., § 12, Rn. 66..

Das Vergleichsmarktkonzept existiert in der Kartellrechtsanwendung grundsätzlich in drei Ausprägungen, nämlich als räumliches, sachliches und zeitliches Vergleichsmarktkonzept. Bei allen Varianten wird die Preissetzung des marktbeherrschenden Unternehmens mit der von Unternehmen auf anderen räumlichen, sachlichen bzw. zeitlichen Märkten verglichen.

Bei der Energiepreisprüfung wenden die Kartellämter überwiegend das *räumliche* Vergleichsmarktkonzept an, es ist dann also auf Grundversorger in anderen Netzgebieten abzustellen¹³.

Man könnte möglicherweise auch auf einen *sachlichen* Vergleichsmarkt wie die Letztverbraucherstufe mit Sonderkunden abstellen (nicht zulässig wäre allerdings der Vergleich auf anderen Marktstufen, also z.B. mit Großhandel¹⁴). Zwar bestehen bezüglich Sonderkunden erhebliche Unterschiede, die – wie bereits dargelegt – dazu führen, dass rein kartellrechtlich nach der kartellbehördlichen Praxis von unterschiedlichen sachlichen Märkten im Sinne des § 29 GWB ausgegangen werden muss. Eine Heranziehung von Sondervertragskunden-Tarifen als „vergleichbarer“ (aber nicht identischer) Markt könnte aber gerade bei der angesprochenen Thematik der Nichtweitergabe gesunkener Stromeinkaufspreise in Betracht kommen, da diese Kostenänderungen sämtliche Versorger von Haushaltskunden gleichermaßen treffen¹⁵. Es müsste dann argumentiert werden, dass die verringerten Stromeinkaufspreise bei Sonderverträgen zu geringeren – bzw. unter Berücksichtigung der höheren EEG-Zulagen gleich bleibenden – Preisen geführt haben, während dies bei den Grundversorgern bzw. einigen davon nicht der Fall war.

Ebenso ist vorstellbar, auf einen *zeitlich* vergleichbaren Markt abzustellen, der sich im Wesentlichen durch gesunkene Strom-Einkaufspreise auszeichnet. Man müsste dann argumentieren, dass ein Grundversorger bei ansonsten gleichen oder ähnlichen Rahmenbedingungen im Jahr n+1 denselben Netto-Preis forderte (also ohne EEG-Umlage etc.) wie im Jahr n, obwohl die Einkaufskosten gesunken waren. Soweit ersichtlich, gibt es hierzu jedoch keine Praxis oder Rechtsprechung.

Den Kartellbehörden obliegt dabei die Nachweispflicht dafür, dass es sich bei einem anderen Unternehmen um ein vergleichbares handelt. Nach herrschender Auffassung genügt (wohl) der Vergleich mit **nur einem anderen Unterneh-**

¹³ M.w.N. Becker/Blau in: Schneider/Theobald, aao. § 12, Rn. 39.

¹⁴ Schulte/Just, Kartellrecht, 2012, Rn. 21; Bechtold, GWB, 6. Aufl., 2010, § 29 Rn. 8.

¹⁵ Dagegen allerdings Bechtold, aaO., § 29 Rn. 11, der eine strukturelle Vergleichbarkeit fordert, die bei (bundesweit tätigen) Stromversorgern von Sonderkunden und regionalen Gebietsversorgern mit Grundversorgungspflicht nicht vorliege.

men, das günstiger anbietet¹⁶. Bechtold schränkt dies dahingehend ein, dass besonders hohe Anforderungen an den Nachweis einer strukturellen Vergleichbarkeit zu stellen sind, wenn die Preise nur eines einzelnen Vergleichsunternehmens herangezogen werden¹⁷. Auch der BGH stellt bei einer geringen Anzahl von Vergleichsunternehmen besonders hohe Anforderungen an die Ermittlung des Vergleichspreises (keine Schätzung, Sicherheitszu- bzw. -abschläge)¹⁸.

