

Prof. Dr. Kurt Markert
Direktor beim Bundeskartellamt a. D.

Berlin, den 16.12.2008

Stellungnahme

zu dem vom Bundeskartellamt (BKartA) beabsichtigten Abschluss seiner Preismisbrauchsverfahren gegen die GASAG, B 10 – 26/08, und die Bad Honnef AG (BHAG), B 10 – 38/06.

I. Vorbemerkung

Der in beiden Verfahren beigeladene Bund der Energieverbraucher (BdE) hat mich gebeten, zu dem ihm vom BKartA mitgeteilten Vorhaben Stellung zu nehmen, diese Verfahren nach Maßgabe der dem BdE übermittelten Unterlagen abzuschließen. Mir wurden dazu vom BdE folgende Unterlagen zur Verfügung gestellt, zu deren vertraulicher Behandlung ich mich gegenüber dem BdE verpflichtet habe:

1. Schreiben B 10 an den BdE vom 3.12.2008, B 10 – 26/08, und das als Anlage beigefügte Schreiben der Rechtsanwälte Oppenländer vom 1.12.2008,
2. Diskussionsgrundlage für die Telefonkonferenz vom 14.11.2008,
3. Ergebnisvermerk B 10 Beratung Gaspreisverfahren,
4. Ergebnisvermerk B 10 Wechselquote,
5. Erlösvergleich GASAG mit EWE und SW Jena-Pößneck,
6. Vergleichserlöse 2007 GASAG vs. EWE West/Ost,
7. Beschlussentwurf BHAG vom 27.11.2008,
8. Erlösvergleich 2007 BHAG 2007.

Die nachfolgende Stellungnahme äußert sich zunächst generell zur Vorgehensweise des BKartA, fast alle der im März 2008 eingeleiteten Preismisbrauchsverfahren gegen Gasversorger durch Verfügungen nach § 32b GWB oder, wie im Falle GASAG, sogar ohne eine derartige Verfügung einzustellen, sowie zur Bewilligung eines

Erheblichkeitszuschlages zugunsten der Versorger und dessen Berechnung nach der Wechselquote. Im Weiteren wird dann, soweit dies nach den vom BKartA zur Verfügung gestellten Unterlagen überhaupt möglich war, auf die Ermittlungsergebnisse des BKartA zur Frage eines Preishöhenmissbrauchs nach § 19 Abs. 1 und Abs. 4 Nr. 2 GWB für das Jahr 2007 und nach § 29 GWB für das Jahr 2008 eingegangen.

II. Zur Verfahrenseinstellung ohne Abstellungs- oder Feststellungsverfügung

Gegen die Vorgehensweise des BKartA, von den 33 anhängigen Gaspreismissbrauchsverfahren 29, darunter auch die gegen GASAG und BHAG, nur gegen monetäre Zusagen einzustellen (im Falle GASAG sogar ohne Verfügung nach § 32b GWB), bestehen jedenfalls in den auf § 29 gestützten Verfahren nach dem Gesetzeszweck dieser Vorschrift gravierende Bedenken. Mit der Einführung dieser Vorschrift sollte nach der Gesetzesbegründung das kartellrechtliche Instrumentarium zur Bekämpfung missbräuchlich überhöhter Energiepreise im Vergleich zur bereits bestehenden Preishöhenkontrolle nach § 19 GWB verschärft werden. Die Ausgestaltung des § 29 als unmittelbar wirksames Verbot macht deutlich, dass damit über § 33 auch ein verbesserter Schutz der von missbräuchlich überhöhten Strom- und Gaspreisen betroffenen Verbraucher bezweckt ist, und zwar unabhängig davon, dass die förmliche Beweislastumkehr für die Rechtfertigung höherer Preise nach § 29 Satz 1 Nr. 1 nur im kartellbehördlichen Verfahren gilt. Der Gesetzeszweck, den Verbraucherschutz durch § 29 zu verbessern, wird aber vereitelt, wenn Kartellbehörden davon absehen, Verfügungen nach § 32 wegen Verstoßes gegen das Verbot des § 29 zu erlassen, die zugunsten der betroffenen Verbraucher nach § 33 Abs. 4 für die Zivilgerichte bindend sind. Ohne diese Wirkung sind die sich gegen missbräuchlich überhöhte Gaspreise zur Wehr setzenden Verbraucher im kartellrechtlichen Zivilverfahren weitgehend schutzlos, weil sie die volle Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen eines Verstoßes gegen § 29 trifft. Vor diesem Hintergrund kann ich es nur bedauern, dass das BKartA hier dem schlechten Beispiel der Europäischen Kommission im Verfahren gegen E.ON Ruhrgas (COMP/B-1/39.388 und 39.389) folgt, dessen Abschluss ebenfalls zu dem erhobenen Vorwurf begangener Verbotverstöße (hier gegen Art. 82 EG) alles im Dunkeln lässt.

