



AGFW Infotag - 24. Juni 2010 - Frankfurt am Main

Unbundling in der Fernwärme: Die Zukunft?

Kartellrechtliche Implikationen des Unbundling in der Fernwärme

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)
Georg-August-Universität Göttingen

Kartellrechtliche Implikationen des Unbundling in der Fernwärme

I. Begriff und Zweck

- Herstellung oder Stärkung der Unabhängigkeit der Netzsparte
- durch **Entflechtung** von den anderen Geschäftsbereichen des FVU

- Ziele von Entflechtung nach EnWG/Kartellrecht:
 - Ermöglichung und Förderung des Wettbewerbs auf vor- oder nachgelagerten Märkten fördern bzw. ermöglichen
 - Erleichterung der Kontrolle durch Aufsichtsbehörden

Kartellrechtliche Implikationen des Unbundling in der Fernwärme

II. Formen

1. Buchhalterische Entflechtung

=> Transparenz, Verhinderung verdeckter Quersubventionen

2. Informatorische Entflechtung

=> Verhinderung informationsbed. Wettbewerbsverzerrungen

3. Operationelle Entflechtung

=> Sicherstellung unabhängiger Entscheidungsfindung

4. Gesellschaftsrechtliche Entflechtung

=> Schaffung rechtlicher Selbständigkeit

5. Eigentumsrechtliche Entflechtung

=> völlige Unabhängigkeit, „Konzernverbot“

Kartellrechtliche Implikationen des Unbundling in der Fernwärme

III. Rechtsgrundlagen

1. **EnWG** (nicht anwendbar auf FVU)

a) **EnWG 1998**

=> buchhalterische und informatorische Entflechtung, nur bei
ÜNB auch operationelle Entflechtung

b) **EnWG 2005**

=> operationelle und gesellschaftsrechtliche Entflechtung ab
100.000 Kunden

c) **EU-Richtlinienpaket 2009** (Umsetzung bis 3.3.2011)

=> eigentumsrechtliche Entflechtung (OU, ISO, ITO)

Kartellrechtliche Implikationen des Unbundling in der Fernwärme

2. Kartellrecht

a) **Verpflichtungszusagen** nach Art. 9 VO 1/2003 durch E.ON (COMP 39/388 und 39/389) und RWE (COMP 39/402)

b) **GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)**

aa) **Geltendes Recht**

■ **§ 41 Abs. 3 GWB** (Entflechtung nach Fusion)

■ **§ 32 Abs. 2 GWB** (Entflechtung als „strukturelle Abhilfemaßnahme“ bei Kartellrechtsverstößen)?

„Sie [die Kartellbehörde] kann hierzu [Abstellung von Verstößen] den Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen alle Maßnahmen aufgeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind“.

Kartellrechtliche Implikationen des Unbundling in der Fernwärme

- De lege lata keine Entflechtung wegen „Größe an sich“.

bb) GWB-Novelle?

§ 41a Entflechtung („geheimer“ Entwurf Januar 2010)

- (1) Sind auf einem **Markt mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung** Unternehmen marktbeherrschend und ist auf absehbare Zeit das Fortbestehen dieser Marktbeherrschung zu erwarten, **obwohl Wettbewerb technisch und wirtschaftlich möglich ist**, kann das Bundeskartellamt auf der Grundlage einer aktuellen Untersuchung des betroffenen Wirtschaftszweiges anordnen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen Teile seines Vermögens veräußern oder auf andere Weise verselbständigen muss, wenn dies eine wesentliche Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen erwarten lässt und verhältnismäßig ist. Satz 1 findet nur Anwendung, wenn marktbeherrschende Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor Erlass der Anordnung **Umsatzerlöse** entsprechend § 35 Abs. 1 in Verbindung mit den §§ 38 Abs. 1 bis 4 und 36 Abs. 2 erzielt haben. ...“

Kartellrechtliche Implikationen des Unbundling in der Fernwärme

c) Zwischenbilanz

- Gefahr, unfreiwillig entflochten zu werden, ist für FVU äußerst gering.
- EnWG weder jetzt noch in absehbarer Zukunft auf FVU anwendbar
- Entflechtung nach geltendem GWB, wenn überhaupt, nur als ultima ratio bei Kartellrechtsverstößen
- § 41a GWB-E (Entflechtung aufgrund der Größe an sich) hat sehr hohe Schwellen und wird vermutlich nie Gesetz

Kartellrechtliche Implikationen des Unbundling in der Fernwärme

IV. Kartellrechtliche Konsequenzen der Entflechtung

1. Schutzrichtung des Kartellrechts

- Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen *zwischen* Unternehmen (§ 1 GWB)
- Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen *durch* marktmächtige Unternehmen (§§ 19, 20 GWB)
- aber nicht Schutz des Wettbewerbs *innerhalb* eines Unternehmens

Kartellrechtliche Implikationen des Unbundling in der Fernwärme

2. Kartellverbot (§ 1 GWB)

a) Regelungsinhalt

§ 1 GWB; „Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten“.

b) Unanwendbarkeit vor rechtlicher Entflechtung

buchhalterische, informationelle und operationelle Entflechtung grds. „unschädlich“, da das Kartellverbot eine Abstimmung von mindestens zwei Unternehmen voraussetzt

