

Franz Theilig: Preisregulierung im Gewand des Kartellrechts?

Eine Analyse der Missbrauchskontrolle im Energiesektor nach § 29 GWB

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 10. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars zum Deutschen und Europäischen Kartellrecht bei Prof. Dr. Knut W. Lange (Lehrstuhl Zivilrecht V – Bürgerliches Recht, dt. und europ. Handels- und Wirtschaftsrecht) entstanden.

A. Einführung

Um den Wettbewerb und die Investitionsdynamik zu stärken, setzte sich die Bundesregierung im Jahr 2006 das Ziel, die Funktionsfähigkeit der Energiemärkte zu verbessern. Hintergrund waren vergleichsweise düstere Aussichten. Der erste Aufschwung im Zuge der Marktliberalisierung war wieder abgeflacht. Aufgrund der stetig steigenden Preise für Gas und Strom nahm man eine Gefährdung der Wettbewerbsfähigkeit industrieller Abnehmer und eine erhebliche Belastung der Endverbraucher an. Als Grund hierfür wurden die in diesem Wirtschaftsbereich vorherrschenden Marktstrukturen ausgemacht. Deswegen sah man sich seitens der Bundesregierung gezwungen zu handeln. Einen Funken Hoffnung auf einen funktionierenden Wettbewerb am Markt sollte § 29 GWB bringen. Dieser wurde mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18.12.2007 in das GWB eingefügt. Die Entstehungsgeschichte des § 29 GWB war dabei geprägt von heftigen Auseinandersetzungen und einer bis ins Grundsätzliche gehenden Debatte über die ökonomische Sinnhaftigkeit einer kartellbehördlichen

Preissmissbrauchsaufsicht.¹ Dass die Verschärfung der Missbrauchsaufsicht für den Energiesektor auf Widerstand der großen etablierten Versorgungsunternehmen² stieß, verwundert kaum. Schließlich war die geplante Regelung juristisch genau auf sie zugeschnitten. Jedoch ging man allgemein davon aus, dass sich die Norm zumindest indirekt auf alle Marktteilnehmer auswirken werde. Deswegen äußerten auch Vertreter der Konkurrenten³, die sich weit außerhalb des Anwendungsbereichs des § 29 GWB befanden und hiervon eigentlich hätten profitieren sollen, ihren Unmut. Kritik kam aber bei weitem nicht nur von Seiten der Wirtschaft. Deutlicher Widerspruch gegen das Gesetzesvorhaben regte sich auch in Teilen der Rechtsliteratur⁴, bei der Monopolkommission⁵ und beim Wissenschaftlichen Beirat des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie⁶.

Ziel dieser Arbeit ist es, herauszufinden, ob sich der § 29 GWB unter rechts-, wirtschafts- und ordnungspolitischen Gesichtspunkten im Laufe der Zeit bewährt hat. Dazu wird am Anfang ein genauer Blick auf die einzelnen Argumente der Kritiker geworfen, um aufzuzeigen, warum die Einführung auf solch erbitterten Widerstand traf.

¹ Schwensfeier, Roland, in: LMRKM, 4. Aufl. 2020, § 29 GWB Rn. 11.

² E.ON, Stellungnahme, 30.10.2007, http://webarchiv.bundestag.de/archive/2007/1105/ausschuesse/a09/anhoerungen/11_Anhoerung/Stellungnahmen/16_9_841_Stellungn_EON.pdf [11.12.2020].

³ BNE, Stellungnahme, 30.10.2007, http://webarchiv.bundestag.de/archive/2007/1105/ausschuesse/a09/anhoerungen/11_Anhoerung/Stellungnahmen/16_9_842_Stellungn_BNE_GWB.pdf [11.12.2020].

⁴ Säcker, Franz Jürgen, Zur erneuten Novellierung des GWB, WuW 2007, S. 1195; Stadler, Christoph, Der Gesetzentwurf zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung, BB 2007, S. 60.

⁵ Monopolkommission, Sondergutachten 47, BR-Drs. 203/07.

⁶ Wiss. Beirat BMWi, Brief an Bundeswirtschaftsminister Glos, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Wissenschaftlicher-Beirat/brief-wettbewerb-energiewirtschaft.pdf?__blob=publication-File&v=5 [11.12.2020].

Im Kern der Betrachtung erfolgt dann eine Auseinandersetzung mit der Frage, unter welchen Umständen es gerechtfertigt sein kann, dass der Staat mit einem Gesetz so massiv in die Preissetzungsfreiheit der Unternehmen eingreift. Denn welchen Preis ein Unternehmen für sein Produkt fordern kann, sollte sich nach klassischem Verständnis in der Ökonomie nur aus einem Gesetz ergeben, dem von Angebot und Nachfrage.

B. Kurzvorstellung des § 29 GWB

Mit der Einführung des § 29 GWB verfolgte der damalige Gesetzgeber das Ziel der „Schärfung des kartellrechtlichen Instrumentariums zur Bekämpfung missbräuchlich überhöhter Energiepreise“⁷. Die neue Regelung sah ursprünglich eine zeitliche Befristung bis zum 31.12.2012 vor. Diese wurde danach mehrfach verlängert, zunächst bis zum 31.12.2017, nun bis zum 31.12.2022 (§ 186 I GWB). Denn nach Auffassung der Bundesregierung sei nur in einer Übergangszeit der dem Gesetz zugrunde liegende Generalverdacht missbräuchlicher Strom- und Gaspreise gerechtfertigt und dieser auch nur so lange, bis die früheren Versorgungsmonopole in effektive Wettbewerbsmärkte überführt seien.⁸ Inhaltlich soll § 29 GWB nur für Versorgungsunternehmen des Energiesektors gelten, die allein oder zusammen mit anderen Versorgungsunternehmen marktbeherrschend i.S.d. § 18 I oder V GWB sind, sodass sowohl Fälle der Einzelmarktbeherrschung als auch solche der gemeinsamen Beherrschung umfasst sind.⁹ Normiert werden zwei besondere Missbrauchstatbestände für den Energiebereich, das Vergleichsmarktkonzept (§ 29 S. 1 Nr. 1 GWB) und das Gewinnbegrenzungskonzept (§ 29 S. 1 Nr. 2 GWB). Das Vergleichsmarktkonzept erlaubt eine Überprüfung von Entgelten

des marktbeherrschenden Versorgungsunternehmens mit anderen Unternehmen des Energiesektors oder vergleichbarer Märkte. Der Missbrauch beruht dabei auf einem Missverhältnis zu den Preisen anderer Unternehmen in vergleichbarer Situation.¹⁰ Die durchgeführte Betrachtung ist also relativ. Mit dem Gewinnbegrenzungskonzept wird dagegen eine absolute Betrachtung durchgeführt. Danach können die vom Versorgungsunternehmen geforderten Entgelte anhand der Kosten und Erlöse des Unternehmens selbst untersucht werden. Die beiden Missbrauchstatbestände sind unabhängig voneinander und können demnach auch nebeneinander angewandt werden.¹¹ Systematisch ergänzt § 29 GWB die allgemeinen Missbrauchsregelungen und ist als eine auf den Energiesektor zugeschnittene Ausprägung der Generalklausel des § 19 I GWB anzusehen.¹²

C. Hauptkritikpunkte

I. Inhaltliche Unstimmigkeiten

Der erste Kritikpunkt richtet sich gegen die Begriffungenauigkeiten in § 29 S. 1 Nr. 2 GWB. So führe der offen gehaltene Kostenbegriff bzw. die Frage, wann eine Kostenüberschreitung „in unangemessener Weise“ stattfindet, zu einer unnötigen Rechtsunsicherheit bei allen Beteiligten und die Klärung der Frage werde letztlich nur an die Gerichte weitergeleitet.¹³ Denkbare „Kosten“ wären neben Grenz- oder Stückkosten auch solche kurz- oder langfristiger Art.¹⁴ Der Gesetzesbegründung lässt sich lediglich entnehmen, dass die Kartellbehörden bei der Anwendung des § 29 GWB anerkannte ökonomische Theorien zu beachten haben.¹⁵ § 29 S. 2 GWB konkretisiert die maßgeblichen Kosten nur insofern, dass wettbewerbsfremde Kosten keine Berücksichtigung finden sollen. Für die Kartellbehörden

⁷ BT-Drs. 16/5847, S. 9.

⁸ Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang, in: Kommentar zum GWB, 8. Aufl. 2015, § 29 Rn. 4.

⁹ Emmerich, Volker/Lange, Knut Werner, Kartellrecht, 14. Aufl. 2018, S. 214, § 25 Rn. 41.

¹⁰ Baron, Michael, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. V, Losebl. (Stand: Mai 2011), § 29 Rn. 74.

¹¹ Baron, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 10), § 29 Rn. 74.

¹² BT-Drs. 16/5847, S. 9.

¹³ Wiss. Beirat BMWi, (o. Fn. 6), S. 2.

¹⁴ Wiss. Beirat BMWi, (o. Fn. 6), S. 1 f.