(2) Tarif- oder Erlösvergleich

Der Vergleich der Entgelte kann zum einen ex ante (Tarifvergleich) oder ex post (Erlösvergleich) durchgeführt werden¹⁹.

Beim *Tarifvergleich* werden die geltenden Tarife eines „teuren“ Versorgers zu verschiedenen Zeitpunkten den Tarifen preisgünstigerer Versorger gegenübergestellt, wobei die Kartellbehörde bestimmte Nachfragergruppen bildet, die Gesamtpreise um nicht beeinflussbare Erlöse (Netzentgelte, Konzessionsabgaben, Steuern und wohl auch die EEG-Umlage) bereinigt und die Preise innerhalb eines Beobachtungszeitraums mengengewichtet, um die Vergleichbarkeit zu gewährleisten²⁰. Weicht der resultierende Netto-Preis erheblich von dem Netto-Preis des oder der Vergleichsunternehmen ab, muss der Versorger sachliche Gründe für diese Abweichung darlegen und beweisen. Gelingt ihm dies nicht, ist der Missbrauchstatbestand erfüllt. Bei dieser Netto-Preisbetrachtung kommt es also auf die EEG-Umlage nicht an, da diese alle Unternehmen gleichermaßen auf Erlös- und Kostenseite trifft und individuell nicht beeinflussbar ist. Bei dem Vergleich werden also die Unterschiede in der Preisgestaltung deutlich, die daher herrühren, dass sinkende Einkaufskosten bei einem Vergleichsunternehmen weitergegeben worden sind und bei dem Grundversorger, dessen Tarife Gegenstand der Prüfung sind, nicht.

Der *Erlösvergleich* wird bei der Überprüfung bereits abgeschlossener Zeiträume herangezogen. Er hat den Vorteil, dass im Zeitpunkt der Prüfung bereits genaue Daten vorliegen. Die Kontrolle erfolgt dann allerdings nur mit einer gewissen Zeitverzögerung. Bei dieser Methode werden die Umsätze aus den Stromverkäufen ähnlich wie beim Tarifvergleich bereinigt und üblicherweise auf die abgesetzte kWh bezogen. Weist ein Unternehmen einen erheblich höheren Netto-Erlös pro kWh aus, muss es einen sachlichen Nachweis für die Abweichungen erbringen, andernfalls liegt Missbrauch vor.

¹⁶ Schulte/Just, aaO., § 29 GWB Rn. 19, Becker/Blau in: Schneider/Theobald, aaO. § 12 Rn. 33, BGH, Beschl. v. 28.06.2005, Az. KVR 17/04, juris, Rn. 24 (*Stadtwerke Mainz*). Differenzierend Bechtold, aaO. § 29 Rn. 9 m.w.N..

¹⁷ Bechtold, aaO, Rn. 10.

¹⁸ BGH, aaO. (Fußnote 16).

¹⁹ Vgl. im Einzelnen Becker/Blau in: Schneider/Theobald, aaO., § 12 Rn. 42 ff.

²⁰ Becker/Blau in: Schneider/Theobald, aaO., § 12 Rn. 42 ff.

(3) Erheblichkeit

Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ist die Erheblichkeit der Preisabweichung. Damit sollen individuelle Anpassungen je nach dem Ausmaß der Marktbeherrschung ermöglicht werden²¹. Da der Grundversorger per Definition der einzige Anbieter auf dem Markt der Grundversorgung ist, dürften hier aber keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden.

