

AGFW-Stellungnahme

zum Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-Novelle) vom 30. März 2012 und den Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrats vom 30. April 2012

Frankfurt am Main, 8. Mai 2012

To/Fri

Der AGFW empfiehlt:

In § 29 GWB nach dem Wort „Elektrizität“ das Wort „Wärme“ nicht einzufügen.

Wir begrüßen die Entscheidung der Bundesregierung vom 30. März 2012, die Novelle ohne eine Sonderregelung für Fernwärme in 29 GWB auf den Weg zu bringen. Die Erweiterung dieser Vorschrift um Fernwärme, wie sie die Ausschüsse dem Bundesrat am 30. April 2012 empfahlen, halten wir für kontraproduktiv, weil sie dem Fernwärmeausbau schadet und die Fernwärmekunden bereits heute sehr gut geschützt sind. Fernwärmeversorgern dürfen nicht die Anreize genommen werden, in den Ausbau der energieeffizienten, klima- und ressourcenschonenden Kraft-Wärme-Koppelung und der Fernwärme zu investieren. Damit werden nationale wie europäische energiepolitische Ziele konterkariert.

Die Einbeziehung der Fernwärme in den § 29 GWB wird die Akteure nachhaltig verunsichern, ohne die Kartellrechtsanwendung zu erleichtern. Selbst bei Elektrizität und Gas hat die Vorschrift die Kartellaufsicht nicht verbessert; bisher sind keine Verfügungen auf die Vorschrift gestützt worden. Die Vorschrift soll deshalb zu Recht befristet werden.

I. Die unverzichtbare energiepolitische Bedeutung der Fernwärme

1. Fernwärme ist ein wichtiger Baustein für eine effiziente, klima- und ressourcenschonende Energieerzeugung.

Es ist erklärtes politisches Ziel, die Energieversorgung in Deutschland und in Europa effizienter zu gestalten. Fernwärme leistet dazu einen entscheidenden und unverzichtbaren Beitrag. Durch die hocheffiziente Kraft-Wärme-Koppelung werden knappe erneuerbare wie fossile Brennstoffe bestmöglich genutzt. Ebenso integriert Fernwärme über Wärmespeicher überschüssigen Wind- und Solarstrom. Bereits heute werden über 80 % der Fernwärme aus Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt. Mehr als 5 % der Energieträger, die zur gekoppelten Erzeugung von Strom und Wärme genutzt werden, stammen aus erneuerbaren Quellen.

Darum ist der Ausbau der Fernwärme politisch gewollt und wird unterstützt. Beredtes Beispiel hierfür ist die derzeitig debattierte Novellierung des KWKG. Die Novelle zielt darauf, die Modernisierung von KWK-Anlagen, den Neu- und Ausbau von Fernwärmeleitungen und die Errichtung von Wärmespeichern zu fördern.

Ebenso fordert die Europäische Union mehr Energieeffizienz. Triebfeder hierbei ist die Förderung von hocheffizienter Kraft-Wärme-Kopplung.

2. Die Einbeziehung der Fernwärme in den § 29 GWB gefährdet den Ausbau der effizienten, klima- und ressourcenschonenden Energieerzeugung und konterkariert damit deutsche und europäische energiepolitische Ziele.

Der durch die Einbeziehung der Fernwärme in den § 29 GWB intendierte Druck führt dazu, dass sich die Preisgestaltung an dem jeweils billigsten Unternehmen und nicht an dem ökologisch effizientesten (ggf. etwas teurerem) ausrichtet. Entscheidendes Ziel des Kartellrechts ist aber der Schutz der Kunden durch einen Marktpreis, wie dies § 19 GWB und § 24 Abs. 4 AVB-FernwärmeV bereits jetzt hervorragend gewährleisten.