¹⁵ BT-Drs. 16/5847, S. 11.

stelle die vage Formulierung also nicht wirklich eine Erleichterung dar, weil sie auch nicht wisse, welche Kosten sie zu prüfen habe und im Endeffekt bei der Interpretation gänzlich auf sich allein gestellt sei.¹⁶ Diese erheblichen Beurteilungsspielräume seien als bedenklich einzustufen.¹⁷ Denn sie würden zu Unsicherheiten bei den Unternehmen führen, da diese nicht auf die konsequente Anwendung eines Kostenbegriffs vertrauen könnten, sondern immer damit rechnen müssten, dass die Kartellbehörde einen anderen Kostenbegriff als Grundlage zur Prüfung heranzieht.¹⁸

II. Probleme in der Anwendungspraxis

Daran anknüpfend rechnete man – entgegen der Intention des Gesetzgebers, der die wettbewerbspolitischen Probleme der Missbrauchsaufsicht verringern wollte – mit einem deutlichen Anstieg von Problemen in der Anwendungspraxis.¹⁹ Eine Schwierigkeit könnte sich aus dem Umgang mit der Regelung des § 29 S. 2 GWB ergeben, wonach wettbewerbsfremde Kosten bei der Feststellung eines Missbrauchs nicht berücksichtigt werden dürfen. Grundsätzlich seien die Kosten bei marktbeherrschenden Unternehmen aufgrund betrieblicher Ineffizienzen höher.²⁰ Fraglich sei nun, wie die Kartellbehörde die ineffektive Betriebsführung, die sich gerade aus dem Umstand ergibt, dass das Unternehmen keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, tatsächlich aufdecken will.²¹ Die bisherige Praxiserfahrung würde in die Richtung gehen, dass dies überaus unwahrscheinlich sei.²² Zudem wurde befürchtet, dass Unternehmen aufgrund

des Fehlens objektiver Leitlinien zur Kosten- und Gewinnermittlung die konzerninternen Verrechnungspreise quasi willkürlich festlegen könnten, da sich diese nur schwer überprüfen ließen.²³ Zu denken sei dabei an die Verursachung von Scheinkosten, mit dem Ziel verkappte Gewinne zu erwirtschaften.²⁴ Andererseits bestehe die Gefahr, dass die Stromerzeuger dies zum Anlass nehmen, um überschüssige Kapazitäten aufzubauen.²⁵ Insofern sei es verfehlt, bei der Beurteilung von Preisen im Rahmen einer Missbrauchskontrolle allein die Relation zu den Kosten zu betrachten.²⁶ Insgesamt stelle die detaillierte Kostenprüfung einen zu hohen Aufwand für die Behörde dar.²⁷ Deswegen erwartete man, dass der § 29 GWB entweder nur eine untergeordnete Rolle spielen oder bei doch effektiver Durchsetzung zu überaus hohen Bürokratiekosten führen würde.²⁸

III. Ökonomische Gefahren durch falsche Anreizsetzung

Des Weiteren setze die neue Regelung in vielerlei Hinsicht fehlerhafte Anreize, wodurch ökonomische Gefahren und Risiken entstünden.

1. Parallelverhalten

Zunächst müsse man bedenken, dass die etablierten Anbieter mit Einführung der Norm gezwungen werden würden, bei einer Preissenkung eines Konkurrenten ebenfalls ihre Preise zu senken, da sie sonst ungünstigere Entgelte i.S.d. § 29 S. 1 Nr. 1 GWB fordern würden und sich so der Gefahr eines Missbrauchsvorwurfs ausgesetzt sähen.²⁹ Weil alle Akteure auf dem Markt dies im Hinterkopf haben würden, ginge damit

¹⁶ *Monopolkommission*, Sondergutachten 47, BR-Drs. 203/07, Rn. 20.

¹⁷ *Immenga, Ulrich*, Missbrauch eines Grundgesetzes, in Standpunkte. FAZ v. 18.01.2007, S. 10.

¹⁸ *Monopolkommission*, Sondergutachten 47, BR-Drs. 203/07, Rn. 20.

¹⁹ *Monopolkommission*, Sondergutachten 47, BR-Drs. 203/07, Rn. 22.

²⁰ *Monopolkommission*, Sondergutachten 47, BR-Drs. 203/07, Rn. 21.

²¹ *Monopolkommission*, Sondergutachten 47, BR-Drs. 203/07, Rn. 21.

²² *Monopolkommission*, Sondergutachten 47, BR-Drs. 203/07, Rn. 21.

²³ *Monopolkommission*, Sondergutachten 47, BR-Drs. 203/07, Rn. 22, 25.

²⁴ *Wiss. Beirat BMWi*, (o. Fn. 6), S. 3.

²⁵ *Wiss. Beirat BMWi*, (o. Fn. 6), S. 2 f.

²⁶ *Wiss. Beirat BMWi*, (o. Fn. 6), S. 2.

²⁷ *Monopolkommission*, Sondergutachten 47, BR-Drs. 203/07, Rn. 25.

²⁸ *Monopolkommission*, Sondergutachten 47, BR-Drs. 203/07, Rn. 25.

²⁹ *Monopolkommission*, Sondergutachten 47, BR-Drs. 203/07, Rn. 16.

die Gefahr der Wettbewerbsbeschränkung durch paralleles Verhalten einher.³⁰ Denn würde ein Unternehmen seine Preise senken, etwa um neue Kunden zu akquirieren, müssten im Anschluss daran die anderen Wettbewerber per Gesetz auch nachziehen.³¹ Da sich dann alle auf dem gleichen, niedrigeren Niveau wiederfänden, würde die Preissenkung des ersten Unternehmens im Endeffekt keinen Sinn ergeben. Dementsprechend würden alle Akteure ohne individuellen Kontakt das Verhalten der anderen nachahmen und es käme durch das künftige Unterlassen von Preissenkungen zu einheitlichen Preisen.³² Die gewünschten niedrigeren Preise würden folglich nicht nur ausbleiben, vielmehr sei durch die Festigung des kollusiven Verhaltens damit zu rechnen, dass sich die Preise sogar auf einem noch höheren Niveau einpendeln werden.³³

2. Erschwerter Markteintritt für neue Anbieter

Es würden jedoch nicht nur fehlerhafte Anreize für bestehende Akteure gesetzt, sondern auch für solche, die neu auf den Markt hinzutreten wollen.³⁴ Als sog. Newcomer hat man allgemein nicht viele andere Möglichkeiten sich auf einem Markt zu etablieren als die anderen preislich zu unterbieten, insbesondere bei Produkten mit einer so hohen Homogenität wie Strom und Gas.³⁵ Denn mit Produktqualität oder -innovationen lassen sich auf dem Energiemarkt zumindest bislang keine neuen Nachfrager gewinnen.³⁶ Doch auch die Newcomer hätten in ihre Kalkulation einzubeziehen, dass bei einer Unterbietungsstrategie die etablierten Versorgungsunternehmen ihre Preise aufgrund der verlangten

Gesetzestreue anpassen müssten und ihr Vorteil damit wieder verschwinden würde.³⁷ Wenn die Preise der anderen Wettbewerber aber tatsächlich ohne sachliche Rechtfertigung überhöht wären, könnten sich Neueinsteiger viel eher am Markt durch ihre günstigeren Angebote behaupten. Diese Chance würde ihnen mit einer gesetzlich vorgeschriebenen Preisanpassung genommen werden. Der Anreiz für potenzielle Konkurrenten, in den Markt einzutreten, sinke daher deutlich.³⁸

3. Gewöhnung der Verbraucher

Schließlich würden sich auch die Verbraucher auf diese Systematik einstellen und nicht mehr aktiv auf Preisunterschiede reagieren, da sie wüssten, dass entweder die anderen Anbieter von selbst nachziehen oder eben das BKartA einschreiten würde und es so zu einer Preisanpassung nach unten käme.³⁹ Ein Wechsel vom altbewährten Anbieter zu einem neuen Unbekannten würde für sie daher tatsächlich wenig Sinn ergeben. Dadurch bestünde aber die Gefahr, dass dies auf lange Sicht zu einer „Unmündigkeit der Verbraucher“⁴⁰ führt. Denn eine Gewöhnung der Endkunden an eine staatliche Preisaufsicht würde das Gegenteil zur Entwicklung eines Wechselverhaltens darstellen, welche wettbewerblich wünschenswert wäre.

IV. Störung des Preismechanismus

Der wohl wichtigste Kritikpunkt war jedoch die ordnungspolitische Problematik, die der § 29 GWB mit sich bringen würde. Der Anreiz, mit hohen Preisen hohe Gewinne erzielen zu können, sei entscheidend mitverantwortlich für

³⁰ *Monopolkommission*, Sondergutachten 47, BR-Drs. 203/07, Rn. 33, 41.

³¹ *Monopolkommission*, Sondergutachten 47, BR-Drs. 203/07, Rn. 33.

³² *Monopolkommission*, Sondergutachten 47, BR-Drs. 203/07, Rn. 33.

³³ *Monopolkommission*, Sondergutachten 47, BR-Drs. 203/07, Rn. 33, 36.

³⁴ *Monopolkommission*, Sondergutachten 47, BR-Drs. 203/07, Rn. 35, 41.

³⁵ *Monopolkommission*, Sondergutachten 47, BR-Drs. 203/07, Rn. 33.

³⁶ *Becker, Carsten/Blau, Carolin*, Die Preismisbrauchskontrolle in der Praxis, 2010, S. 11 f.

³⁷ *Monopolkommission*, Sondergutachten 47, BR-Drs. 203/07, Rn. 41.

³⁸ *Monopolkommission*, Sondergutachten 47, BR-Drs. 203/07, Rn. 35.

³⁹ *Monopolkommission*, Sondergutachten 47, BR-Drs. 203/07, Rn. 38.

