

E.ON-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.

GWB-Novelle fördert nicht den Wettbewerb

1. Faktenlage

- Die Strompreisentwicklung der letzten Jahre an der EEX zeigt eine Synchronisierung der deutschen mit anderen europäischen Börsen mit Preisen zwischen 50 und 60 €/MWh.
- Im letzten Jahr sind die Netzentgelte um durchschnittlich 14% für Strom und 13% für Gas gefallen.
- Trotz deutlichen Anstiegs der Steuern und Abgaben liegen die Strompreise für Haushalte heute nominal unter dem Niveau von 1998.
- Im europäischen Vergleich liegen die deutschen Strompreise für Industrie und Haushalte im Mittelfeld, sie liegen aktuell sogar unter den britischen und niederländischen Preisen (nach Abzug der Steuer- und Abgabenbelastung, die in UK 9% und in Deutschland 41% beträgt).
- Auch bei der Industrie fallen die Preise seit Anfang 2006, so liegt der VIK-Strompreisindex z.B. unter dem Höchststand von Anfang 2006 von fast 185 Indexpunkten auf nunmehr 162 Indexpunkten (Januar 2000 = Index von 100).
- Die Ölpreise haben sich seit 2000 mehr als verfünffacht, die Kohlepreise sind in Jahresfrist um 24% angestiegen und liegen derzeit bei fast 70€/t. Dennoch wird für diese Bereiche zu Recht kein Sonderkartellrecht eingeführt.
- Die Energiewirtschaft und allen voran E.ON haben eine Reihe von Wettbewerbsinitiativen gestartet. Dazu gehören:
 - E-WIE-EINFACH als erstes bundesweites Wettbewerbsprodukt für Strom und Gas mit mittlerweile ca. 185.000 Kunden.
 - Transparenter Kraftwerkseinsatz: Information darüber, wann und mit welcher Leistung jeder einzelne Block der deutschen E.ON-Kraftwerke Strom erzeugen kann. Die erwartete Einsatzbereitschaft der Kraftwerke wird für ein Jahr im

Voraus bekannt gegeben. Unvorhersehbare Abweichungen, zum Beispiel durch technische Störungen, werden innerhalb von 30 Minuten veröffentlicht. Zudem kann rückblickend überprüft werden, welche Menge Strom tatsächlich in welchem Kraftwerksblock erzeugt wurde. Als erstes Unternehmen auf dem europäischen Kontinent stellt E.ON so umfangreiche und detaillierte Daten über die eigene Erzeugung zur Verfügung.

- Diskriminierungsfreier Anschluss neuer Kraftwerke mit kostenloser und verbindlicher Anschlusszusage innerhalb von 16 Wochen zusätzlich zur geltenden Kraftwerksnetzanschlussverordnung (KraftNav).
- Zusammenfassung der drei H-Gas-Marktgebiete der E.ON Ruhrgas zu einem Gebiet und Einführung von Gashandel, der seit Einführung im Oktober 2006 heute bereits bei 9 TWh liegt.
- Auktionierung von Gasspeicherkapazitäten sowie Auktionierung virtueller Kraftwerksscheiben, um den Zugang auch für kleinere Kunden flexibler und damit wettbewerbsorientierter zu ermöglichen.
- Die Bundesregierung erkennt im jüngsten Evaluierungsbericht zum EnWG das Vorhandensein von Wettbewerb in Deutschland an, z.B. durch vereinfachte Wechselmöglichkeiten oder höhere Wechselquoten und einer breiten Produktauswahl konkurrierender Anbieter.

2. EU-Recht:

- Die EU-Strom- und Gasrichtlinien erfassen alle Wertschöpfungsstufen der Elektrizitäts- bzw. Gaswirtschaft, enthalten regulierende Bestimmungen aber nur für die Bereiche Marktöffnung, Netzzugang und Netzentgelte. Bei Stromerzeugung sowie Strom- und Gasvertrieb soll hingegen freier Wettbewerb herrschen.
- § 29 GWB-E geht über Art. 82 EG hinaus und führt damit zu einer unzulässigen Behinderung der von der Elektrizitäts- bzw. GasRL vorgegebenen Marktorganisation.
- Darüber hinaus belastet § 29 GWB-E auch Einfuhren ausländischer Anbieter. Im Falle von Einfuhren zu günstigeren als im Inland gebotenen Konditionen zwingt er die inländisch marktbeherrschenden Unternehmen zu einer tendenziell gleichförmigen Anpassung ihrer Konditionen an diejenigen des Importeurs. Damit wird aber zugleich der Wettbewerbsvorteil des Importeurs, der mit günstigeren Konditionen Zugang zum deutschen Markt zu erlangen versucht, zunichte gemacht oder geschmälert.

