

## **Stellungnahme**

### **des VIK**

zu dem

**Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch**

**im Bereich der Energieversorgung**

**- Drucksache 16/5847 – vom 27.06.2007**

**Essen, 02. November 2007**

**VIK unterstützt alle politischen Initiativen, die der Entwicklung eines funktionierenden Wettbewerbs im Energiemarkt dienen und damit auch für die energieintensiven Unternehmen aus den Branchen *Chemie, Stahl, Papier, Zement, Aluminium, Glas, Nahrungsmittel, Maschinenbau etc.* faire Standortbedingungen schaffen. Der Kabinettsbeschluss zur Novellierung des energierelevanten Kartellrechts kann diesem Ziel dienen und verdient daher die volle Unterstützung und darf nicht weiter entschärft werden, denn**

- 1. Es gibt kaum funktionierenden Wettbewerb auf deutschen Energiemärkten**
- 2. Es bestehen Rechts- und Vollzugsmängel im geltenden GWB**
- 3. Eine Verschärfung der kartellrechtlichen Preisaufsicht ist notwendig**
- 4. Die Kartellrechtsnovelle in Umsetzung der übergeordneten Ziele des § 1 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) bleibt im bisherigen kartellrechtlichen Ordnungsrahmen**
- 5. Der neue § 29 GWB-Entwurf könnte die bisherige schlechte Wettbewerbssituation verbessern**
- 6. Es fehlen Vorkehrungen gegen CO<sub>2</sub>-getriebene Preisexplosionen.**

Zu den Gründen im Einzelnen:

1. Es gibt kaum funktionierenden Wettbewerb auf deutschen Energiemärkten

Im Stromsektor ist der Wettbewerb nach einer dynamischen Anfangsphase nahezu vollständig zum Stillstand gekommen. Vier Groß-EVU besitzen nahezu 90 % der Erzeugungskapazitäten und bewegen sich damit in einem engen Oligopol. (Die zwei größten Anbieter bilden allein ein Duopol von 60 %). Allein im Jahr 2005 hat sich der Großhandels-Strompreis innerhalb von nur zwölf Monaten um 70 % erhöht, trotz weitgehend stabiler Brennstoffkosten.

Im Gasbereich hat sich Wettbewerb überhaupt noch nicht etablieren können, es sei denn verbal. Nach der Entscheidung der Beschlusskammer der Bundesnetzagentur vom 17.11.2006 zum Gasnetzzugangsmodell keimt erste Hoffnung auf. Die Zahl der Marktgebiete ist mit 14 jedoch immer noch viel zu hoch für funktionierenden Wettbewerb.

Zahlreiche Unternehmenszusammenschlüsse und Kooperationen auf horizontaler und vertikaler Ebene haben großen Energieversorgern unerwartet umfangreiche Spielräume zur Beeinflussung der Strom- und Gasmärkte eröffnet, die auch genutzt wurden. Günstige Stromerzeugungskosten haben durch Anbindung an den Börsenpreis, der sich am teuersten Kraftwerk orientiert, zu „Mega-Gewinnen“ geführt.

Die Stromverbraucher in Deutschland und fünf weitere EU-Staaten zahlen bei weitem zuviel für Strom. Weder die Kosten der Erzeuger für ihre bestehenden Kraftwerke noch die notwendigen Investitionen in zukünftige Kraftwerke können – nach umfangreichen Untersuchungen der EU-Kommission - das bestehende Strompreisniveau rechtfertigen. Ein namhaftes Groß-EVU erzeugt nach eigenen Angaben rund 80 % seines Stroms zu Kosten um 24 €/MWh.

Die deutschen Stromverbraucher haben im EU-Vergleich sehr hohe Aufschläge auf den Strompreis gegenüber den Preisen bei Wettbewerb zu tragen. Die wettbewerblichen Strompreise ohne eine Einpreisung von CO<sub>2</sub>-Zertifikaten lägen nach der EU-Studie im Jahr 2005 bei nur 28,17 €/MWh. Stattdessen mussten deutsche Verbraucher aber zu dem höchsten CO<sub>2</sub>-Aufschlag der untersuchten Länder (29 % oder 13,86 €/MWh) noch einen zusätzlichen Aufschlag von 13 % oder 6,39 €/MWh zahlen, der auf die Marktmacht der Versorger zurückzuführen ist. Nach VIK-Schätzungen kamen dadurch 2005 Mehrkosten für die Verbraucher von insgesamt 9,5 Mrd. € zusammen.

