

Stellungnahme Monopolkommission, Prof. Dr. Justus Haucap (Friedrich-Alexander- Universität Erlangen-Nürnberg), zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels am 5.11.2007

§ 29 GWB-E Missbrauchsaufsicht im Energiesektor

1. Als Mitglied der Monopolkommission teile ich die Meinung, dass sich der Wettbewerb auf den Märkten der Energieversorgung noch nicht in gewünschtem Umfang entfaltet hat. Dennoch rät die Monopolkommission von der Einführung eines eigens auf den Energiesektor zugeschnittenen Missbrauchsparagraphen ab. Zum einen sehen wir nur geringe Chancen für zielgerichtete Verfahren, zum anderen birgt § 29 GWB-E erhebliche ökonomische Risiken.
2. Während es somit Übereinstimmung in der Diagnose fehlenden Wettbewerbs insbesondere bei der Stromerzeugung gibt, halte ich als Mitglied der Monopolkommission den geplanten „Therapieansatz“ mindestens für verfehlt, wenn er nicht gar kontraproduktiv ist. Anstatt die Ursachen des fehlenden Wettbewerbs zu adressieren, sollen die Symptome bekämpft werden, wobei selbst letzteres durch den geplanten §29 GWB-E nicht gelingen wird.
3. Anders ausgedrückt ist die vorgesehene Missbrauchsaufsicht nicht geeignet, den Wettbewerb im Energiesektor zu beleben. Im Gegenteil ist sogar zu befürchten, dass die Einführung des geplanten Energieparagraphen den Wettbewerb signifikant schwächen wird und einer Entwicklung hin zu strukturell gesichertem Wettbewerb im Weg steht.
4. Die Kartellbehörden sind nach dem geplanten Energieparagraphen befugt, einen Missbrauchsverdacht auszusprechen, sobald ein marktbeherrschendes Versorgungsunternehmen sein Entgelt nicht nur unerheblich über den Preis eines beliebigen anderen Versorgungsunternehmens anhebt, ohne – wie bisher im Rahmen der Missbrauchsaufsicht üblich – die strukturelle Vergleichbarkeit nachweisen zu müssen. Dieser Nachweis ist von den beschuldigten Unternehmen im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung ggf. zu erbringen. Die hierdurch hervorgerufene Umkehr der Beweislast führt zwar zu einer Erleichterung in der Anwendungspraxis der Kartellbehörden und in der privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Zur Verfolgung dieses Zieles werden jedoch ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit sowie gravierende ökonomische Ineffizienzen und Risiken in Kauf genommen.
5. Da nach dem Gesetzesentwurf etablierte Anbieter bei Preissenkungen eines Konkurrenten ebenfalls mit Preissenkungen nachziehen müssen, setzt § 29 GWB-E Anreize zur wechselseitigen Erpressung der Versorgungsunternehmen und birgt dadurch die Gefahr der Wettbewerbsbeschränkung bzw. des parallelen Verhaltens. Bei einem quasi-homogenen Gut wie Strom werden die Nachfrager im Falle identischer Preise nicht zu einem neuen Anbieter wechseln. Infolgedessen bliebe eine Preissenkung von (potentiellen) Wettbewerben ohne Erfolg, so dass Markteintritte und die damit verbundene Belebung des Wettbewerbs verhindert werden.
6. Dies bedeutet, dass es selbst bei überhöhten Preisen keinen Anreiz zu erheblichen Preissenkungen oder zum Markteintritt geben wird, da eine hypothetische Preissenkung nicht dazu führen würde, dass Kunden den Anbieter wechseln, sondern nur bewirken würde, dass

etablierte Anbieter ebenfalls ihre Preise senken müssten. Diese Preissenkung der etablierten Anbieter wird jedoch gar nicht erst erfolgen, da schon der Markteintritt oder die Preissenkung neuer Anbieter ausbleiben wird, da eine hypothetische Preissenkung nicht zu Wettbewerbsvorteilen führt, sondern lediglich zu einem Nachziehen des etablierten Anbieters, sodass der Wettbewerbsvorteil zunichte gemacht wird.

7. Zudem ist die geplante materielle Beweislastumkehr für Unternehmen im Verwaltungsverfahren problematisch, da Unternehmen nicht den Zugang zu den benötigten Daten haben. Daher wird sich im Verwaltungsverfahren die Beweislastumkehr kaum durchsetzen lassen, auch wenn es der Gesetzgeber ausdrücklich festschreibt.

8. Das alternativ anwendbare Gewinnbegrenzungskonzept auf der Basis einer Kostenkontrolle erleichtert die Anwendungspraxis der Kartellbehörden nicht, da zum einen der Kostenbegriff definiert werden muss. Zum anderen müssen die Kosten identifiziert und zugeordnet werden, was für die Kartellbehörden eine kaum zu bewältigende Aufgabe bedeutet. Zusätzlich birgt das Gewinnbegrenzungskonzept als statisches, rein angebotsbasiertes Konzept erhebliche ökonomische Risiken, da die Dynamik wettbewerblicher Prozesse ignoriert wird.

9. Eine Marktergebniskontrolle, wie sie durch den geplanten Energieparagrafen in verschärfter Form vorgesehen ist, kann die wettbewerbliche Selbststeuerungseffizienz auf Märkten nicht ersetzen. Der Gesetzgeber sollte nicht an den Symptomen, sondern an den ökonomischen Ursachen für den fehlenden Wettbewerb auf den betroffenen Märkten ansetzen.