(4) Rechtfertigung / Beweislast

Der Versorger kann **nachweisen**, dass es für die Abweichung eine **sachliche Rechtfertigung** gibt. Da strukturelle Unterschiede zumeist in den Netzentgelten reflektiert sind und auch andere nicht beeinflussbare Faktoren ausgeklammert werden, verbleiben im wesentlichen Energiebeschaffungskosten, Vertriebskosten, Margen und möglicherweise bei Grundversorgern noch Abweichungen in der Zusammensetzung der Kunden im Hinblick auf Bonität und Zahlungsbereitschaft. Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang nach der Rechtsprechung nicht sämtliche tatsächliche entstandene Kosten, sondern nur solche, die sich bei einer rationalen Betriebsführung ergeben bzw. ergeben hätten²².

bb) Unangemessene Entgelte, § 29 S. 1 Nr. 2 GWB

Der Missbrauchstatbestand des § 29 S. 1 Nr. 2 GWB stellt einen 2007 erstmals eingeführten, in der Praxis noch nicht oft angewandten Verbotstatbestand dar, so dass hier wenige gesicherte Maßstäbe existieren. Er ist auch einiger Kritik ausgesetzt. So habe die Vorschrift Potential, die Grundentscheidung des (europäischen) Gesetzgebers zu konterkarieren, den Energiesektor für den Wettbewerb zu öffnen, bei dem die Preisbildung nach marktwirtschaftlichen Prinzipien erfolgen würde. Der Preis, der von den Kartellbehörden im Hinblick auf die Kosten als angemessen angesehen würde, könnte für potentielle Markteinsteiger abschreckend wirken, wenn er unter dem Marktpreis liegen sollte, der sich ansonsten gebildet hätte²³.

Nach § 29 S. 1 Nr. 2 GWB ist es marktbeherrschenden Strom- oder Gasunternehmen verboten Entgelte zu fordern, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten. Hiermit greift der Gesetzgeber auf das in Rechtsprechung und Literatur entwickelte „Gewinnspannenbegrenzungskonzept“ zurück. Der Tatbestand der Vorschrift setzt eine Differenz zwischen den Kosten, wie sie sich im Wettbewerb einstellen würden, und einem dem Energieversorger zurechen-

²¹ Becker/Blau in: Schneider/Theobald, aaO, § 12 Rn. 59; BGH, Beschl. v. 28.06.2005, Az. KVR 17/04, juris, Rn. 33 f. (*Stadtwerke Mainz*).

²² BGH, Beschl. v. 22.7.1999, KVR 12/98, juris, LS 2 und Rn. 22 (*Flugpreisspaltung*).

²³ Thoma, § 29 Rn. 59.

baren Preis (ähnlich wie der dargestellte Netto-Preis) voraus, bevor im Rahmen einer wertenden Betrachtung zu beurteilen ist, ob und inwieweit eine gegebene Überschreitung der Kosten angemessen ist²⁴.

Ausweislich der Regierungsbegründung entscheidet sich die Unangemessenheit nach den Ordnungsprinzipien einer Wettbewerbswirtschaft, dem Ziel preisgünstiger Energieversorgung und auf der Grundlage anerkannter ökonomischer Theorien. Danach entspricht der Preis unter wettbewerblichen Marktbedingungen den Grenzkosten. Diese ergeben sich aus den Kosten, die durch die Produktion einer zusätzlichen Einheit des Produktes entstehen. Gesichert ist nach der Regierungsbegründung, dass die Differenz zwischen den Kosten des betroffenen Energieversorgers und den – ohne Kapazitätszurückhaltung – zustande gekommenen Grenzkosten nicht missbräuchlich ist. Ungeklärt ist jedoch, ob eine leichte Überschreitung der Grenzkosten bei der Preisbildung im Hinblick auf die Vollkostendeckung hinzunehmen ist.²⁵

Obwohl diese Methode selten angewandt wurde, könnte sie sich vorliegend eignen, denn wenn Strombezugskostenenkungen wie vermutet nicht an die Kunden weitergegeben werden und der Einspareffekt auch nicht durch andere Kostenerhöhungen ausgeglichen wird, müsste sich eine oder zusätzliche besonders hohe Gewinnspanne ergeben. Allerdings gilt hier nicht die Beweislastumkehr zu Gunsten der Kartellbehörden. Die Kartellämter müssten also im Einzelnen nachweisen, dass keine sachlichen Gründe für bestimmte Kosten-/Gewinnpositionen bestehen.

d) Kein Ausschluss des § 29 S. 1, Nr. 2 GWB aufgrund der vorhandenen Wechselmöglichkeit

Die jedem grundversorgten Stromkunden offenstehende Wechselmöglichkeit zu einem preisgünstigeren Stromanbieter (SLP-Sonderkunde) führt nicht zu einem Ausschluss des § 29 S. 1 GWB.

