

Bewertung der aktuellen GWB-Novellierungspläne des BMWI

Vorbemerkung

Grundsätzlich ist es richtig, vor dem Hintergrund der ständig steigenden Energiepreise Maßnahmen zur Bekämpfung der wettbewerbschädlichen Auswirkungen des Erzeugungsoligopols zu prüfen. Auch das Kartellrecht, welches als „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ für den wettbewerblichen Bereich einschlägig ist, wäre der richtige Ort.

Allerdings ist die vorgeschlagene GWB Novelle in der aktuellen Ausprägung ungeeignet und ordnungspolitisch verfehlt. Es handelt sich um eine neue Generalnorm, die in ihrer kaum ausreichend differenzierten Formulierung nicht geeignet ist, die vielfach geäußerten Hoffnungen zu erfüllen. Sie wird den Wettbewerb kurzfristig wesentlich erschweren und führt mittel- und langfristig zum Gegenteil des Gewollten, nämlich zu einer Stärkung des Erzeugungsoligopols und zur Beendigung wettbewerblicher Aktivitäten.

Sie bedeutet im Endeffekt eine Abkehr vom Weg des Wettbewerbes und eine Rückkehr zum staatlich kontrollierten Energiemarkt.

Grundsätzlich erscheint die Norm durch ihre vielfachen unbestimmten Rechtsbegriffe vor dem Hintergrund der kurzen Geltungsdauer ungeeignet, eine gerichtsfeste Wirkung zu erzeugen. Begriffe wie „Kosten“ und „angemessene Marge“ sind derart politisch, dass eine notwendige Rechtsprechung in der zur Verfügung stehenden Zeit nicht erwartet werden kann.

Aber selbst wenn man diese praktischen Bedenken außer Acht lässt und das Ziel der Norm betrachtet, sind wettbewerbsbehindernde Auswirkungen statt einer Stärkung des Wettbewerbs zu erwarten.

Zunächst richtet sich die Norm nicht, wie bisher in der öffentlichen Diskussion oft behauptet, an den Bereich Erzeugung zum Zwecke der Kontrolle der vermeintlich manipulierten Erzeugungs- und Großhandelspreise, sondern an „Versorgungsunternehmen.“ Damit umfasst diese Legaldefinition vorrangig sämtliche Händler und Vertriebe der jeweiligen Energieform. Erzeuger können dagegen nur schwierig unter dem Begriff subsumiert werden. Die überwiegend aus dem Ausland erfolgenden Gasimporte bleiben ohnehin außerhalb des Anwendungsbereichs.

Vordergründig richtet sich § 29 (Entwurf) „nur“ an marktbeherrschende Unternehmen gem. § 19 II, III GWB, so dass man meinen könnte, es handele sich allein um Maßnahmen gegen diese Zielgruppe. Erfasst werden über den Mechanismus des Referenzpreises jedoch auch alle Wettbewerber des kontrollier-

ten Unternehmens in den jeweiligen Märkten. Im Resultat ergeben sich negative Auswirkungen gerade auf neue Anbieter und damit auf den Wettbewerb.

Die geplante Norm ist danach wettbewerbslich und systematisch verfehlt. Grundsätzlich hat sich die Politik entschieden, dass das preisregulierende Instrument außerhalb des Monopolbereichs der Wettbewerb sein soll. Vor dem kritischen Auge des mündigen Verbrauchers sollen die antretenden Unternehmen im fairen Wettbewerb effizientere Leistungen anbieten. Durch eine Vielfalt an Wettbewerbern können effizientere Angebote gemacht werden, als es durch staatliche Vorgaben und Kontrolle jemals erreicht werden könnte. Staatliche Kontrolle kann nur da erforderlich sein, wo sie als letztes Mittel gebraucht wird, weil dort kein anderer Mechanismus eine Kontrolle auszuüben vermag. Das ist bei natürlichen Monopolen wie Versorgungsnetzen der Fall.

Dem Unbundling folgend existiert neben dem natürlichen Monopol des Netzes der ideell und tatsächlich strikt davon zu trennende Bereich Vertrieb. Hier herrscht Wettbewerb und hier darf demzufolge keine Preisregulierung erfolgen. Erfolgt hier dennoch ein regulierender Eingriff durch eine Preiskontrolle, muss diese eine systemwidrige Verfälschung des Wettbewerbs darstellen.

