

## Presseinformation

**zur Strompreisentwicklung, zu möglichen staatsanwaltlichen Ermittlungen gegen den E.ON-Konzern und zur kartellrechtlichen Strompreiskontrolle für die Pressekonferenz am 06. März 2009**

### 1. Die Akteure

Die Zeitschrift für Neues Energierecht (ZNER), die im Ponte-Press-Verlag in Bochum verlegt wird, gibt es seit zwölf Jahren. Sie hat sich in dieser relativ kurzen Zeit Ansehen in der Wissenschaft, bei den Gerichten und in der Energiewirtschaft erworben.

Schriftleiter ist Rechtsanwalt Dr. Peter Becker (Marburg), Mitgründer der auf das Energierecht spezialisierten Anwaltskanzlei Becker Büttner Held. Er steht als Leiter der Pressekonferenz für Fragen zur Verfügung.

Im Mittelpunkt der Pressekonferenz steht die Ausgabe 4/2008 mit dem Schwerpunkt Strompreise und insbesondere der groß angelegten Untersuchung von Prof. Dr. Matthias Jahn, Zur Strafbarkeit von Manipulationen des Handels an der Strombörse EEX in Leipzig. Prof. Dr. Jahn ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafverfahrensrecht an der Universität Erlangen-Nürnberg. Auch er ist hier anwesend und steht für Fragen zur Verfügung.

### 2. Das Anliegen der Pressekonferenz

Die Strompreissteigerungen stehen seit Jahren im Brennpunkt des öffentlichen Interesses. Deswegen hat der Gesetzgeber mit dem neuen § 29 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), der Ende 2007 in Kraft getreten ist, eigens eine spezielle Vorschrift zur kartellrechtlichen Preiskontrolle geschaffen. Bisher ist das Bundeskartellamt auf dieser Basis aber nicht gegen die Strompreisentwicklung eingeschritten. Das kann an der groß angelegten Untersuchung der Wettbewerbsbehörde der Europäischen Kommission (Generaldirektion Wettbewerb, GD IV) liegen, die gerade abgeschlossen wurde. Mit der Pressekonferenz sollen die Komplexität der maßgeblichen Verfahren und Instrumente erläutert und Materialien zur besseren Beurteilung übergeben werden.

Geschäftsführende  
Herausgeber

Schriftleiter:  
Rechtsanwalt und Notar  
Dr. Peter Becker  
Marburg

Ministerialrat  
Gert Apfelstedt  
Wiesbaden

Rechtsanwältin  
Dr. Dörte Fouquet  
Brüssel

Rechtsanwalt  
Richard Kern  
Karlsruhe

Prof. Dr. Bernhard Nagel  
Kassel

Dr. Alfred Rest  
Köln

Dr.Dr.h.c. Hermann Scheer  
MdB, Berlin

Prof. Dr. Hans-Peter  
Schwintowski  
Berlin

Rechtsanwalt  
Franz-Josef Tigges  
Lippstadt

Im Zentrum des Interesses steht die Energiebörse EEX in Leipzig, und zwar deswegen, weil an ihr die Strompreise gebildet werden. Seit Jahren werden aufgrund bekannt gewordener Untersuchungen Verfahren diskutiert, wie die Transparenz der Preisfindung erhöht werden kann. Auffällig ist aber, dass bisher keine durchgreifende Verbesserung erreicht werden konnte.

Insbesondere haben die Preise ihr einmal erreichtes hohes Niveau im wesentlichen gehalten; auch wenn aktuell ein gewisser Preisabfall feststellbar ist. Es ist allerdings durchaus denkbar, dass dieser mittelbar das Ergebnis behördlicher Maßnahmen ist.

### **3. Die Preisentwicklung**

Was Strom im Wettbewerb kostet, kann überraschenderweise sehr genau gesagt werden. Zwischen den Jahren 1999 und 2002, also unmittelbar nach der Liberalisierung des Energierechts, gab es einen Preiskrieg insbesondere zwischen EnBW und RWE, dessen Ursachen ich Ihnen bei Interesse darlegen kann. Die anderen Versorger konnten sich diesem Preiskrieg nicht entziehen. Der Preis fiel ab bis auf 16 bis 20 € je Megawattstunde (= 1.000 Kilowattstunden, von DM in € umgerechnet, reine Energie, also ohne Netzentgelte, Konzessionsabgaben und Steuern). Im Jahr 2007 kostete der Strom aber 60 € je MWh. Der Preis hat sich verdreifacht. Das Anziehen der Preise setzte im Jahr 2003 ein und erfuhr einen Schub durch die Einführung des CO<sub>2</sub>-Emissionshandelssystems zum 01.01.2005. Worauf ist diese Entwicklung zurückzuführen?