3. Zivilrechtliche Probleme:

- Die jetzige Formulierung als Verbotsgesetz ermöglicht es nach den allgemein geltenden Vorschriften des § 33 GWB, dass neben den Kartellbehörden auch jeder Dritte Klage gegen einen Energieanbieter vor den Zivilgerichten erheben kann. Die im sensiblen Bereich des Kartellrechts dringend gebotene Einheitlichkeit der Rechtsanwendung würde hierbei unterlaufen.
- Hinzu kommt, dass das beklagte Unternehmen dann in jedem Einzelfall vor dem jeweils zuständigen Zivilgericht den Nachweis führen müsste, dass die vorliegende Preisabweichung jeweils sachlich gerechtfertigt ist. Angesichts völlig unterschiedlicher Vergleichsunternehmen und des nicht gegebenen Zugangs zu deren Daten ist dieser Nachweis faktisch unmöglich.

4. Negative Wettbewerbswirkungen der vorgesehenen Kostenkontrolle

- Besonders kritisch ist die vorgeschlagene Regelung einer Kostenkontrolle in § 29 Satz 1 Nr. 2 zu sehen. Diese widerspricht den Zielen der europäischen Energiemarkt-liberalisierung und insbesondere der Entwicklung eines europäischen Großhandelsmarktes. Die Anlehnung an Erzeugungskosten statt an den Marktpreis (der sich aus Angebot und Nachfrage im freien Markt ergibt) hebelt den Preisbildungsmechanismus am Großhandelsmarkt und insbesondere an der Strombörse EEX aus. Wie die EU-Kommission in ihrem Endbericht zur Sektorenuntersuchung festgestellt hat, ist die deutsche Strombörse einer der liquidesten Marktplätze in Europa. Die vorgeschlagene Regelung würde zu einer Austrocknung dieses liquiden Marktes führen. Derzeit sind über 180 Teilnehmer an der EEX tätig, davon fast die Hälfte aus dem Ausland.
- Wichtige Funktionen der Börse im liberalisierten Energiemarkt würden außer Kraft gesetzt, die Referenzfunktion des Börsenpreises fiel weg.
- Der Stromhandelsmarkt ist europäisch geprägt. So wird der seit einigen Jahren steigende Exportsaldo aus Deutschland auch über den Großhandelsmarkt abgewickelt, was die Liquidität an der EEX unterstützt. Dadurch werden die dortigen Preise natürlich auch durch die Marktverhältnisse im europäischen Umfeld mitbestimmt.
- Der Stromhandelsmarkt ist der Motor für einen funktionierenden Energiebinnenmarkt für Strom. E.ON versteht sich als international agierendes europäisches Unternehmen. Die neu gegründete E.ON-Handelsgesellschaft EET wird sich

nicht auf einen nationalen Markt fokussieren, sondern im europäischen Energiemarkt aktiv sein und so zum Zusammenwachsen der Märkte beitragen. Mehr als die Hälfte der Handelspartner an der EEX stammen bereits jetzt aus dem Ausland, darunter zahlreiche Teilnehmer aus der Finanzbranche und der Industrie. Nationale Insellösungen verzerren den europäischen Strommarkt und führen zur Schädigung des Standorts Deutschland. Ein künstlich niedrig gehaltenes Preisniveau geht vor allem zu Lasten neuer Wettbewerber, da ein Markteintritt bei Preisen unter den Vollkosten neuer Kraftwerke nicht wirtschaftlich ist.

- Ebenfalls kritisch ist die vorgeschlagene Regelung einer Preisdeckelung in §29 Satz 1 Nr. 1 zu sehen, denn sie würde zu einer Abschöpfung der Vertriebsmargen führen. Diese sind als zentrales Signal für den Markteintritt neuer Anbieter dringend erforderlich. Bewegungen auf dem Markt sind erkennbar durch die stetig wachsende Anzahl neuer Anbieter und einer kontinuierlich wachsenden Wechselquote bei den Verbrauchern, die mittlerweile 10% überschritten hat, erkennbar und werden auch von Verbraucherschützern und den Interessenvertretern der neuen Anbieter bestätigt.

