

Schriftliche Stellungnahme für den Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages zum Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels. Drucksache 16/5847.

Carl Christian von Weizsäcker

Max Planck Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn

weizsaecker@coll.mpg.de

30. Oktober 2007

Zusammenfassung

Ich nehme zum vorgeschlagenen § 29 GWB Stellung. Im Rahmen davon konzentriere ich mich auf den Großhandelsmarkt für Strom. Die Leipziger Strombörse EEX ist funktionsfähig. Dadurch umfasst der relevante Markt für Strom auf der Großhandelsstufe alle Nachfrager, die die Möglichkeit haben, Strom an der Börse einzukaufen. Sofern von marktbeherrschenden Unternehmen keine strategische Angebotszurückhaltung geübt wird, generiert die Börse den Wettbewerbspreis für Strom auf der Großhandelsstufe. Die Aufsicht über den Preishöhenmissbrauch des Bundeskartellamts ist damit auf die Untersuchung reduziert, ob es seitens marktbeherrschender Stromanbieter strategische Angebots-zurückhaltung gibt oder nicht. Hierzu reicht der § 19 GWB vollkommen aus. Durch den vorgeschlagenen § 29 GWB-E gewinnt die Behörde diesbezüglich nichts dazu. Wenn dennoch ein solcher § 29 GWB beschlossen werden sollte, dann bedarf es einer Reihe von Umformulierungen. Insbesondere muss explizit festgehalten werden, dass kein Unternehmen gezwungen werden kann, einen Preis zu setzen, der unter seinen (Opportunitäts-) Grenzkosten liegt.

A Vor-Überlegung: Die Revolutionierung des Strommarktes durch eine funktionsfähige Börse

Der Vorschlag zur Einführung des § 29 GWB ist getragen von einer Auffassung des Großhandelsmarktes für Strom, die heute veraltet ist. Durch die Präsenz einer funktionsfähigen Börse für Strom auf der Großhandelsebene (EEX in Leipzig) gibt es für das homogene Gut

Strom einen weitgehend homogenen Preis. Tendenziell gilt nunmehr: alle Anbieter auf dem Großhandelsmarkt für Strom erhalten denselben Preis, alle Nachfrager auf dem Großhandelsmarkt für Strom zahlen denselben Preis. Das war früher anders: damals gab es Großkunden, die auf der Grundlage langfristiger Verträge den Strom zu Preisen bezogen, die wesentlich niedriger waren als die Preise für andere Kunden. Das Prinzip des "anlegbaren Preises" herrschte vor. Auch heute werden natürlich noch langfristige Verträge geschlossen, in denen Preise vereinbart werden, die von dem Börsenpreis abweichen. Aber sie stehen immer in einem Bezug zum Börsenpreis. Denn beide Vertragspartner hätten ja die Möglichkeit gehabt, auf den langfristigen Vertrag zu verzichten und sich für den Verkauf oder den Kauf von Strom der Börse zu bedienen. Wenn sie stattdessen diesen bilateralen Vertrag schließen, dann kann man davon ausgehen, dass sie beide davon einen Vorteil haben. Also kann der Käufer zum Zeitpunkt des Abschlusses eines langfristigen Vertrages nicht schlechter gestellt sein als er es wäre, wenn er auf den Abschluss verzichtet hätte und an der Börse gekauft hätte.

Das hat fundamentale Folgen für das Thema Marktbeherrschung und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Sofern der Börsenpreis ein Wettbewerbspreis ist, ist kein Abnehmer im Rahmen eines bilateralen Vertrags gezwungen, mehr als den Wettbewerbspreis zu bezahlen. Denn er kann immer auf die Börse ausweichen, wo er voraussetzungsgemäß nur den Wettbewerbspreis bezahlen muss. Niemand ist für seinen Strombezug im Rahmen eines bilateralen Vertrages auf RWE oder E.ON angewiesen. Die Börse steht als Bezugsalternative immer zur Verfügung. Marktbeherrschung kann also nur noch dann existieren, wenn ein Anbieter die Möglichkeit hat, durch Angebotszurückhaltung den Börsenpreis über das Wettbewerbsniveau anzuheben und dabei zusätzlich Geld zu verdienen. Der "relevante Markt" auf der Großhandelsebene für Strom besteht dann aus allen Lieferbeziehungen im Großhandelsbereich, bei denen die Alternative eines Börsenbezugs offen steht.