Ob die von den betroffenen Gasversorgern gemachten Zugeständnisse die im Einzelfall festgestellten oder bei Ausschöpfung aller Ermittlungsmöglichkeiten feststellbaren missbräuchlichen Preistüberhöhungen wenigstens annäherungsweise kompensieren, kann ich mangels Kenntnis des Akteninhalts nicht beurteilen. Dies gilt insbesondere auch für die pauschale Aussage in der Presseerklärung des BKartA vom 1.12.2008, dass die Rentabilität der betroffenen Unternehmen keine weiteren Zugeständnisse zulasse. Auch die weitere Aussage, die von den Versorgern zugesagten Zugeständnisse kämen den Verbrauchern unmittelbar zugute, überzeugt nicht. Denn das BKartA übersieht dabei, dass Abstellungsverfügungen i. S. von § 32 nach § 64 Abs. 1 sofort vollziehbar sind. Zwar kann in diesen Fällen auf Antrag der Verfügungsadressaten die aufschiebende Wirkung von Beschwerden gerichtlich angeordnet werden. Im Falle eines solchen Antrages kann aber schon in kurzer Zeit eine erste gerichtliche Klärung zur Tragweite des § 29 auch für künftige Fälle erreicht werden. Daran fehlt es durch die Vorgehensweise des BKartA auch weiterhin.

III. Erheblichkeitszuschlag

Zu kritisieren ist bereits, dass das BKartA bei der Anwendung des § 29 überhaupt einen Erheblichkeitszuschlag zugunsten betroffener Versorger in Anrechnung bringt. Eindeutig rechtsfehlerhaft ist jedoch, dass das BKartA die Höhe dieses Zuschlags nach der Wechselquote beim verfahrensbetroffenen Unternehmen bemisst.

1. Daraus, dass der Gesetzeswortlaut des § 29 – anders als der Vorschlag des Referentenentwurfs – nicht ausdrücklich vorsieht, dass für einen Erheblichkeitszuschlag kein Raum ist, lässt sich nicht im Rückschluss folgern, dass auch bei der Anwendung dieser Vorschrift ein Erheblichkeitszuschlag entsprechend den vom BGH zur Preishöhenkontrolle nach § 19 entwickelten Grundsätzen erforderlich ist. Ein solcher Rückschluss würde dem Zweck des § 29, die Preishöhenkontrolle für Strom und Gas im Vergleich zu § 19 zu verschärfen, klar widersprechen. Dies habe ich in meiner Kommentierung des § 29 im Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), GWB, § 29 Rdnr. 39, näher ausgeführt. Es ist bedauerlich, dass das BKartA in Verkennung seiner Aufgabe, die ihm zur Verfügung stehenden gesetzlichen Möglichkeiten im Interesse schutzbedürftiger Verbraucher voll auszuloten, die im Schrifttum von mit der Energiewirtschaft interessenmäßig

verbundenen Autoren vertretene engere Auslegung (z. B. *Kahlenberg/Haellwich* BB 2008, 174, 178) übernommen hat, statt die Entscheidung den zuständigen Gerichten zu überlassen. Das BKartA wird damit seiner ihm durch § 29 vom Gesetzgeber gestellten Aufgabe, die Energieverbraucher vor missbräuchlich überhöhten Energiepreisen besser als nach § 19 zu schützen, nicht gerecht.