Aktuell zeigen die von den Regulierungsbehörden genehmigten Netznutzungsentgelte einen Trend Richtung eines angemessenen Netzzugangs (Reduzierung von Quersubventionierungen) und einer Verbesserung des Wettbewerbsrahmens für neue Anbieter. Dieser Trend würde durch die vorgeschlagene GWB-Novelle wieder konterkariert. Die entstehenden Wettbewerbsimpulse würden wieder verschwinden.

Der bne, als dem Wettbewerb verpflichteter Verband, lehnt die geplante Regelung ab.

Anderes gilt allein für den Gedanken der Beweislastumkehr zugunsten des Kartellamtes, die wir für den Bereich der energiewirtschaftlichen Missbrauchskontrolle in ihrer bisherigen Ausprägung ausdrücklich unterstützen.

Die Auswirkungen werden im Folgenden nach den geplanten Alternativen des § 29 I Nr.1 und Nr.2 GWB (Entwurf) sowie nach den Auswirkungen auf die Märkte Vertriebe und Erzeugung im Einzelnen unterschieden.

1. Vergleichende Preis- und Preisbestandteilkontrolle nach § 29 I Nr.1 GWB (Entwurf)

- a) Vertriebssektor

Als Adressat der Norm ist nicht die Erzeugung, sondern jegliches „Versorgungsunternehmen“ definiert. In der vorliegenden Form umfasst diese neue Legaldefinition eines Versorgungsunternehmens vorrangig sämtliche Händler und Vertriebe der jeweiligen Energieform. Zwar ist auch ein Kraftwerk Anbieter von Elektrizität, aber eher nachrangig mit der Eigenschaft "versorgend" in Verbindung zu bringen. Geht man davon aus, dass mit der derzeitigen Formulierung integrierte und unbündelte Vertriebe in den Fokus der Kartellbehörden geraten, ergibt sich eine unmittelbar gleich gelagerte wettbewerbsschädigende Wirkung des § 29 GWB (Entwurf) wie die der BTOElt- „Verlängerung“.

Denn in Zukunft reicht es für einen Missbrauchsvorwurf aus, wenn einem marktbeherrschenden Vertrieb nach § 29 I Nr.1 GWB (Entwurf) vorgehalten werden kann, dass er „Entgelte oder Entgeltsbestandteile fordere, die ungünstiger sind als diejenigen von anderen Versorgungsunternehmen“.

Wird dieses Verhalten als Missbrauch verboten, besteht die Konsequenz, dass der betreffende Anbieter sich preislich auf das Niveau des Vergleichsunternehmens absenken muss, um dem Missbrauchsvorwurf zu entgehen. Mit gleicher Zielrichtung funktioniert der etwas indirektere Vergleich eines Versorgungsunternehmens mit „Unternehmen auf vergleichbaren Märkten“.

Damit wird der Preis des Marktbeherrschers – der gleichzeitig den Referenzpreis für die neuen Anbieter darstellt – abgesenkt. Die Preisabsenkung erfolgt nicht als Reaktion des „zu teuren“ Unternehmens auf wettbewerbliche Konkurrenzangebote und dem daraus resultierenden Kundenverlust, sondern durch obrigkeitliche Preiskontrolle seitens des Kartellamtes. Das Kartellamt kreiert kostenseitig quasi ein effizientes Musterunternehmen und dessen optimale Entgelte. Der Mechanismus ist im Ergebnis gleich gelagert und ebenso wettbewerbsfremd wie es die Preiskontrolle und Absenkung durch die BTOElt im Haushaltssektor ist. Nur, dass es sich hier über Haushaltskunden hinaus um die Preise in allen Kundengruppen handelt. Die der gewollten wettbewerblichen Marktstruktur eigentlich innewohnende Preiskontrolle durch konkurrierende Angebote im Angebotswettbewerb ist schlicht überflüssig.

Zwar mag man einwenden, dass dieser Vergleich schon jetzt im geltenden § 19 GWB angelegt ist und im Gasbereich angewandt wird, dennoch ist § 29 Nr.1 GWB neu eine Erweiterung, weil sich der Vergleich auch auf Entgeltbestandteile (wie z.B. CO₂) beziehen kann. Außerdem war dies für den Wettbewerb bisher insofern unschädlich, weil im Gasbereich bisher tatsächlich kein ausreichender Wettbewerb existierte.