Natürlich kann die Frage gestellt werden, ob die Börse, wie sie sich heute darstellt, voll funktionsfähig ist. Es wird gelegentlich eingewendet, dass nur ein Bruchteil der Geschäfte über die Börse abgewickelt wird. Die "Over-the-Counter"-Geschäfte, also die bilateralen Geschäfte haben im Terminhandel ein um den Faktor Fünf oder Sechs höheres Volumen. Deshalb sei der Börsenpreis nicht maßgebend für das Marktgeschehen. Dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Jeder, der ein Over-the-Counter-Geschäft abschließt, kann sich stattdessen der Börse bedienen. Also ist der Börsenpreis das Preissignal, an dem sich alle bilateralen Geschäfte orientieren. Es ist selbstverständlich, dass der Börsenpreis durch die sich im Over-the-Counter Ge-

schäft manifestierenden Angebots- und Nachfragemengen beeinflusst wird. Es besteht also eine enge Interdependenz der Preise in den beiden Sektoren. Aber gerade deshalb ist der Börsenpreis ein guter Indikator für das gesamte Marktgeschehen, selbst wenn über die Börse direkt nur ein Bruchteil der Geschäfte abgewickelt wird. Folgender Vergleich bietet sich an: Wenn ich wissen will, wie warm das Wasser in meinem Swimming- Pool ist, brauche ich die Temperatur nur an einer Stelle zu messen. Dann kenne ich das Temperaturniveau im ganzen Pool. Natürlich gibt es kleine Temperaturunterschiede innerhalb des Pools: so ist das Wasser vielleicht etwas wärmer an der Oberfläche als am Boden. Aber diese Unterschiede, die ich aus Erfahrung abschätzen kann, machen es doch nicht sinnlos, das Thermometer nur an einer Stelle ins Wasser zu halten, wenn ich wissen will, ob es warm genug ist, um schwimmen zu gehen. Entsprechend können wir vom Börsenpreis auf das Preisniveau im Over-the-Counter Markt schließen, selbst wenn die Over-the-Counter Preise nicht genau den Börsenpreisen entsprechen.

Es wird dann auch oft gesagt, dass der Börsenpreis manipulationsanfällig sei und vermutlich sogar manipuliert werde. Ich halte dies für falsch. Zuerst eine grundsätzliche Anmerkung. Wenn es so leicht wäre, Börsen oder börsenähnliche Märkte zum eigenen Vorteil und zum Nachteil der anderen Marktteilnehmer zu manipulieren, dann wäre der Institution der Börse im Verlauf der letzten Jahrhunderte und zunehmend im Verlauf der letzten Jahrzehnte nicht ein derart hohes Wachstum beschieden gewesen. Erfolgreiche Börsenmanipulation ist der Erfahrung nach ein äußerst seltenes Ereignis. Dabei muss Manipulation streng von normaler Spekulation unterschieden werden. Letztere ist praktisch jedermann zugänglich und wird täglich millionenfach – mit Gewinn oder mit Verlust – praktiziert. Auch Manipulation einzelner Anleger (Der Berater kauft eine Aktie und empfiehlt sie dann seinen Klienten, sodass deren Käufe den Kurs steigern und er gewinnbringend verkaufen kann) oder Insider-Geschäfte, bei denen man einen Informationsvorsprung ausnutzt, sind möglich, sind aber heute weitgehend verboten. Unter der Manipulation einer Börse versteht man Käufe und Verkäufe an der Börse mit dem Ziel und dem Effekt, dass die Preise merklich beeinflusst werden und dass dies zum eigenen Vorteil gereicht. Die Schwierigkeit einer solchen Übung ist, dass man durch massive Käufe den Preis nach oben treibt und somit ungünstiger einkauft als es dem anderweitig gültigen Marktpreis entspricht und dass man durch massive Verkäufe den Preis nach unten drückt und somit ungünstiger verkauft als es dem anderweit gültigen Marktpreis entspricht. Dennoch ist unter gewissen, allerdings nicht sehr häufig vorkommenden Bedingungen auch Marktmanipulation möglich.