**Die Entwicklung darf so nicht weitergehen: denn auf diese Weise wird energieintensiven Industrie- und Gewerbeunternehmen die wirtschaftliche Lebensgrundlage entzogen und ihre konkurrenzfähige Weiterentwicklung verhindert. Diese ist aber notwendig, um den Bürgern unseres Landes hochwertige Arbeitsplätze mit großen Wachstumschancen, also hohe und sichere Einkommen mit verlässlichen Zukunftsperspektiven anbieten zu können.**

Nicht umsonst hat das Bundeskartellamt seit August 2005 ermittelt u. a. in einem umfangreichen Verfahren wegen des Verdachts der missbräuchlichen Ausnutzung von Marktmacht im Sinne des EU- und deutschlandweiten Kartellrechts in Verbindung mit einer etwaigen Abschöpfung ungerechtfertigter Sondergewinne in Höhe von ca. 5 Mrd. Euro/a.

Die aktuelle Gesetzesnovelle zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im Energiesektor ist eine logische Folge dieses umfangreichen und sehr zähen Kartellverfahrens.

## 2. Es bestehen Rechts- und Vollzugsmängel im geltenden GWB

Eine wesentliche Barriere gegen die o. g. Fehlentwicklungen hätte das geltende GWB sein müssen. Es erwies sich im täglichen Gesetzesvollzug aber häufig als „stumpfes Schwert“.

Zwar ist gem. § 19 I GWB bereits nach geltender Rechtslage die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verboten. D. h. es stellt einen verbotenen Missbrauch dar, wenn sich marktmächtige EVU Vorteile verschaffen, die bei wirksamem Wettbewerb nicht bestünden (Preishöhen- und Preismethodenmissbrauch). Diese Preisüberhöhung wird u. a. daran gemessen, ob die Preise noch in einem angemessenen Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung stehen. Daran bestehen mehr und mehr Zweifel – und zwar nach Ansicht aller gesellschaftlichen Gruppen. Die politische Öffentlichkeit erkennt eine volkswirtschaftlich schädliche Umverteilung von Vermögen; teilweise wird auch schlicht von „Abzockerei“ gesprochen, gegen die der Staat dringend einschreiten muss. Bisher vergebens.

Denn die bisherige weitgehende Passivität und Ohnmacht des Staates gegenüber diesen negativen Entwicklungen hatten wesentliche Ursachen in den gesetzlichen Mängeln des aktuellen energierelevanten Wettbewerbsrechts, z. B.

- Lückenhafte Bezugnahme auf gleichartige Unternehmen für die Frage der Vergleichbarkeit
- Beweiserleichterungen im Interesse der Energiekunden bzw. zur vereinfachten Feststellung eines Anfangsverdachts für kartellrechtswidriges Verhalten
- Fehlende Möglichkeit einer kostenbasierten Entgeltkontrolle
- Keine Bezugnahme auf das europarechtlich anerkannte Gewinnbegrenzungskonzept
- Uneinheitliche Rechtsanwendung der sofortigen Vollziehbarkeit von Missbrauchsverfügungen.

Zudem ist die Vollzugsarbeit des Bundeskartellamts dadurch erschwert, dass im zuständigen energiewettbewerblichen Referat ein völlig unverhältnismäßiger Personalmangel besteht. Während in der Bundesregulierungsbehörde für Energiefragen mittlerweile 150 Mitarbeiter tätig sind, stehen dem Bundeskartellamt für wettbewerbliche Fragen der Energieversorgung dem Vernehmen nach weniger als 10 Personen zur Verfügung. Auch hier besteht ein dringender Handlungsbedarf.

### 3. Eine Verschärfung der kartellrechtlichen Preisaufsicht ist notwendig

Um die o. g. Mängel im Energiebereich zu beheben, besteht seit langem die politische Erkenntnis, Korrekturen im GWB vorzunehmen. Zudem haben aktuelle Ankündigungen der großen Energiekonzerne erhebliche Preissteigerungen für die unmittelbare Zukunft in Aussicht gestellt. Die Kartellbehörden müssen in die Lage versetzt werden, ihre Aufgabe schneller und effizienter wahrzunehmen, um auf diese Weise im Energiesektor mehr Wettbewerb und damit auch tendenziell sinkende Preise zu bewirken. Da im Energiewirtschaftsgesetz die bisher bestehende Preisgenehmigung der Allgemeinen Tarife durch die Landeskartellbehörde am 01.07.2007 weggefallen ist, wird der Missbrauchsaufsicht durch die Behörden in Zukunft ein noch höherer Stellenwert zukommen.