⁴⁰ *Pohlmann, Mario/Vasbender, Iris*, Preismisbrauchsverfahren des Bundeskartellamts nach § 29 GWB, KSzW 2013, S. 268 (276).

die Leistungsfähigkeit der Marktwirtschaft.⁴¹ Deswegen wäre es verfehlt, erhöhte Gewinne per se als missbräuchlich anzusehen und ein Eingreifen des Staates zu fordern.⁴² Vielmehr seien die genauen Ursachen dafür zu erforschen, denn erhebliche Überschüsse könnten sich schließlich auch ohne Marktmacht ergeben, beispielsweise durch eine besonders effiziente Produktionstechnik.⁴³ Die Lenkungsfunction des Preises gäbe dann das Signal in diese Produktionstechnik zu investieren, was ein gesellschaftlich effizienteres Resultat zur Folge hätte, da insgesamt weniger Ressourcen verwendet werden würden.⁴⁴ Die Gesetzesänderung, der zur Last gelegt werden könne, eine Beschränkung der Unternehmensgewinne im Sinn zu haben, könnte diesen Mechanismus nachhaltig stören, da sie ein Hindernis für solche Investitionen darstelle.⁴⁵

V. Zusammenfassung

Die einzelnen Kritikpunkte richteten sich zwar auch gegen die konkrete Umsetzung des § 29 GWB, aber vor allem gegen die Preismissbrauchskontrolle im Allgemeinen. Befürchtet wurden nicht nur eine eintretende Rechtsunsicherheit und Schwierigkeiten in der Anwendungspraxis. Aus der negativen Anreizsetzung folgte man auch, dass es zu keinem strukturell abgesicherten Wettbewerb kommen würde, sich bestehende Strukturen verfestigen und kollusives Verhalten stabilisiert werde. Im schlimmsten Fall käme es sogar zu einer nachhaltigen Störung des Preismechanismus. Betroffen wären mit bestehenden und potenziellen Marktteilnehmern nicht nur Akteure der Anbieterseite, sondern mit den Verbrauchern auch solche der Nachfragerseite.

⁴¹ *Wiss. Beirat BMWi*, (o. Fn. 6), S. 5.

⁴² *Wiss. Beirat BMWi*, (o. Fn. 6), S. 5.

⁴³ *Wiss. Beirat BMWi*, (o. Fn. 6), S. 5.

⁴⁴ *Wiss. Beirat BMWi*, (o. Fn. 6), S. 5.

⁴⁵ *Wiss. Beirat BMWi*, (o. Fn. 6), S. 4.

D. Bewährung

I. Rechtspolitische Gesichtspunkte

Wie aufgezeigt, war der § 29 GWB schon bei seiner Einführung äußerst umstritten und stieß bei vielen Kritikern auf Ablehnung. Tatsächlich war es zum damaligen Zeitpunkt ungewiss, inwieweit sich die verschärfte Missbrauchskontrolle als erfolgreich erweisen würde. Als erstes sollen nun die rechtspolitischen Gesichtspunkte beleuchtet werden. Hier stellt sich insbesondere die Frage, welche unterschiedlichen Auffassungen in der rechtswissenschaftlichen Diskussion zu § 29 GWB vertreten werden. Außerdem soll untersucht werden, welche rechtlichen Auswirkungen dessen Einführung mit sich brachte und inwiefern es zu den gewünschten Erleichterungen und Verfahrensbeschleunigungen bei den Kartellbehörden kam.

1. Rechtsanwendungspraxis

Zur Beantwortung dieser Fragen ist es unerlässlich, einen Blick auf die von den Kartellbehörden bislang durchgeführten Verfahren zu werfen. Das BKartA leitete nach eigenen Angaben in den Jahren 2008-2018 insgesamt 68 Verfahren auf Grundlage des § 29 GWB ein.⁴⁶ Im Wesentlichen lassen sich diese zu zwei Komplexen zusammenfassen: die Gaspreisverfahren von 2008 und die Heizstromverfahren von 2009. Zusätzlich dazu untersuchten auch die Landeskartellbehörden die Verhaltensweisen der lediglich in ihrem Gebiet wirkenden Versorgungsunternehmen, § 48 II GWB. Insgesamt führten sie im selben Zeitraum 160 entsprechende Verfahren.⁴⁷

a) Gaspreisverfahren 2008

Im März 2008 eröffnete das BKartA wegen des Verdachts missbräuchlich überhöhter Gaspreise Verfahren gegen rund 35

⁴⁶ BT-Drs. 16/13500, S. 185; BT-Drs. 17/6640, S. 165; BT-Drs. 17/13675, S. 133, 135; BT-Drs. 18/5210, S. 138 f.; BT-Drs. 18/12760, S. 146 f.; BT-Drs. 19/10900, S. 135 f.

⁴⁷ BT-Drs. 16/13500, S. 187; BT-Drs. 17/6640, S. 167; BT-Drs. 17/13675, S. 137, 139; BT-Drs. 18/5210, S. 140 f.; BT-Drs. 18/12760, S. 148 f.; BT-Drs. 19/10900, S. 137 f.

Gasversorgungsunternehmen.⁴⁸ Rechtsgrundlage war der neu geschaffene § 29 S. 1 Nr. 1 GWB sowie § 19 IV Nr. 2 GWB aF, da auch die Preisgestaltung im Jahr 2007 betroffen war. Die ausgewählten Unternehmen verschiedener Größen waren aus allen Regionen Deutschlands, darunter Tochtergesellschaften der großen Energieversorgungsunternehmen RWE, E.ON, Vattenfall und EnBW sowie kleine und große kommunale Stadtwerke. Zusammen belieferten die betroffenen Unternehmen etwa vier Mio. Endkunden mit Erdgas. Im Ergebnis konnten 30 der überwiegend im November 2008 abgeschlossenen Verfahren gegen Zusagen der betroffenen Unternehmen eingestellt werden. Nach Auffassung des BKartA konnte so schneller ein befriedigenderes und sichtbares Ergebnis für die betroffenen Nachfrager erzielt und ein langwieriger Rechtsstreit vermieden werden. Die monetären Zusagen der Unternehmen umfassten Rückerstattungen i.H.v. insgesamt 130 Mio. Euro, die den Kunden über Gutschriften und Preissenkungen zugutekommen sollten. Zusätzlich verpflichteten sich die Gasversorger mittels sog. „No-repeated-game“-Klauseln dazu, die Rückerstattungen nicht in Form von späteren Preiserhöhungen wieder zu kompensieren. Eine spätere Überprüfung ergab, dass die Unternehmen ca. 314 Mio. Euro an gestiegenen Kosten nicht an ihre Kunden weitergaben. Zusammen mit den Rückerstattungen konnten die Verbraucher so um etwa 444 Mio. Euro entlastet werden.

b) Heizstromverfahren 2009

Ebenfalls auf der Rechtsgrundlage von § 29 S. 1 Nr. 1 GWB sowie § 19 GWB leitete das BKartA im September 2009 Verfahren gegen 19 Heizstromanbieter wegen des Verdachts

missbräuchlich überhöhter Preise ein.⁴⁹ Fünf Verfahren wurden von Amts wegen, weitere 13 anhand von Zusagen seitens der Unternehmen eingestellt. Dadurch verpflichteten sie sich, ihre rund 530.000 Heizstromkunden im Umfang von ca. 27,2 Mio. Euro zu entlasten. Mit Ausnahme eines Versorgers erklärten sich alle untersuchten Unternehmen, darunter auch die Vergleichsunternehmen, dazu bereit, marktöffnende strukturelle Maßnahmen umzusetzen. Diese umfassten die Ermittlung temperaturabhängiger Lastprofile sowie die transparente Veröffentlichung der Lastprofile und der Heizstromtarife im Internet. Das Unternehmen, welches sich auf derartige Zugeständnisse zum damaligen Zeitpunkt nicht einlassen wollte, war der Darmstädter Energieversorger ENTEGA. Auf eine im März 2012 erlassene Rückzahlungsanordnung des BKartA von ca. 5 Mio. Euro⁵⁰, legte er Beschwerde beim OLG Düsseldorf ein. Da der Ausgang des Gerichtsverfahrens, als auch dessen weitere Dauer nicht absehbar waren und eine Fortführung nicht im Interesse der betroffenen Kunden gelegen hätte, schloss das BKartA das Verfahren im November 2015 mit einem Vergleich ab.⁵¹ In dem öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrag verpflichtete sich ENTEGA dazu, ihren Heizstromkunden aus den Jahren 2007 bis 2009 jeweils ca. 156 Euro zurückzuerstatten, also in etwa nur die Hälfte der ursprünglichen Rückzahlungsanordnung.

2. Problempunkte

Auffällig erscheint, dass das BKartA alle Verfahren auf das in § 29 S. 1 Nr. 1 GWB niedergelegte Vergleichsmarktkonzept stützte. Diese Methode zur Überprüfung von marktbeherrschenden Unternehmen war schon vor Einführung des § 29 GWB im Rahmen des allgemeinen

⁴⁸ *BKartA*, Pressemitteilung vom 05.03.2008, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2008/05_03_2008_Gasverfahren.html [11.12.2020].

⁴⁹ *BKartA*, Pressemitteilung vom 24.09.2009, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2009/24_09_2009_Heizstrom.html [11.12.2020].

⁵⁰ *BKartA*, Pressemitteilung vom 20.03.2012, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2012/20_03_2012_Entega.html?nn=3591568 [11.12.2020].

⁵¹ *BKartA*, Pressemitteilung vom 03.11.2015, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/03_11_2015_Entega.html [11.12.2020].