Indessen brauchen wir diese Frage nach der Möglichkeit von Manipulation von Börsen im Allgemeinen nicht vertieft zu analysieren; denn am Strom- Spotmarkt ist Manipulation durch reines Kaufen und Verkaufen überhaupt nicht möglich. Nur durch physische Aktivitäten wie das Abschalten von Kraftwerken können Anbieter den Marktpreis beeinflussen. Auf diese Frage der physischen Angebotszurückhaltung komme ich in Kapitel B zurück. Hier lege ich dar, dass man durch reine Kauf- und Verkauforders den Strom- Spotmarkt nicht erfolgreich manipulieren kann. Der Grund ist sehr einfach: Strom ist nicht lagerbar. Wer also auf dem Spotmarkt Strom kauft, muss diesen Strom physisch jetzt verbrauchen, oder ihn sofort an jemand liefern, der ihn jetzt physisch verbraucht. Die Menge auf dem Spotmarkt gekauften Strom ist also immer identisch mit der Menge an Strom, die börsenvermittelt in derselben Stunde verbraucht wird. Umgekehrt kann auf dem Spotmarkt Strom nur verkaufen, wer ihn zu dieser Stunde produziert oder aufgrund eines früheren Kaufs auf dem Terminmarkt zu diesem Zeitpunkt von einem Lieferanten erhält, der ihn zu dieser Stunde produziert. Die Menge auf dem Spotmarkt verkauften Stroms ist also zu jeder Stunde gleich der Menge zu dieser Stunde produzierten und börsenmäßig verkauften Stroms. Damit aber ist der Marktpreis auf dem Spotmarkt immer gleich dem Preis, bei dem sich physisches Angebot und physische Nachfrage börsenvermittelten Stroms ausgleichen. Wegen der Nicht- Lagerbarkeit von Strom kann der Spotmarkt- Preis also gar nicht durch reine, von den physischen Aktivitäten abgekoppelte Transaktionen beeinflusst werden. Er ist daher nicht manipulationsanfällig. Er kann nur durch Eingriffe in das physische Stromgeschehen beeinflusst werden.

Natürlich wird die physische Stromnachfrage und das physische Stromangebot durch andere Preise beeinflusst. Dazu gehören insbesondere die Preise der Rohstoffe, die für die Stromproduktion verwendet werden. Indessen werden alle diese Rohstoffe auch für andere Zwecke als die Stromerzeugung eingesetzt, sodass es sich kaum lohnen wird, diese Märkte um der Beeinflussung des Strompreises willen zu manipulieren. Diese Rohstoffe werden zudem weltweit oder, wie bei Erdgas und CO₂- Emissionslizenzen, europaweit gehandelt, sodass wegen der Weite des Marktes Manipulationsmöglichkeiten praktisch ausgeschlossen sind.

Mein Fazit aus der Beobachtung des Börsengeschehens der letzten Jahre in Leipzig ist angesichts der eben angestellten Betrachtungen, dass die Börse in Leipzig funktionsfähig ist. Die einzige Frage, die zu erörtern bleibt, ist die, ob der dort auf dem Spotmarkt gebildete Preis der

Wettbewerbspreis ist oder ob er durch nicht wettbewerbsgerechte physische Angebotszurückhaltung überhöht ist.

B Die Aufgabe der Missbrauchsaufsicht auf dem Strom-Großhandelsmarkt¹

Weil die Strombörse funktioniert, vereinfacht sich die Preishöhen- Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen auf dem Stromgroßhandelsmarkt erheblich. Es kommt allein auf die Frage an, ob marktbeherrschende Unternehmen durch Angebotszurückhaltung den Strompreis an der Börse über das Niveau treiben, das dem Wettbewerb entspricht.

Das wettbewerbliche Preisniveau ergibt sich auf dem börsengeführten Stromgroßhandelsmarkt aus der Merit-Order der einsatzfähigen Kraftwerke und aus der Nachfragekurve der Stromverbraucher. Es wird sich daher immer dann realisieren, wenn alle einsatzfähigen Kraftwerke, die zum jeweiligen Marktpreis rentabel produzieren können, auch produzieren. Daher ist es richtig, zu sagen, dass das tatsächlich beobachtete Preisniveau dem Wettbewerbspreis entspricht, sofern man davon ausgehen kann, dass keine rentabel einsatzfähigen Kraftwerke zurückgehalten worden sind, dass mithin keine strategische Angebotszurückhaltung seitens eines marktbeherrschenden Unternehmens stattfindet.