Aber auch die Marktpraxis erfordert dringend die Freihaltung des wettbewerblichen Vertriebsbereichs von preisregulierenden Eingriffen.

In einem Markt mit einem normierten Produkt, wie es Elektrizität ist, findet die Differenzierung der Angebote vorrangig über den Preis statt. Eine Qualitätsdif-

ferenzierung des „Gutes“ Elektrizität“ ist nicht möglich. Daher ist es zwangsläufige Folge, dass sich ineffizientere Anbieter nur im Preis von effizienteren unterscheiden. Dann „muss“ es sachlogisch auch einen „Teuersten“ geben können. Das ist für den Kunden keine Belastung; denn im Wettbewerb ist die Möglichkeit für den Kunden, sich von einem teureren Anbieter abzuwenden und einen günstigeren Anbieter zu wählen, das Preiskorrektiv. Der Kunde stimmt „mit den Füßen“ ab.

Der Wechsel ist naturgemäß umso attraktiver, je mehr sich ein effizienter Anbieter über sein günstigeres Angebot von dem teureren absetzen kann. Der Teurere erhält so über diese Einbuße an Kunden einen deutlichen Anreiz, seine Effizienz zu steigern, den Preis zu senken und seinerseits Kunden zurück zu gewinnen. Nur auf diese Weise sinken im Wettbewerb die Preise. Vor diesem Hintergrund ist folglich auch die Suche nach „Fehlern“ oder „tatsächlichen oder behaupteten“ Kosten in den Begründungen für Preiserhöhungen ein Irrweg. Im Wettbewerbsbereich sind Begründungen für einen geforderten Preis völlig irrelevant. Die Reaktionsmöglichkeit ist die Möglichkeit der Kündigung und die Wahl eines günstigeren Angebots.

Dieser wettbewerbliche Idealmechanismus wird nun zerstört, wenn durch einen hoheitlichen Eingriff auf den ineffizienteren und teureren Anbieter dessen Preis künstlich gesenkt wird. Der Anreiz für den Kunden, sich des Instruments des Wettbewerbs zu bedienen und mittels Auswahl eines anderen Anbieters einen günstigeren Preis zu bekommen bleibt aus, da er sich dann darauf verlassen kann, dass das Kartellamt die Preise für ihn senken wird. Eine Auseinandersetzung mit den Angeboten der Wettbewerber findet nicht statt. Der Verbraucher wird so bei Preissteigerungen in der überkommenen Haltung bestärkt, staatliche Eingriffe zu fordern statt Alternativangebote zu erwägen.

Stattdessen muß gelten: im Wettbewerbsbereich Vertrieb muss ein ineffizientes Unternehmen auch teuer sein dürfen. Ist es zu teuer, erfolgt die „Strafe“ durch den wegwechselnden Kunden, sie kann und darf nicht systemwidrig durch eine staatliche Preissenkung erfolgen. Vorrangige Aufgabe ist es daher, dem Kunden die Möglichkeit der Wahl wettbewerblicher Alternativen sicherzustellen und ihn auf diese Möglichkeit hinzuweisen.

Aus den gleichen Gründen wird auch der Markteintritt weiterer Anbieter, der den Wettbewerb weiter ausbilden und stärken würde und vielfältigere Angebote hervorbringt, durch eine restriktive Regulierung der Preisbildung der marktbeherrschenden Unternehmen massiv behindert. Da die Unternehmen, die in den Markt eintreten wollen, sich an den örtlichen Alternativen, sprich an den Preisen

des örtlichen Vertriebs messen müssen, wird der weitere Aufbau eines besser und leichter funktionierenden Markts verhindert.

Zwischen den regulierten Netznutzungsentgelten – deren Festsetzung seitens der BNetzA vom Kartellamt nicht erneut geprüft wird – und dem Preis, den ein Versorger vor Ort fordert, liegt der Bereich in dem sich der Wettbewerb abspielt. In diesem Bereich muss ein neuer Anbieter mit seinem Preis liegen. Wird dieser künstlich verkleinert, indem bei gleich bleibenden Netznutzungsentgelten (NNE) das geforderte Gesamtentgelt gesenkt wird, sinkt in gleichem Maße der Spielraum für den Wettbewerb. Je geringer dieser ist, umso zurückhaltender müssen neue Anbieter sein, in diesem Gebiet ein Angebot zu machen.