5. Beweislastumkehr

- Problematisch ist die vorgesehene Umkehr der Beweislast. Zwar geht auch der EuGH bei erheblichen Preisunterschieden vergleichbarer marktbeherrschender Unternehmen von einer Umkehr der Beweislast aus. In diesen Fällen trägt aber die Kommission zumindest die Beweislast für die Vergleichbarkeit des zum Vergleich herangezogenen Unternehmens. § 29 GWB-E überträgt hingegen auch diesbezüglich die Beweislast auf die Unternehmen.
- Eine Beweislastumkehr ist nur dort gerechtfertigt, wo die vorzutragenden Tatsachen im Wissen der darlegungsbelasteten Partei stehen. Anderenfalls läuft die Beweislastumkehr auf ein per-se-Verbot hinaus. Es muss deshalb bei dem Amtserhebungsgrundsatz bleiben. Vor allem bei der Prüfung der Vergleichbarkeit der Märkte kommt dem Amtsermittlungsprinzip der Behörden eine besondere Bedeutung zu, da den betroffenen Versorgungsunternehmen die dafür benötigten detaillierten Informationen über herangezogene Märkte bzw. Vergleichsunternehmen regelmäßig nicht vorliegen, weil es sich z. B. um Geschäftsgeheimnisse von Wettbewerbern handelt. Damit sind die Verteidigungsmöglichkeiten der Energieversorger faktisch hinfällig.
- Eine Abweichung der Preise kann auf Kosten des Netzbetriebs, der Strombeschaffung und des Vertriebs beruhen. Die Kosten des Netzbetriebs sind einer Überprüfung im Rahmen des § 29 GWB

entzogen, da diese von der BNetzA genehmigt werden. Die Kosten der Beschaffung und des Vertriebs aber unterliegen dem Wettbewerb. Einem EVU ist es schlechterdings nicht möglich, irgendwelche Tatsachen vorzutragen, aus denen sich Unterschiede in den Kosten der Strombeschaffung oder des Vertriebs im Vergleich zu einem anderen Unternehmen ergeben, da selbstverständlich wettbewerbsrelevante Daten des anderen Unternehmens nicht bekannt sind.

6. Sofortvollzug

- Durch die generelle Einführung des Sofortvollzugs kartellrechtlicher Verfügungen, die erst nach mehreren Jahren höchststrichterlich entschieden werden, entsteht ein erhebliches wirtschaftliches Risiko für die Unternehmen, die zu Unrecht eine Preiskürzung verfügt bekommen.
- Vor dem Hintergrund, dass die neuere Rechtsprechung des OLG Düsseldorf dahin geht, die Klärung schwieriger Rechtsfragen in Gänze auf das Hauptsacheverfahren zu verschieben und diese im einstweiligen Rechtsschutz auch nicht einmal summarisch zu prüfen, ist der drohende wirtschaftliche Schaden irreparabel. Damit wird im Ergebnis die in Art. 19 GG verankerte Rechtsweggarantie unzulässig ausgehöhlt.
- Um das wirtschaftliche Risiko zu minimieren, sollten die Unternehmen im Streitfall deshalb in der Lage sein, den strittigen Teil der Entgelte zur Sicherheit auf einem treuhänderisch verwalteten Konto zu hinterlegen, bis eine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist oder das Verfahren anderweitig eingestellt wird.

7. Fazit:

Mit der geplanten Novelle des Kartellrechts soll im Ergebnis in Deutschland eine Preiskontrolle wieder eingeführt werden, die dem Wettbewerb mehr schadet als nützt. Deshalb wurde der Gesetzesentwurf auf breiter Front von der Wissenschaft, insbesondere vom Wissenschaftlichen Beirat des Bundeswirtschaftsministeriums und von der Monopolkommission sehr deutlich zurückgewiesen.

Änderungsvorschläge zum § 29 GWB-E

Aus den vorher genannten Gründen schlagen wir folgende Änderungen des § 29 GWB-E vor:

1. Amtsermittlungsgrundsatz:

Änderung des Wortlauts des § 29 Satz 1 GWB-E wie folgt:

„Die Kartellbehörde kann einem Unternehmen verbieten, als Anbieter von Elektrizität oder Gas auf einem Markt, auf dem es allein oder zusammen mit anderen Versorgungsunternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat, diese Stellung missbräuchlich auszunutzen, indem es: [...]“

2. Sofortvollzug:

Änderung des Wortlauts des § 29 Satz 1 Nr. 2 wie folgt:

„Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, dürfen bei der Feststellung eines Missbrauchs im Sinne des Satzes 1 nicht berücksichtigt werden. Die §§ 19 und 20 bleiben unberührt. Erlässt die Kartellbehörde eine Verfügung nach §§ 32, 32 a, 32 b GWB auf Grundlage dieser Vorschrift, haben die betroffenen Unternehmen, wenn sie Beschwerde einlegen und keine Entscheidung nach § 64 Abs. 2 GWB ergangen ist, den strittigen Teil der Entgelte zur Sicherheit zu hinterlegen, bis eine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist oder das Beschwerdeverfahren anderweitig beendet wurde. Die §§ 232 ff. BGB finden entsprechende Anwendung.“

3. Beweislastumkehr:

Streichung folgender Sätze des § 29 Artikel 1 Nr. 4 GWB-E (S. 12) wie folgt:

„Ob diese hinreichend vergleichbar sind, ist im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung zu klären.“

Ersatz durch folgenden Satz:

„Ob Unternehmen hinreichend vergleichbar sind, hat die zuständige Behörde von Amts wegen zu ermitteln.“.