Das Bundeskartellamt muss sich also allein auf die Frage konzentrieren, ob von marktbeherrschenden Unternehmen strategische Kraftwerkzurückhaltung mit dem Zweck der Preisanhebung geübt wird oder nicht. Welche Befugnisse es zu diesem Zweck benötigt, soll im nächsten Kapitel untersucht werden.

Das Bundeskartellamt hat parallel zu der seit anderthalb Jahren geführten Diskussion über eine Novelle des GWB ein Verfahren wegen Preishöhenmissbrauchs gegen RWE geführt. Ziel dieses Verfahrens war es, RWE (und dann im Gefolge andere marktbeherrschende Unternehmen) mittels der Missbrauchsaufsicht nach § 19 GWB zu zwingen, Strom an bestimmte industrielle Großabnehmer zu Preisen zu liefern, die weit unter dem Börsenpreis gelegen hätten. Das Bundeskartellamt beabsichtigte offenbar eine künstliche Marktsplaltung für das h-

¹ Zu den Details der hier besprochenen Missbrauchsaufsicht vgl. mein Gutachten Carl Christian von Weizsäcker, Der vorgeschlagene § 29 GWB und der Großhandelsmarkt für Strom, Düsseldorf, November 2006, 65 Seiten. Das Gutachten wurde in gekürzter Form publiziert: C. Christian von Weizsäcker, Die vorgeschlagene Novellierung des Kartellrechts und der Großhandelsmarkt für Strom, Energiewirtschaftliche Tagesfragen, Jan/Feb 2007, S. 30-39.

mogene Gut Strom nach Abnehmergruppen. Für die dann privilegierte Gruppe der industriellen Großabnehmer sollten niedrigere Preise gelten als für andere Kunden des Großhandelsmarktes, die sich zum Börsenpreis einzudecken hatten. Es war nach Auffassung des Bundeskartellamts mithin missbräuchlich, die industriellen Großabnehmer zu Preisen zu beliefern, die sich unter Wettbewerbsbedingungen auf dem Großhandelsmarkt bilden und die man an der Börse ablesen kann, sofern es keine physische Angebotszurückhaltung gibt.

Die ökonomische Analyse, die diesem Vorgehen des Bundeskartellamts zugrunde liegt, ist offenkundig fehlerhaft. Es ist seitens dieser Behörde nicht verstanden worden, dass nach Einführung einer funktionsfähigen Börse Strom auf der Großhandelsebene ein homogenes Gut ist, das unter Wettbewerbsbedingungen zu einem einheitlichen Preis gehandelt wird. Sofern der vorgeschlagene § 29 GWB dem Zweck dienen soll, dem Bundeskartellamt zu helfen, mit derart veralteten Auffassungen Missbrauchsverfahren erfolgreich durchzuführen, kann man dem Gesetzgeber nur raten, diesen Gesetzgebungsvorschlag zurückzuweisen.

(Die heutige Gesetzesbegründung der Bundesregierung liest sich allerdings anders. Ich komme darauf unten in Kapitel C und D zurück.)

Würde der § 29 GWB so verstanden, dass er es dem Bundeskartellamt ermöglichen soll, ein Verfahren wie das genannte gegen RWE erfolgreich durchzuführen, dann wäre die Verabschiedung dieses Paragraphen ein fundamentaler Irrweg in der deutschen Wirtschaftspolitik. Es lohnt sich, zu verstehen, warum dieser Punkt so wichtig ist. Es würden dann marktbeherrschende Unternehmen gezwungen, ihr Produkt zu einem Preis abzugeben, der unter dem Wettbewerbspreis liegt. Anders ausgedrückt: RWE und andere wären gezwungen, ihr Produkt zu Preisen zu verkaufen, die unter den (Opportunitäts-) Grenzkosten liegen. Denn sie hätten den Strom ja zu einem besseren Preis an der Börse verkaufen können. Diese staatliche Intervention würde einem fundamentalen Gesetz der Marktwirtschaft zuwiderlaufen: In der Marktwirtschaft sind alle Preise, also auch Wettbewerbspreise mindestens so hoch wie die Grenzkosten. Denn es ist eine grundlegende Ursache für den Erfolg der Marktwirtschaft, dass der Anbieter ein Interesse am Verkauf seiner Ware zu dem vorherrschenden Marktpreis hat. Nur dann ist der Kunde König. Ist ein Anbieter gezwungen, zu einem Preis zu verkaufen, der seine Grenzkosten nicht deckt, dann möchte er den Kunden am liebsten loswerden. Denn jeder zusätzliche Kunde bringt ihm zusätzlichen Verlust. Er wird seine Verkaufsanstrengungen einstellen. Der Kunde, der normalerweise umworben wird, wird zum Bittsteller. Die Ware