Ausbeutungsverbots in § 19 IV Nr. 2 GWB af gesetzlich normiert. Die Neuregelung sollte das Konzept lediglich an die im Energiesektor herrschenden Umstände anpassen und handhabbarer machen.⁵² Dennoch ergaben sich im Rahmen seiner Anwendung einige rechtliche Schwierigkeiten, deren besonders relevante Aspekte nun beleuchtet werden.

a) Subtraktionsmethode

Beim Vergleichen der Unternehmen beschränkte sich das BKartA nicht einfach wie zuvor auf das Gegenüberstellen der von den Endkunden zu entrichtenden Brutto-Preise, sondern es wandte das Konzept des mengengewichteten Nettovergleichs an. Dies bedeutet, dass die Preise verglichen wurden, zu denen jeweils die meisten Kunden tatsächlich versorgt wurden.⁵³ Grund hierfür war, dass die Versorgungsunternehmen nicht einen einheitlichen Preis, sondern eine Vielzahl von verschiedenen Tarifen anboten.⁵⁴ Gegenstand der Untersuchung war ein „fiktiver“⁵⁵ Energiepreis, der sich durch das Herausrechnen von Steuern, Konzessionsabgabe und Netzentgelt berechnete.⁵⁶ Das BKartA begründete diese Vorgehensweise damit, dass nur diejenigen Größen, die vom Anbieter tatsächlich beeinflussbar sind, zum Zwecke der Herstellung der Vergleichbarkeit Berücksichtigung hätten finden können.⁵⁷

Dieses Vorgehen begegnet jedoch „massiven Bedenken“⁵⁸. Im Grunde genommen sei Kern der Problematik, dass das BKartA die unternehmerische Gesamtkalkulation der Versorger komplett außer Acht lasse.⁵⁹ Denn die Unternehmen

müssten eigentlich unter Berücksichtigung des jeweiligen Marktumfelds und im Hinblick auf die durch Art. 14, 12 GG geschützte Preissetzungsfreiheit⁶⁰ frei entscheiden dürfen, ob und inwieweit für sie die einzelnen Kostenpositionen durchlaufende Posten darstellen oder eben keine Weitergabe an die Endkunden stattfinden soll.⁶¹ Letzteres könnte gerade dann vorteilsversprechender sein, wenn man keine bzw. nur möglichst wenig Kunden verlieren möchte, da so unberechtigte oder überhöhte Kostenansätze neutralisiert werden könnten.⁶² Die Subtraktionsmethode des BKartA würde aber den Unternehmen indirekt vorschreiben, wie sie ihre Kalkulation vorzunehmen hätten.⁶³ Gegen dieses Vorgehen lässt sich die Rechtsprechung des BGH zu § 19 GWB anführen. Danach sei es zwar durchaus möglich, Preisbildungsfaktoren zur Kontrolle heranzuziehen, allerdings könne nur deren Ergebnis, also der Endpreis, einen Missbrauch darstellen.⁶⁴ Zu nennen sei außerdem die Entstehungsgeschichte des § 29 GWB, da in dessen ursprünglichen Entwurf Entgeltbestandteile vorgesehen waren, diese aber im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens gestrichen wurden.⁶⁵ Ferner sei der Wortlaut des § 29 S. 1 Nr. 1 GWB insofern klar, da hier von geforderten Entgelten die Rede ist, also Preisen, zu denen das marktbeherrschende Unternehmen seine Leistungen am Markt anbietet.⁶⁶ Zudem verkenne das BKartA den Regelungsinhalt des § 111 III EnWG, mit dem es den Abzug der Netzentgelte rechtfertigt.⁶⁷ Dieser stelle nämlich eine Schutzvorschrift vor etwaigen Missbrauchsvorwürfen für diejenigen Unternehmen

⁵² Heitzer, Bernhard, Schwerpunkte der deutschen Wettbewerbspolitik, WuW 2007, S. 854 (857).

⁵³ Becker/Blau (Fn. 36), S. 55 f.

⁵⁴ Karb, Manuel, Energiepreiskontrolle, 2011, S. 130.

⁵⁵ Baumgart, Caspar/Rasbach, Winfried/Rudolph, Bernd, Eine brisante Mischung – Erste Erfahrungen mit § 29 GWB im Zusammenspiel mit §§ 32 und 64 f. GWB, in: Sandroock, Otto/Baur, Jürgen/Scholtka, Boris/Shapira, A-mos (Hrsg.), Festschrift für Gunther Kühne zum 70. Geburtstag, 2009, S. 25 (27).

⁵⁶ Baumgart/Rasbach/Rudolph, in: FS für Kühne (Fn. 55), S. 25 (32).

⁵⁷ BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Heizstrom vom 01.09.2010, S. 12.

⁵⁸ Baumgart/Rasbach/Rudolph, in: FS für Kühne, (Fn. 55), S. 25 (27).

⁵⁹ Pohlmann/Vasbender, KSzW 2013, S. 268 (271).

⁶⁰ Röhling, Andreas, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 1 2017, § 29 Rn. 43.

⁶¹ Pohlmann/Vasbender, KSzW 2013, S. 268 (271).

⁶² Pohlmann/Vasbender, KSzW 2013, S. 268 (271).

⁶³ Pohlmann/Vasbender, KSzW 2013, S. 268 (271).

⁶⁴ BGHNZKart 2013, 34 (35), Rn. 15 – Wasserpreise Calw.
⁶⁵ Röhling, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 60), § 29 Rn. 49.

⁶⁶ Röhling, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 60), § 29 Rn. 47.

⁶⁷ Pohlmann/Vasbender, KSzW 2013, S. 268 (272).

dar, die das genehmigte Netznutzungsentgelt in voller Höhe einpreisen.⁶⁸ Er regle jedoch nicht, dass genehmigte Netzentgelte gegenüber den Endkunden zwingend einzupreisen seien.⁶⁹ Im Endeffekt ist die Anwendung der Subtraktionsmethode wegen ihrer methodischen Defizite abzulehnen.

b) Beweislastumkehr

Für Unternehmen, denen die Kartellbehörde ein missbräuchliches Verhalten anhand des Vergleichsmarktkonzepts nach § 29 S. 1 Nr. 1 GWB vorwirft, stellt sich folgende Problematik: Nach dem Willen des Gesetzgebers⁷⁰ sollen sie die volle Beweislast im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung dafür tragen, dass das von der Behörde herangezogene Vergleichsunternehmen nicht hinreichend vergleichbar ist, beispielsweise aufgrund struktureller Unterschiede.⁷¹ Im Gegensatz zu den Kartellbehörden haben die Unternehmen keine Ermittlungsbefugnisse und sind deswegen voll und ganz auf die freiwillige Mitwirkung der konkurrierenden Vergleichsunternehmen angewiesen.⁷² Diese werden in der Regel ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hinsichtlich ihrer eigenen Geschäftsgeheimnisse haben.⁷³ Jedoch angenommen, sie würden sich tatsächlich dazu bereit erklären, die angeforderten Informationen zu überliefern, könnte dieses Verhalten womöglich einen Verstoß gegen § 1 GWB darstellen.⁷⁴ Die relevanten Informationen über die Vergleichsinformationen sind also für die betroffenen Unternehmen öffentlich kaum zugänglich.⁷⁵

Hält man sich diese Problematik vor Augen, drängen sich verfassungsrechtliche Bedenken bezüglich einer übermäßigen Einschränkung des durch Art. 19 IV S. 1 GG gewährleisteten Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz auf.⁷⁶ Danach dürfen dem Rechtsschutzsuchenden keine unangemessen hohen verfahrensrechtlichen Hindernisse für den Zugang zum Gericht auferlegt werden.⁷⁷ Dieser Grundsatz wirkt sich entsprechend auch auf das vorgelagerte Verwaltungsverfahren aus.⁷⁸ Eine Beweislastregelung, die dem Unternehmen aufgibt Umstände darzulegen, die nicht aus der eigenen Sphäre stammen, sondern sich auf Seiten des Vergleichsunternehmens befinden, schränke die Verteidigungsmöglichkeiten des betroffenen Unternehmens zu sehr ein und sei deswegen verfassungsrechtlich zu beanstanden.⁷⁹ Eine unzureichende Amtsermittlung der Kartellbehörde würde es dem betroffenen Unternehmen faktisch unmöglich machen, die Nichtvergleichbarkeit der Märkte bzw. Preise nachzuweisen.⁸⁰ Demnach erscheint es notwendig, dass die Kartellbehörden einerseits ihre Amtsermittlungspflicht nach § 57 GWB ernst nehmen und ihre Ermittlungsbefugnisse bestmöglich ausschöpfen.⁸¹ Andererseits sollten sie bereits im Vorfeld eine sachgerechte Auswahl geeigneter Vergleichsunternehmen treffen, also nur solche Vergleichsunternehmen als Maßstab heranziehen, die auch wirklich auf demselben Markt, insbesondere derselben Versorgungsstufe, tätig sind.⁸² Dies ergebe sich aus einer verfassungskonformen Auslegung der Vorschrift, wonach die Kartellbehörde die strukturelle Vergleichbarkeit

⁶⁸ Röhling, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 60), § 29 Rn. 53.

⁶⁹ Pohlmann/Vasbender, KSzW 2013, S. 268 (272).

⁷⁰ BT-Drs. 16/5847, S. 11.

⁷¹ Emmerich/Lange (Fn. 9), S. 215, § 25 Rn. 43.

⁷² Emmerich, Kartellrecht, 12. Aufl. 2012, S. 580, § 39 Rn. 49.

⁷³ Baumgart/Rasbach/Rudolph, in: FS für Kühne (Fn. 55), S. 25 (30).

⁷⁴ Baumgart/Rasbach/Rudolph, in: FS für Kühne (Fn. 55), S. 25 (30).