### **4. Die Börse EEX**

Die Börse stellt ein Preisfindungsverfahren zur Verfügung. Der Preis bestimmt sich nach Angebot und Nachfrage. Bei knappem Angebot gehen die Preise nach oben. Deswegen lag von vornherein der Verdacht nahe, dass hier nachgeholfen worden sein könnte.

### **5. Exkurs: Die Abmahnung des Bundeskartellamts gegen RWE**

Ein erster Schritt des Bundeskartellamts richtete sich gegen die Einpreisung des Wertes der CO<sub>2</sub>-Zertifikate ab 01.01.2005. Der Börsenwert dieser Zertifikate wurde und wird von den Stromkonzernen auf die Strompreise aufgeschlagen mit dem Argument, dass sie ja einen Börsenwert haben und deswegen als sogenannte „Opportunitätskosten“ auf den Strompreis aufgeschlagen werden dürfen. Dieser Aufschlag wurde allerdings auch bei Atom- und Wasserkraftstrom praktiziert, was der Glaubwürdigkeit des Arguments Abbruch tat.

Das Bundeskartellamt ist einer Beschwerde des Verbandes Industrielle Kraftwirtschaft (VIK) nachgegangen und hat unter dem 18.12.2006, in den letzten Dienstagen des Kartellamtspräsidenten Böge, eine Abmahnung erlassen, die sehr lesenswert ist, weil sie die Verhältnisse der Energiewirtschaft, die Preisentwicklung und die rechtlichen Kontrollin

strumente sehr schön darstellt. Sie ist in der ZNER 2007, Heft 4, S. 448 ff., abgedruckt. Leider ist es RWE danach gelungen, das Amt von der Durchsetzung der Abmahnung abzubringen; mit dem Angebot, größere Strommengen zu versteigern. Zwar wurde von Anfang an kritisiert, dass sich bei diesen Versteigerungen in etwa der Börsenpreis einstellen würde. Das geschah dann tatsächlich. So war ein sehr gut ausgearbeiteter behördlicher Schritt letztlich erfolglos, weil das Amt und RWE aufeinander zingingen.

## 6. Die Missbrauchsuntersuchungen der Europäischen Kommission 2005 bis 2009

Mit der Entwicklung insbesondere der Industriestrompreise hat sich auch die Europäische Kommission befasst. Insbesondere wurde dem Verdacht nachgegangen, die Strompreise könnten durch Kapazitätszurückhaltung gegenüber der Börse manipuliert worden sein. Die Kommission gab dazu ein Gutachten bei London Economics in Auftrag. Dessen Ergebnisse zum Thema Kapazitätszurückhaltung hat die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten „Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung“ mit dem Thema „Preismanipulationen an der Strombörse EEX?“ zusammengefasst und dabei die Ermittlungstätigkeit der Kommission, die dazu ein Sachverständigengutachten eingeholt hatte, wie folgt gewürdigt:

*„206. Schließlich wurde von London Economics untersucht, ob Kapazitätszurückhaltungen die Ursache für die Preisaufschläge über die Grenzkosten sind. Um diese Möglichkeit zu analysieren, wurde die optimale Kapazitätsbereitstellung anhand einer spezifischen, auch von Stromerzeugern genutzten Software berechnet. Die Erzeuger nutzen diese Software nach Angaben der Europäischen Kommission, um kostenminimale Produktionsmöglichkeiten zu ermitteln. Bei dieser Simulation wurden für alle betrachteten Unternehmen Abweichungen der tatsächlichen Erzeugung von der als optimal berechneten Erzeugung festgestellt. Der Grad der Abweichung variierte zwischen den Unternehmen, den beobachteten Zeiträumen und den Primärenergieträgern. Tendenziell waren die Abweichungen bei Kraftwerken, welche die Primärenergieträger Kohle und Uran nutzen, besonders hoch. Diese Kraftwerke mit vergleichsweise geringen variablen Kosten produzieren gemäß den Berechnungen häufiger unterhalb ihrer optimalen Auslastung als das bei kostenintensiveren Kraftwerken der Fall war. Die Ergebnisse dieser Untersuchung indizieren, dass von den betrachteten Unternehmen gezielt Kapazitäten mit niedrigeren variablen Kosten zurückgehalten wurden. Demnach sind zur Deckung der nachgefragten Mengen mehr Kraftwerke mit vergleichsweise höheren variablen Kosten zum Einsatz gekommen als dies nötig gewesen wäre. Da das Grenzkraftwerk gemäß der Merit Order den Marktpreis bestimmt, legt die Untersuchung die Vermutung nah, dass der Marktpreis gezielt nach oben getrieben wird.“*

