
Editorial

Das wichtigste rechtspolitische Datum im Energierecht des letzten Quartals ist sicherlich der 22. Dezember 2007: An diesem Tag trat der neue § 29 GWB in Kraft. Aber nicht nur damit signalisiert der Gesetzgeber sein Interesse an einer kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle von Strom- und Gaspreisen. Vielmehr wurde beim Bundeskartellamt auch eine neue, die 10. Beschlussabteilung eingerichtet, der die – für die Verhältnisse des Amtes üppige – Ausstattung mit zehn Stellen zugewiesen wurde. Die Inhaber dieser Stellen fehlen freilich noch, wie zu hören ist.

Etwas befremdlich ist allerdings, dass der Präsident des Bundeskartellamts Bernhard Heitzer in seinen Vorträgen regelmäßig verkündet, an eine flächendeckende Kontrolle von Strom- und Gaspreisen sei nicht gedacht. Fraglich ist, ob es also zur Missbrauchskontrolle bei der Strompreisentwicklung wirklich kommt. Hier sind Zweifel angebracht, nachdem das Amt seine Abmahnung gegen die RWE AG wegen missbräuchlicher Einpreisung des Börsenwertes von CO₂-Zertifikaten oberhalb einer Schwelle von 25 % vom 18. Dezember 2006 umgewandelt hat in einen Beschluss, mit dem Verpflichtungszusagen der RWE AG über die Auktionierung von insgesamt 6.300 MW aus Braun- und Steinkohle für den Lieferzeitraum 2009 bis 2012. Grundlage war § 32 b GWB, nach dem die Behörde Verpflichtungszusagen für bindend erklären kann, wenn dadurch die mit einer Abmahnung mitgeteilten Bedenken ausgeräumt werden können. Hintergrund war, dass die Behörde offenbar selbst Zweifel an der Gerichtsfestigkeit ihrer Abmahnung hatte, wie Präsident Heitzer ebenfalls öffentlich mitteilte.

Gleichwohl druckt die ZNER die – offenbar bisher nicht publizierte – Abmahnung im vollen Wortlaut ab. Sie bildet den Sachhintergrund für den neuen § 29 GWB für den Strommarkt, dessen Probleme Markert in einem Vortrag beim Berliner Institut für Energie- und Regulierungsrecht am 18. Januar 2008 aufgezeigt hat. Die Vorschrift halte sich mit der Substantiierung des Vergleichsmarkt- und Kostenbegrenzungskonzepts im Rahmen der bisherigen Regelungen. Wichtig seien aber verschiedene Hinweise, die Markert in seiner Kommentierung des § 29 GWB im Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, der demnächst erscheint, bereits ausgearbeitet hat. Kritisch setzt er sich insbesondere mit dem Hinweis in den Gesetzesmaterialien auseinander, nach dem bei der Überprüfung der Kosten im Rahmen des Gewinnbegrenzungskonzepts „anerkannte ökonomische Theorien“ zu beachten seien, z. B. der Grundsatz, dass bei vollkommenen Wettbewerben die Preise den Grenzkosten entsprechen. Im letzten Punkt sei der Hinweis geradezu irreführend, denn das Regelungsproblem des § 29 GWB sei ja gerade, dass auf beherrschten Märkten kein vollkommener Wettbewerb bestehe. Letztlich wird es sehr stark auf den Durchsetzungswillen der Behörde und die Lust der Marktteilnehmer ankommen, sich in forensische Getümmel über die Strompreisbildung hineinzustürzen.

Mit dem Aufsatz von Wendt/Boos setzt die ZNER die Berichterstattung über die Rechtsprechung zum Regulierungsrecht fort. Man merkt dem Aufsatz an, dass er aus der Praxis kommt und damit ein sehr plastisches Bild der – durchaus nicht einheitlichen – Entscheidungslandschaft bildet.

Unter den Entscheidungen ist besonders zu erwähnen die des OLG Celle, mit der eine Missbrauchsverfügung der Niedersächsischen Kartellbehörde betreffend Gaspreise aufgehoben wurde. Das OLG Celle schließt sich hier der Rechtsprechung des 8. Zivilsenats an, der mit seinem Urteil vom 13. Juni 2007 (ZNER 2007, 313) Gaspreise im Wettbewerb eines „Wärmemarkts“ sah und deswegen die Anwendbarkeit des § 315 BGB ausgeschlossen hat. Diese Annahme widerspricht der ganz herrschenden Amtspraxis und auch der Rechtsprechung der Instanzgerichte. Eine Entscheidung des Kartellsenats beim BGH steht freilich noch aus – und hier lag vielleicht das Kalkül des OLG Celle.

Dr. Peter Becker