⁷⁵ Baumgart/Rasbach/Rudolph, in: FS für Kühne (Fn. 55), S. 25 (31).

⁷⁶ Baumgart/Rasbach/Rudolph, in: FS für Kühne (Fn. 55), S. 25 (55).

⁷⁷ BVerfGE 60, 253 (269).

⁷⁸ BVerfGE 61, 82 (110).

⁷⁹ Baumgart/Rasbach/Rudolph, in: FS für Kühne (Fn. 55), S. 25 (57).

⁸⁰ Stadler, BB 2007, S. 60 (63).

⁸¹ Baumgart/Rasbach/Rudolph, in: FS für Kühne (Fn. 55), S. 25 (30 f.).

⁸² Baumgart/Rasbach/Rudolph, in: FS für Kühne (Fn. 55), S. 25 (38); Emmerich/Lange (Fn. 9), S. 215, § 25 Rn. 43.

nachzuweisen habe.⁸³ Eine nicht anhand markt-analoger Kriterien getroffene Auswahl wäre schließlich auch ohne jegliche Aussagekraft.⁸⁴

c) Vergleich mit mehreren Unternehmen

Die Auswahl der richtigen Vergleichsunternehmen seitens der Kartellbehörde hat also erhebliche Auswirkungen auf die Ergebnisse des Vergleichs. Einzelne Ungenauigkeiten können fatale Folgen für die betroffenen Unternehmen mit sich bringen, da das Gesetz ihnen die volle Beweislast aufbürdet.⁸⁵ Dieser Gedankengang liegt auch der letzten zu betrachtenden Problematik zugrunde, welche sich allerdings auf die erforderliche Anzahl der zu betrachtenden Vergleichsunternehmen bezieht. Um sich ein umfängliches Bild zu verschaffen, fragte das BKartA zwar im Vorfeld der Gaspreisverfahren die Tarife von über 700 Gasversorgern im gesamten Bundesgebiet im Rahmen einer Gaspreiserhebung ab. Bei der Prüfung in den Verfahren wurde jedoch nur ein einziges Unternehmen zum Vergleich herangezogen.⁸⁶ Dieses Vorgehen ist gleichwohl kritisch zu beurteilen.

aa) Ein Vergleichsunternehmen ausreichend

Neben dem BKartA ist immerhin auch ein Teil der Literatur⁸⁷ der Auffassung, dass der Vergleich auf ein einziges anderes Unternehmen beschränkt werden könne. Zur Begründung wird die Rechtsprechung des BGH aufgeführt, die einen solchen Vergleich bezogen auf § 19 II Nr. 2 GWB aufgrund des Zwecks der Vorschrift des Öfteren zuließ.⁸⁸ Zudem spricht für diese Ansicht wohl auch der historische Wille des Gesetzgebers, da in der

Gesetzesbegründung zu § 29 GWB zu Fragen der Vergleichsunternehmen auf die zu § 19 GWB ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung verwiesen wurde.⁸⁹

bb) Mehrere Vergleichsunternehmen erforderlich

Demgegenüber steht ein anderer Teil des Schrifttums⁹⁰ auf dem Standpunkt, dass ein Vergleich mit lediglich einem Unternehmen nicht ausreichend sei. Insofern wird der Wortlaut des Gesetzes angeführt, welcher in § 29 S. 1 Nr. 1 GWB den Begriff „Versorgungsunternehmen“ in der Mehrzahl verwendet.⁹¹ Des Weiteren könne das Argument, wonach die Rechtsprechung den Vergleich mit einem einzelnen Unternehmen aufgrund des Sinn und Zwecks des § 19 II Nr. 2 GWB zulässt, damit entkräftet werden, indem man sich dessen Ausgangslage vergegenwärtige.⁹² Diese sei nämlich bei genauerer Betrachtung eine andere als die bei § 29 S. 1 Nr. 1 GWB.⁹³ Im Rahmen der Prüfung des § 19 II Nr. 2 GWB soll das Vergleichsmarktkonzept lediglich der Ermittlung des hypothetischen Wettbewerbspreises dienen.⁹⁴ Der Nachweis, dass die Preise eines Vergleichsunternehmens günstiger sind, reiche gerade nicht automatisch aus, um einen Missbrauchsvorwurf zu erheben.⁹⁵ Dagegen werde das sog. „Als-ob-Wettbewerb“-Konzept von § 29 S. 1 Nr. 1 GWB nicht ausdrücklich aufgegriffen.⁹⁶

cc) Stellungnahme

In Anbetracht des Umstands, dass das teleologische Argument der ersten Ansicht nicht ohne

⁸³ Baumgart/Rasbach/Rudolph, in: FS für Kühne (Fn. 55), S. 25 (57 f.); Bechtold/Bosch, in: Kommentar zum GWB (Fn. 8), § 29 Rn. 11.

⁸⁴ Emmerich/Lange (Fn. 9), S. 215, § 25 Rn. 43.

⁸⁵ Emmerich/Lange (Fn. 9), S. 215, § 25 Rn. 43.

⁸⁶ Stellv. BKartA, Entscheidung vom 01.12.2008, Az. B 10 – 21/08, Rn. 27.

⁸⁷ Markert, Kurt, Die Preishöhenkontrolle der Strom- und Gaspreise nach dem neuen § 29 GWB, ZNER 2007, S. 365 (368).

⁸⁸ BGHZ 129, 37 (47) – Weiterverteiler; BGH ZNER 2005, 230 (232) – Stadtwerke Mainz.

⁸⁹ BT-Drs. 16/5847, S. 11.

⁹⁰ Baumgart/Rasbach/Rudolph, in: FS für Kühne (Fn. 55), S. 25 (28); Bechtold/Bosch, in: Kommentar zum GWB (Fn. 8), § 29 Rn. 10.

⁹¹ Bechtold/Bosch, in: Kommentar zum GWB (Fn. 8), § 29 Rn. 10.

⁹² Bechtold/Bosch, in: Kommentar zum GWB (Fn. 8), § 29 Rn. 10.

⁹³ Bechtold/Bosch, in: Kommentar zum GWB (Fn. 8), § 29 Rn. 10.

⁹⁴ Bechtold/Bosch, in: Kommentar zum GWB (Fn. 8), § 19 Rn. 55.

⁹⁵ Karb (Fn. 54), S. 147.

⁹⁶ Karb (Fn. 54), S. 139.

Weiteres auf § 29 S. 1 Nr. 1 GWB übertragbar ist, erscheint die letztgenannte Auffassung vorzugswürdig. Zwar hat diese den Nachteil, dass der Wille des Gesetzgebers, der eine möglichst weitergehende Erleichterung der Arbeit für die Kartellbehörden im Sinn hatte, nicht vollumfänglich umgesetzt werden würde, müssten die Behörden gleich mehrere Unternehmen zum Vergleich heranziehen. Dies scheint jedoch vor dem Gedanken der Rechtsstaatlichkeit geboten. Ein Vergleich mit nur einem einzigen Unternehmen würde nicht nur einen Verstoß gegen den Wortlaut des § 29 S. 1 Nr. 1 GWB darstellen, sondern auch vernachlässigen, dass ein auf diese Weise gewonnenes Ergebnis nicht allzu viel Aussagekraft besäße.

Diese Feinheit mag zwar auf den ersten Blick nicht von überragender Bedeutung erscheinen. Schließlich wird nach beiden Auffassungen, wie in § 29 S. 1 Nr. 1 GWB gefordert, ein Vergleich zwischen Unternehmen durchgeführt. Allerdings enthält die vorzuziehende Meinung noch einen wesentlichen Vorteil: Durch die Auswahl mehrerer Vergleichsunternehmen würde man in gewisser Weise der Gefahr begegnen, dass ein einzelnes zum Vergleich herangezogenes Unternehmen eine deutlich geringere Kostenstruktur aufweist, nur weil es „Glück“⁹⁷ beim Einkaufen hatte. Schließlich gibt es dafür genügend Ursachen. Das Vergleichsunternehmen der Gaspreisverfahren spekulierte beispielsweise auf später tatsächlich stark steigende Ölpreise, indem es das Gas über Festpreise bezog, die es zuvor mit seinem Lieferanten vereinbart hatte.⁹⁸ Zwar lässt sich durchaus darüber streiten, ob ein Kontrahieren zu Festpreisen, die nicht auch gegen sinkende Ölpreise abgesichert sind, ein vertrieblisch wie kaufmännisch unvernünftiges Verhalten darstelle⁹⁹ oder unter bestimmten

Risikoaspekten gerechtfertigt sein könnte¹⁰⁰. Jedenfalls wäre eine solche Bezugssituation nicht Ausdruck eines marktanalogen Verhaltens, wenn die betroffenen Unternehmen ihr Gas gerade nicht zu Festpreisen beziehen. Dies kann aber nicht zu ihren Lasten gehen. Wenn man schon, wie es das BKartA praktiziert, die individuelle Bezugssituation der Unternehmen nicht berücksichtigt¹⁰¹, so muss man wenigstens mehrere Vergleichsunternehmen als Prüfungsmaßstab heranziehen, um ein breiteres Spektrum zu erhalten, auf das sich die betroffenen Unternehmen bei der Rechtfertigung berufen können. Dadurch würden einzelne Ausreißer nicht mehr so stark ins Gewicht fallen. Vor diesem Hintergrund ist die bisherige Anwendungspraxis des BKartA nicht weiter hinzunehmen. Vielmehr ist ein Umdenken erforderlich, wonach grundsätzlich mehrere Vergleichsunternehmen von den Behörden heranzuziehen sind.