10. Die Monopolkommission wird in den nächsten Tagen ein umfangreiches Sondergutachten zum Energiesektor veröffentlichen und ein Maßnahmenpaket zur Förderung eines strukturell gesicherten Wettbewerbs vorstellen. Zwar haben Maßnahmen, welche auf die Beseitigung von Marktzutrittsschranken abzielen, den Nachteil, dass sie aufgrund der zu tätigenden Investitionen (z. B. in den Bau von Kraftwerken, den Ausbau der Grenzkuppelstellen, etc.) ihre Wirkung nicht unmittelbar entfalten. Jedoch besitzen sie im Vergleich zur Missbrauchsaufsicht den Vorteil, dass sie sowohl ursachenadäquat als auch dauerhaft und vor allem nicht kontraproduktiv wirken, sondern tatsächlich den Wettbewerb intensivieren.

§ 20 Abs. 4 GWB-E Verbot von Angeboten unter Einstandspreis

11. Nach § 20 Abs. 4 des Gesetzesentwurfs sollen bei Lebensmitteln auch nur gelegentliche Angebote zum Untereinstandspreis verboten werden. Daneben wird ein Katalog von Möglichkeiten zur sachlichen Rechtfertigung und zum Ausschluss einer unbilligen Behinderung vorgeschlagen. Die Monopolkommission lehnt die geplante Verschärfung des Verbots von Untereinstandspreisen im Lebensmittelsektor strikt ab.

12. Das Per-se-Verbot von Angeboten unter Einstandspreis ist ordnungspolitisch problematisch. Untereinstandsangebote stellen vor allem ein Marketinginstrument dar, das dem Endverbraucher in Form besonders günstiger Preise zugute kommt. Für die Unternehmen ist es effizient, weil sich Verluste bei den unter Einstandspreis verkauften Produkten durch die für den Handel typische Mischkalkulation ausgleichen lassen. Eine solche Strategie steht prinzipiell allen – auch mittelständischen – Einzelhändlern offen. Hingegen stellt die Verdrängung kleinerer Wettbewerber aus Sicht der großen Handelsunternehmen keine rationale Verhaltensweise dar. Selbst wenn eine solche Verdrängung gelänge, könnten die zuvor in Kauf genommenen Verluste nicht wieder aufgeholt werden. Gegen die Entstehung marktmachtbedingter

Preissetzungsspielräume sprechen sowohl der intensive aktuelle Wettbewerb zwischen den großen Handelsunternehmen als auch der wirksame potentielle Wettbewerb.

13. Mit der vorgeschlagenen Gesetzesänderung lassen sich die verfolgten Ziele nicht erreichen. Kleinere Handelsunternehmen können durch das Verbot von Untereinstandspreisen – auch in der verschärften Form – nicht vor Preiswettbewerb geschützt werden. Die filialisierten Großunternehmen des Handels erhalten allein aufgrund ihres Einkaufsvolumens in aller Regel günstigere Einkaufskonditionen als ihre kleineren Wettbewerber und besitzen somit im Preiswettbewerb ohnehin Vorteile. **Mit § 20 Abs. 4 GWB wird daher in erster Linie der Preiswettbewerb der großen Handelsunternehmen untereinander reduziert, was zu höheren Endverbraucherpreisen führt.**

14. Mit der Erweiterung des Verbots von Untereinstandspreisen wird ferner kein Beitrag zur Qualitätssicherung im Lebensmitteleinzelhandel geleistet. Die Handelsunternehmen sind nicht verpflichtet, tendenziell höhere Verkaufspreise in einen höheren Qualitätsstandard bei ihren Produkten umzusetzen. Das GWB eignet sich außerdem nicht dazu, kriminelle Aktivitäten einzelner Marktteilnehmer zu bekämpfen. Abhilfe gegen den Handel mit verdorbenen Lebensmitteln kann vor allem von einer verbesserten Lebensmittelüberwachung und strengeren Strafen bei Verstößen gegen geltendes Recht erwartet werden. Daneben empfiehlt sich die Durchführung von Kampagnen zur Information der Endverbraucher.

15. Die geplante Änderung des § 20 Abs. 4 GWB führt nicht zu einer besseren Durchsetzbarkeit der Norm. Jedoch werden durch die Gesetzesänderung zusätzliche Kosten für Unternehmen und Wettbewerbsbehörden entstehen, ohne dass diesen ein entsprechender volkswirtschaftlicher Nutzen gegenübersteht.

16. Die Monopolkommission spricht sich für die Abschaffung des § 20 Abs. 4 GWB aus. Ihrer Ansicht nach werden kleine und mittlere Unternehmen am besten geschützt, wenn der Wettbewerb als solcher geschützt wird. Daneben empfiehlt sie, insbesondere Regulierungen im Bereich des Baurechts sowie des Handwerks- und Gaststättenrechts abzubauen, sofern sie die unternehmerische Flexibilität beschränken.

17. Für detaillierte Ausführungen verweise ich auf das Sondergutachten 47 mit dem Titel „Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB“, welches die Monopolkommission im März 2007 veröffentlicht hat. Dieses Gutachten ist online abrufbar unter: http://monopolkommission.de/sg_47/text_s47.pdf