Der gewünschte Wettbewerbsvorteil durch höhere Effizienz kann nicht wirken, wenn der Vergleichspreis künstlich niedrig gehalten wird.

Gegen einen kartellamtlich optimierten Kost Plus Preis, der durch die Nichtbeachtlichkeit von sich im Wettbewerb nicht einstellenden Kosten auch unter dem tatsächlichen Kostenniveau liegen kann, und dem darüber hinaus auch die Marge (s.u.) auf ein angemessenes Niveau zusammengestrichen wird, kann ein Wettbewerber nicht antreten.

Er braucht es auch nicht, denn das Kartellamt hat auf diese Weise bereits den optimalen Preis kreierte. Der Preisdruck durch einen Wettbewerber ist schlicht überflüssig, der Wettbewerb kann keinen besseren Preis erzeugen. Dies widerspricht im Übrigen strikt EU-rechtlichen Vorgaben.

Die Bestrebungen zur Novellierung des GWB in dieser Form sind damit systematisch verfehlt und bedeuten eine Abkehr vom Gedanken des Wettbewerbs als preisregulierendem Element und eine Rückkehr zu hoheitlicher Preiskontrolle.

Die Kunden haben in Folge auch keinerlei Bedarf mehr an günstigen Alternativangeboten, da sie einen als zu teuer empfundenen Preis der hoheitlichen Kontrolle durch das Kartellamt stellen können.

Zudem ergibt sich hier ein systematischer Widerspruch zu der in der gleichen Novelle enthaltenen Verschärfung der kartellrechtlichen Ahndung des Dumping bzw. Verkaufs unter Einstandspreis im Lebensmittelbereich nach dem bisherigen § 20 IV S. 2 GWB. Denn der Mechanismus der Verengung des Angebotsraumes für neue Anbieter ist ja auch im Energiemarkt nicht neu. Bisher geschah dies durch Preisdumping des etablierten Versorgers. Schon bisher wurde mittels „Kampfangeboten“ der örtlichen Versorger versucht, neue Anbieter aus einem Marktgebiet herauszuhalten. Es wurden dafür z. B. neben dem allgemeinen Tarife aufgelegt, auf die Wechselwillige gezielt hingewiesen wurden.

Bisher war es danach ein Missbrauch eines „Unternehmens mit überlegener Marktmacht“ unter Einstandspreis zu verkaufen, um kleine und mittlere Wettbewerber aus dem Markt zu halten oder herauszudrängen. Der BGH nannte

dies eine Gefahr für die „strukturellen Voraussetzungen wirksamen Wettbewerbs“. Dieser Mechanismus wird nun im Energiemarkt toleriert, wenn nicht gar gefördert. Nach der neuen Bestimmung kann es vorkommen, dass Vertriebe durch reinen Vergleich auf das Niveau eines "billigen" vergleichbaren Anbieters gedrückt werden. Da nach § 29 S.3 GWB (Entwurf), Kosten, die sich im Wettbewerb nicht einstellen würden, nicht berücksichtigt werden dürften, käme damit auch eine Absenkung unter die tatsächlichen (ineffizienten) Kosten in Frage.

Geradezu widersinnig wäre es nun, wenn das Preisdumping mittels der kartellamtlichen Preisbildung durch die Hintertür wieder eingeführt würde.

b) Erzeugung

Die Erzeugung ist nicht vorrangig Adressat der Novelle. Die Formulierung weist eher auf die Vertriebe hin. Zwar ist auch ein Kraftwerk Anbieter von Elektrizität, aber eher nachrangig mit der Eigenschaft "versorgend" in Verbindung zu bringen.

Aber auch in ihrer Auswirkung auf den Erzeugungsmarkt ist die geplante Norm geeignet, den Markteintritt neuer Erzeuger und damit den Wettbewerb zu verhindern. Es wird ausgeblendet, dass zeitweilig hohe Großhandelspreise Investitionen in neue Kapazitäten hervorrufen, welche dann in Wettbewerb mit den Altanlagen treten und so die Preise wieder senken. Ohne eine solche Marktdynamik bleibt das Erzeugeroligopol intakt. Neue Erzeugerunternehmen können in den derart regulierten Markt nicht eintreten. Die Darstellung in der öffentlichen Diskussion, dass die Novelle die Erzeugungspreise beeinflussen könnte, geht fehl.