Die einseitige Ausrichtung des § 29 GWB am billigsten Anbieter begünstigt einen nicht gewollten Abwärts-Wettlauf der ökologischen Qualität („*race to the bottom*“). So wäre es Fernwärmeversorgern nicht mehr ohne weiteres möglich, ressourcensparende und klimaschonende Überlegungen in die Gestaltung der Wärmeversorgung einzubeziehen. Sie werden deshalb auf kostspielige KWK-Anlagen verzichten müssen und stattdessen Wärme in Heizkesseln erzeugen, in denen der Energieträger nur noch zur bloßen Wärmeerzeugung, nicht aber mehr zu Stromgewinnung genutzt wird. Sie werden statt klimaschonenden, aber teuren Brennstoffen wie erneuerbare Energien (Biomasse, Biomethan) und Erdgas zukünftig nur noch günstigere fossile Brennstoffe verfeuern. Statt leistungsfähigen wärmegeprägten, aber teuren Leitungsrohren werden sie nur noch kaum gedämmte, zu hohen Wärmeverlusten führende Leitungen verlegen. Leitbild wird dann nicht mehr die hocheffiziente Erzeugung von Strom und Wärme in Gas- und Dampfturbinen sein, sondern die Verfeuerung von Braunkohlestaub in Kesseln mit einer Gesamtfeuerungswärmeleistung von 20 MW oder weniger, welche damit nicht dem Europäischen Emissionszertifikatehandelssystem unterliegen. Die kostengünstigste Fernwärmeversorgung ist damit zugleich die ineffizienteste und klimaschädlichste Nutzung von Energieträgern.

Die Einbeziehung der Fernwärme in den § 29 GWB führt dazu, dass der ohnehin kostspielige Fernwärmeausbau für Fernwärmeversorger zunehmend unwirtschaftlich wird. Die Modernisierung der Anlagen, die Integration erneuerbaren Energien in die Erzeugung von Strom und Wärme sowie der Ausbau des Wärmenetzes ist dann keine unternehmerische Option mehr.

Wollen die Fernwärmeversorger die Fernwärme ausbauen, so müssen sie neue Kunden gewinnen und erschließen.

Das wird ihnen nur gelingen, wenn sie Wärme zu Preisen anbieten, wie sie auf den Märkten der Substitutionsenergien (insbesondere den heutigen Zugpferden Erdgas, Wärmepumpen, Holzpellets) gefordert werden. Das setzt aber voraus, dass die Fernwärmeversorger die beträchtlichen Anfangsinvestition der zwei bis drei Jahrzehnte dauernden Aufbauphase über einen langen Zeitraum hinweg verteilen können, indem sie stets zu an einem am Wärmemarkt ausgerichteten Preis anbieten, der während der Aufbauphase nicht kostendeckend ist und erst nach Ablauf dieser Aufbauphase angemessene Renditen erwirtschaftet. Wird dies durch die Einbeziehung der Fernwärme in den § 29 GWB unmöglich gemacht, so werden die Investitionen für die Fernwärmeversorger unkalkulierbar. Entweder sie unterlassen die Investitionen ganz oder sie sind gezwungen, von Anfang an hohe kostendeckende, aber nicht marktfähige Preise zu fordern. Zu solchen Preisen werden sie keine Neukunden gewinnen können.

II. Die Disziplinierung der Fernwärmeversorger durch den Wärmemarkt

1. Bereits innerhalb des Fernwärmemarkts besteht erheblicher und wirksamer Wettbewerbsdruck.

Der Fernwärmemarkt selbst ist hart umkämpft. Fernwärmeversorger mit einem klassischen Netz, BHKW-Betreiber mit kleinen Inselnetzen sowie Contracting-Anbieter, welche Wärmeerzeugungsanlagen wie BHKW direkt bei ihren Kunden errichten, ringen gegenseitig darum, Kunden ihre komfortable Dienstleistung Wärme anzubieten.

So werben BHKW-Betreiber mit einem auf die Liegenschaft zugeschnittenen Produkt und optimieren dieses durch das gekoppelte Angebot von Strom und Wärme. Wärme-Contractoren übernehmen die Investitionskosten für die Umrüstung des ursprünglichen Heizsystems und bieten zu einem laufenden Wärmepreis fertige Wärme an. Neben den Wärmepreisen sind vom Kunden keine zusätzlichen Investitionskosten zu übernehmen. Der Wärme-Contractingmarkt wächst überdurchschnittlich.