2. Selbst wenn jedoch davon auszugehen wäre, dass jedenfalls im Ansatz auch bei der Anwendung des § 29 ein Erheblichkeitszuschlag aus Rechtsgründen zwingend erforderlich ist, wäre dessen Berechnung nach der von der Bundesnetzagentur definierten Wechselquote, d. h. nach dem prozentualen Anteil der vom verfahrensbetroffenen Versorger zu einem anderen Versorger überwechselnden Kunden, rechtlich nicht haltbar. Auch wenn dabei Rückwechslungen von Kunden zum verfahrensbetroffenen Versorger abgezogen würden und eine Mengengewichtung vorgenommen würde, was dem tatsächlichen Marktanteilsverlust entsprechen würde, ändert sich an diesem grundsätzlichen Einwand nichts, weil auch dann noch der nach der BGH-Rechtsprechung zu § 19 mit dem Erheblichkeitszuschlag verfolgte Zweck verfehlt würde. Dieser wird vom BGH (z. B. Entscheidung vom 28.6.2005, WuW/E DE-R 1513, B. II. 4.) damit begründet, dass der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ein Unwerturteil enthalte und es deshalb eines erheblichen Abstandes zu den zweifelsfrei ermittelten Preisen/Erlösen des Vergleichsunternehmens bedürfe. Dass aber dieses Unwerturteil nicht von der Höhe des Marktanteils des jeweils verfahrensbetroffenen Normadressaten abhängen kann, zeigt schon die einfache Überlegung, dass bei einem Marktanteil von 75 % bereits ein Erheblichkeitszuschlag von 25 % und bei einem Marktanteil von 50 % sogar ein Zuschlag in dieser Höhe zum Ansatz kommen müsste, obwohl auch im zweiten Fall bei zersplittertem Restangebot auf dem relevanten Markt immer noch eine stark ausgeprägte und stabile marktbeherrschende Stellung des Marktführers vorliegen kann. Allein schon diese Überlegung führt die Vorgehensweise des BKartA ad absurdum und lässt an deren Seriosität zweifeln.

Das BKartA stützt sich offenbar für seine Rechtsauffassung auf die Aussage des BGH im Fall „Stadtwerke Mainz“, dass für die Bemessung des Erheblichkeitszuschlags im Einzelfall der Umstand, dass der sachliche Markt von einer natürlichen Monopolsituation geprägt ist, in der Weise berücksichtigt werden könne, „dass ein

Missbrauch bereits bei einem geringeren Zuschlag bejaht werden kann, als er unter normalen Marktgegebenheiten erforderlich ist.“ Auch daraus lässt sich jedoch eine Wechselquotenabhängigkeit des nach § 19 erforderlichen Erheblichkeitszuschlages, die dann für alle marktbeherrschenden Lieferanten (nicht nur in der Strom- und Gasversorgung) gelten müsste, nicht herleiten. Die vom BKartA hier vertretene Rechtsansicht ist auch bisher, soweit ersichtlich, von niemandem im Fachschrifttum vertreten worden. Auch in diesem Punkt wird daher das BKartA mit einer in diesem Fall besonders verfehlten Rechtsauslegung seiner aus § 29 folgenden gesetzlichen Aufgabe, den Verbraucher vor missbräuchlich überhöhten Energiepreisen besser als bisher zu schützen, nicht gerecht.