Im Grundsatz gelten hier die gleichen Mechanismen, deren wettbewerbschädigende Wirkung bereits oben für den Vertriebsmarkt beschrieben wurde.

Auch die Überlegung, dass in der Zeit bis die neuen Erzeugungsanlagen ans Netz gehen, der bis dahin fehlende Wettbewerb in diesem Marktsegment durch Regulierung mangels Existenz nicht beschädigt werden kann, trägt nicht. Zunächst sind auch Erzeugungsanlagen geplant, die schon in der Zwischenzeit ans Netz gehen sollen. Außerdem ist die Endschaffung der Norm durch die geplante Befristung nicht ausreichend sicher, um darauf Investitionsentscheidungen von derartiger Tragweite zu gründen. Insbesondere der geplante Bericht gem. 2010 macht nur Sinn, wenn auf dessen Grundlage über eine Verlängerung des Instruments nachgedacht werden soll. Ansonsten hätte ein derartig aufwendiger Bericht kurz vor Auslaufen der Regelung keinerlei Sinn.

Weiter werden auch die Preisbildungsmechanismen an der Börse außer Funktion gesetzt, da eine „unangemessene“ Überschreitung der Kosten seitens des regulierten Erzeugers unzulässig wäre. Eine derartige Außerkraftsetzung der Börse ist ebenfalls strikt wettbewerbsschädlich und ebenfalls entgegen den EU-rechtlichen Vorgaben.

Nicht zuletzt ist die geplante Regelung gerade für marktbeherrschende Erzeuger leicht zu umgehen indem die erzeugte Energie ins Ausland verkauft wird und der hiesige Bedarf über Importe aus dem Ausland gedeckt wird.

Auch die Intention des Zertifikatehandels ist betroffen, denn wenn beabsichtigt ist, die Kosten der Emissionshandelszertifikate aus den Großhandelspreisen herauszurechnen, liefe dies dem Zweck des Emissionshandels diametral entgegen.

2. Margenkontrolle

In marktpolitisch gleicher Weise verfehlt wirkt auch die Margenkontrolle in § 29 GWB (Entwurf) Nr. 2 sowohl für den Bereich Erzeugung als auch für Vertriebe und Handel. Nach dieser soll es für einen Missbrauch ausreichen, wenn Entgelte die Kosten in „unangemessener“ Weise überschreiten. Hier wird das Kartellamt zunächst in „kaum lösbare Probleme der Kostenbestimmung und Kostenzuordnung“ gedrängt, um hiernach auf dieser Basis über die Angemessenheit des Verhältnisses dieser Kosten zum Verkaufspreis, sprich über die Angemessenheit der Marge, zu urteilen.

In diesem bisher unbekanntem Margenbegrenzungskonzept der Ziff. 2. liegt eine für den Wettbewerb noch weitergehende Bedrohung. Denn daraus resultiert nichts anderes, als die neue umfassende Regulierung der Energiepreise.

Das Kartellamt käme hier zu einer umfassenden Tarifkontrolle, deren mittelbare Auswirkungen auf die Preisbildungsfreiheit neuer Anbieter noch viel härter als beim reinen Vergleichsmarktkonzept sind. Denn mit der Kontrolle der Marge der marktbeherrschenden Unternehmen wird der Referenzpreis auch in dem letzten Bereich, in dem noch eine Unterscheidung zum Wettbewerber möglich wäre, nach den Maßgaben des Kartellamts optimiert.

Da im vorhergehenden ersten Schritt der Kostenbetrachtung Kosten, die sich im Wettbewerb nicht einstellen würden, gem. § 29 (1) S.4 GWB (Entwurf) nicht berücksichtigt werden, werden nur effiziente Kosten anerkannt. Im folgenden Schritt wird dann nur noch eine „angemessene“ Marge zugestanden. Auf diese Weise kreierte das Kartellamt ein effizientes Unternehmen mit maßvollen (angemessenen) Gewinnen. Auf diese Weise ergäbe sich ein „besserer“ Preis als ihn der Wettbewerb je hervorbringen könnte.

