

## Tagungsbericht

*Malte Drouet, Christian Ende, Maria-Theresia Schuler, Marvin Seidel*

### Fernwärmeentgelte zwischen Zivilrecht, Kartellrecht und Regulierung *Torsten Körber*

Professor Körber berichtete eingangs vom aktuellen Stand der Wärmewende: Fernwärme soll für diese eine zentrale Rolle spielen und bis 2045 40% der deutschen Wohnungen beheizen, aktuell seien es gerade einmal 15,2%. Daneben soll Fernwärme bis 2045 auch vollständig dekarbonisiert werden – 2022 habe der Anteil erneuerbarer Energien bei nur knapp 20% gelegen. Hierbei seien Probleme hinsichtlich der Finanzierung sowie Durchsetzung dieses ambitionierten Vorhabens ersichtlich. Professor Körber befasste sich daher mit der Frage, wie die Angemessenheit von Fernwärmeentgelten sichergestellt werden könne.

Aufgrund der Unanwendbarkeit des EnWG auf die Fernwärme komme der Möglichkeit einer zivilrechtlichen Kontrolle ein besonderer Stellenwert zu. Neben den Normen des BGB (wie etwa dem Wucherverbot nach § 138 BGB) erfolge die Prüfung besonders durch die ABVFernwärmeV. Diese Spezialregelung für die AGB-Kontrolle enthalte insbesondere Regelungen zu Vertragsschluss, Versorgung, Laufzeit und Preisänderungen im Fernwärmebereich. Hierbei lägen die bei der Fernwärme typischerweise langen Vertragslaufzeiten und die Möglichkeit einer Preisanpassung im Interesse beider Parteien: Den Kunden werde so Versorgungssicherheit gewährleistet, den Fernwärmeanbietern die Möglichkeit zur Amortisierung ihrer Kosten gegeben. Durch die Möglichkeit einer Preisänderung würden sie außerdem vom Risiko langfristiger Kostenkalkulationen entlastet.

Professor Körber beschrieb dabei das Verfahren der Preisänderung: Bei Vertragsbeginn werde ein „Basispreis“ vereinbart, der dann aufgrund einer Preisänderungsklausel modifiziert werden könne. Für Preisänderungen seien nach § 24 ABVFernwärmeV zwei grundsätzlich gleichrangige Elemente einzubeziehen: ein Kostenelement, das die Kosten für Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme berücksichtige, und ein Marktelement, das die allgemeinen Verhältnisse auf dem gesamten Wärmemarkt abbilde. Bei Verstoß einer Preisänderungsklausel gegen diese Vorgaben sei die Preisän-

derung gem. § 134 BGB nichtig. Jedoch müsse es zur Vermeidung unnötiger Härten für die Versorger eine Möglichkeit jedenfalls zur Anpassung für die Zukunft geben. Professor Körber forderte, dass in Zukunft klarer geregelt werden sollte, dass und wie die Kosten von Brennstoffwechseln und Dekarbonisierung bei einer Preisänderung berücksichtigt werden können.

Bestünde der Verdacht auf missbräuchliche Preise oder Preiserhöhungen, liege ein Anwendungsfall für das Kartellrecht vor. Aufgrund der faktischen Regionalität der Fernwärmenetze sei Maßstab allein das deutsche Recht, konkret § 19 GWB. Aktuell liefen Kartellverfahren gegen sechs Stadtwerke und andere Fernwärmeversorger wegen des Verdachts missbräuchlicher Preisänderungsklauseln. Ergäbe sich ein Verstoß gegen § 24 AVBFernwärmeV und liege hierin auch ein Missbrauch i.S.d. § 19 GWB, kämen kartellbehördliche Verfügungen gegen die Versorger, Bußgelder und private Schadensersatzklagen in Betracht. Daneben waren Fernwärmeentgelte bereits 2012 Gegenstand einer Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes nach § 32e GWB, das jedoch kein flächendeckend überhöhtes Preisniveau habe feststellen können.

In Zukunft erscheine es denkbar, dass die Fernwärme einer Regulierung zugeführt werde. Die mit dem Ausbau der Fernwärme notwendigerweise verbundenen Investitionen ließen jedoch daran zweifeln, ob das eine Senkung der Fernwärmepreise zur Folge hätte. Außerdem zeige die bereits erfolgreiche Senkung des CO<sub>2</sub>-Ausstoßes im Gebäudesektor in den vergangenen dreißig Jahren, dass eine staatliche Intervention ohnehin fehl am Platz sei. Die Lösung solle nicht gänzlich dem Markt überlassen werden. Es biete sich jedoch eher eine Lösung über stärkere Lenkungssignale wie den CO<sub>2</sub>-Preis statt eines staatlichen Zwangs an.

## Wettbewerbliche Entwicklungen im Fernwärmemarkt und Entgeltkontrolle

*Jürgen Kühling*

Professor Kühling stellte in seinem Vortrag die wesentlichen Erkenntnisse des (zu diesem Zeitpunkt noch nicht veröffentlichten) 25. Hauptgutachtens der Monopolkommission vor: Das Ziel der Treibhausgasneutralität bis zum Jahr 2045 betreffe alle Sektoren, in besonderem Maße aber die Schnittstelle von Gebäudesektor und Energiewirtschaft. Neben dem Klimaschutz müsse auch die gesellschaftliche Akzeptanz erreicht werden. Im Jahr 2022 seien in Deutschland noch fast 75 Prozent aller Wohnungen mit Gas oder Öl beheizt worden, weshalb hier eine deutliche Erhöhung des erneuerbaren

Anteils erforderlich sei. Während ein möglichst breites Angebot für Kundinnen und Kunden ideal wäre, sei meist aus technischen Gründen nur eine kleine Auswahl an alternativen Heizlösungen möglich. Wo etwa der Einbau einer Wärmepumpe nicht in Betracht kommt, könne Fernwärme die einzige Alternative sein und so zu einem de facto monopolistischen Wärmeanbieter werden. Fernwärme werde aktuell durch vertikal integrierte, monopolistische Fernwärmeversorgungsunternehmen (FVU) bereitgestellt. Auf der Verteilungsebene – also dem Netz – bestehe ein natürliches Monopol. Während zumindest auf den Ebenen der Erzeugung und des Vertriebs ein Wettbewerb theoretisch möglich wäre, gebe es in Deutschland bislang lediglich einen frei verhandelten Netzzugang.

Von besonderem Interesse sei in jüngerer Vergangenheit die Entgeltregulierung geworden. Auffällig sei eine große Variation der Preise im bundesweiten Vergleich, die deutlich größer ausfalle als im Strom- und Gasbereich. Gleichwohl zeigten sich in benachbarten Regionen interessante Preiskorrelationen. Die Kontrollmechanismen der AVBFernwärmeV und des Kartellrechts böten aktuell keinen ausreichenden Regulierungsrahmen mehr. Aus diesem Grund machte Professor Kühling drei kurzfristig umsetzbare Vorschläge für Regulierungsmaßnahmen auf dem Fernwärmemarkt.

Erforderlich sei zunächst ein erhöhtes Maß an Transparenz. Die aktuell geltenden Veröffentlichungspflichten der Fernwärmeanbieter seien nicht ausreichend. Die Veröffentlichung wesentlicher Kennzahlen und Preisanpassungen auf einer Vergleichsplattform sollte im Rahmen der kommenden Reform der AVBFernwärmeV verpflichtend und die Zahlen der Öffentlichkeit einheitlich zugänglich gemacht werden. Das könne zu einer informierteren Systementscheidung führen, eine disziplinierende Wirkung auf die Fernwärmeanbieter entwickeln sowie Wissenschaft und Politik bessere Einblicke in den Fernwärmemarkt gewähren.

Durch die zunehmende Ausschaltung des Systemwettbewerbs angesichts des klimapolitisch notwendigen Zurückdrängens von Gas- und Ölheizungen und die damit korrespondierende Abhängigkeit der Verbraucherinnen und Verbrauchern vom Wärmelieferanten – sofern Wärmepumpen etwa in urbanen Räumen nicht wirtschaftlich möglich sind – sei eine stärkere Betonung des Markt- gegenüber dem Kostenelement bei Preisänderungen in der AVBFernwärmeV erforderlich. Durch eine stärkere Orientierung von Preisanpassungen am allgemeinen Wärmemarkt oder über einen Index noch präziser an den Kosten von Fernwärmepumpen anstelle der eigenen Produktionskosten könne ein Auseinanderdriften der Preise von Fernwärme und dem allgemeinen Wärmemarkt verhindert werden. Außer-

dem schaffe das einen Anreiz zur Verhinderung unnötiger Kosten. Das Marktelement solle daher deutlich mehr als 50 Prozent der gesamten Preisentwicklung ausmachen.

Zudem sei eine vereinfachte Price-Cap-Regelung nach niederländischem Vorbild empfehlenswert. Durch die Vorgabe lediglich einer Preisobergrenze (z.B. auf Grundlage eines Indizes) würde der Regulierungsaufwand für alle Seiten minimiert und gleichzeitig die Gefahr unangemessener Kosten eingehegt. Ein solcher Index könne sich an den Preisentwicklungen im Wärmemarkt oder an den Kosten der Wärmeerzeugung in einem vergleichbaren Markt – etwa der Wärmepumpe – orientieren und so einen hypothetischen Wettbewerbsdruck ausüben.