IV. Zum Verfahren GASAG

1. Gegen das vom BKartA in der Unterlage „Ergebnis Beratung Gaspreisverfahren“ zugrunde gelegte generelle Beurteilungskonzept bestehen aus meiner Sicht mit Ausnahme des in Anrechnung gebrachten Erheblichkeitszuschlages (dazu bereits unter III.) keine grundsätzlichen Einwendungen. Dies gilt auch für die Aufteilung in einen Erlösvergleich als mengengewichtete Zeiträumbetrachtung für das abgeschlossene Jahr 2007 und einen auf mehrere repräsentative Abnahmefälle gestützten Tarifvergleich für das Jahr 2008.

In der Unterlage „Diskussionsgrundlage...“ halte ich aber einzelne Punkte nicht für voll überzeugend. Ob die dort angeführten Daten über Unterschiede in der Kundenstruktur im Vergleich zu EWE zutreffend sind, kann ich von hier aus nicht nachprüfen. Es ist für mich auch nicht klar, ob sich unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Netzkosten aus der Betrachtung von vornherein ausgeklammert wurden, tatsächlich nur eine Erlösdifferenz von ca. ■ % ergibt. Zweifelhaft ist aus meiner Kenntnis der Berliner Situation auch, ob es tatsächlich einen „erheblichen Wettbewerbsdruck“ auf Gas durch die Fernwärme gibt. Aber dies sowie auch die Substitutionsmöglichkeit durch strombetriebene Durchlauferhitzer wären ohnehin nach dem Beurteilungskonzept des BKartA nur für den Erheblichkeitszuschlag relevant. Für das Jahr 2007 halte ich die hierfür in Ansatz gebrachte Größe von ca. ■ % aber im Hinblick darauf, dass das BKartA nach § 19 die volle Beweislast für das Vorliegen der

Missbrauchsvoraussetzungen trifft, im Rahmen des behördlichen Eingreifferrmessens noch für hinnehmbar.

2. Zum Ergebnis des vom BKartA für das Jahr 2008 durchgeführten Tarifvergleichs geht aus dem Amtsschreiben an den BdE vom 3.12.2008 hervor, dass dieser Vergleich nach Abzug eines Erheblichkeitszuschlages von ■ % eine Differenz von ca. ■ % ergeben habe. Dass es für diesen Zuschlag jedenfalls in dieser Höhe keine Rechtsgrundlage gibt, habe ich bereits unter III. ausgeführt. Die Differenz wäre deshalb in jedem Falle deutlich höher. Wie genau, kann ich aber nach den mir zur Verfügung stehenden Unterlagen nicht beurteilen, da sich daraus weder die maßgeblichen Tarife der EWE noch der GASAG ergeben. Für die Frage der Sicherheitszuschläge auf die EWE-Tarife gilt das bereits unter 1. Ausgeführte auch hier.

3. Die von der GASAG zugesagten Zugeständnisse ergeben sich aus dem Schreiben der Rechtsanwälte Oppenländer vom 1.12.2008. Das Volumen der danach vorgezogenen Preissenkungen wird darin auf 3 Mio € beziffert. Ob dies aber das sich bei richtiger Handhabung der Frage der Sicherheits- und Erheblichkeitszuschläge tatsächlich ergebende Ausmaß einer missbräuchlichen Überhöhung der GASAG-Tarife wenigstens annähernd kompensiert, kann ich wegen fehlender Datengrundlage nicht beurteilen. Zu berücksichtigen bei der Bewertung der zugesagten Zugeständnisse ist auch, dass offenbar zahlreiche andere Gasversorger in jüngster Zeit auch ohne den Druck eines Verfahrens nach § 29 Gaspreissenkungen vorgezogen haben. Dies muss tendenziell den Wert dieser Zugeständnisse für die Verbraucher verringern, ganz abgesehen davon, dass die GASAG-Zusagen vom BKartA im rechtlich Unverbindlichen belassen werden sollen.