### **„3.4.4 Schlussfolgerungen der Monopolkommission**

#### **3.4.4.1 Vermachtete Marktstruktur**

*215. Sowohl traditionelle Konzentrationsmaße als auch modernere branchenspezifische Indizes weisen darauf hin, dass insbesondere die Verbundunternehmen E.ON und RWE auf dem Markt für den erstmaligen Stromabsatz eine dominante Marktstellung einnehmen. Darüber hinaus wurden in der Studie von London Economics deutliche Aufschläge auf die kurzfristigen Grenzkosten beim Kraftwerksabruf nach der Merit Order nachgewiesen. In Anbetracht der Höhe dieser Aufschläge – die in ähnlichem Ausmaß auch in anderen Studien nachgewiesen wurden – ist anzunehmen, dass die aktuellen Großhandelspreise auch über den langfristigen Grenzkosten liegen.*

*216. Ferner bestärken die im Rahmen der Anhörung der Monopolkommission von den Wettbewerbern und Strom-Großkunden vorgebrachten Vorwürfe der Kapazitäts- und Informationszurückhaltung sowie die Aufteilung der Regelzonen beim bilateralen Handel den Verdacht, dass zwischen den Verbundunternehmen kein wesentlicher Wettbewerb besteht. Zusätzlich unterstützt wird diese Vermutung durch einige Gemeinschaftsbeteiligungen an Kraftwerken. Zumindest für diese Kraftwerke ist von einer gemeinsamen Gewinnmaximierung auszugehen.*

Die Kommission ging aber noch weiter und durchsuchte in Amtshilfe des Bundeskartellamts und der Staatsanwaltschaft die Konzernzentralen von E.ON, RWE, EnBW und Vattenfall. E.ON wurde im Mai und Dezember 2006 durchsucht. Es fielen um die 100.000 Blatt Asservaten an. Die im Mai 2006 mitgenommenen Fundsachen lösten das bekannt gewordene Verfahren wegen Siegelbruchs aus. In einem Schriftsatz des Bundeskartellamts im Fusionskontrollverfahren E.ON / Stadtwerke Eschwege, der hier ausliegt, wurde zum Inhalt z. B. folgendes festgestellt:

„In einer Entscheidungsvorlage von EST für eine Vorstandssitzung am 08.12.2003 ging es um die Strompreispolitik für 2004 und die Folgejahre. E.ON stellte bei Beantwortung der Frage: „Welchen Anteil haben wir an der Marktpreisentwicklung?“ für 2003 fest:

*„Von März bis Juni 2003 hat ein intensiver Einsatz des SPP-Eigenhandelsbuches zur Initiierung von Marktpreissprüngen und zur Absicherung von Marktpreiseinbrüchen beigetragen ... EST hat als Treiber des Marktes sehr großen Anteil am Durchstoßen eines Zielpreises.“*

Für den Zeitraum Juli bis September 2003 konstatiert EST:

*„Wenig Eingriff durch EST notwendig, um Marktpreis auf hohem Niveau zu stabilisieren.“ (S. 16 f.).*

Am 07. Mai 2008 gab die Kommission eine vorläufige Beurteilung ab, die darauf hinausgelaufen sein könnte, dass das Material ausreichte, um dem E.ON-Konzern ein milliardenschweres Bußgeld aufzuerlegen. Deswegen bot E.ON am 27. Mai 2008 sogenannte Verpflichtungszusagen an, nämlich

- sein Höchstspannungsnetz und
- etwa 10 % seiner Kraftwerkskapazitäten zu verkaufen.