Neben der kurzfristig bedeutsamen Preisregulierung regte er an, auf lange Sicht ein Zugangsrecht von Wärmeproduzenten zu den Fernwärmenetzen zu schaffen, um zumindest Wettbewerbsdruck auf den Ebenen der Erzeugung und des Vertriebs zu schaffen.

#### Gemeinsame Diskussion zu den vorangegangenen Vorträgen

Es folgte eine gemeinsame Diskussion über die Vorträge von Professor Torsten Körber und Professor Jürgen Kühling. Mit Blick auf den im Referat von Professor Körber angesprochenen Anschluss- und Benutzungszwang zur Ausweitung des Fernwärmenetzes wurde zunächst die Frage gestellt, unter welchen Voraussetzungen ein Anschluss- und Benutzungszwang an das Fernwärmenetz überhaupt erfolgen könne, mit welchen Problemen zu rechnen sei und ob Rechtsmittel wahrscheinlich seien. Professor Kühling merkte hier zunächst an, dass die zwangsweise Durchsetzung eines Anschluss- und Benutzungszwangs bereits jetzt möglich sei, in Ausnahmefällen jedoch der Anschluss verweigert werden könne. Professor Körber ergänzte, dass die geplante Erhöhung des Fernwärmeanteils im Energiemix auf 40% ohne den Ausbau solcher Zwänge nicht möglich erscheine, die aktuell geltenden Regeln aber weitreichende Ausnahmen ermöglichten, etwa beim Einbau einer Wärmepumpe. Hierbei stellten sich nicht nur verfassungsrechtliche Fragen, sondern auch praktische Probleme vor Ort, etwa wenn es um Wegenutzungsrechte geht. Ob die vorgesehene Erhöhung des Fernwärmeanteils auf 40% flächendeckend möglich sei, sehe er daher kritisch.

Daraufhin wurde diskutiert, ob nicht bisher eingesetzte Versorgungssysteme wie Gas, Erdöl oder auch Wasserstoff dekarbonisiert und statt eines

unbedingten Ausbaus der Fernwärme ein Wettbewerb der Systeme angestrebt werden könne. Professor Körber stimmte diesem Einwand zu und sprach hinsichtlich des aktuellen politischen Willens von einem „planwirtschaftlichen Denken ohne Plan“. Er zweifle daran, dass die Regeln des GEG so bestehen blieben. Hinsichtlich des Einsatzes „grünen Wasserstoffes“ wies ein Teilnehmer energisch darauf hin, dass dieser aktuell aufgrund der geringen verfügbaren Menge – jedenfalls zum Heizen – keineswegs eine Lösung darstelle. Professor Kühling wies darauf hin, dass auch eine volle Technologieoffenheit bei steigenden CO<sub>2</sub>-Preisen faktische Monopole schaffe, die einer Regulierung bedürften.

Ein Teilnehmer fragte, ob man hinsichtlich des staatlichen Zuschussbedarfes etwas von der Preisregulierung im Eisenbahnsektor lernen könne. Für den Einsatz privaten Kapitals sei der Fernwärmesektor zu risikoreich, weshalb er einen erheblichen staatlichen Förderungsbedarf sehe, der nicht nur von den Kommunen bewältigt werden könne. Weiterhin warf er die Möglichkeit einer Preisbremse in den Raum, die auch mit Blick auf den Dekarbonisierungsfaktor bemessen werden könne. Staatliche Unterstützung in der Aufbauphase sei von hoher Bedeutung. Professor Kühling pflichtete bei, dass die technischen Umstellungskosten nur mit Förderungen zu bewältigen seien, mahnte aber auch zur Kosteneffizienz. Hierbei wies er darauf hin, dass der Staat noch andere Vorhaben vorantreiben wolle, etwa die digitale Transformation, was eine sinnvolle Verteilung von Mitteln erfordere. Zentral seien v.a. bei Prognoseunsicherheiten die Kosten- und Risikotransparenz. Hierbei verwies er vergleichend auf den Breitbandausbau. Professor Körber äußerte Kritik an Preisbremsen, da sie keine Lösung der inhärenten Probleme anböten.

In diesem Rahmen kam erneut eine Diskussion zu Wasserstoff als Energieträger auf. Professor Kühling verwies darauf, dass die Dekarbonisierung grds. technologieneutral, der Ausbau eines Wasserstoffnetzes aber mit erheblichen Risiken verbunden sei, die auch die nächsten Generationen zu tragen hätten. Dies werde von dem jetzt vorgeschlagenen Regulierungsansatz grundsätzlich sinnvoll adressiert. Ein Teilnehmer fügte an, dass ein Wasserstoffnetz aufgrund seines hohen Risikos nicht vom Markt selbst, sondern nur mit gesetzlichen, regulatorischen und finanziellen Impulsen möglich sei.

Daraufhin warf ein Teilnehmer die Frage auf, ob sich eine Zugangsregulierung und Anschlusspflicht nicht jetzt schon aus § 19 GWB ergebe und ein gesetzgeberisches Vorgehen entbehrlich mache. Professor Kühling gab zu bedenken, dass aus Gründen der Rechtssicherheit nicht alles auf das all-

gemeine Kartellrecht gestützt werden sollte. Professor Körber pflichtete bei, dass hierbei nach einzelnen Märkten differenziert werden müsse. Gerade bei der Energieversorgung sei es aber wichtig, dass diese zuverlässig und gesichert ist.

Ein Teilnehmer fragte, wie man den Wettbewerb zur Begrenzung der Preise nutzbar machen könne und ob ein Wettbewerb „im“ oder „um“ das Netz angezeigt sei. Er stellte außerdem in Frage, ob sich die Kosten für den Aufbau an den tatsächlichen Kosten orientieren sollten oder eine Deckelung der Kosten nicht ohnehin unumgänglich sei. Professor Körber antwortete, dass Fernwärmenetze dort aufgebaut werden müssten, wo es noch keine gebe – insbes. wo Wärmepumpen keine Option seien – und dort, wo es ökologisch sinnvoll sei – etwa dort, wo unvermeidbare Abwärme aufgenommen werden könne. Professor Kühling pflichtete bei, dass zunächst der Ausbau der Fernwärme an sich von besonderem Interesse sei. Hinsichtlich der Kosten gab Professor Kühling zu bedenken, inwieweit man den Bürgern als Steuerzahlern die Kosten weiterer Subventionen aufbürden könne.

Eine Teilnehmerin zweifelte daran, ob sich ein Anschluss- und Benutzungszwang überhaupt rechtfertigen lasse, wenn eine Dekarbonisierung bereits durch Wärmepumpen gewährleistet werden könne, und erkundigte sich, ob mit Blick auf die neue Emissionshandelsperiode ab 2030 nicht mehr Systemwettbewerb gefordert sein könnte. Professor Körber pflichtete bei, dass mehr Vertrauen in den Systemwettbewerb erforderlich sei, zumal der massive Ausbau eines Fernwärmenetzes ohne einen Anschluss- und Benutzungszwang nicht möglich sei. Diese wiederum sei praktisch wie auch verfassungsrechtlich problematisch. Jedenfalls müsse man Fernwärme dort in die städtische Fläche bringen, wo Wärmepumpen keine Alternativen darstellten. Professor Kühling fügte an, dass in manchen Bereichen nicht mehrere technische Lösungen umsetzbar seien, sodass nur ein Als-ob-Wettbewerb und kein tatsächlicher Wettbewerb als Maßstab verbleibe.

Administrative Regulierung im Energiesektor durch die Bundesnetzagentur – Kontinuität oder Wandel der Entgeltkontrolle?

*Michael Fehling*

Im dritten Vortrag des Tages befasste sich Professor Fehling mit der Frage „Administrative Regulierung im Energiesektor durch die Bundesnetzagentur – Kontinuität oder Wandel der Entgeltkontrolle?“. Zur Einführung ord-