4. [REDACTED]

[REDACTED], soll hier im Gegensatz zum Fall BHAG und möglicherweise auch noch zu anderen, mir nicht bekannten Fällen von einer Verfügung nach § 32b abgesehen werden. Gründe für diese Bevorzugung der GASAG werden vom BKartA weder genannt, noch sind solche ersichtlich. Auf meine grundsätzlichen Bedenken, die Verfahren nicht mit Verfügungen nach § 32 abzuschließen, habe ich bereits unter II. hingewiesen.

V. Zum Verfahren BHAG

1. Aus der Unterlage „Erlösvergleich 2007“ ergibt sich gegenüber dem Vergleichsunternehmen SW Jena-Pöbneck eine Abweichung nach oben [REDACTED]. Da hierbei bereits ein Sicherheitszuschlag von 3 % und ein Erheblichkeitszuschlag von ca. [REDACTED] % berücksichtigt sind, liegt damit eine [REDACTED] missbräuchliche Preisüberhöhung vor. Weshalb das BKartA nicht wenigstens in diesem Fall eine Verfügung nach § 32 mit der Rechtswirkung des § 33 Abs. 4 erlässt, ist für mich unverständlich. Ob die von BHAG angebotenen Verpflichtungszusagen diesen Missbrauch annähernd kompensieren würden, kann ich nicht beurteilen, weil die in Ziff. 1 des Beschlussentwurfs vom 27.11.2008 genannte Anlage fehlt. In Rz. 32 dieses Entwurfs wird nur ausgeführt, die Zusagen stünden „in angemessener Relation zum Gegenstand des Verfahrens.“ Dies ist nach den mir zur Verfügung stehenden Unterlagen nicht beurteilungsfähig.

2. Zum Ergebnis des Tarifvergleichs für das Jahr 2008 enthalten diese Unterlagen keinerlei konkrete Zahlenangaben, aus denen sich die Größe der Abweichung vom Vergleichsunternehmen ersehen ließe. Sollte sich diese ebenfalls in der Größenordnung des Erlösvergleichs für 2007 bewegen, bestünde umso mehr Anlass für eine Verfügung nach § 32. Zur etwaigen Kompensation durch die angebotenen Verpflichtungszusagen gilt das bereits zu 1. Ausgeführte.

VI. Fazit

Das Ergebnis der im März 2008 gestarteten Aktion des BKartA gegen eine größere Zahl von Gasendversorgern wegen des Verdachts des verbotenen Preishöhenmissbrauchs ist aus meiner Sicht auch im Hinblick auf die lange Verfahrensdauer insgesamt sehr enttäuschend. Ob die in der Presseinformation des BKartA vom 1.12.2008 als Ergebnis dieser Aktion genannten monetären Vorteile von insgesamt € 127 Mio, für die Verbraucher tatsächlich eintreten oder jedenfalls teilweise durch die aktuelle Marktentwicklung nicht ohnehin auch ohne den Einfluss dieser Aktion entstehen würden, ist nicht sicher. Das in jedem Falle aber nur magere Ergebnis der Aktion kann die hohen Erwartungen des Gesetzgebers, die mit der Einführung des § 29 GWB

verbunden waren, auch nicht annähernd erfüllen. Dass sich das BKartA hier auf eine ordnungs- und verbraucherpolitisch fragwürdige „Dealerei“ mit den betroffenen Unternehmen eingelassen hat, hat nicht nur notwendige rasche gerichtliche Klärungen zu dieser Vorschrift verhindert oder verzögert, sondern ist auch ein negatives, der Führungsrolle des BKartA widersprechendes Signal für die Landeskartellbehörden. Es bleibt zu hoffen, dass wenigstens einige von ihnen dem Beispiel des BKartA nicht folgen und Verfügungen nach § 32 erlassen, so dass es jedenfalls auf diesem Wege zu baldigen Gerichtsentscheidungen kommen kann. Was die beiden Verfahren GASAG und BHAG betrifft, kann der vom BKartA beabsichtigten Art des Abschlusses dieser Verfahren aus den oben genannten Gründen aus meiner Sicht nicht zugestimmt werden.

Prof. Dr. Markert