muss rationiert werden, weil zu dem staatlich vorgeschriebenen Preis mehr Nachfrage da ist als Angebot. Es wäre dies der Einstieg in die staatliche Zuteilungswirtschaft, wie sie die Älteren unter uns noch aus dem zweiten Weltkrieg und der unmittelbaren Nachkriegszeit kennen².

Die Unternehmen sind dann veranlasst, auf zahlreiche Ausweichreaktionen zu verfallen. Für den Fall der Stromerzeugung habe ich diese in meinem Gutachten dargestellt. Eine riesige Verwaltungsbehörde müsste das Verhalten der betroffenen Stromerzeuger überwachen. In seinem heutigen Zuschnitt wäre das Bundeskartellamt hierzu überhaupt nicht in der Lage.

Eine solche Politik würde im Übrigen auch den Markteintritt von Neuanbietern wesentlich erschweren, da im Regelfall für die meisten Neuanbieter gilt, dass deren Grenzkosten in ähnlicher Höhe liegen wie die der etablierten Anbieter. Der Zwang, eine wichtige Klasse von Nachfragern zu Preisen unter Grenzkosten zu beliefern, würde diese Gruppe der Nachfrager den neu in den Markt eintretenden Anbietern entziehen. Damit aber würde der Markteintritt ganz wesentlich entmutigt.

In der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen hat sich zu Recht die Doktrin herausgebildet, dass der Verkauf von Waren unter den variablen Durchschnittskosten (die in der Regel eine praktikable Annäherungsgröße für die Grenzkosten sind) durch ein marktbeherrschendes Unternehmen als "predatory pricing", als missbräuchliche Verdrängungsstrategie angesehen wird. Der maßgebliche Fall ist der vom Europäischen Gerichtshof entschiedene AKZO- Fall. Wollte der Gesetzgeber mittels des neuen § 29 GWB dem Bundeskartellamt den Rücken in einem Fall wie dem genannten RWE- Fall stärken, dann liefe das auf eine gesetzlich vorgeschriebene Verdrängungsstrategie der marktbeherrschenden Incumbents gegen die neuen Wettbewerber hinaus³.

Das RWE- Verfahren war ein Irrweg.

Preishöhenmissbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegt dann vor, wenn der marktbeherrschende Stromerzeuger sein Stromangebot künstlich verringert und dadurch das Preisni-

² Zu den Details des Prinzips "Preis \geq Grenzkosten" vgl. mein letztjähriges Gutachten (s. Fn 1), dort Kapitel II. Dieses Kapitel ist allerdings in der in "et" erschienenen kürzeren Fassung nicht enthalten. Das Gutachten in seiner vollen Länge kann Interessenten elektronisch zugeschickt werden. Bitte schreiben an weizsaecker@coll.mpg.de

³ Vgl. Rechtsache C-62/86 (AKZO) Entscheidung des EUGH, Slg. 1991 I, 3359; EuZW 1992, 21

veau für Strom zum eigenen Vorteil über das wettbewerbliche Niveau anhebt. Der Wettbewerbspreis ergibt sich aus folgendem Gedankenexperiment. Angenommen, jedes Kraftwerk habe einen anderen Eigentümer. Dann hängt die Entscheidung, ob man das Kraftwerk ans Netz gehen lässt, allein davon ab, ob dieses Kraftwerk beim herrschenden Marktpreis mithilfe seines Stromangebots Geld verdienen kann. Es werden in dieser hypothetischen Welt somit im Marktgleichgewicht alle Kraftwerke am Netz sein, die bei dem herrschenden Marktpreis Geld verdienen können. Damit haben wir einen hypothetischen wettbewerblichen Vergleichsmarkt.