nete Professor Fehling den durch das Urteil des EuGH vom 02.09.2021 (Rs. C-718/18) erzwungenen Wandel von der normierenden zur administrativen Regulierung als „fruchtbare Irritation“ ein, der Pfadabhängigkeiten durchbrechen könne und zu einem Überdenken der Grundlagen der Entgeltregulierung anrege. Zu den Grundfragen zähle er neben Gestaltungsmöglichkeiten und Inhalt der künftigen regulierungsbehördlichen Festlegungen auch die Frage nach der finanziellen Beteiligung des Staates im Kontext der Entgeltregulierung. Im Rückblick auf die Ausgestaltung des Übergangs sehe er in der Sache mit der gesetzlich erweiterten Festlegungskompetenz der BNetzA eine Annäherung an das Modell einer Subdelegation der Verordnungsermächtigung, was zu einem zunehmend abstrakt-generellen Charakter der Festlegungen führe. Sodann widmete sich Professor Fehling den Grundfragen der neuen Entgeltregulierung. Einen ersten Unterpunkt bildete die Akzentverschiebung innerhalb der Ziele und die daraus folgenden Konsequenzen mit Seitenblick auch auf die anderen Netzsektoren. Dabei seien die Ziele der Entgeltregulierung für sich genommen unverändert, allerdings hätten sich in den Details Verschiebungen ergeben, die in eine neue Beurteilung der Spannungsverhältnisse mündeten. In einem zweiten Unterpunkt der Grundfragen befasste sich Professor Fehling mit Reformüberlegungen der Entgeltregulierung im Lichte der grundsätzlichen Herausforderungen. Über die Methode der Anreizregulierung hinaus wolle die BNetzA die Grundlagen des bisherigen Systems beibehalten. Das Hauptaugenmerk liege für die Stromnetze auf der Vereinfachung des Regulierungsrahmens und den Verbesserungen der Investitionsanreize. In einem dritten Unterpunkt untersuchte Professor Fehling Anregungen aus benachbarten Bereichen. Zunächst ging er auf die Diskussion um die Regulierung der Wasserstoffnetze auf Gesetzgebungsebene ein, bei der grundlegende Alternativen erwogen würden. Anschließend warf er noch einen Seitenblick auf das Eisenbahnrecht, wo das ERegG eine marktinterne Refinanzierung über Netzentgelte und eine marktexterne Staatsfinanzierung von Neu- und Ausbauinvestitionen auf Grundlage der „Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung“ der DB mit dem Bund kombiniere. Resümierend führte Professor Fehling am für die Energiewende wichtigen Ziel der Investitionsförderung aus, dass die Netzentgeltregulierung nicht auf die Simulation eines Als-ob-Wettbewerbs reduziert werden könne, sondern auch sonstige Gemeinwohlziele einbeziehen müsse. Die Ziele zeigten signifikante Akzentverschiebungen. Bei der Reformaufgabe gelte es, geeignete Rahmenbedingungen für Investitionen in den Aus- und Umbau der Infrastruktur zu schaffen, ohne die Effizienz des Netzbetriebs zu vernachlässigen. Zudem

bedürfe es einer Regulierungsvereinfachung, ohne dass die dafür notwendige Typisierung zu massiven Wettbewerbsungleichgewichten führe. Die Berücksichtigung der Energiewendekompetenz biete erhebliches Potential für die Förderung des Netzaus- und -umbaus. Dagegen gestalte sich die Vereinfachung des Regulierungsrahmens aufgrund der Komplexitätssteigerung durch den Bedeutungsgewinn der Energiewende und der Differenzierungsschwierigkeiten zwischen Strom-, Gas- und Wasserstoffnetzen herausfordernd. Professor Fehling sprach sich deshalb für eine Fokussierung auf Anwendungsbereich und Ausgestaltung eines vereinfachten Verfahrens aus. Aus anderen Bereichen, insbesondere dem Wasserstoff, könne man im Hinblick auf ein finanzielles Engagement des Staates lernen, dass ein Verzicht darauf kaum möglich sei, man aber entscheiden könne, ob die Ausgestaltung stärker marktintern oder marktextern werden solle. Zu Recht würde eine stärkere Zukunftsorientierung der Netzentgelte gefordert. Die sich rapide ändernden Rahmenbedingungen im Zuge der Energiewende würden Prognoseunsicherheiten mit sich bringen. Dies mache das Ziel, die Regulierung passgenau und effizient zuzuschneiden, zu einer Illusion. Die Netzregulierung im Energierecht erweise sich eben nicht als ein rein technokratisches Geschäft, wie es dem EuGH scheinbar vorschwebe. Die wesentlichen Weichen müssten aufgrund politischer Abwägungen durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber gestellt werden.

#### Impulsstatement von Klaus Müller

Im Anschluss folgte ein Impulsstatement vom Präsidenten der BNetzA, Klaus Müller.

Darin betonte er zunächst, dass der BNetzA neben den Inhalten vor allem eine Kultur des Dialogs wichtig sei, um Wissenschaft, Wirtschaft, Verbände, Länder und Zivilgesellschaft in den Paradigmenwechsel bei der Entgeltregulierung einzubeziehen. Die Regulierungsbehörde lasse sich hier auch gerne von guten Argumenten überzeugen. Als weiteren Punkt sprach er über zwei Spannungsverhältnisse, die eines schonenden Ausgleichs bedürften: Zum einen stünden sich Investitionsfreundlichkeit und Kosteneffizienz gegenüber. Die BNetzA habe beides zu berücksichtigen: Sie müsse ein investitionsfreundliches Klima erzeugen und zugleich eine kosteneffiziente Regulierung gewährleisten. Zum anderen sei im Spannungsfeld zwischen Bürokratie und Effizienz der Wunsch der Unternehmen nach Einzelfallgerechtigkeit – hergestellt durch detaillierte bürokratische Regelungen – aus-

geprägt, dürfe aber nicht zur Verlangsamung der Anreizregulierung führen. Präsident Müller sprach sich dafür aus, Einzelfallgerechtigkeit im Einzelfall zu schaffen, aber nicht in den allgemeinen regulatorischen Vorgaben. Des Weiteren befasste er sich mit den Möglichkeiten zu Steigerung der Energiewendekompetenz. Dies solle nicht durch Mikromanagement erreicht werden, sondern durch finanzielle Anreize für die Unternehmen.

Zuletzt betonte er, dass die neue Kompetenz der BNetzA diese nicht zu einer „Superbehörde“ mache, sondern ihr im Lichte der Anforderungen an die Begründungstiefe und gerichtliche Überprüfbarkeit eine hohe Verantwortung als „Dienstleister“ übertrage.

#### Impulsstatement von Andreas Gentzsch

Danach brachte Herr Andreas Gentzsch, Mitglied der Hauptgeschäftsführung des BDEW e.V., die Position der Energie- und Wasserwirtschaft in einem ergänzenden Impulsstatement zum Ausdruck. Bei der Diskussion um die Netzentgeltregulierung müsse das Gesamtbild im Blick behalten werden. Ziel sei unbestritten der Klimaschutz, insbesondere die Klimaneutralität in allen Sektoren. Entscheidend sei aber der Weg dorthin. Durch die Aufgabe der spezifischen Sektorziele im Klimaschutzgesetz müsse die Klimaneutralität sektorübergreifend erreicht werden, was den Druck auf den Energiesektor erhöhe. Einen zweiten Punkt bilde die Versorgungssicherheit. Bei der Bewältigung der Gas-Krise habe sich gezeigt, wie wichtig ein versorgungssicheres und resilientes System sei. Weiterhin habe die Bezahlbarkeit hohe Relevanz, in der Krisensituation verdeutlichte sich die hohe Sensibilität der Bevölkerung dahingehend. Diese Punkte bildeten ein „energiepolitisches Dreieck“, das in den letzten Jahren stärker ins Bewusstsein gelangt sei und auf dem Weg zur Klimaneutralität ausgleichend berücksichtigt werden müsse. Der aktuelle Stand beim Klimaschutz zeige, dass sich die Energiewirtschaft auf dem Weg befinde, die Ziele zu erreichen: Die CO<sub>2</sub>-Emissionen seien halbiert und der Anteil der erneuerbaren Energien im Netz auf 56% erhöht worden. Auch die Versorgungssicherheit sei gewährleistet, da die Gasspeicher wieder gefüllt seien, die LNG-Anlagen politische Unterstützung erfahren hätten und schnell angebunden worden seien. Herr Gentzsch sah als Herausforderungen für die Erreichung der Ziele insbesondere die folgenden Punkte: Die Energienetze als Rückgrat der Energiewende funktionierten gut, jedoch stehe man hier vor einer erheblichen Transformationsaufgabe. Auch die Integration der erneuerbaren

Energien stelle derzeit eine große Herausforderung dar, da eine Vielzahl von Netzanschlüssen zu installieren sei. Dies führe zu einem Kapitalbedarf in Rekordhöhe. Das bisherige System der Netzentgeltregulierung stoße mit dem hohen Investitionsbedarf und der erforderlichen Beschleunigung an seine Grenzen, es brauche eine andere Regulierung. Diese Erkenntnis treffe nun mit dem EuGH-Urteil zusammen. Die Stärkung der BNetzA sei aus beiden Gründen begrüßenswert, auch wenn sich der BDEW als Verband noch an die neue Rolle der Regulierungsbehörde gewöhnen müsse. Bei der Umsetzung habe man auf *checks and balances* gedrängt, was beispielsweise mit der Einrichtung der Großen Beschlusskammer behördenintern umgesetzt wurde. Hinzu komme die Dialogfreudigkeit der BNetzA, die als ernsthaftes Interesse an Diskussionen wahrgenommen werde. Für den BDEW sei wichtig, dass die Behörde zuhöre und auch anerkenne, dass die Unternehmen bereit seien, Verantwortung zu übernehmen. Es brauche eine flexiblere und agile Regulierung in einem sich wandelnden Umfeld. Wenn die BNetzA hier Wege entwickle, um schneller zu reagieren, dann könne gut eine gemeinsame Linie gefunden werden.

Podiumsdiskussion zwischen Professor Fehling, Präsident Müller und Herrn Gentzsch unter der Moderation von Professor Ludwigs

Zum Einstieg griff der Moderator aus den drei vorangegangenen Statements die Frage nach Möglichkeiten und Verbesserungspotenzialen für den schonenden Ausgleich im Spannungsverhältnis zwischen Vereinfachung der Anreiz- und Kostenregulierung einerseits und der Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit andererseits auf.