Kartellrechtliche Implikationen des Unbundling in der Fernwärme

c) Grundsätzliche Anwendbarkeit nach rechtlicher Entflechtung

- zwei Unternehmen vorhanden
- auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen (z.B. Bezugs- oder Preisbindungen erfasst)

d) aber: sog. „Konzernprivileg“ möglich

- Frage: Netzgesellschaft = Teil einer „wirtschaftlichen Einheit“?
- denkbar bei Vertragskonzern, faktischem Konzern und dauerhaftem Gleichordnungskonzern
- entscheidend: Möglichkeit rechtsverbindlicher Weisungen
- Beweislast bei Unternehmen

Kartellrechtliche Implikationen des Unbundling in der Fernwärme

e) **Ausschluss des Konzernprivilegs bei Entflechtung?**

- **bei Entflechtung nach EnWG:** Konzernprivileg (-), denn diese Entflechtung zielt gerade auf Unabhängigkeit und damit „Weisungsfreiheit“ der Netzgesellschaft
- **bei freiwilliger Entflechtung:** Anwendbarkeit des Konzernprivilegs abhängig von der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zur Netzgesellschaft im Konzern, bei Möglichkeit rechtsverbindlicher Weisungen bleibt es grds. beim Konzernprivileg

Kartellrechtliche Implikationen des Unbundling in der Fernwärme

f) Zusammenfassung

- keine Anwendung des Kartellverbots auf unternehmensinterne Absprachen, solange keine mind. gesellschaftsrechtliche Entflechtung erfolgt ist;
- nach gesellschaftsrechtlicher Entflechtung unterliegen potentiell wettbewerbsbeschränkende - auch vertikale - Abstimmungen zwischen den Unternehmen grds. der Kontrolle am Maßstab des Kartellverbots;
- doch greift ggf. das sog. „Konzernprivileg“ ein, wenn die Konzernunternehmen eine wirtschaftliche Einheit bilden und die Netzgesellschaft verbindlichen Weisungen der Konzernspitze unterliegt; in diesem Fall ist die Anwendung des § 1 GWB ausgeschlossen.

Kartellrechtliche Implikationen des Unbundling in der Fernwärme

3. Missbrauchsaufsicht (§§ 19, 20 GWB)

- buchhalterische, informatorische und operationelle Entflechtung grds. kartellrechtlich irrelevant
- nach gesellschaftsrechtl. Entflechtung ist **Netzgesellschaft** Normadressatin, wenn sie „**marktbeherrschend**“ ist;

das ist auf dem **Markt für Netzdienstleistungen** praktisch „automatisch“ der Fall (vgl. § 19 Abs. 3 S. 1: sogar ein Drittel Marktanteil würde ausreichen, de facto in aller Regel sogar Monopol, solange keine Mehrfachverlegungen existieren)

Kartellrechtliche Implikationen des Unbundling in der Fernwärme

a) Vertikal integriertes Unternehmen

aa) FVU gewährt Dritten keinen Netzzugang

- Diskriminierungsverbot unanwendbar
- Netzzugang nur unter Voraussetzungen des **§ 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB** erzwingbar, d.h.

„wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden; dies gilt nicht, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, dass die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist“.

Kartellrechtliche Implikationen des Unbundling in der Fernwärme

bb) FVU gewährt einzelnen Dritten Netzzugang

- **Zusätzliche Kontrolle am Maßstab der kartellrechtlichen Diskriminierungsverbote, insbes. § 20 Abs. 1 GWB:**
„Marktbeherrschende Unternehmen ... dürfen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln“.
- **Ungleichbehandlung Dritter muss durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden.**
- Berufung auf Grundsatz, dass **Wettbewerber nicht zum eigenen Nachteil gefördert werden müssen**, ist möglich.

Kartellrechtliche Implikationen des Unbundling in der Fernwärme

b) Rechtlich unabhängige Netzgesellschaft

aa) § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht anwendbar, da reine Netzgesellschaft kein Wettbewerber auf dem (dem Netz nachgelagerten) Vertriebsmarkt ist, wie die Norm es voraussetzt.

bb) aber Zugangsanspruch gem. § 19 Abs. 1 oder § 20 Abs. 1 GWB denkbar

cc) zudem greifen Diskriminierungsverbote (§ 19 Abs. 4 Nr. 3 und § 20 Abs. 1 GWB) ein

- Rechtfertigungserfordernis bei Ungleichbehandlung
- keine Berufung auf drohende Wettbewerbsnachteile der „Vertriebsschwester“ bei Netzzugangsbegehren Dritter

Kartellrechtliche Implikationen des Unbundling in der Fernwärme

c) Zusammenfassung

aa) Vertikal integriertes FVU

- Zugangserzwingung allenfalls über § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, solange Zugang nicht freiwillig an einzelne Dritte gewährt wurde
- Diskriminierungsverbote greifen nur, wenn einzelnen Dritten Zugang eröffnet wurde.

bb) Unabhängige Netzgesellschaft

- Kein Zugang nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB
- aber Zugang nach §§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 GWB möglich
- Diskriminierungsverbote tendenziell strenger



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)

Georg-August-Universität Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 6, D-37073 Göttingen
Telefon 0551-39 10156, Fax 0551-39 7414

tkoerbe@gwdg.de

www.ls-koerber.de