Von diesem Vergleichsmarkt weicht die reale Situation nur dann ab, wenn es einsatzfähige Kraftwerke gibt, die nicht am Netz sind, obwohl sie am Netz Geld verdienen könnten. Die Missbrauchsaufsicht muss dann nur feststellen, ob es solche Kraftwerke gibt, die unter der Kontrolle des marktbeherrschenden Stromanbieters stehen. Anders ausgedrückt: Die Missbrauchsaufsicht muss feststellen, ob die Merit-Order der Kraftwerke voll genutzt wird.

C Reicht § 19 GWB für die Missbrauchsaufsicht über den Stromgroßhandel aus?

Die Regierungsbegründung zu dem vorgeschlagenen § 29 GWB will den Eindruck erwecken, dass mit dem § 29 GWB nur in Gesetzesform gegossen wird, was materiell-rechtlich ohnehin schon gilt. Mithin werde nur die höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 19 GWB sowie die Rechtsprechung zu Artikel 82 EG-Vertrag nachvollzogen.

Ich stelle mich einmal auf diesen Standpunkt der Regierungsbegründung. Da nun zusätzlich, wie oben dargelegt, sich die Aufsicht über den Preishöhenmissbrauch beim Stromgroßhandel darauf reduziert, festzustellen, ob die Merit-Order der Kraftwerke voll genutzt wird, wäre es erstaunlich, wenn die im geltenden Recht vorhandenen Möglichkeiten des Bundeskartellamts nicht ausreichen sollten, eine solche Missbrauchsaufsicht durchzuführen.

Das heutige Recht erlaubt es dem Bundeskartellamt, alle Informationen von den betroffenen Unternehmen einzuholen, die erforderlich sind, um festzustellen, ob die Merit-Order voll genutzt wird. Es kann Auskunft von den Stromproduzenten darüber erhalten, wie der Kraftwerkspark gefahren wird, warum ein Kraftwerk zu einer bestimmten Zeit nicht am Netz war, wie die variablen Betriebskosten der Kraftwerke im einzelnen aussehen etc. Aus diesen In-

formationen kann sich das Bundeskartellamt ein klares Bild machen, ob eine Angebotszurückhaltung zwecks Preissteigerung zum eigenen Vorteil des marktbeherrschenden Unternehmens geübt worden ist.

Selbst wenn es aber schwierig sein sollte, sich mit dem heutigen Recht dieses Bild zu verschaffen, sehe ich nicht, wie dies durch den vorgeschlagenen § 29 GWB besser werden sollte. Die Vergleichsmarktmethode, die in § 29 GWB-E Satz 1, Nr. 1 herangezogen wird, führt zu keinem Ergebnis, das nicht auch mit § 19 GWB erzielt werden könnte. Das marktbeherrschende Versorgungsunternehmen wird als Nachweis für Abweichungen von irgendwelchen Vergleichsmärkten auf das Marktgeschehen an der EEX- Börse verweisen. Der Verdacht, es betreibe Angebotszurückhaltung und deshalb sei der EEX- Preis nicht der Wettbewerbspreis, kann ja nicht durch den Vergleich mit irgendeinem anderweitigen Vergleichsmarkt bestätigt oder widerlegt werden. Er kann nur durch die internen Unterlagen und Aussagen von an den Kraftwerkseinsätzen beteiligten Personen bestätigt oder widerlegt werden. Und die stehen mit § 19 GWB in genau derselben Weise zur Verfügung wie mit § 29 GWB-E. Auch § 29 GWB-E Satz 1, Nr. 2 führt hier nicht weiter. Denn aus irgendeiner Marge zwischen Börsenpreis und Kosten kann nicht automatisch auf Angebotszurückhaltung geschlossen werden. Wenn man aber, wie es von Hirschhausen und Koautoren versuchen⁴, aus geschätzten Preis-Grenzkosten-Margen auf Angebotszurückhaltung zurückschließt, dann kann man diesen Befund ja auch mit dem geltenden Recht für ein Missbrauchsverfahren benutzen. Dazu ist § 29 GWB-E Satz 1, Nr. 2 nicht erforderlich.

