

## 3. Kapitel      Kernschnittstellen zum Energierecht

### III. Kartellrecht

#### 3. Preiskontrolle. (...)

a) § 29 GWB. An § 29 GWB scheiden sich die Geister. Die Einführung der sektorspezifischen Preismissbrauchskontrolle Ende 2007 war genauso umstritten wie ihre als sicher geltende Verlängerung Ende 2012.

Ursprüngliches Ziel des § 29 GWB war die **Schärfung des kartellrechtlichen Instrumentariums** zur Bekämpfung missbräuchlich überhöhter Energiepreise mittels einer auf den Energiesektor zugeschnittenen Ausprägung der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB (so die damalige knappe Begründung des Gesetzgebers in: BT-Drucksache 16/5847, Seite 9). Man wollte darüber hinaus Auseinandersetzungen vor den Zivilgerichten keine Grundlage mehr bieten (dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie in: BT-Drucksache 16/7156, Seite 10), Preismissbrauchskontrolle also vor die Kartellbehörden ziehen. Nur die Kartellbehörden sollten ein „scharfes Schwert“ (dazu Plenarprotokoll 16/126, Seiten 13169 und 13170) bekommen. Zur Einführung des § 29 GWB habe es damals auch keine Alternative gegeben (so Homann, ZRP 2008, 31), weil anders als bei Netzmonopolen die Preise im Bereich der Erzeugung, Großhandel und Vertrieb keiner flächendeckenden staatlichen ex-ante-Preisregulierung unterworfen werden sollten. Soweit die Begründungen der Befürworter zur Einführung des § 29 GWB. Nun zur Verlängerung.

Die Verlängerung der verschärften Missbrauchsaufsicht über 2012 hinaus um weitere fünf Jahre sei zu begrüßen (so das BKartA in: BKartA-Stellungnahme 8. GWB-Novelle, Seite 20), weil die ehemaligen und teils weiterhin bestehenden leitungsgebundenen Monopole der Daseinsvorsorge auch künftig eines besonderen **kartellrechtlichen Aufsichtsregimes** bedürfen. Vor allem die erleichterte Auswahl von Vergleichsunternehmen, die Beweislastumkehr sowie die Möglichkeit zum Sofortvollzug

kartellbehördlicher Verfügungen ermögliche bereits bei den abgeschlossenen Preismissbrauchsverfahren auf den Endkundenmärkten einen schnellen Abschluss der Verfahren (so das BKartA weiter).

Die Monopolkommission war von Anfang an gegen § 29 GWB. § 29 GWB berge **erhebliche ökonomische Risiken** und biete nur geringe Chancen für ein zielgerichtetes Verfahren (so die Monopolkommission in: Monopolkommission: Sondergutachten Preiskontrolle, Seite 4). Da die etablierten Anbieter bei Preissenkungen eines Konkurrenten sofort nachziehen müssen, setze § 29 GWB Anreize zur wechselseitigen Erpressung der Versorgungsunternehmen und berge dadurch die **Gefahr der Wettbewerbsbeschränkung**. Bei einem homogenen Gut wie Strom werden die Kunden 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 werde (so die Monopolkommission weiter a.a.O.). § 29 setze ökonomische Fehlanreize, weil er - entgegen der Intention des Wirtschaftsministeriums - ein Parallelverhalten der Versorgungsunternehmen hervorrufen könne, was sogar einheitliche, überhöhte Preise zur Folge haben könnte (so die Monopolkommission weiter a.a.O., Seite 19). Sogar der Bund Neuer Energieanbieter war gegen die Einführung von § 29 GWB (so: Balzer/Pohlmann in: ZRP 2008, 31).

Am 6.7.2012 übergab die Monopolkommission Wirtschaftsminister Rösler ihr 19. Hauptgutachten zur Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen und sprach sich darin nochmals gegen eine Verlängerung des § 29 GWB aus, weil er die Entwicklung echten und wirksamen Wettbewerbs behindere (so die Monopolkommission: 19. Hauptgutachten, Seite 65). Insbesondere auf der letzten Stufe der Lieferkette im Strom- bzw. Gassektor handele es sich um die Märkte des Energiesektors, auf denen sich der Wettbewerb am besten entwickelt habe. Durch § 29 GWB werde auf diesen Märkten die Chance auf Markteintritte reduziert und das Wechselverhalten der Kunden von etablierten Versorgern zu neuen Anbietern gebremst (so die Monopolkommission weiter, a.a.O.).

Hinzu kommen rechtliche Bedenken aus europäischer Sicht. Wenn man § 29 GWB als preisregulierende gesetzgeberische Maßnahme begreift, dann wäre diese sektorspezifische Regelung nicht mehr durch Art. 3 Abs. 2 VO 1/1003 der Durchführungsverordnung vom 16.12.2002 gedeckt, sie wäre auch keine zur Art. 34 AEUV spezielle Vorschrift und verstieße auch gegen Art. 120 AEUV, wenn man sie als staatlich festgesetzte

**Höchstpreisregelung** für alle Versorger in Deutschland liest (so: Klaue/Schwintowski in: EWRK 2012 Seite 66). Möglicherweise sind diese rechtlichen Unsicherheiten der Grund dafür, dass § 29 GWB derzeit praktisch keine Rolle spielt (dazu Becker in: Becker: Aufstieg/Krise-Stromkonzerne, Seite 197 m.w.N.). Dann könnte man ihn aber auch abschaffen, müsste dann allerdings an anderer Stelle des GWB oder EnWG markieren, dass die Preismissbrauchskontrolle grundsätzlich nicht vor die Zivilgerichte gehört.