Der aktuell von der Bundesregierung vorgestellte Gesetzgebungsvorschlag zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung als einem besonderen Wirtschaftsbereich kann hier ein Schritt in die richtige Richtung sein. Die wesentlichen Inhalte der Novelle sind im Wortlaut im neuen § 29 abgebildet.

### 4. Die Kartellrechtsnovelle in Umsetzung der übergeordneten Ziele des §1 Energiewirtschaftsgesetz: EnWG bleibt im bisherigen kartellrechtlichen Ordnungsrahmen

Von verschiedenen Seiten wird diese Novelle strikt abgelehnt, indem behauptet wird, mit dem § 29 der Novelle finde ein vollständiger Systemwechsel im Wettbewerbsrecht statt. Mit der Gesetzesänderung werde eine Bewegung weg von der Liberalisierung der Märkte hin zu staatlicher Preis- und Investitionslenkung festgelegt.

Diese Ansicht ist falsch. Denn die überhöhten Energiepreise laufen bereits dem primären Gesetzesziel des EnWG zuwider. Gemäß § 1 Abs. 1 EnWG ist Zweck des EnWG eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene

Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas. Das aktuelle Preisniveau dürfte einen deutlichen Verstoß gegen § 1 EnWG darstellen und erfordert daher staatliches Handeln.

Die Verschärfung des Kartellrechts ist insofern ein relativ mildes Instrument - verglichen mit dem Vorschlag zur horizontalen und vertikalen Entflechtung beispielsweise aus dem Bundesrat und Teilen der Wissenschaft.

5. Der neue § 29 GWB-Entwurf könnte die bisherige schlechte Wettbewerbssituation verbessern

Ein methodischer Vergleich zwischen dem bereits im GWB bestehenden § 19 sowie dem Entwurf zu § 29 zeigt, dass § 29 dem Ziel dient,

- eine Schärfung des kartellrechtlichen Instrumentariums zur Bekämpfung missbräuchlich überhöhter Energiepreise,
- auch für die vor- und nachgelagerten Märkte,
- mittels einer auf den Energiesektor zugeschnittenen Ausprägung der Generalklausel des § 19 GWB

zu bewirken. Exemplarisch lässt sich das wie folgt belegen:

- Bei dem neuen § 29 handelt es sich um einen Paragraphen, welcher den bisherigen § 19 GWB aufgrund negativer Praxiserfahrungen (wie z. B. fehlende Beweislastumkehr und fehlender Sofortvollzug) am Beispiel der Verhinderung von Preishöhen- und Preismethodenmissbräuchen verbessern will.
- § 29 ist lediglich ein Verbotsgesetz. Seine Anwendung setzt ein Fehlverhalten voraus und bleibt im System der bisherigen ex post-Missbrauchskontrolle!
- Prinzipiell kommt lediglich das zum Tragen, was ohnehin gilt: Nämlich, dass marktbeherrschenden Versorgungsunternehmen kein Anspruch auf einen der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle entzogenen Spielraum für Preisforderungen oberhalb der Preise von Vergleichsunternehmen zusteht.
- Auch die Maßgabe, Entgelte zu verbieten, welche die Kosten in unangemessener Weise überschreiten, ist bereits durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 82 des EG-Vertrages anerkannt. So hatte in der Rechtssache „United Brands“ der EuGH die Missbräuchlichkeit eines überhöhten Preises auch daran gemessen, ob ein übertriebenes Verhältnis zwischen den tatsächlich entstandenen Kosten und dem tatsächlich verlangten Preis besteht, EuGH, Ur. V. 14.02.1987, Rs. C-27/76, Randziffer 251 f.
- Auch ist der **Sofortvollzug** nach deutschem und europäischem Recht bereits gesetzliche Praxis und dient der Vereinheitlichung. Insofern hat das GWB dringenden Nachholbedarf.