Fazit meiner Analyse ist, dass der § 29 GWB-E für die Aufsicht über den Preishöhenmissbrauch marktbeherrschender Unternehmen beim Stromgroßhandel nichts bringt.

D Erforderliche Klarstellungen

⁴ Von Hirschhausen, Ch.; Weigt, H.; Zachmann, G.: Preisbildung und Marktmacht auf den Elektrizitätsmärkten in Deutschland – Grundlegende Mechanismen und empirische Evidenz. Gutachten im Auftrag des Verbands der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft e.V. (VIK), 2007. Ich bin allerdings skeptisch, ob die Methode von Hirschhausen et al, die nur mit extern verfügbaren Daten arbeiten, zu tragfähigen Ergebnissen führen kann. Vgl. hierzu auch Swider, D. J., I. Ellersdorfer, M. Hundt und A. Voß, Marktmacht am deutschen Elektrizitätsmarkt nachweisbar? Energiewirtschaftliche Tagesfragen, Oktober 2007.

Wie ich im vorangehenden Kapitel dargelegt habe, halte ich den § 29 GWB für überflüssig, soweit es den Stromgroßhandel betrifft⁵. Es scheint aber der politische Wille der Regierungsmehrheit des Bundestages zu sein, einen solchen Paragraphen in das GWB aufzunehmen. Wenn es denn schon sein muss, dann sollte aber durch klare Formulierungen dafür gesorgt werden, dass man das "Grundgesetz der Marktwirtschaft", also das GWB, nicht für tagespolitisch motivierte Abweichungen vom Leitbild des unverfälschten Wettbewerbs missbrauchen kann.

§ 29 GWB-E und die Regierungsbegründung dazu sind bisher doppeldeutig. Einerseits betont die Regierung, dass sich materiell-rechtlich nichts ändere, es nur um effizientere Prozeduren gehe. Andererseits gibt es auch Auslegungen, die darauf hinauslaufen, dass damit ein Verfahren wie das unter geltendem Recht nicht weitergeführte Verfahren des Bundeskartellamts gegen RWE ermöglicht werden solle. Ich habe oben ausgeführt, dass das RWE-Verfahren völlig in die Irre zu gehen drohte. Es muss deshalb klargestellt werden, dass der § 29 GWB kein Schutzschild für eine derart verfehlte Wettbewerbspolitik sein soll.

Folgende Vorschläge zur Veränderung des Textes möchte ich machen.

1. Es sollte eine Formulierung aufgenommen werden: "Kein Unternehmen kann verpflichtet werden, Entgelte so niedrig anzusetzen, dass sie die Grenzkosten der Bereitstellung des Gutes nicht mehr decken."
2. Es sollte eine Formulierung aufgenommen werden: " Bei der Berechnung der Kosten ist auf die Opportunitätskosten abzustellen."
3. Die Formulierungen sollten so verändert werden, dass den betroffenen Unternehmen nicht eine Beweislast aufgebürdet wird, die sie aus ihren eigenen Unterlagen der Natur der Sache nach gar nicht erbringen können.
4. Bei Privatklagen auf Schadensersatz basierend auf § 29 GWB muss die Beweislast bei den Klägern bleiben.
5. Wird eine Entscheidung des Bundeskartellamts nach § 29 von den betroffenen Unternehmen gerichtlich angefochten, so soll der Unterschied zwischen dem "alten" Preis und dem "neuen", niedrigeren Preis vom Kunden weiter bezahlt werden und auf ein Anderkonto fließen, bis der Rechtsstreit entschieden ist.