Herr Gentzsch brachte dazu vor, dass für den Verband vor allem die Umsetzung in der Praxis relevant sei, weshalb auch die Vereinfachung einen wichtigen Punkt darstelle. Er sehe im angesprochenen Spannungsverhältnis keinen absoluten Widerspruch. Vereinfachung sei auch immer eine Frage des Blickwinkels, für wen vereinfacht werden solle. Bedeutsam sei für ihn und den Verband, dass die Unternehmen keinen schwerwiegenden Beeinträchtigungen ausgesetzt seien. Dazu fokussiere man sich vor allem auf den Austausch mit der BNetzA und bringe Vorschläge ein. Beispielsweise sei zum Thema der Verkürzung der Regulierungsperiode ein Vorschlag hinsichtlich einer jährlichen Anpassung auf Grundlage einer pauschalen Regelung, ohne Einzelfallprüfung, vorgebracht worden. Die Ausführungen zur Verkürzung der Regulierungsperiode auf drei Jahre nahm Professor

Ludwigs zum Anlass, auch dieses Thema für die weiteren Teilnehmer der Diskussionsrunde einzubeziehen, da diese Maßnahme auch durchaus kritisch gesehen werde. Präsident Müller griff in seinem Diskussionsbeitrag die von Herrn Gentzsch bereits angesprochene Frage nach dem Ziel auf. Hauptmotivation für die Anpassung der Regulierungsperiode sei die dynamische Situation, die neue Erwartungshaltungen an die Netzbetreiber mit sich bringe und deshalb von der aktuellen Regulierung mit der fünfjährigen Periode nicht mehr abgebildet werde. Der Vorschlag der BNetzA zur Verkürzung auf drei Jahre müsse dabei immer in Kombination mit den vorgesehenen Vereinfachungen als Gesamtpaket betrachtet werden. Auch die BNetzA habe den bisherigen Austausch zu dem am 18.01.2024 vorgelegten Eckpunktepapier zur Anreizregulierung als konstruktiv empfunden und beschäftige sich im Moment intensiv mit den eingebrachten Vorschlägen. Allerdings dürfe nicht übersehen werden, dass mehrere Ziele verfolgt werden sollten, zu denen neben dem Bewältigen der Energiewende auch die Kosteneffizienz zähle. Die Frage sei deshalb, ob die Vorschläge, z. B. die des BDEW, genügend Impulse in Richtung Kosteneffizienz setzten. Diesbezüglich habe man aber noch nichts entschieden, die BNetzA sei für die Diskussion weiterhin offen und lasse sich gerne vom besten Argument überzeugen. Zur zweiten Frage betonte Präsident Müller, dass er die Einzelfallgerechtigkeit für sehr wichtig erachte, da auch die BNetzA nicht wolle, dass Unternehmen scheitern. Einzelfallgerechtigkeit müsse aber im Einzelfall geschaffen werden, nicht in den allgemeinen Vorgaben des Regulierungssystems. Professor Fehling brachte hierzu vor, dass Typisierungen verfassungsrechtlich möglich seien, es bleibe jedoch immer noch die Verhältnismäßigkeitsabwägung. Nicht jeder Einzelfall könne in der abstrakt-generellen Rechtsetzung abgebildet werden. Trotzdem müsse darauf geachtet werden, dass es keine extremen Ausreißer gebe. Professor Ludwigs warf sodann den Aspekt der *checks and balances* auf und fragte die Teilnehmer der Podiumsdiskussion nach ihrer Perspektive zur gerichtlichen Kontrolle im Zusammenhang mit der Unabhängigkeit der BNetzA. Hierzu stellte Präsident Müller klar, dass weiterhin in bestimmten Teilbereichen Weisungen an die BNetzA möglich seien. Unabhängig davon empfinde er, dass es im alten System für die Unternehmen schwieriger war, gerichtliche Kontrolle über Gesetze oder Verordnungen anzustreben. Bislang sei viel über den – in seiner Sicht durchaus auch positiv zu beurteilenden – Lobbyismus geregelt worden, der aber kein System der *checks and balances* bedeute. Er halte deshalb die These, wonach die bisherige Regelung einen Idealzustand darstelle, den es nun zu bewahren gelte, schlicht für falsch. Für

die Rahmenfestlegungen sei nun eine adäquate Entscheidungsstruktur, die es bislang nicht gegeben habe, geschaffen worden. Das sei wichtig, damit sich das Präsidium für Entscheidungen rechtfertigen und erklären müsse. Mit der Großen Beschlusskammer sei ein Element der *checks and balances* eingeführt worden. Zudem habe man mit dem OLG Düsseldorf ein Gericht, das der Regulierungsbehörde einen hohen Begründungsaufwand abverlange. Deshalb erweise sich das neue System aus seiner Perspektive als Fortschritt. Professor Fehling teilte die Frage nach dem Rechtsschutz in die demokratische und die rechtsstaatliche Problemstellung auf. Die gerichtliche Kontrolle könne bei der Demokratie nicht allzu viel helfen, wohl aber bei der Rechtsstaatlichkeit. Diesbezüglich stimme er Herrn Müller zu. Das Regulierungsermessen unterliege einer Abwägungskontrolle, wie man sie auch aus dem Baurecht kenne. Diese unterscheide sich zwar von einer reinen Ergebniskontrolle, müsse aber nicht weniger streng sein. Für ihn sei aber auch klar, dass bei den vorhandenen Stufungen im System der Festlegungen zur Gewährleistung des effektiven Rechtsschutzes ein gerichtliches Vorgehen bereits auf der ersten Stufe ermöglicht werden müsse. Im Hinblick auf das Demokratieprinzip reiche eine Gesamtbetrachtung aus, die gewisse prozedurale Sicherungen gewährleiste. Er hätte sich aber eine stärkere parlamentarische Begleitung gewünscht, beispielsweise einen besonderen Ausschuss des Bundestages. Trotzdem halte er das Ergebnis mit den klareren Festlegungsermächtigungen für akzeptabel. Im Anschluss erklärte Herr Gentzsch auf die Frage von Professor Ludwigs, wo der BDEW noch Potenzial für das System der *checks and balances* sehe. Es werde im Verband als enorm wichtig angesehen, dass Politik und Regulierung zusammenpassten. Dies sehe die rechtliche Struktur nicht zwingend so vor, er sei jedoch zuversichtlich, dass die Umsetzung gelingen könne. Bei der gerichtlichen Kontrolle wünsche er sich eine klarere Regelung.

## Diskussion mit den Teilnehmern

Anschließend wurde das Publikum eingeladen, Fragen an die Referenten der Podiumsdiskussion zu stellen. Als erstes wurde von einem Teilnehmer die nach wie vor relevante Frage aufgeworfen, was eigentlich Regulierung sei. Es entstehe der Eindruck, dass die Regulierung immer weiter mit zusätzlichen Petita, inhaltlicher und administrativer Art, überfrachtet werde. Dies führe zu der Frage, wohin das führe, bzw. ob es sich noch um Regulierung handele. Es bestehe die Gefahr, dass der Wettbewerb immer

weiter in den Hintergrund rücke und die Regulierung zu einem „Rundum-sorglos-Paket“ für immer mehr Belange des Allgemeinwohls werde. In seiner Antwort auf die Frage bestätigte Präsident Müller den zuvor bereits von Professor Ludwigs geäußerten Eindruck, dass das behandelte Ziel der Kosteneffizienz ein wettbewerbliches Element darstelle. Zudem gebe es für die Tätigkeit der BNetzA viele gesetzliche Rahmenbedingungen, diese seien mittlerweile nur stärker europarechtlich geprägt. Er sei überzeugt davon, dass künftig bei der Entwicklung von unionsrechtlichen Vorgaben für die Energieregulierung in Brüssel ein stärkeres Augenmerk darauf gelegt werde, dass diese unmittelbar handlungsanleitend für die nationalen Regulierungsbehörden seien. Darüber hinaus müsse man sich fragen, was die Alternative wäre. Wenn es nicht gelänge, völker- und europarechtlich normierte Ziele in die Regulierung zu integrieren, dann gerate man in den Bereich des Mikromanagements, was seiner Ansicht nach keine adäquate Lösung darstelle. Er spreche sich deshalb dafür aus, in einem transparenten, wettbewerblichen und anreizregulierten System den Versuch zu wagen, auch weiterhin gesellschaftliche Ziele zu integrieren. Professor Fehling legte ergänzend dar, dass er bereits die Ausgangsüberlegungen der Fragestellung nicht für überzeugend halte. Die Regulierung sei seit Langem nicht mehr rein an Wettbewerbsfragen orientiert. In § 1 EnWG sei schon viele Jahre die Umweltverträglichkeit aufgelistet. Dieser Befund trete zum jetzigen Zeitpunkt lediglich stärker ins Bewusstsein, da sich die Prioritäten teilweise geändert hätten. Zum Stichwort Planwirtschaft führte er aus, dass Planung und Effizienz nicht immer Gegensätze sein müssten. Mit Planung verbinde man häufig auch die Hoffnung, dass die Abläufe nach der Planung effizienter funktionieren würden. Es sei oft auch eine Abwägungsfrage zwischen Planungsaufwand und den Chancen, dadurch ein effizienteres System zu entwickeln. Das ergebe deshalb also auch keinen Gegensatz zwischen Wettbewerbssicherung und Planung bzw. Planwirtschaft. Herr Gentzsch erläuterte, dass es im Kern weiterhin – wie zu Beginn der Regulierung – darum gehe, die Netze zu öffnen und Wettbewerb zu ermöglichen. Allerdings sei anzuerkennen, dass es insgesamt komplexer werde, wie sich auch an den fortlaufenden Ergänzungen der Ziele in § 1 EnWG erkennen lasse. Das Ziel stelle eine gesamtwirtschaftlich optimierte Energieversorgung dar, in deren Mitte das Netz stehe. Es gebe zahlreiche Beispiele, die verdeutlichten, dass politische Ziele mit der Kernregulierung in Einklang gebracht werden müssten. Deshalb könne das Netz nicht von den übrigen politischen Entscheidungen getrennt werden. In der Konsequenz sei es dann besser, die BNetzA als Regulierungsbehörde in die Verantwortung zu ziehen, da diese

das Gesamtsystem, die politischen Anforderungen und die Aufgaben der Netzbetreiber sehe und entsprechende Rahmenbedingungen und Ausgleichs schaffen könne.