3. Tatsächliche Erleichterung

Fraglich ist nun, ob die Einführung des § 29 GWB die Arbeit der Kartellbehörden tatsächlich erleichterte. Dafür spricht zumindest der Umstand, dass in den bislang durchgeführten Verfahren eine „erhöhte Mitwirkungsbereitschaft“¹⁰² der betroffenen Unternehmen zu beobachten war, die zu beschleunigten Verfahrensabschlüssen führte. Hier ist jedoch nach der genauen Ursache zu differenzieren. Als einen Grund könnte man insofern die verschobene Beweislastverteilung in Betracht ziehen. Diese stelle für die Unternehmen einen gewissen Zwang dar, kooperativer bei der Sachverhaltsermittlung mitzuwirken, da die Unaufklärbarkeit nun zu ihren Lasten gehe.¹⁰³ Weiterhin würden die Erfolgsaussichten einer Beschwerde durch die erhöhten Anforderungen deutlich sinken.¹⁰⁴

⁹⁷ Baumgart/Rasbach/Rudolph, in: FS für Kühne (Fn. 55), S. 25 (39).

⁹⁸ Baumgart/Rasbach/Rudolph, in: FS für Kühne (Fn. 55), S. 25 (39).

⁹⁹ Baumgart/Rasbach/Rudolph, in: FS für Kühne (Fn. 55), S. 25 (39).

¹⁰⁰ Röhling, in: Kölner Kommentar (Fn. 60), § 29 Rn. 58.

¹⁰¹ Das BKartA erkennt in diesem Zusammenhang nur die durchschnittlichen Bezugskosten anderer Unternehmen als Benchmark an: stvlv. BKartA, Entscheidung vom 01.12.2008, Az. B 10 – 21/08, Rn. 31.

¹⁰² Becker/Blau (Fn. 36), S. 79.

¹⁰³ Heitzer, WuW 2007, S. 854 (858).

¹⁰⁴ Baumgart/Rasbach/Rudolph, in: FS für Kühne (Fn. 55), S. 25.

Dass die Beweislastumkehr die Hauptursache für die Effektivitätssteigerung darstellt, ist allerdings zu bezweifeln. So sei nach der Monopolkommission das große öffentliche Interesse an den Verfahren dafür verantwortlich gewesen, dass die Versorger so umfangreiche Zusagen anboten, da sie sich dadurch der Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit schnell wieder entziehen konnten.¹⁰⁵ Einen durchaus wichtigen Punkt stelle außerdem die mit der Preismisbrauchsverordnung eingeführte Ausdehnung des Sofortvollzugs auf Missbrauchsverfügungen in § 64 GWB dar, der für die Unternehmen wegen der drohenden irreparablen Schäden ein erhebliches wirtschaftliches Risiko bedeute.¹⁰⁶

Im Ergebnis ist zudem festzuhalten, dass sich in der eigentlichen Verfahrensführung für die Behörden trotz der erhöhten Mitwirkungsbereitschaft keine wesentlichen Unterschiede ergaben.¹⁰⁷ Dies läge vor allem daran, dass das BKartA im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes immer noch umfangreiche Ermittlungen anstellen musste.¹⁰⁸ Eine tatsächliche Erleichterung der Behörden in der Praxis aufgrund von § 29 GWB ist deshalb abzulehnen.

4. Zusammenfassung

Grundsätzlich lässt sich feststellen, dass die Anzahl der aufgrund des § 29 GWB eingeleiteten Verfahren seit seiner Einführung im Jahr 2008 eine interessante Entwicklung durchlief. Nach den ersten reihenweise durchgeführten Verfahren der Jahre 2008 und 2009 in den Bereichen Gas und Heizstrom war ein deutliches Abflachen der Kurve zu beobachten. Hier drängt sich die Frage auf, ob § 29 GWB auf Dauer doch nicht so wirksam war oder sogar leerläuft. Dazu muss man zumindest bedenken, dass die Regelung gar nicht den Anspruch hat, so viele Fälle wie möglich zu erfassen, sondern eben nur „krasse Extremfälle“¹⁰⁹. Dennoch stellen die sinkenden

Verfahrenszahlen ein wesentliches Indiz für die Beurteilung dar. Eine mögliche Erklärung für sie könnte jedoch auch darin liegen, dass sich die marktbeherrschenden Versorgungsunternehmen von den praktizierten Verfahren der Kartellbehörden derart haben einschüchtern lassen, dass sie auf das Fordern missbräuchlich überhöhter Preise von sich aus verzichteten. Schließlich könnte das Abflachen auch dadurch zu begründen sein, dass sich auf den relevanten Märkten in den letzten Jahren tatsächlich ein gewisser Wettbewerb entwickelte und deswegen keine Verfahren erforderlich waren.

II. Wirtschaftspolitische Gesichtspunkte

Bei der Betrachtung der wirtschaftspolitischen Gesichtspunkte stellt sich insbesondere die Frage, wie sich der § 29 GWB in das Zusammenspiel von Markt und Regulierung des Energiesektors einfügt.

1. Wirtschaftspolitische Aufgabe des Staates

Um eine erfolgreiche Wirtschaftspolitik zu betreiben, muss sich der Staat nach *Eucken*, der mit seinen Thesen als einer der geistigen Väter der sozialen Marktwirtschaft gilt, an zwei Grundsätze halten. Erstens sollte die Politik des Staates darauf gerichtet sein, wirtschaftliche Machtgruppen aufzulösen oder ihre Funktionen zu begrenzen.¹¹⁰ Zweitens sollte die wirtschaftliche Tätigkeit des Staates auf die Gestaltung der Ordnungsformen der Wirtschaft gerichtet sein, nicht auf die Lenkung des Wirtschaftsprozesses.¹¹¹ Will man diese Aspekte verstehen, so muss man sich vergegenwärtigen, warum der Staat überhaupt dazu angehalten ist, missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen zu unterbinden. Grundsätzlich ist die wirtschaftliche Macht eines Unternehmens durch vergleichbare Angebote konkurrierender Unternehmen begrenzt. Die Theorie des Modells

¹⁰⁵ *Monopolkommission*, Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Sondergutachten 54, Rn. 511.

¹⁰⁶ *Becker/Blau* (Fn. 36), S. 79.

¹⁰⁷ *Becker/Blau* (Fn. 36), S. 79.

¹⁰⁸ *Becker/Blau* (Fn. 36), S. 79.

¹⁰⁹ *Heitzer*, WuW 2007, S. 854 (857).

¹¹⁰ *Eucken, Walter*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1952, S. 334.

¹¹¹ *Eucken* (Fn. 110), S. 336.

der vollständigen Konkurrenz trifft in der Realität aber auf vielen Märkten auf ein erhebliches Maß an Konzentration und Marktmacht.¹¹² Diese Abweichungen vom theoretischen Modell bezeichnet man als Marktunvollkommenheiten. Kann der Markt die Ressourcen nicht mehr einer effizienten Allokation zuführen, liegt Marktversagen vor.¹¹³

Im Bereich der Energiewirtschaft ist dabei zwischen drei Wertschöpfungsstufen zu differenzieren: (1) dem vorgelagerten Bereich der Strom- bzw. Gaserzeugung, (2) dem monopolistischen Engpass des Strom- bzw. Gasnetzes und (3) dem nachgelagerten Bereich des Verkaufs der Energie an Endverbraucher.¹¹⁴ Marktmacht kann sich zwar theoretisch in allen Bereichen aufgrund von Unteilbarkeiten ergeben. Das bedeutet, dass die Kapazität bestimmter Ressourcen (z. B. Kraftwerke) wegen technischer Gegebenheiten nur in großen Sprüngen variiert werden kann.¹¹⁵ Den Extremfall stellen jedoch die sog. „natürlichen Monopole“ der zweiten Wertschöpfungsstufe dar. Hier kann die Nachfrage am kostengünstigsten von nur einem Anbieter bedient werden.¹¹⁶ Dies liegt daran, dass die Lieferung von Strom und Gas aus technisch-physikalischen Gründen nur über Leitungen erfolgen kann, deren Duplizierung aus ökonomischen wie ökologischen Gründen keinen Sinn ergeben würde.¹¹⁷ Mögliche Folge der daraus resultierenden Marktmacht ist die Benachteiligung der Marktgegenseite durch überhöhte Preise.¹¹⁸ Der Staat ist deswegen dazu aufgefordert, die Behinderung der freien Marktaktivität mit

Mitteln der Wettbewerbspolitik effektiv zu bekämpfen.

2. Annäherung des Kartellrechts an Regulierungsrecht

In Deutschland teilen sich vor allem die BNetzA und das BKartA die Aufgabe der staatlichen Aufsicht darüber, dass marktbeherrschende Unternehmen ihre Marktmacht nicht missbräuchlich ausnutzen.¹¹⁹ Die BNetzA ist dabei für die Regulierung des Strom- und Gasnetzes zuständig. In diesem Rechtsgebiet werde aufgrund der natürlichen Monopolstellung der Netzbetreiber ein dauerhaftes Marktversagen angenommen.¹²⁰ Nur hier sei eine sektorspezifische Regulierung erforderlich, um ein quasi-wettbewerbliches Marktergebnis herzustellen.¹²¹ Dagegen vertraue das Kartellrecht allgemein auf die Effizienz der Märkte, weswegen Eingriffe in das Marktgeschehen nur unter konkreten Anhaltspunkten zulässig seien.¹²² Zudem bestehe ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Rechtsgebieten darin, dass die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht der unternehmerischen Preisbildung stets nachgelagert sei, während im Rahmen eines regulierungsbehördlichen Verfahrens Netzentgelte ex-ante vorgegeben werden.¹²³ Eine trennscharfe Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Regulierungs- und Kartellbehörden garantiere dabei Rationalität und Verlässlichkeit staatlichen Handelns.¹²⁴ Denn die Verantwortlichkeit der handelnden Behörde müsse immer erkennbar sein.¹²⁵ Auf diese Weise werden unterschiedliche behördliche Entscheidungen vermieden.¹²⁶ Jedoch könne man im Bereich der

¹¹² Fritsch, Michael, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 2018, S. 163.