Denn die Grundversorgung der Allgemeinheit mit Strom entspricht dem Grundgedanken des Energierechts (§ 1 EnWG). Dieses garantiert eine möglichst sichere und preisgünstige Stromversorgung. Gerade Kunden der Grundversorgung sind von einem staatlichen Schutz abhängig. Denn die Annahme, dass ihnen immer die Möglichkeit offensteht, einen Sondervertrag abzuschließen, ist eben nicht durchgängig gegeben.

3. Aufsicht und Sanktionen der Kartellbehörden

a) Laufende Kontrolle

²⁴ Becker/Blau in: Schneider/Theobald, aaO., § 12, Rn. 65.

²⁵ Becker/Blau in: Schneider/Theobald, aaO., § 12, Rn. 74 ff.

Für den Bereich der Großhandelspreise (und Kraftstoffpreise an Tankstellen) existiert eine sog. Markttransparenzstelle beim Bundeskartellamt unter Mitwirkung der Bundesnetzagentur, die die Preisbildung laufend beobachten und Missbräuche aufdecken soll (vgl. §§ 47a ff. GWB). Für Endkundenpreise besteht keine vergleichbare ständige Kontrollinstanz, so dass zunächst ein Anlass für ein Einschreiten gegeben sein muss. Aus den Tätigkeiten der Markttransparenzstelle dürfte den Kartellbehörden aber die Preisbildung bei den Einkaufspreisen im Einzelnen bekannt sein, so dass auch die Kontrolle nach § 29 GWB erleichtert wird.

Das Bundeskartellamt führt allerdings ein allgemeines Monitoring über den Umfang des Wettbewerbs (auch) auf Endkundenebene auf den Strommärkten durch und stellt die Daten der BNetzA zur Verfügung (§ 44 Abs. 3 GWB). Sollten sich Anzeichen für Missbrauch verdichten, müsste es von Amts wegen (§ 54 GWB) einschreiten.

Ferner überwacht die nach §§ 44 ff. GWB eingerichtete Monopolkommission den Wettbewerb und erstellt nach § 62 EnWG im zweijährlichen Rhythmus Gutachten zur Wettbewerbssituation bei der leitungsgebundenen Energieversorgung. Darüber hinaus werden Sondergutachten erstellt. Im Sondergutachten 59 „Strom und Gas 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten“ hatte die Monopolkommission bereits Wettbewerbsverzerrungen durch die Behandlung Erneuerbarer Energien festgestellt. Soweit sich vermehrt Anzeichen zeigen, dass Einkaufskosten der Stromversorger nicht beim Endkunden ankommen, sondern im Hinblick auf gestiegene EEG-Vergütungen Strompreise permanent ansteigen, dürfte das Thema zumindest im Hauptgutachten aufgegriffen werden. Die Monopolkommission gibt allerdings nur Empfehlungen, sie hat keine eigenen Eingriffs- und Ermittlungsbefugnisse.

b) Einschreiten der Kartellbehörden

Die Kartellbehörden werden entweder von Amts wegen oder auf Antrag tätig (§ 54 Abs. 1 GWB). Sie haben den Sachverhalt nach dem Amtsermittlungsgrundsatz aufzuklären, ihnen stehen umfassende Ermittlungsbefugnisse nach den §§ 54 ff. GWB zu. Insbesondere haben die Versorgungsunternehmen auf ein Ersuchen der Kartellbehörde hin ihre Kalkulationen offen zu legen²⁶.