Diese Verpflichtungszusagen nahm die Kommission am 10.11.2008 an. Damit war – unter dem Blickwinkel der Strompreisentwicklung leider – klar, dass auch die Kommission die Strompreisentwicklung nicht direkt reguliert hatte. Allerdings ist der Abschlussbericht, der am 13.02.2009 im Amtsblatt der Europäischen Union verkündet wurde und hier ausliegt, wiederum sehr interessant, weil er – zwar in der vorsichtigen Sprache einer vorläufigen Beurteilung – gleichwohl deutlich das Ergebnis der Untersuchung enthält. Es heißt dort unter der Überschrift „**Wettbewerbsrechtlich bedenkliche Praktiken**“ wie folgt:

- „(26) Der vorläufigen Beurteilung der Kommission zufolge bestand Grund zur Annahme, dass E.ON seine beherrschende Stellung auf dem Großhandelsmarkt im Sinne von Art. 82 EG-Vertrag missbräuchlich ausgenutzt haben könnte, indem es verfügbare Stromerzeugungskapazität kurzfristig zurückhielt und Dritte davon abschreckte, in die Stromerzeugung auf dem deutschen Stromgroßhandelsmarkt zu investieren. ...*
- (28) Der vorläufigen Beurteilung der Kommission zufolge bestand Grund zur Annahme, dass E.ON geplant haben könnte, verfügbare Versorgungskapazität (durch Beschränkung der Stromerzeugung in bestimmten Kraftwerken) zurückzuhalten und so einen Anstieg der Strompreise zum Nachteil der Verbraucher zu bewirken. ...*
- (33) Der Preis auf dem kurzfristigen Markt in Deutschland wird jeden Tag stündlich über Auktionen an der European Energy Exchange (EEX) festgelegt. Alle Marktteilnehmer geben Preis-Mengen-Gebote entsprechend ihrer Kaufs- und Verkaufspläne ab. Die Teilnehmer können ihre Gebote frei festlegen. An der Strombörse werden angebotene und nachgefragte Mengen zu Angebots- und Nachfragekurven zusammengefasst. Der Marktpreis und die entsprechende Clearing-Menge werden nach dem Abgleich festgelegt. Preise und Mengen werden dann pro Stunde von der EEX bekannt gegeben.*
- (34) Im Stromsektor hat eine Beschränkung der Energieversorgung äußerst gravierende Folgen für die Verbraucher.*
- (35) Der Preis auf kurzfristigen Märkten ist das Ergebnis eines Auktionssystems, über das ein einziger Preis für den gesamten Markt festgelegt wird. Dieser Preis entspricht dem letzten Angebot, das beim Abgleich von Angebot und Nachfrage angenommen wurde. Auf der Anbieterseite spiegeln die Angebote die besondere Merit-Order der Kraftwerke wider: Die Grenzkosten der teureren Stromerzeugung (Erdgaskraftwerke) betrug im fraglichen Zeit-*

raum mehr als das Siebenfache der kostengünstigeren Grundlast-Stromerzeugung (Kernkraftwerke)<sup>18</sup>. Dementsprechend steigt die Kurve rechts stark an (siehe Schaubild 2). Die Nachfrage ist außerdem relativ unelastisch und das Produkt kann nicht gelagert werden. Im Vergleich zu den meisten anderen Wirtschaftszweigen erhöht sich deshalb der Preis auf dem kurzfristigen Markt automatisch, sobald die Stromerzeugung gedrosselt wird, und kann bei starker Nachfrage (d. h. wenn die teureren Kraftwerke zur Deckung der Nachfrage herangezogen werden) einen starken Preisanstieg bewirken<sup>19</sup>. Dies ist zum Vorteil des gesamten (zu einem bestimmten Zeitpunkt) verkauften Stroms und zum Nachteil der Verbraucher, die ihren Verbrauch nicht kurzfristig senken können.