¹¹³ Mankiw, Gregory/Taylor, Mark P., Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 7. Aufl. 2018, S. 337 f.

¹¹⁴ Fritsch (Fn. 112), S. 212.

¹¹⁵ Fritsch (Fn. 112), S. 164.

¹¹⁶ Fritsch (Fn. 112), S. 164.

¹¹⁷ Lange/Pries, Thorsten, Wechselwirkungen zwischen Wettbewerbsrecht (GWB) und Regulierungsrecht (EnWG) im Energiesektor, NZKart 2015, S. 116.

¹¹⁸ Fritsch (Fn. 112), S. 163.

¹¹⁹ Lange/Pries, NZKart 2015, S. 116.

¹²⁰ Scholz, Ulrich, Wettbewerbsschutz in der Energiewirtschaft durch das Kartellrecht, in: Gundel, Jörg/Lange, Knut

Werner (Hrsg.), Die Energiewirtschaft im Instrumentenmix, 2013, S. 23 (25).

¹²¹ Hirschhausen, Christian von/Neumann, Anne/Weigt, Hannes, Horizontale Entflechtung als Instrument einer aktiven Wettbewerbspolitik, Wirtschaftsdienst 2008, S. 322.

¹²² Scholz, in: Die Energiewirtschaft im Instrumentenmix (Fn. 120), S. 23 (25).

¹²³ Lotze, Andreas/Thomale, Hans-Christoph, Neues zur Kontrolle von Energiepreisen, WuW 2008, S. 257 (258).

¹²⁴ Ludwigs, Markus, Die Rolle der Kartellbehörden im Recht der Regulierungsverwaltung, WuW 2008, S. 534.

¹²⁵ Ludwigs (Fn. 124), WuW 2008, 534.

¹²⁶ Lotze/Thomale (Rn. 123), WuW 2008, S. 257 (258).

Energiewirtschaft beobachten, wie sich das Kartellrecht an regulierungsrechtliche Werte annähert.¹²⁷ Dafür sei vor allem die sektorspezifische Preiskontrolle des § 29 GWB verantwortlich. Diese Tendenz sei aber vor dem Hintergrund einer energiepolitischen Instrumentalisierung des Wettbewerbsprozesses äußerst gefährlich.¹²⁸ Gemeint ist hierbei, dass § 29 GWB in der Realität keine Ex-post-Kontrolle der Entgelte im Ermessen der Kartellbehörde, sondern eine Ex-ante-Regulierung darstelle.¹²⁹ Denn die Norm zwingt die Unternehmen auch ohne Eingreifen der Kartellbehörden, sich an dem niedrigsten Preis zu orientieren, der von vergleichbaren Unternehmen verlangt werde.¹³⁰ Dies bedeutet eine Abkehr von dem Grundsatz, dass die Kartellbehörde einem marktbeherrschenden Unternehmen den Missbrauch konkret nachzuweisen hat. Eine solche Preisaufsicht laufe der Grundkonzeption des GWB, welche auf ein Verbot von Missbräuchen im Einzelnen gerichtet ist, zuwider.¹³¹ Damit liegt im Endeffekt eine Überschreitung der kartellrechtlichen Befugnisse vor, denn diese seien in der Missbrauchsaufsicht beschränkt auf die repressive Verhaltenskontrolle.¹³² Welche wettbewerbliche Problematik die Vereinnahmung des Kartellrechts für regulierungsrechtliche Zwecke darstellt, wird unter folgendem Gesichtspunkt deutlich.

3. Zielkonflikt

Die Preismissbrauchsaufsicht durchdringt ein immanentes Spannungsverhältnis: auf der einen Seite steht die Durchsetzung kartellbehördlicher Preismaßnahmen, auf der anderen die möglicherweise daraus resultierende negative Anreizwirkung zum Markteintritt potenzieller

Wettbewerber.¹³³ Diesen auch oft als „Zielkonflikt“ bezeichneten Umstand versuchen die Kartellbehörden seit jeher zu bewältigen. Erkennen kann man ihn nur, wenn man sich den Zeithorizont einzelner Maßnahmen vergegenwärtigt. Denn diese werden maßgeblich durch Wirkungsverzögerungen („time-lags“) beeinflusst. Auf kurze Sicht sind die durch Ergebniskorrekturen verbundenen Preisherabsetzungen oder Rückerstattungen von Unternehmen für die Verbraucher durchaus wünschenswert, mittel- bis langfristig kann der Wettbewerb aber gerade dadurch strukturelle Nachteile erleiden.¹³⁴ Grund hierfür ist die mit den Preisrückführungen verbundene Anreizproblematik für die Konkurrenten, in den Markt einzutreten oder zu expandieren.¹³⁵ Eine Schwächung des Wettbewerbs ist freilich nicht im Interesse der Verbraucher, da sie allein durch dessen Prozess, also auf mittelbare Weise, geschützt werden.¹³⁶ Deswegen liegt die primäre Aufgabe des Kartellrechts auch nicht im unmittelbaren Schutz des Verbrauchers, sondern im Schutz des Wettbewerbs, welcher das grundlegende Ordnungsprinzip der sozialen Marktwirtschaft darstelle.¹³⁷ Denn Wettbewerb entfalte, sofern er denn funktioniere, positive Wirkungen auf die gesamte wirtschaftliche Wohlfahrt.¹³⁸ Er ist dabei als dynamischer Prozess anzusehen, gekennzeichnet durch die stetige Suche nach besseren Lösungen.¹³⁹ Diese Dynamik wird jedoch von einer zunehmenden Preisregulierung der Energiemärkte eingeschränkt.¹⁴⁰

4. Stellungnahme

Eine Preiskontrolle darf nicht für die Verfolgung politischer Ziele eingesetzt werden.¹⁴¹ Diese

¹²⁷ Scholz, in: Die Energiewirtschaft im Instrumentenmix (Fn. 120), S. 23 (25).

¹²⁸ Lange/Pries, NZKart 2015, S. 116 (117).

¹²⁹ Klaue, Siegfried/Schwintowski, Hans-Peter, Preisregulierung durch Kartellrecht, EWeRK Sonderheft Dezember 2008, S. 3 (17).

¹³⁰ Klaue/Schwintowski, EWeRK Sonderheft Dezember 2008, S. 3 (17).

¹³¹ Karb (Fn. 54), S. 183.

¹³² OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R, 1239 (1242 f.).

¹³³ BT-Drs. 16/13500, S. 30.

¹³⁴ Möschel, Wernhard, Marktmacht und Preiskontrolle, BB 1976, S. 49 (53).

¹³⁵ Möschel, Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1974, S. 157.

¹³⁶ Möschel, BB 1976, S. 49 (53).

¹³⁷ Heitzer, WuW 2007, S. 854.

¹³⁸ Emmerich/Lange (Fn. 9), S. 13, §1 Rn. 5.

¹³⁹ Fritsch (Fn. 112), S. 19.

¹⁴⁰ Lange/Pries, NZKart 2015, S. 116 (117).

¹⁴¹ Fuchs, Andreas, in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 2 GWB, 6. Aufl. 2020, §19 Rn. 205.

Vorgabe wurde aber mit der Einführung des § 29 GWB komplett vernachlässigt. Anstatt den Wettbewerb durch belebende Maßnahmen zu stärken, wurde versucht, der Stimmung in der Öffentlichkeit im Hinblick auf die als zu hoch empfundenen Energiepreise Rechnung zu tragen. Wohl um die Gunst in der Bevölkerung zu gewinnen, wurde mit § 29 GWB eine dem Kartellrecht fremde, wenn nicht sogar feindliche Regelung eingeführt.¹⁴² Dies als Symbolpolitik zu bezeichnen, wäre allerdings noch untertrieben. Denn durch die Einführung wurde der damit verfolgte Zweck sogar konterkariert. Der sich entwickelnde Wettbewerb werde gerade nicht geschützt, da aufgrund von Gleichpreisigkeit für Verbraucher keine Anreize zum Wechseln bestehen und für Newcomer der Marktzugang erschwert werde.¹⁴³ Die im Ergebnis preisregulierende Regelung des § 29 GWB gebe der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen einen neuen Rechtscharakter.¹⁴⁴ Eher zutreffend ist deswegen die Bezeichnung eines prozesspolitischen, willkürlichen Eingriffs in den Wirtschaftsprozess für den Bereich der Energiewirtschaft. Die Missbrauchsaufsicht als Rechtsaufsicht dürfe aber auf keinen Fall die Lenkung des Wirtschaftsprozesses übernehmen.¹⁴⁵ Die Verbraucher mögen sich vielleicht kurzfristig über etwaige Zugeständnisse freuen, auf lange Sicht wurde der Zielkonflikt jedoch zu ihrem Nachteil verschärft.