Eine Teilnehmerin sprach Lob für die Kultur des Dialogs der BNetzA aus, die augenscheinlich aufgehe. Darauf aufbauend wurden von ihr weitere Vorschläge eingebracht. Zum einen könnten im Spannungsfeld von Vereinfachung und Einzelfallgerechtigkeit Härtefallregelungen in die Regulierungsvorschriften aufgenommen werden. Zum anderen brauche das OLG Düsseldorf als gerichtliche Kontrollinstanz der BNetzA einen Kontrollmaßstab. Dieser könnte im Hinblick auf die Rahmenfestlegungen durch die BNetzA geschaffen werden, indem sie die Selbstbindung hieran erkläre und damit über Art. 3 GG eine Prüfbarkeit schaffe. Herr Gentzsch teilte die Auffassung, dass hinsichtlich der Rahmenfestlegungen bzw. der Festlegungen im Allgemeinen ein hinreichendes Maß an Rechtsicherheit für die Marktteilnehmer geschaffen werden müsse. Er betonte zudem, dass es der Branche nicht darum gehe, zu klagen, vielmehr sei die Herstellung stabiler Rahmenbedingungen gewollt. Ziel müsse es sein, nur bei relevanten Problemen eine Klage zu erheben. Präsident Müller merkte hierzu an, dass es das Ziel für den weiteren Prozess bei der BNetzA sein müsse, sich die Vorschläge anzuhören und den Regulierungsrahmen auf dieser Grundlage weiterzuentwickeln. Professor Fehling ordnete den Vorschlag ebenfalls als sinnvoll ein, gab aber zu bedenken, dass Rechtsschutz allein über das Konstrukt der Selbstbindung bislang von der Rechtsprechung nicht vorgenommen werde. Dies zeige sich prominent bei den Verwaltungsvorschriften. Für einen effektiven Rechtsschutz bedürfe es einer gesetzlichen Regelung. Die Alternative, auf Ebene der Einzelfestlegung alles wieder in Frage zu stellen, könne in niemandes Interesse sein. Dies überzeuge ihn als Begründung für den Rechtsschutz mehr als das Argument der reinen Selbstbindung. Professor Ludwigs bedankte sich bei den Teilnehmern der Podiumsdiskussion und dem Publikum für den wertvollen Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis.

## Die Kostenmaßstäbe im Wettbewerbs- und Regulierungsrecht

*Thomas Weck*

Professor Weck widmete sich dem Thema der Kostenmaßstäbe im Wettbewerbs- und Regulierungsrecht. Dabei beschränkte er sich explizit auf die Maßstäbe für die Nutzer regulierter Infrastrukturen. Zunächst identifi-

zierte er die relevanten Kosten. Dabei gehe es um eine zukunftsbezogene Betrachtung, also insbesondere fixe und variable Kosten. Dagegen blieben Kosten unberücksichtigt, die sich durch eine rückwärtsgewandte Betrachtung identifizieren ließen, wie etwa historische oder versunkene Kosten. Professor Weck untersuchte kartellrechtliche Ausbeutungs- und Behinderungsmissbräuche sowie sektorspezifische Preiskontrollen bei der Netz- und der Digitalregulierung.

Ausbeutungsmissbräuche kämen insbesondere durch überhöhte Preise in Betracht. Üblicherweise hätten überhöhte Preise jedoch zur Folge, dass andere Unternehmen in den Markt einträten. Daher sei eine Voraussetzung von Ausbeutungsmissbräuchen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen überhöhte Preise verlangen könnte, ohne dass es zu Markteintritten käme. Bezogen auf die Berechnung angemessener Preise bestehe dann aber das Problem, dass es keine Wettbewerber gebe, anhand derer die Preise verglichen werden könnten. Um dieser Problematik entgegenzutreten, habe der EuGH in *United Brands* einen zweistufigen Test entwickelt. Als erstes vergleiche der EuGH die Verkaufspreise mit den Gestehungskosten, um zu ermitteln, ob ein übertriebenes Missverhältnis vorliege. Als zweites wäre rechtlich zu bewerten, ob der Preis absolut oder im Vergleich zu Konkurrenzprodukten unangemessen sei. Die im deutschen Recht enthaltenen Missbrauchsklauseln folgten im Wesentlichen der Rechtsprechung des EuGH, verzichteten aber teilweise auf normative Wertungen.

Bei Behinderungsmissbräuchen könnten marktbeherrschende Unternehmen entweder Strategien mit dem Ziel verfolgen, Wettbewerber zu verdrängen – z. B. der Geschäftsabbruch – oder Strategien, die nicht von ebenso effizienten, aber nicht marktbeherrschenden Unternehmen verfolgt werden könnten – etwa Kampfpreise. Die erste Strategie liege nahe, wenn Wettbewerbern eine Kostendeckung nicht möglich sei, etwa weil umfassende Ausschließlichkeitsbindungen bestünden oder ihnen Vorleistungen bewusst nur unter ausbeutenden Bedingungen zur Verfügung gestellt würden. Bei der zweiten Strategie stelle die Rechtsprechung auf einen anderen Kostenmaßstab ab. Danach seien Kampfpreise missbräuchlich, wenn die Preise des beherrschenden Unternehmens unter den durchschnittlichen variablen Kosten oder alternativ unter den durchschnittlichen Gesamtkosten, aber über den durchschnittlichen variablen Kosten lägen. Jedoch genüge nach dem sog. AEC-Test die Feststellung, dass ein ebenso effizienter Wettbewerber auf nachgelagerter Ebene nicht gegen das marktbeherrschende Unternehmen konkurrenzfähig bleiben könne. Dabei sei im Einklang mit der Praxis der EU-Kommission zu ermitteln, ob Wettbewerber bei ihren

Preisen auf nachgelagerter Ebene gezwungen seien, die langfristigen durchschnittlichen Grenzkosten zu unterschreiten (*Long Run Incremental Cost* [LRAIC]).

Als Gegenstand der Netzregulierung versteht Professor Weck wesentliche Versorgungsinfrastrukturen mit dem Charakter eines natürlichen Monopols, also insbesondere die Bereiche Bahn, Energie, Post und Telekommunikation. Als Folge der natürlichen Monopole bestehe ein großes Missbrauchspotential, welches unter anderem durch eine fachbehördliche Kontrolle der Zugangsentgelte eingeeht werden solle. Ausgangspunkt dabei sei die Kostendeckung beim regulierten Unternehmen. Daneben stellten aber sowohl unionales wie auch mitgliedstaatliches Recht weitere Anforderungen auf. Die einzelnen Bereiche unterschieden sich dabei bei der Ausgestaltung des Maßstabs. So gebe es bezogen auf die LRAIC sowohl *bottom-up* als auch *top-down* Ansätze, wobei ersterer auf Basis eines analytischen Kostenmodells für den Neuaufbau eines (ggf. konkurrierenden) Netzes und zweiterer auf Basis eines heuristischen Kostenansatzes für das bereits bestehende Netz basiere. Die Anwendung sektorspezifischer Vorschriften schließe aber nicht aus, dass nicht auch das kartellrechtliche Missbrauchsrecht Anwendung finde.

Hinsichtlich der Digitalregulierung gab Professor Weck einen Überblick auf die verschiedenen Tatbestände der Kontrolle von Zugangsentgelten. Der DMA verpflichte als Torwächter benannte Plattformunternehmen, Zugang zu seinen Ressourcen zu FRAND-Bedingungen, aber auch kostenfrei zu gewähren. Der Data Governance Act ermögliche ebenfalls den Zugang zu Daten zu FRAND-Bedingungen. Der Data Act sehe unentgeltliche Schnittstellen zum Wechsel zwischen Clouddiensten und eine schrittweise Abschaffung bislang geforderter Entgelte vor.

Der Vortrag schloss mit einem Fazit, in welchem die zuvor aufgezeigten Erkenntnisse nochmal knapp zusammengefasst wurden.

## Diskussion zum Vortrag

Die erste Meldung betraf den Ausbeutungsmissbrauch: Dieser sei teilweise, insbesondere in den USA, gar nicht anerkannt. So schafften zu hohe Preise Anreize für andere Unternehmen für den Marktzutritt. Insofern könne auf die Kräfte des Markts vertraut werden, sodass es keinen Regelungsbedarf für Fälle des Ausbeutungsmissbrauchs gebe. Es stelle sich die wettbewerbspolitische Frage, wie weit man bei der Durchsetzung gehen solle. Es sei der

Eindruck entstanden, dass die Wettbewerbsbehörden sehr zurückhaltend bei diesem Thema seien.