Kommen die Kartellbehörden zu dem Ergebnis, dass ein Missbrauch vorliegt, können neben Bußgeldern (nach § 81 Abs. 2, 4 GWB bis zu EUR 1 Million) auch sofort vollziehbare Preissenkungsverfügungen verfügt werden, einschließlich der Verfügung einer statischen oder dynamischen Obergrenze der

²⁶ Just in: Schulte/Just, GWB, 2012, § 29 Rn. 50 m.w.N.

Entgelte²⁷. Nach § 34 GWB kann der Vorteil aus der missbräuchlichen Tarifgestaltung abgeschöpft werden (Geltendmachung sogar u.U. durch Verbände, § 34 a GWB). Die Behörde kann vorläufige Anordnungen nach § 32 a GWB treffen.

4. Ergebnis

Nach dem heute geltenden Energiewirtschaftsrecht ist es nicht möglich, die Preise in der Stromgrundversorgung von einer behördlichen Genehmigung abhängig zu machen, die nur erteilt wird, wenn die Angemessenheit der Preise vom Grundversorger nachgewiesen wurde.

Dagegen ist es möglich, dass die jeweils zuständigen Kartellbehörden wegen eines Verstoßes gegen § 29 Abs. 1 GWB gegen unangemessen hohe Grundversorgungspreise vorgehen. Voraussetzung ist entweder, dass sich die gesunkenen Stromeinkaufskosten bei einzelnen Vergleichsunternehmen in sinkenden Tarifen niederschlagen, bei einem oder mehreren (anderen) Grundversorgern jedoch nicht, ohne dass hierfür Gründe ersichtlich sind. Als Vergleichsobjekt kommen neben anderen Grundversorgern auch Sonderkundenpreise in Betracht. Ein solcher Vergleich muss allerdings die Unterschiede zwischen Grundversorgung und Sonderkundenversorgung berücksichtigen. Ein Einschreiten kommt auch dann in Betracht, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Grundversorgungspreise im Verhältnis zu den Kosten unangemessen hoch sind.

In einem kartellrechtlichen Missbrauchsverfahren hat der Grundversorger die Gründe für seine höheren Preise nachzuweisen (gilt nur im Kartellverfahren, nicht z.B. im Zivilrecht). Da strukturelle Unterschiede in der Versorgung weitgehend in den Netzentgelten abgebildet sind, um die die zu vergleichenden Netto-Preise bereinigt sind, dürfte einem Versorgungsunternehmen die Begründung schwer fallen, wenn es sinkende Tarife bei anderen Unternehmen gibt oder eine unangemessene Diskrepanz zwischen Erlösen und Kosten festgestellt wird.

Zuständig ist die Landeskartellbehörde des Bundeslandes, in dem das Versorgungsgebiet des jeweiligen Grundversorgers liegt. Erstreckt sich das Versorgungsgebiet über eine Landesgrenze hinweg, so ist das Bundeskartellamt zuständig. Die Kartellbehörden greifen von Amts wegen ein, wenn ihnen Missbräuche bekannt werden. Auslöser für ein kartellbehördliches Einschreiten kann aber auch ein Antrag sein, der sich gegen die Preisbildung eines bestimmten Grundversorgers richtet. Unabhängig davon ist das Bundeskartellamt zum Monitoring des Strompreiswettbewerbs verpflichtet und muss bei entsprechen-

²⁷ BGH, Beschl. v. 28.6.2005, KVR 17/04, juris, LS 1 (*Stadtwerke Mainz*).

den Verdachtsmomenten einschreiten bzw. die zuständige Behörde informieren.

Es zeigt sich, dass zurzeit eine laufende und nachträgliche kartellrechtliche Preiskontrolle möglich ist, die sich allerdings schon aus Kapazitätsgründen immer auf einen bestimmten Zeitpunkt und Zeitraum beschränken wird.

Eine flächendeckende Vorabkontrolle der Strompreise für die Grundversorgung ist nur dann möglich, wenn im Energiewirtschaftsgesetz wieder eine Ermächtigungsgrundlage dafür geschaffen wird, durch Verordnung ein Preisgenehmigungsverfahren für Grundversorgungstarife einzuführen.

Rechtsanwalt
Martin Hack