III. Ordnungspolitische Gesichtspunkte

Der Staat hat im Rahmen der Ordnungspolitik die äußerst wichtige Aufgabe, die wirtschaftlichen und institutionellen Rahmenbedingungen für einen funktionierenden Wettbewerb zur Verfügung zu stellen. Diese sind entscheidend dafür,

wie gut ein realer Markt die Anforderungen an einen funktionsfähigen Wettbewerb erfüllen kann.¹⁴⁶ Fraglich ist, inwiefern § 29 GWB darunter eingeordnet werden kann.

1. Subsidiarität staatlicher Preiskontrollmaßnahmen

Preiskontrollen sein als „Notbehelf“¹⁴⁷ nur dann vorzunehmen, wenn strukturelle Maßnahmen keinen Erfolg mehr versprechen. Diese sich daraus ergebende Subsidiarität staatlicher Preiskontrollmaßnahmen folge aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der als Voraussetzung beinhaltet, dass eine staatliche Maßnahme stets erforderlich sein muss.¹⁴⁸ Das ist aber nur dann der Fall, wenn der Staat aus den zur Erreichung des Zweckes gleich gut geeigneten Mitteln das mildeste, also die geschützte Rechtsposition am wenigsten beeinträchtigende, Mittel wählt.¹⁴⁹ Deswegen ist immer zu untersuchen, ob Preismaßnahmen als Marktergebniskorrekturen nicht gegebenenfalls durch weniger belastende Mittel wie strukturelle oder verhaltensbezogene Bestimmungen ersetzt werden können.¹⁵⁰ In Bezug auf die Einführung des § 29 GWB lässt sich festhalten, dass mit vertikaler und horizontaler Entflechtung dem Gesetzgeber durchaus strukturelle Maßnahmen zur Verfügung standen.¹⁵¹ Sie wurden jedoch vor allem deswegen abgelehnt, da eine kurzfristige Realisierbarkeit nicht möglich erschien und sie auch als zu weitgehend empfunden wurden.¹⁵² Man hätte allerdings auch auf weniger einschneidende Maßnahmen setzen können, wie beispielsweise die weitere Förderung von Neusteigern, vor allem alternativer Energien oder die Aufklärung der Verbraucher über

¹⁴² *Klaue/Schwintowski*, EWeRK Sonderheft Dezember 2008, S. 3 (17).

¹⁴³ *Klaue/Schwintowski*, EWeRK Sonderheft Dezember 2008, S. 3 (17).

¹⁴⁴ *Klaue/Schwintowski*, EWeRK Sonderheft Dezember 2008, S. 3 (39).

¹⁴⁵ *Karb* (Fn. 54), S. 278.

¹⁴⁶ *Fritsch* (Fn. 112), S. 70.

¹⁴⁷ *Möschel*, BB 1976, S. 49 (53).

¹⁴⁸ *Ipsen, Hans Peter*, Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage, 1976, S. 32 f., 74 f.

¹⁴⁹ *BVerfGE* 100, 313 (375).

¹⁵⁰ *Ipsen* (Rn. 148), S. 74 f.

¹⁵¹ *Baron*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 10), § 29 Rn. 13.

¹⁵² *Baron*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 10), § 29 Rn. 13.

Wechselmöglichkeiten.¹⁵³ Dies hätte wesentlich dazu beigetragen, Marktzutrittsschranken abzubauen und Wettbewerbsmechanismen zu aktivieren. Insofern lässt sich feststellen, dass die Einführung des § 29 GWB nicht erforderlich war. Vielmehr wurde der Weg, durch strukturelle Maßnahmen den Wettbewerbsprozess zu beleben, bedauerlicherweise verlassen.¹⁵⁴

2. Analyse der strukturellen Entwicklung

Abschließend soll untersucht werden, inwieweit sich die Marktgegebenheiten infolge des § 29 GWB verändert haben. Nach dem von BNetzA und BKartA gemeinsam verfassten Monitoringbericht 2019¹⁵⁵ seien in allen Energiebereichen positive Tendenzen für eine Wettbewerbsbelebung zu sehen. So nehmen die Marktanteile und damit die Marktkonzentration der fünf absatzstärksten Stromerzeugungsunternehmen bei der konventionellen Stromerzeugung konstant ab. Die Marktmachtverhältnisse seien hier nicht problematisch. Bezeichnend dafür ist, dass eine missbräuchliche Kapazitätszurückhaltung bislang nicht nachgewiesen werden konnte. Auch auf den beiden größten Stromeinzelhandelsmärkten sei kein Anbieter mehr marktbeherrschend. Die Anbietervielfalt und die Lieferantenwechselquoten der Haushalts- und Geschäftskunden befänden sich auf einem weitgehend konstanten, positiven Niveau. Bisher wurden vom BKartA auch noch keine Verfahren nach § 29 GWB wegen missbräuchlicher Preisgestaltung beim Vertrieb von Allgemestrom an Endkunden eingeleitet. Im Bereich des Heizstroms sei ebenfalls eine kontinuierliche Zunahme der Wechselaktivität zu verzeichnen. Schließlich gestalte sich auch die Entwicklung auf dem Gaseinzelhandelsmarkt positiv, da dort eine steigende Anzahl der Vertragswechsel und eine erhöhte Anbietervielfalt zu beobachten sei. Die Wettbewerbsintensität auf den Energiemärkten wurde also gesteigert. Insofern ist die

Kritik am § 29 GWB ein wenig zu relativieren. Betrachtet man aber nun die Preisentwicklung, ergibt sich ein ernüchterndes Bild. Während sich der durchschnittliche Gaspreis für Haushaltskunden beim Vergleich der Jahre 2008 und 2019 nur leicht erhöhte, war hingegen beim Strompreis ein deutlicher Anstieg zu verzeichnen. Lag dieser im Jahr 2008 noch bei rund 20 ct/kWh, so steht er jetzt bei über 30 ct/kWh.

Die Hoffnung der Bundesregierung auf sinkende Energiepreise für die Verbraucher wurde also enttäuscht. Vielmehr bewahrheitete sich teilweise die Befürchtung der Kritiker, dass es zu einem Einpendeln der Preise auf einem höheren Niveau kommen würde. Eine genaue Ursachenforschung würde den Rahmen dieser Arbeit bei weitem übersteigen. Jedoch will gesagt sein, dass es für den Strompreisanstieg zahlreiche und verschiedenste Gründe gibt (Erhöhung der EEG-Umlage, Verteuerung der Primärenergieträger, Anstieg der Netzentgelte, etc.). Allein den § 29 GWB dafür verantwortlich zu machen, würde der Komplexität der Materie nicht gerecht werden. Allerdings muss eben auch festgehalten werden, dass es mit ihm gerade nicht gelungen ist, dem Trend steigender Energiepreise Einhalt zu gebieten.

E. Schlussbetrachtung

Zusammenfassend lässt sich also feststellen, dass die im Vorfeld geäußerte Kritik an der Norm durchaus berechtigt war. Die Rechtsanwendungspraxis zeigte zwei bemerkenswerte Punkte. Einerseits war ein deutlicher Verfahrensrückgang nach den ersten Jahren zu beobachten. Andererseits wurden alle Verfahren, die das BKartA durchführte, auf das Vergleichsmarktkonzept gestützt. Dabei kann dahinstehen, ob das BKartA die Anwendung des Gewinnbegrenzungskonzepts mit den enormen Beurteilungsspielräumen wegen eigener rechtlicher Bedenken oder der detaillierten Kostenprüfung

¹⁵³ Faustmann, Jörg/Raapke, Julius, Zur Neuregelung des Preismissbrauchs im Energie- und Lebensmittelsektor, WRP 2008, S. 67 (69).

¹⁵⁴ Säcker, WuW 2007, S. 1195.

¹⁵⁵ BNetzA/BKartA, Monitoringbericht 2019 und im Folgenden.

scheute. Insgesamt ergibt sich bei der Bewertung des § 29 GWB eine nur äußerst geringe praktische Relevanz. Aufgrund der als durchweg positiv eingeschätzten strukturellen Entwicklung der Marktgegebenheiten ist in absehbarer Zukunft auch mit keinen weiteren Verfahren zu rechnen. Da sich der Energiemarkt ständiger Veränderung ausgesetzt sieht, kann dies jedoch nicht komplett ausgeschlossen werden. Falls es tatsächlich erneut zu einem Verfahren nach § 29 GWB kommen sollte, wäre dem BKartA geraten, auf die Anwendung der Subtraktionsmethode zu verzichten. Außerdem sollte es stets mehrere Vergleichsunternehmen heranziehen und dabei auf eine sachgerechte Auswahl achten. Den Unternehmen wäre aus Gründen der Rechtssicherheit zu empfehlen, auch einmal eine belastende Verfügung des BKartA zu riskieren. Der Fall ENTEGA zeigt, was hier möglich ist. Denn es erscheint durchaus wahrscheinlich, dass die Subtraktionsmethode einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhält. Für die Endkunden waren im Zuge der Verfahren mit den Rückerstattungen sicherlich kurzfristige Erfolge zu verzeichnen. In diesem Zusammenhang sind auch die strukturellen Zusagen der Unternehmen positiv zu beurteilen. Allerdings ist dies im Lichte der ordnungspolitischen Problematik zu sehen. Bei einer zunehmenden Vereinnahmung des Kartellrechts für regulierungsrechtliche Zwecke ist fraglich, inwieweit der Markt noch seine gewünschte Koordinations- und Lenkungsfunction erfüllen kann. Deswegen wird dem Gesetzgeber abschließend empfohlen, den § 29 GWB nicht noch einmal zu verlängern, sondern ihn wie geplant zum 31.12.2022 auslaufen zu lassen.