Auf die Frage nach seiner Einschätzung antwortete Professor Weck, der Ausbeutungsmissbrauch sei schwierig zu handhaben. Er stelle praktisch das letzte Mittel dar und komme nur bei komplett vermachteten Märkten in Betracht. Da im deutschen Recht das normative Element teilweise ausgeschlossen sei, sei der Ausbeutungsmissbrauch einigermaßen handhabbar. Im Regulierungsrecht spiele das Konzept der Ausbeutung eine bedeutendere Rolle. Im US-Recht gewinne der Ausbeutungsmissbrauch als Fallgruppe von § 5 FTC Act an Bedeutung, insbesondere mit zunehmender Rolle der Datenwirtschaft.

Ein weiterer Teilnehmer stellte die Frage, ob Professor Weck dafür eintrete, das Konzept des Ausbeutungsmissbrauchs über die Rechtsgebiete hinweg, aber insbesondere bezogen auf den DMA, einheitlich anzuwenden. Sodann folgte die Aussage, dass die Kombination aus Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch dazu führe, dass Preise weder zu hoch noch zu niedrig angesetzt werden dürften, was den Handlungsspielraum von Unternehmen einschränke. Daran schloss die Frage an, ob Professor Weck Ideen für die Handhabung dieser Problematik habe.

Professor Weck antwortete, dass speziell das Kartellrecht nicht alle Anwendungsfelder abschließend abdecken könne, aber für Ausbeutungsfälle allgemeine Maßstäbe bereitstelle. Behörden müssten in kartellrechtlichen Fällen nach ökonomischen Gesichtspunkten, etwa dem AEC-Test zur Feststellung von Verdrängungsrisiken, vorgehen. Dabei sei insbesondere die Margen-Thematik zu beachten. FRAND-Grundsätze seien in allen Rechtsgebieten einheitlich anzuwenden. Im Zweifel solle alles nach einheitlichen Maßstäben beachtet werden, etwa im Patentrecht oder den Netzregulierungen. Daneben seien die Auswirkungen für die Marktteilnehmer durch die Datenwirtschaft vergleichbar mit denen der Netzsektoren, auch wenn es sich um keine natürlichen Monopole handle. Der Fairnessbegriff im DMA sei ganz ähnlich zu verstehen, wie er in der Entscheidung *United Brands* definiert wurde. Netzwerkeffekte führten einerseits zu *lock-in*-Effekten, aber gewährten andererseits Effizienzgewinne.

Sodann wurde die Frage nach dem Zusammenspiel von Datenschutzwägungen und Wettbewerb aufgeworfen. Nach Ansicht des EuGH müsse Meta die Einwilligung in die Datennutzung freiwillig anbieten. Es stelle sich die Frage, ob dies zu einer faktischen Entgeltkontrolle von Meta in Form von Daten führe, da die Nutzer mit Daten statt mit Geldbezahlen. Daran schließe sich die Problematik an, erstens Maßstäbe für die Bewertung von

Daten festzustellen sowie zweitens zu bestimmen, wer für die Bewertung zuständig sein solle.

Professor Weck antwortete, dass er dies für den Meta-Fall nicht genau beantworten könne. Neben Marktmacht bestehe ein Marktversagen, das mit dem Wettbewerb eigentlich nichts zu tun habe. Es existierten Informationsasymmetrien, da lediglich Facebook die Daten nutzen könnte. Insofern hätten die Daten für Facebook und die Nutzer einen unterschiedlichen Wert, was diesen Markt von funktionierenden Märkten unterscheide. Man könnte versuchen, für die Funktionsfähigkeit dieses Marktes zu sorgen. Jedoch müsste Facebook dann sein Geschäftsmodell offenlegen. Datengetriebene Märkte seien viel komplexer als andere Märkte. Insofern könnte die Funktionsfähigkeit lediglich durch regulatorische Maßnahmen erreicht werden.

Ein weiterer Teilnehmer bezweifelte die Notwendigkeit der (quantitativen) Bewertung, da das BKartA normativ darauf abgestellt habe, ob gegen das Datenschutzrecht verstoßen werde. Daher sei die Bewertung nicht quantitativ, sondern wertend. Insofern gehe es nicht um den Wert der Daten, dessen Feststellung ohnehin fast unmöglich sei.

Eine weitere Wortmeldung knüpfte daran an, dass es im Telekommunikationsrecht kein reines *Top-down*-Modell gebe und das Kartellrecht nicht strenger im Preismaßstab als das Telekommunikationsrecht sei. Das Eisenbahnrecht sei nicht mit den anderen Bereichen vergleichbar, da es dort keine individuellen Effizienzvorgaben gebe. Daher müssten dort andere Preismaßstäbe angewendet werden.

Professor Weck stimmte der Trennung zwischen der Eisenbahnregulierung und den anderen Regulierungsbereichen zu. *Bottom-up*-Modelle bedeuteten einen großen Aufwand, daher würden die *Top-down*-Modelle etwa im Eisenbahn-, Energie- und Postrecht bevorzugt. Im Telekommunikationsrecht verwende man dagegen *Bottom-up*-Modelle. Betreffend das Verhältnis von Art. 102 AEUV zum Regulierungsrecht stelle sich die Frage, was strenger sei.

Anschließend wurde gefragt, warum Chancengleichheit die Aufgabe von Art. 102 AEUV sei. Seit *Post Danmark II* gehe der EuGH davon aus, dass es einen Missbrauch mit und einen ohne Preisbezug gebe. Es habe eine Angleichung von Art. 102 an Art. 101 AEUV gegeben. So könne ein Missbrauch gerechtfertigt werden, wenn die Effizienzvorteile die Verdrängung von anderen Unternehmen rechtfertigten.

Professor Weck führte dazu aus, dass der EuGH entschieden habe, dass er nicht wisse, was Wettbewerb sei, er aber wisse, was verfälschter

Wettbewerb sei. Dies setze Chancengleichheit voraus. *Post Danmark II* sei nicht anwendbar, da es dort um ein superdominantes Unternehmen gegangen sei, was durch den EuGH explizit hervorgehoben worden sei. Richtigerweise sei es dort um Effizienzerwägungen gegangen. Die starke Parallelität zu Art. 101 AEUV bestehe. Es sei ihm, Professor Weck, aber gar nicht um die Anerkennung von Effizienzen, sondern darum gegangen, was die Schadenstheorie sei.

Schließlich wurde die Frage nach dem Verhältnis zwischen Regulierungsrecht und Kartellrecht aufgeworfen. Es gehe um den Gegensatz *Top-down*-Modell zu *Bottom-up*-Modell. So sei fraglich, ob trotz einer ex ante-Genehmigung im Regulierungsrecht eine ex post-Kontrolle durch das Kartellrecht, vor allem durch *private enforcement*, möglich sei. Daraus ergebe sich insbesondere durch die langen Kartellverfahren im Gegensatz zu den schnellen Regulierungsrechtsentscheidungen ein Problem.

Darauf antwortete Professor Weck, dass die Rechtsprechung des EuGH zu Ausbeutungsmissbräuchen eher praxisfern gewesen, aber nun einmal das geltende Rechtsverständnis sei. Die BNetzA prüfe daher zugleich die Vereinbarkeit ihrer Entscheidung mit (Art. 106 Abs. 1 i.V.m.) Art. 102 AEUV, um selbst keine dem Kartellrecht zuwiderlaufende Entscheidung zu treffen. Dabei gebe es jedoch das Problem, dass die BNetzA nicht für die Prüfung des Art. 102 AEUV zuständig sei, da die missbrauchsrechtliche Bewertung in die Zuständigkeit des BKartA falle. Das könne dazu führen, dass Prüfungen unterschiedlich abliefen. Es bestünden aber Möglichkeiten zur Abstimmung zwischen den Behörden und zu nachträglichen Klagen auf Basis von Art. 102 AEUV. Wünschenswert sei die Klarstellung der Bewertungsmaßstäbe in Musterverfahren.

Ergänzende zivilrechtliche Entgeltkontrolle von regulierten Netzentgelten

*Maik Wolf*

Der Vortrag von Professor Wolf widmete sich dem Verhältnis der zivilrechtlichen zu der sektorspezifischen Entgeltkontrolle.