⁵ Ich halte ihn überhaupt für überflüssig, nehme hier aber nur zum Stromgroßhandel Stellung

Zu 1 und 2. Diese Formulierungen schließen aus, dass es als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung angesehen wird, wenn man sich weigert, Strom zu Preisen unter dem Börsenpreis abzugeben. Bei den Opportunitätskosten spielt auch die Frage der Einpreisung von CO₂-Lizenzen eine Rolle. In der Debatte der vergangenen anderthalb Jahre war kontrovers, ob die zugeteilten CO₂-Emissionsrechte, die für die Erzeugung von Strom benutzt wurden, die variablen Kosten der Stromerzeugung (und damit die Grenzkosten) erhöhen oder nicht. Es herrscht Einigkeit unter Ökonomen, dass hier das Opportunitätskostenkonzept ausschlaggebend ist. Es kommt also nicht darauf an, ob für die Emissionsrechte bezahlt worden ist, sondern es kommt darauf an, ob ein Emissionsrecht – sei es nun zugeteilt oder auf dem Markt gekauft –, das zur Stromerzeugung verwendet wird, als Alternativverwendung den Verkauf auf dem Markt hat oder nicht. Ist diese Alternativverwendung gegeben, so ist die Nutzung dieser Emissionsrechte für die Stromerzeugung mit Opportunitätskosten verbunden, die dann in den Kostenkalkül als Kostenbestandteil mit einfließen müssen und damit gerade auch die Grenzkosten entsprechend anheben⁶. Ich habe in meinem vor einem Jahr verfertigten Gutachten im Einzelnen dargelegt, weshalb alle Regelungen bei der Zuteilung von CO₂-Emissionsrechten, die die Alternativverwendung eines Verkaufs auf dem offenen Markt ausschließen, dann auch keine klimapolitisch erwünschte Steuerungswirkung mehr haben. Da aber diese Steuerungswirkung die eigentliche Ratio für den ganzen Emissionshandel ist, muss man davon ausgehen, dass es sich bei den Preisen dieser CO₂-Emissionsrechte um Opportunitätskosten handelt. Für Details verweise ich auf mein seinerzeitiges Gutachten, Kapitel III (Dieses Kapitel ist in der gekürzten publizierten Fassung enthalten).

Zur Klarstellung sei ferner darauf verwiesen, dass für jeden Anbieter von Strom, der Zugang zur Strombörse hat, der Börsenpreis eine untere Schranke für seine Grenzkosten im Sinne von Opportunitätskosten darstellt. Denn er hat ja die "Opportunität", die Börse für seinen Stromverkauf zu nutzen.

Zu 3. Die von der Regierung angestrebte Beweislastumkehr bringt keine bessere Durchsetzbarkeit von Preisen, die dem Wettbewerb entsprechen. Denn in einem Markt mit mehr als einem Anbieter ist es dem einzelnen Anbieter nie möglich, den hypothetischen Wettbewerbspreis zu berechnen. Dazu müsste er neben seinen Kostenkurven auch die seiner Konkurrenten

⁶ Vgl. hierzu auch den Brief des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundeswirtschaftsminister für Wirtschaft und Technologie zum Thema Wettbewerbsverhältnisse und Preise der deutschen Energiewirtschaft, 20. November 2006, sowie Sondergutachten der Monopolkommission, Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel ? Zur Novellierung des GWB, März 2007

kennen. Es ist aber offensichtlich rechtsstaatlich unzumutbar, von einem marktbeherrschenden Unternehmen einen Nachweis zu verlangen, den es nur führen kann, wenn es mit seinen Konkurrenten in einen detaillierten Informationsaustausch tritt, der offenkundig das Verbot des § 1 GWB verletzen würde. Also muss das Bundeskartellamt diesen Nachweis oder den Nachweis des Gegenteils selbst erbringen – Umkehr der Beweislast hin oder her.

Es muss bei dem Amtsermittlungsgrundsatz bleiben.

Zu 4. Das grundlegende rechtstaatliche Prinzip, dass der Kläger im Zivilprozess die Beweislast hat, kann keinesfalls umgestoßen werden. Die Kollateralschäden eines derart leichtfertigen Umgangs mit diesem Prinzip sind weitaus größer als das, was man sich aus dieser Beweislastumkehr in einem einzelnen Sektor für fünf Jahre an Vorteilen erhoffen kann.

Zu 5. Es versteht sich von selbst, dass das Unternehmen im Falle eines Obsiegens im Rechtsstreit die entgangenen Einnahmen bei Sofortvollziehbarkeit einer gegen es ergangenen Entscheidung von einer hohen Anzahl von Kleinkunden nicht mehr nachfordern kann.