- Leider hat sich die Bundesregierung entschlossen, den im vorliegenden Textentwurf enthaltenen Hinweis der „**Nicht-Erheblichkeit**“ im aktuellen Wortlaut des § 29 zu streichen. Dieses Vorgehen ist falsch. Denn der bisherige Erheblichkeitszuschlag von 10 % im bisherigen § 19 hatte sich in der Praxis zunehmend als Missbrauchsbonus zugunsten der EVU erwiesen.
- § 29 gilt nur für Energieversorgungsunternehmen, die marktbeherrschend sind und missbräuchlich handeln, d. h. es bestehen doppelte Voraussetzungen. Für andere Unternehmen gilt § 29 nicht.
- Die kartellrechtliche Sonderaufsicht nach § 29 gilt nur befristet bis zum Jahr 2012 bzw. solange Wettbewerb in der Energiewirtschaft noch nicht besteht bzw. funktioniert.
- Auch bleibt der sog. gesetzliche Amtsermittlungsgrundsatz für die Kartellbehörde unverändert. Danach sind von Amts wegen alle entscheidungserheblichen Grundlagen zu ermitteln. Dazu zählen sowohl belastende wie entlastende Details.
- Erst wenn im Rahmen dieses Prinzips alles ausgeschöpft wurde und man sich im Stadium der Nichtaufklärbarkeit von Sachverhalten befindet, kommt die sog. Beweislastumkehr zum Tragen. EVU müssten dann z. B. beweisen,
  - ob sie sich an die Merit Order halten und keinen Preishöhenmissbrauch begehen
  - keine Stromerzeugungskapazitäten zurückhalten
  - Regelenergie-Kapazitäten nur insoweit vorhalten, als dies auch nötig ist und
  - ob und wie Einflussmöglichkeiten von „Market Maker“ auf den Strompreis stattfinden usw.
- Das Prinzip der Beweislastumkehr bei der Nichtaufklärbarkeit von Sachverhalten, wie sie in § 29 geregelt würde, ist bereits nach gegenwärtiger Rechtslage – wenn auch schwierig in der Anwendung – so doch nicht ausgeschlossen, und zwar ebenfalls auf der Basis der kartellrechtlichen Weiterentwicklung durch Rechtsprechung und Literatur.
- Bereits in §19 selbst ist in Abs. 4 GWB (Nutzung von Netzen und Infrastruktureinrichtungen) schon seit langem eine Beweislastumkehr vorgesehen.
- Andere Gesetze (das Umwelthaftungsgesetz und das Produkthaftungsgesetz) kennen ebenfalls eine Beweislastumkehr.

6. Es fehlen Vorkehrungen gegen CO<sub>2</sub>-getriebene Preisexplosionen

Die Strompreisspirale darf sich in der nächsten CO<sub>2</sub>-Handelsperiode nicht erneut so drastisch wie bisher drehen.

Der Entwurf des Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlage zum Emissionshandel in der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 (ZuG 2012) enthält leider keinerlei Vorkehrungen zur Vermeidung erneuter unerwünschter Windfall-Profits, trotz anderslautender Bekundungen in der Koalitionsvereinbarung. Diesen Sachverhalt muss daher auch das GWB versuchen, zumindest in seinen Auswüchsen zu beschneiden.

Fazit

Beim § 29 handelt es sich also nicht um eine Regulierung wie im Netzbereich (ex ante). Er ist lediglich eine Konkretisierung des bestehenden Systems der ex post-Missbrauchskontrolle und kein Paradigmenwechsel. Von einem Abrücken Deutschlands von einem liberalisierten Ordnungsrahmen in die Welt einer staatlich gelenkten Energiewirtschaft - wie es von Seiten der Versorgungswirtschaft gerne behauptet wird - kann daher keine Rede sein. Trotz gegenteiliger Behauptungen von Seiten der EVU dürfte der neue § 29 GWB auch die Investitionsbereitschaft der Versorgungsunternehmen nicht beeinträchtigen. Denn da die derzeit in Planung befindlichen Kraftwerke voraussichtlich nicht vor 2012 in Betrieb gehen, entfaltet für deren Wirtschaftlichkeitsrechnung der dann nicht mehr geltende § 29 GWB gem. § 131 Abs. 7 der GWB-Novelle keine Bedeutung mehr.