Ein Wettbewerber wird nicht gebraucht bzw. er hätte auch gegen einen derartigen behördlich veranlassten „Optimalpreis“ keine Chance. Im Zusammenspiel mit Ziff. 1 wird hier ein in seinen Kosten und in seiner Marge „optimales Unternehmen“ kreiert, gegen das kein neuer Anbieter mehr antreten kann.

Die Kehrseite dieses Preises ist, dass auf dieser Grundlage jegliche Investitionsanreize ausgeschlossen werden.

Über die in Ziff. 1 formulierte Stoßrichtung Unternehmensvergleich hinaus, ist die Novelle damit gerade auch wegen der Margenkontrolle nach Ziff. 2 geeignet, den neuen Anbietern sowohl als neuem Erzeuger als auch als neuem Vertrieb nachhaltig ihre Marktchancen zu zerstören.

3. Zusammenfassung

Die geplante GWB Novelle hätte nach dem derzeitigen Stand den gleichen Mechanismus der Abkehr vom Wettbewerb zur Folge, wie die Überlegungen zur Verlängerung der BTOEltV als Preiskontrolle. Daran kann auch der Unterschied zwischen der flächendeckenden ex-ante Kontrolle der Tarifpreisgenehmigung und der einzelfallbezogenen ex-post Kontrolle des Kartellrechts nichts ändern. Im Ergebnis sind die Auswirkungen gleich, die Referenzpreise werden gesenkt. Der Wettbewerb wird verhindert bzw. überflüssig.

Das gleiche gilt für die Deckelung der Erzeugerpreise, die die Grundlage in die Investition neuer Anlagen zerstört.

Paradoxerweise würde das Kartellamt als Hüter des Wettbewerbs mit einer derartigen Preiskontrolle den Wettbewerb verhindern und den bestehenden beenden. Auch dem Kartellamt kann nicht daran gelegen sein, ein scheinbar derartig mächtiges Werkzeug in die Hand gegeben zu bekommen, dessen praktische Anwendung unübersehbare Schwierigkeiten beinhaltet und dessen Auswirkungen derart wettbewerbsfeindlich sind.

4. Geeignete Maßnahmen

Richtig ist stattdessen ein konsequentes Fortschreiten auf dem Weg des wettbewerblichen Marktes.

Im Erzeugungsbereich müssen die Investitionshindernisse und –unsicherheiten für neue Erzeuger beseitigt werden. Das bedeutet:

- Zügige Fertigstellung und Inkraftsetzung der Netzanschlussverordnung.
- Zügige und transparente Netzengpassbewirtschaftungsregeln um eine weitestmögliche Einspeisung der neuen Anlagen sicher zu stellen.
- Beschleunigung des Netzausbaues hin zu einem modernen handelskonformen Netz mit einer transparenten Netzausbauplanung.
- Diskriminierungsfreie Umlage der Kosten, die im Allgemeininteresse an der schneller Erneuerung und Erweiterung der Erzeugungskapazitäten notwendig sind.

Im Vertriebsbereich müssen die vielen Diskriminierungen in der täglichen Abwicklung beseitigt werden

- Umgehende Verschlinkung, Verkürzung und Standardisierung der Kundenwechselprozesse.
- Zügige Erarbeitung der Anreizregulierung ohne Abschwächung, um den Netzbetreibern die „Luft“ für die Quersubventionierung zu nehmen.
- Weitere Verschärfung des Unbundlings insbesondere auch für kleinere integrierte Unternehmen. Die täglichen diskriminierenden Folgen der unzureichenden Entflechtung wirken sich bei der Vielzahl der Netzbetreiber sehr nachhaltig wettbewerbshindernd aus.
- Verminderung der Regelzonen bis auf eine.
- Transparente Standardisierung der Kostenwälzung der Netzebenen und der Abrechnungsprozesse untereinander und gegenüber den Vertrieben um endlich prüffähige Rechnungsstellung zu erhalten.
- Umgehender Erlass der vorgesehenen Standardverträge seitens der BNetzA.
- Transparente und einheitliche Ausprägung der Regulierung von Bundes- und Landesregulierungsbehörden.

Berlin, 23. November 2006