- (36) Der vorläufigen Beurteilung der Kommission zufolge hat E.ON die Strategie verfolgt, verfügbare Erzeugungskapazität kurzfristig zurückzuhalten, um die Preise in die Höhe zu treiben.
- (37) Nach Berechnungen der Kommission könnte E.ON zwischen 2002 und 2007 und insbesondere in den Jahren 2003 und 2004 einen erheblichen Teil seiner rentablen Kapazität zurückgehalten haben.
- (38) In der vorläufigen Beurteilung vertrat die Kommission die Auffassung, dass der kurzfristige Effekt sich zu einem langfristigen Effekt entwickeln könnte, weil die langfristigen Märkte von den Trends der kurzfristigen Preise<sup>20</sup> abhängen, was bedeutet, dass ein anhaltender Anstieg der kurzfristigen Preise an der EEX in Deutschland in ein bis drei Jahren zu einem Preisanstieg bei Terminprodukten führen könnte. Kapazität zurückzuhalten bedeutet, dass die Abnehmer gezwungen sind, Terminprodukte zu wesentlich höheren Preisen zu kaufen, als sie vor dem Preisanstieg am Spotmarkt zu zahlen bereit gewesen wären. Sollte E.ON Kapazität zurückgehalten haben, hätte dies auch zu einer erhöhten Volatilität geführt, durch die sich der Aufschlag erhöht, den Abnehmer von Terminprodukten zu akzeptieren bereit sind<sup>21</sup>.
- (39) Eine solche Strategie ist auch deshalb möglich, weil der Markteintritt für neue Unternehmen sehr schwierig ist und diese keinen Wettbewerbsdruck auf den Betreiber ausüben können, der Kapazität zurückhält. ...
- (40) Demjenigen, der Kapazität zurückhält, entgehen Gewinne durch nicht verkauften Strom. Dies wird allerdings durch höhere Gewinne bei der verbleibenden Stromerzeugung wettgemacht. Wenn das Portfolio eines Betreibers zu einem erheblichen Teil Grundlastkapazität umfasst (wie im Fall von E.ON, das insbesondere über das größte Portfolio an Kernkraftwerken auf dem Markt verfügt), können die Kosten dennoch gedeckt und Gewinne erwirtschaftet werden. ...“

Unter der Überschrift „**Veräußerung von Erzeugungskapazitäten**“ heißt es:

*„(82)Des Weiteren besteht das erhebliche Risiko einer andauernden oder wiederholten Zuwiderhandlung in der Form des vermeintlichen Zurückhaltens der Kapazität, das praktisch in der Struktur des Unternehmens angelegt ist. Der vorläufigen Beurteilung der Kommission zufolge besteht Grund zur Annahme, dass zwischen 2002 und 2007 verfügbare Erzeugungskapazität über Hunderte von Stunden, d. h. wiederholt und andauernd über mehrere Jahre, zurückgehalten worden sein könnte. Dieses dem Unternehmen vorgeworfene Verhalten war aufgrund der Zusammensetzung des Stromerzeugungsportfolios von E.ON möglich. Wie bereits erläutert, ist E.ON Eigentümerin und Betreiberin eines umfangreichen Portfolios von Kraftwerken, die über die gesamte Merit-Kurve verteilt sind. Durch diese Stellung hatte E.ON die Möglichkeit, eine rentable Strategie zu verfolgen, die darin bestand, verfügbare Erzeugungskapazität zurückzuhalten (also die Stromerzeugung bestimmter Kraftwerke zu begrenzen), um einen Anstieg der Strompreise zum Nachteil der Verbraucher zu bewirken.“*

Nach der Einstellung des Verfahrens der Kommission stellt sich die Frage nach den Konsequenzen für Deutschland.

## **7. Strafrechtliche Konsequenzen**

Prof. Jahn stellt in der Zusammenfassung seiner Untersuchung das Folgende fest:

*„Bislang wurde aber der mögliche strafrechtliche Gehalt der Manipulationsvorwürfe noch nicht beachtet. Der u.a. auf den Feststellungen der Europäischen Kommission und der Monopolkommission fußende Sachverhalt kann nach derzeitigem Kenntnisstand aufgrund kriminalistischer Erfahrung den Anfangsverdacht des Vorliegens von Straftaten durch besonders marktträgliche EEX-Akteure wie E.ON begründen (§ 152 Abs. 2 StPO). Dies gilt nicht nur für den Straftatbestand des Börsenbetruges (§ 263 StGB) gegenüber der EEX zum Nachteil der Erwerber, bei dem aber insbesondere die Feststellung der Schadenssumme Beweisprobleme aufwirft. Vielmehr ist die spezielle Strafvorschrift des § 20a Abs. 1 des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) auch auf den Handel mit der Ware Strom auf der EEX anwendbar. Treffen daher die erhobenen Manipulationsvorwürfe zu, können zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für das strafbare*