Zunächst ging er auf die rechtlichen Grundlagen und Funktionen der zivilrechtlichen Entgeltkontrolle ein. Als vertragsrechtliches Instrument komme neben § 138 Abs. 1 BGB, der nur noch von untergeordneter Bedeutung sei, § 315 BGB (analog) eine zentrale Rolle zu, der ein ausdifferenziertes Werkzeug für Fälle von Marktmacht sei. Ergänzend gebe es noch die AGB-Kontrolle. Zwar sei das zentrale Angemessenheitsgebot des § 307 BGB

nicht unmittelbar auf Entgelte anwendbar, aber auf Vertragsbedingungen, die eine Anpassung von Entgelten in laufenden Verträgen ermöglichten. Als deliktsrechtliches Instrument habe zwar bereits das Reichsgericht § 826 BGB zu diesem Zweck angewendet. Er sei jedoch weitgehend durch die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 GWB, Art. 102 AEUV) sowie von den sektorspezifischen Vorschriften verdrängt worden. Missbräuchlich zu hoch festgesetzte Entgelte könnten zivilrechtlich zurückverlangt werden. Die (Teil-)Nichtigkeit der Verträge ergebe sich aus § 134 BGB. Die (zu viel) entrichtete Gegenleistung könne nach § 812 BGB kondiziert werden. Daneben gebe es § 823 Abs. 2 BGB verdrängende (§ 33a GWB, § 32 Abs. 3 EnWG, § 69 Abs. 1 S. 3 TKG) sowie § 1004 BGB (analog) verdrängende (§ 33 GWB, § 32 Abs. 1 EnWG, § 69 Abs. 1 S. 1 TKG) Sonderregelungen. Die zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbs- und des Regulierungsrechts ergänze sowohl das allgemeine Deliktsrecht als auch das sektorspezifische Recht.

Die zivilrechtliche Entgeltkontrolle bezwecke einen Ausgleich von Machtungleichgewichten, die die Privatautonomie beeinträchtigten. Die zivilrechtliche Durchsetzung sei ein dezentraler Verstärker zur Durchsetzung von Allgemeininteressen. Allerdings weise die zivilrechtliche Durchsetzung durch sein Prinzip der Konfliktbewältigung auf Augenhöhe gegenüber der behördlichen Durchsetzung ein strukturelles Defizit auf, da sich dadurch das wirtschaftliche Machtgefälle fortsetze. Zudem könne bei geringem Streitwert, ungewissem Prozessrisiko sowie mangelnder Prozessroutine das Unterlassen der Durchsetzung das rationale Desinteresse der Betroffenen widerspiegeln. Ein Mittel dagegen könnten kollektive Rechtsdurchsetzungsmechanismen sein, die durch Interessenverbände durchgesetzt würden. Damit entferne man sich jedoch vom Ziel des individuellen Interessenausgleichs.

Sodann ging Professor Wolf auf die Entwicklung der zivilrechtlichen Entgeltkontrolle in Deutschland ein, die er in drei Phasen aufteilte: erstens die Zeit vor Inkrafttreten des GWB, zweitens die Phase einer wachsenden, aber noch in ihrer Intensität beschränkten Infrastrukturregulierung, drittens die derzeitige Phase einer ökonomietheoretisch aufgewerteten sektorspezifischen Tiefenregulierung von Entgelten zur Nutzung bestimmter Infrastrukturen. Zusammengefasst habe über die Zeit eine immer stärkere Verlagerung von einer allgemeinen zivilrechtlichen hin zu einer sektorspezifischen Kontrolle stattgefunden, die durch das Wettbewerbsrecht flankiert worden sei und dazu geführt habe, dass die Bewertungsmaßstäbe über

diese Rechtsbereiche hinweg maßgeblich durch das sektorspezifische Regulierungsrecht vorstrukturiert würden.

Schließlich kam Professor Wolf bei seiner Auswertung zu sechs Ergebnissen: Erstens könne das allgemeine Zivil- und Wettbewerbsrecht als Vorläufer der modernen sektorspezifischen Entgeltkontrolle angesehen werden. Durch die Einführung von sektorspezifischen Regelungen habe sich zweitens die Rolle des Zivilrechts hin zu einer Ergänzung der sektorspezifischen Vorschriften entwickelt. Immer ausdifferenziertere Regelungen, insbesondere durch das Unionsrecht, hätten drittens einen eigenständigen Anwendungsbereich zivilrechtlicher Entgeltkontrollen, insbesondere von § 315 BGB, immer weiter verdrängt. Viertens ergänze das allgemeine Wettbewerbsrecht sektorspezifische Regelungen, da Netzbetreiber über Handlungsspielräume verfügten, ihre marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen, die durch sektorspezifische Regelungen nicht erfasst werden könnten. Die Verdrängung der zivilrechtlichen durch die sektorspezifische Kontrolle sei fünftens keine Niederlage des Zivilrechts, sondern eine konsequente Weiterentwicklung. Diese Verdrängung zivilrechtlicher Kontrollen durch sektorspezifische Vorschriften sei sechstens auf die Kontrolle anreizregulierter Stromnetzentgelte anzuwenden, bei der eine Verdrängung aktuell noch gemeinhin abgelehnt werde.

#### Diskussion zum Vortrag

Zunächst stellte ein Teilnehmer die Frage nach den Grenzen des *private enforcement*. Insbesondere die Behörden zu aktivem Tun zu zwingen, führe dazu, dass das Privatrecht nach und nach durch das öffentliche Recht überlagert werde.

Professor Wolf wies insoweit darauf hin, dass das *public* und das *private enforcement* inzwischen in einem sehr umfassenden Ergänzungsverhältnis stünden, wie sich an zahlreichen wirtschaftsrechtlichen Gesetzen zeige, weshalb der Unterscheidung zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht insoweit keine maßgebliche Bedeutung mehr zukomme.

Sodann äußerte sich ein weiterer Teilnehmer zur Anwendung von § 315 BGB auf Entgelte, die einer Kontrolle durch sektorspezifisches Regulierungsrecht unterfallen. Für eine Einzelentgeltkontrolle bliebe nur Raum, wenn sie auf einer sektorspezifischen Grundlage beruhe. Denn § 315 BGB betreffe eine konkrete Leistung, während sektorspezifisches Regulierungs-

recht ein gesamtes Netz betreffe, sodass unterschiedliche Bezugspunkte bestünden. Insofern sei die Anwendung von § 315 BGB hochproblematisch.

Professor Wolf hielt dem entgegen, dass diese Problematik bereits in der Rechtsprechung Berücksichtigung gefunden habe, welche diese Besonderheit bei sektorspezifischen Entgelten in die Prüfung miteinbezüge. Die zivilrechtliche Entgeltkontrolle habe sich dadurch vom Gedanken eines reinen bilateralen vertraglichen Interessenausgleichs längst entfernt, was bereit in den ersten Entscheidungen des Reichsgerichts zu § 826 BGB spürbar gewesen wäre.

Ein anderer Teilnehmer führte aus, dass es Stimmen gebe, nach denen das Regulierungsrecht nicht dem Individualinteresse diene. Dies führe zu Spannungen mit dem Kartellrecht. Er bat Professor Wolf um eine Einschätzung der gerichtlichen Praxis zu dieser Frage.

Professor Wolf führte dazu aus, wie jedenfalls das nach deutschem Verständnis stark individualschützende Kartellrecht auch dem Regulierungsrecht übergestülpt werde, was der EuGH in seiner neueren Rechtsprechung zum Verhältnis des Regulierungs- zum Kartellrecht noch einmal bestätigte, sodass die teleologische Basis für ein *private enforcement* zum Schutz von Individualinteressen in jedem Fall gegeben sei.

Sodann stellte ein Teilnehmer eine Frage nach dem materiellen Beurteilungsmaßstab. So gebe es sektorspezifische Maßstäbe und kartellrechtsspezifische Maßstäbe. Die Frage sei, ob es einen dritten allgemeinen zivilrechtlichen Maßstab gebe, der Kriterien berücksichtige, die sonst nicht berücksichtigt würden.

Diese Frage beantwortete Professor Wolf dahingehend, dass der kartellrechtliche Maßstab und § 315 BGB grundsätzlich einheitlich zu verstehen seien und jeweils sowieso die sondergesetzlichen Wertungen des Regulierungsrecht zu berücksichtigen wären. Daher sei eine Zentralisierung zielführend.

Unmittelbar an diese Frage anschließend führte ein Teilnehmer aus, dass die Beweislast unterschiedlich sei und es eine Erheblichkeitsschwelle im Kartellrecht gebe, sodass der Maßstab doch nicht identisch sei.

Dem hielt Professor Wolf entgegen, dass zumindest eine Erheblichkeit in § 315 BGB berücksichtigt würde und die Beweislast im Einzelfall von der Art des Verfahrens abhängen, sodass der Beweislastgedanke als solcher für generalisierende Aussagen nicht zielführend sei.

Dazu warf ein Teilnehmer ein, dass § 315 BGB ohnehin nur analog angewendet würde.

## Entgeltkontrolle im Gesundheitsmarkt: Elemente eines Gesundheitsregulierungsrechts

*Hubertus Gersdorf*

Zunächst wies Professor Gersdorf in seinem Vortrag die Erforderlichkeit einer stärkeren Regulierung im Gesundheitsbereich nach, um im Anschluss zentrale Elemente zur Umsetzung einer solchen aufzuzeigen.

Eingangs beschrieb er die aufgrund von struktureller Disparität vergleichbaren Ausbeutungs- und Diskriminierungsgefahren im Gesundheitsbereich wie in den klassischen Regulierungsbereichen. Das Regulierungsrecht fungiere allgemein als Gegenmittel zur Vermachtung und wirke so der Gefahr der Ausbeutung und Diskriminierung entgegen. Fehlender Wettbewerb erfordere grundsätzlich eine Regulierung der Preise. Diese Erforderlichkeit bestehe in besonderem Maße bei wichtigen bzw. gar lebenswichtigen Waren und Dienstleistungen, wozu auch die Gesundheitsversorgung zähle.