- *Machen unrichtiger bzw. irreführender Angaben über die im Handel zur Verfügung gestellte gesamte Strommenge auf der Homepage der EEX (§ 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Var. 1 i.V.m. § 38 Abs. 2 WpHG)*

- *Setzen irreführender Signale durch gezielte Manipulation des durch die grenzkostenbasierende Strompreisfestsetzung (Merit Order) definierten EEX-Spotmarktpreises (sog. Marking the close), möglicherweise auch durch Rückkauf bereits verkauften Stroms mittels des Eigenhandelsbuchs (sog. Wash Sales) (§ 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 38 Abs. 2 WpHG)*
  - *sonstige Täuschen durch gezielte Zurückhaltung eigentlich verfügbarer Stromkapazitäten (sog. Cornering) (§ 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 38 Abs. 2 WpHG)*
- bestehen.“*

Bemerkenswert sind in diesem Zusammenhang die Hinweise der Europäischen Kommission. Es ist offensichtlich so, dass sich aus den Unterlagen der Kommission ergibt, dass und in welchem Umfang E.ON verfügbare Kapazitäten zurückgehalten hat

- zwischen 2002 und 2007, insbesondere 2003 und 2004,
- über „Hunderte von Stunden, d. h. wiederholt und andauernd über mehrere Jahre“.

Von großer Bedeutung gerade für staatsanwaltschaftliche Ermittlungen ist ein anderer Hinweis der Kommission. Nach dem Wertpapierhandelsgesetz, auf das die Untersuchung von Prof. Jahn gestützt ist, ist die Manipulation des Spotmarktes strafbar. Prof. Jahn tritt insoweit der anders lautenden Auffassung der Monopolkommission entgegen. Aber es besteht Einigkeit, dass die Manipulation von „Finanzprodukten“, also die des Terminmarktes, strafbar ist. Dazu weist die Kommission (in Rz 38) darauf hin,

*„dass der kurzfristige Effekt sich zu einem langfristigen Effekt entwickeln könnte, weil die langfristigen Märkte von den Trends der kurzfristigen Preise (siehe Sektor Untersuchung, Rz 373 ff.) abhängen, was bedeutet, dass ein anhaltender Anstieg der kurzfristigen Preise an der EEX in Deutschland in ein bis drei Jahren zu einem Preisanstieg bei Terminprodukten führen könnte. ...“*

Prof. Jahn bejaht einen strafprozessualen „Anfangsverdacht“. Sollte sich die Staatsanwaltschaft Leipzig, der die Untersuchung vorliegt, dieser Bewertung anschließen, hätte sie nach dem Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 2 der Strafprozessordnung) ein Ermittlungsverfahren gegen die verantwortlichen Mitarbeiter von E.ON einzuleiten, wenn das nicht schon geschehen ist.

## **8. Strompreisbildung, kartell- und schadenersatzrechtliche Bewertung**

Dieses Verhalten von E.ON könnte Schadenersatzansprüche erheblichen Umfangs ausgelöst haben, und zwar insbesondere bei E.ON-Stromkunden, wahrscheinlich aber bei allen deutschen Stromkunden, weil der Börsenpreis als Referenzpreis für alle Stromhandelsgeschäfte (außer bei Erneuerbaren Energien) gilt. In Betracht kommen Schadenersatzansprüche aus Deliktsrecht insbesondere wegen Verletzung eines sogenannten Schutzgesetzes, hier der angezeigten Straftatbestände, soweit die Gerichte ihnen Schutzgesetzcharakter zuweisen. Deren Verfolgung hängt von einem rechtskräftigen



Strafurteil ab. *Daneben* gibt es aber auch *kartellrechtliche Schadenersatzansprüche*, für die es nicht auf eine Verurteilung wegen Erfüllung der Straftatbestände ankommt. Das sind Ansprüche wegen kartellrechtlich missbräuchlicher Preisbildung, für die die folgenden Grundsätze gelten:

Ein marktbeherrschendes Unternehmen wie E.ON darf nur solche Entgelte fordern, „die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen“ (§ 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB). Zur Ausfüllung dieses sogenannten „Als-Ob-Prinzips“ haben Rechtsprechung und Schrifttum zwei Vorgehensweisen entwickelt:

- das sogenannte Vergleichsmarktprinzip: Dafür können hier die Preise aus der Phase des entwickelten Stromwettbewerbs 1999 bis 2003 herangezogen werden, die zeitweilig maximal 20 EUR/MWh betragen haben;
- außerdem gibt es das „Kosten+-Prinzip“: Danach ist auszugehen von den Kosten der Stromerzeugung, denen ein Gewinnaufschlag hinzugefügt wird.

Diese Grundsätze sind in dem neuen § 29 GWB normiert, den der Gesetzgeber eigens zur Verbesserung der energierechtlichen Preiskontrolle geschaffen hat.

Der Preisvergleich ergibt: Der reine Strompreis hat sich seit den Jahren, in denen es Stromwettbewerb gab (ca 1999 bis 2001), fast verdreifacht. Während im Jahre 2000 für die Megawattstunde (MWh = 1.000 Kilowattstunden (kWh)) Preise unter 20 EUR/MWh erzielbar waren, waren es im Jahr 2007 bereits ca. 60 EUR/MWh.

Dieser Preis ist nur zu ca. 28 EUR durch die Kosten der Stromproduktion gerechtfertigt, wie aus zahlreichen Äußerungen aus der Energiewirtschaft selbst belegt werden kann. Dazu kommt für die Verhältnisse des Jahres 2007 ein kleiner Aufschlag aus den Kosten der Emmissionszertifikate, die an der Börse gehandelt werden und deren Preise die Energiekonzerne auf die Strompreise aufschlagen, obwohl sie sie kostenlos erhalten haben. Geht man mit dem Bundeskartellamt davon aus, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen nur 25 % des CO<sub>2</sub>-Preises auf die Kosten aufschlagen darf, verblieben für das Jahr 2007 ca. 29 EUR/MWh.

Allerdings darf ein marktbeherrschendes Unternehmen noch einen Gewinnaufschlag kalkulieren. Für dieses „Kosten+-Prinzip“ gibt es zwar bisher wenig Beispielfälle. Es gibt aber neuerdings die Entscheidung des Gesetzgebers für den Gewinnaufschlag bei regulierten Netzen, der sich bei neuen Gasanlagen nur auf 9,21 % belaufen darf; bei Strom galten bisher deutlich niedrigere Sätze. Wendet man diesen Gedankengang analog auf den Stromhandel an – und es ist nicht einzusehen, warum Marktbeherrscher beim Handel mehr verdienen dürfen als beim Netz - so dürfen es bei großzügiger Herangehensweise 10 % sein.

Das führt zu einem zulässigen Strompreis von 32 EUR/MWh für das Jahr 2007. Verlangt wurden aber 60 EUR/MWh und mehr. Dem gemäß wurden 28 EUR/MWh ohne

Rechtsgrundlage berechnet und können zurückverlangt werden. Insgesamt dürfte bei im Jahr 2007 abgesetzten ca. 127 Mrd. kWh allein der E.ON-Konzern 3,5 Mrd. EUR zuviel verlangt haben.

### **9. Was kann zur Durchsetzung der Schadenersatzansprüche geschehen?**

a. Da die Europäische Kommission E.ON hinsichtlich der Strompreisüberhöhungen in der Vergangenheit außer Verfolgung gestellt hat, ist jetzt das Bundeskartellamt nach § 29 GWB berufen, den Sachverhalt zu untersuchen und eine Entscheidung zu treffen, die zur Regulierung führt. Das würde insbesondere für die Vielzahl von Haushaltskunden gelten, denen nicht zugemutet werden kann, sich ihr Recht vor Gericht zu suchen. Allerdings können „rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen“ nach § 33 Abs. 2 GWB Ersatzansprüche jedenfalls gewerblicher Kunden verfolgen.

b. Außerdem kann natürlich jeder Betroffene, insbesondere Industriekunden, die Verfolgung seiner Ersatzansprüche Rechtsanwälten anvertrauen. Diese sollten tunlichst energierechtliche Expertise aufweisen.

Marburg, 03. März 2009

Dr. Peter Becker  
Schriftleiter