Den Gesundheitsbereich kennzeichne ein sozialrechtliches Dreiecksverhältnis zwischen Sozialversicherungsträger, Versichertem und Leistungserbringer. Die Sozialversicherungsträger verfügten aufgrund des Monopols bei der Nachfrage von Rehabilitationsleistungen über eine marktmächtige Stellung. Diese grundlegende Ausbeutungs- und Diskriminierungsgefahr verschärfe sich, wenn Sozialversicherungsträger eigene Gesundheitseinrichtungen unterhielten oder Sozialversicherungsträger auch hoheitliche Funktionen gegenüber den Leistungserbringern übernähmen. Mithin bestünden erhebliche Ausbeutungs- und Diskriminierungsgefahren.

Um diesen zu begegnen, beschrieb Professor Gersdorf im zweiten Schritt die Eckpunkte eines Gesundheitsregulierungsrechts. Dabei orientierte er sich am Regulierungsrecht der Netzwirtschaften, verwies aber auf die Besonderheiten des Sozialverfassungsrechts nach Art. 87 Abs. 2 GG. Zunächst sprach er sich für die Ermittlung einer wettbewerbsanalogen Vergütung im Fall struktureller Disparität zwischen Sozialversicherungsträgern und Leistungserbringern aus, sollte sich eine angemessene Vergütung nicht durch freies Aushandeln ergeben. Zur Ermittlung der wettbewerbsanalogen Vergütung schlug er vor, den Anwendungsbereich des Zwei-Stufen-Verfahrens des Bundessozialgerichts auf alle Bereiche im Gesundheitsbereich auszuweiten, in denen funktionsfähiger Wettbewerb nicht existiere. Dieses Verfahren entspreche der Vergleichsmarktanalyse im Regulierungsrecht und im Kartellrecht: Im ersten Schritt seien die Ist-Kosten für die Gesundheitsleistung festzustellen. Im zweiten Schritt würden diese Kosten mit den

Kosten anderer Einrichtungen verglichen und nur die bei wirtschaftlicher Betriebsführung entstehenden Kosten vergütet.

Weiterhin sei theoretisch eine Entflechtung der Sozialversicherungsträger und ihrer eigenen Gesundheitseinrichtungen erwägenswert. Dies begegne jedoch praktischen und rechtlichen Schwierigkeiten. Zudem sei eine unabhängige Regulierungsbehörde für den Gesundheitsbereich empfehlenswert, um die Grundsätze angemessener Vergütung zu bestimmen und die hoheitliche Zulassung und Belegung der Leistungserbringer vorzunehmen. Die dadurch bewirkte Trennung der hoheitlichen und unternehmerischen Befugnisse der Versicherungsträger erscheine nicht nur sinnvoll, sondern auch verfassungsrechtlich und unionsrechtlich nach Art. 106 Abs. 1 AEUV geboten. Dem stehe auch nicht die FENIN-Rechtsprechung entgegen.

Als Rechtsgrundlage zur Errichtung einer Regulierungsbehörde erwog Professor Gersdorf, Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG heranzuziehen. Dabei seien aber die speziellen Organisationsvorgaben nach Art. 87 Abs. 2 GG zu berücksichtigen. Art. 87 Abs. 2 GG stelle eine *lex specialis* gegenüber dessen Absatz 3 dar, dessen nähere Vorgaben noch nicht geklärt seien. Sollte Art. 87 Abs. 2 GG die Einrichtung einer Behörde ausschließen, komme auch ein paritätisch aus Vertretern der Sozialversicherungsträger und der Leistungserbringer zusammengesetztes Entscheidungsgremium in Betracht (Kooperationsmodell). Zwar sei ein solches Modell gegen Ausbeutung und Diskriminierung wirksam, aber es stehe gleichfalls im Spannungsverhältnis zu Art. 87 Abs. 2 GG. Im Konflikt mit dem Trennungsgebot setze sich jedoch das verfassungsrechtlich, aber auch unionsrechtlich fundierte Trennungsgebot (nicht zuletzt) aufgrund des Vorrangs des Unionsrecht vor nationalem (Verfassungs-)Recht durch, sodass die Leistungserbringer und die Versicherten wirksam geschützt werden könnten.

Im Ergebnis bedürfe der Gesundheitsbereich jedenfalls eine stärkere Regulierung, um Ausbeutungs- und Diskriminierungsgefahren effektiv beantworten zu können, sei es durch die Einführung einer Regulierungsbehörde oder des Kooperationsmodells.

## Diskussion zum Vortrag

Zunächst identifizierte ein Teilnehmer das seines Erachtens bestehende Hauptproblem in der fehlenden Entflechtung. Daher warf er die Idee auf, der Rentenversicherung weiterhin die Zulassung der Kliniken zuzuordnen, die Belegungsangebote aber durch die gesetzliche Krankenversicherung

vornehmen zu lassen. Zwischen den Krankenversicherungen bestehe bereits jetzt Wettbewerb, der genutzt werden könne.

Professor Gersdorf hielt dies zwar für theoretisch möglich, zeigte sich jedoch eher skeptisch hinsichtlich der praktischen Umsetzung: Die Krankenversicherungen würden selbst keine eigenen Kliniken betreiben, nur die Rentenversicherung sei dahingehend tätig. Weiterhin bestehe das Problem der Ausbeutung fort. Schließlich sei es systemfremd, wenn ein Sozialversicherungsträger in den Tätigkeitsbereich eines anderen eingreife.

Im Anschluss hinterfragte ein anderer Teilnehmer einerseits, ob Leistungserbringer tatsächlich ausgebeutet würden. Es stelle sich die Frage, warum sie nicht den Markt verlassen und sich ein anderes Geschäftsmodell suchen würden. Andererseits warf er die Frage auf, ob ein Hoheitsträger, der Leistungen nachfragt, tatsächlich Unternehmer sei. Dabei zog er den Vergleich mit einer Gemeinde, die eine Straße bauen lässt.

Professor Gersdorf betonte, einerseits den Menschen in den Mittelpunkt seiner Antwort rücken zu wollen: In der Praxis dauere eine Behandlung statt der abgerechneten 60 Minuten teilweise tatsächlich nur 55 oder gar 50 Minuten. So werde versteckt gespart und eine geringere bzw. schlechtere Leistung als vorgesehen erbracht. Dies gehe zulasten der Versicherten. Andererseits liege eine unternehmerische Leistung vor, wenn Leistungen nachgefragt und bei den Einrichtungen bestellt würden. Die Leistungsträger bedienten sich der Leistungserbringer, um ihren Auftrag gegenüber den Versicherten zu erfüllen. Die Rentenversicherung habe auch eine hoheitliche Funktion.

Ein weiterer Teilnehmer betonte, dass es generell nicht einfach sei, Gemeinwohlziele auch mit Wettbewerb erreichen zu können, und sah große Hürden dabei, diese zwei Welten zusammenzubringen. Eine intradisziplinäre Untersuchung mit einem Sozialrechtler sei jedenfalls lohnenswert. Ferner verwies er darauf, dass der EuGH sehr zurückhaltend im Gesundheitsbereich sei. Man müsse eher versuchen, den nationalen Gesetzgeber zu überzeugen.

Professor Gersdorf führte aus, dass eine Regulierung nur in Bereichen erforderlich sei, in denen eine Vermachtung bestehe.

Ein anderer Teilnehmer stellte den Gedanken in den Raum, dass die Leistungserbringer ihren Schaden in Form einer schlechten Leistung auf die Versicherten abwälzen würden. Um die Ausbeutung beenden zu können, bestehe ein größeres Potenzial bei den Grundfreiheiten als im Kartellrecht.

Professor Gersdorf verwies auf die Anwendbarkeit von Art. 106 Abs. 1 AEUV und die Trennung von den Grundfreiheiten. Ob man das Ergebnis auch noch aus den Grundfreiheiten ableiten müsse oder könne, erschien ihm eher zweifelhaft.

Ein weiterer Teilnehmer zeigte sich von der FENIN-Rechtsprechung nicht begeistert. Der EuGH habe in der Rechtssache FENIN selbst darauf abgestellt, dass das Anbieten (!) von Waren oder Dienstleistungen die Unternehmereigenschaft kennzeichne, nicht ein mögliches Nachfragen. Daher stelle sich die Frage, warum Art. 106 Abs. 1 AEUV so sehr im Zentrum stehe.

Professor Gersdorf wies darauf hin, dass nach seinem Verständnis das nationale Verfassungsrecht für zusätzliche besondere Impulse Sorge und zog eine Parallele zum Beihilferecht.

Zum Schluss widmete sich ein anderer Teilnehmer wieder der grundsätzlichen Frage, ob die FENIN-Rechtsprechung überhaupt anwendbar sei. Er halte die Beeinträchtigung durch diese Rechtsprechung für deutlich geringer als angenommen, da der Sachverhalt ein ganz anderer gewesen sei. Schließlich stelle sich die Frage nach der dogmatischen Umsetzung. Er fragte Professor Gersdorf, für welchen dogmatischen Weg er sich ausspreche.

Professor Gersdorf erwiderte, dass nicht nur das Unionsrecht mit dem Verfassungsrecht konfligiere, sondern auch innerhalb des Verfassungsrechts ein Konflikt bestehe. In diesem Spannungsfeld sei ein Ausgleich zu suchen und eine Anwendungserweiterung durchaus denkbar.