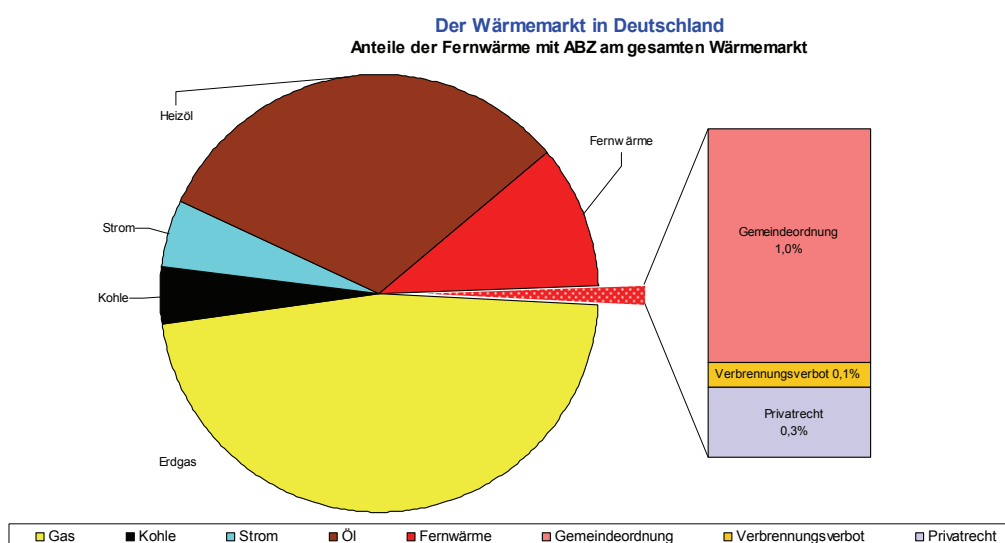
All dies sorgt für einen erheblichen und spürbaren Wettbewerbsdruck innerhalb des Fernwärmemarkts und zwingt die Beteiligten zur Kalkulation wettbewerbsfähiger Preise.

Hinzu kommt, dass die typische Kundenstruktur der Fernwärmeversorger durch Großabnehmer wie zum Beispiel Wohnungsbaugesellschaften und Vermieter geprägt ist. Diese wissen aufgrund ihres hohen Organisationsgrades die Angebote der Akteure auf dem Fernwärmemarkt schneller und rationeller zu bewerten als Haushaltskunden.

2. Der Wettbewerb der Substitutionsenergien verstärkt den Wettbewerbsdruck.

Ungeachtet der kartellrechtlichen Abgrenzung der Märkte üben Substitutionsenergien einen erheblichen Druck auf den Fernwärmemarkt aus. Fernwärmeversorger richten darum ihr Preisangebot an den Preisen des Wärmemarkts aus. Klassische Konkurrenten der Fernwärme sind Heizöl und Erdgas. Hinzu kommen neue Energieträger wie Wärmepumpen, Holzpellets und Solarthermie. Fernwärme muss sich immer an den Preisen dieser Heizsysteme messen lassen, um eine attraktive Option für Neukunden zu sein und Altkunden langfristig binden zu können. Von diesem Wettbewerbsdruck profitieren Neu- wie Altkunden. Denn Fernwärmeversorger berechnen ihre Preise über sog. automatische Preisgleitklauseln einheitlich für Alt- wie Neukunden.

In diesem umkämpften Wärmemarkt hat die Fernwärme seit ihrer Einführung vor 120 Jahren in Deutschland ihren Anteil am Wärmemarkt von 3 % Anfang der Siebziger Jahre des letzten Jahrhunderts auf derzeit rund 13 % stetig, aber mühsam ausgebaut.



3. Der Fernwärmemarkt ist seit jeher liberalisiert. Der ABZ schränkt den Wettbewerb nur unbedeutend ein.

Fernwärme ist seit jeher liberalisiert. Der Gesetzgeber setzte Fernwärme schon immer dem Wettbewerb aus. Fernwärme unterlag zu keinem Zeitpunkt dem sektorspezifischen Schutz, wie er nach § 103 GWB aF bis zur Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte bestand und nach wie vor für Wasser fortbesteht und fortbestehen soll. Gebietsschutzverträge zwischen Fernwärmeversorgern untereinander und mit Gemeinden in Gestattungsverträgen vereinbarte Ausschließlichkeitsrechte waren darum schon immer kartellrechtlich unzulässig.

Einzig bedeutende, den Wettbewerb beschränkende Regelung ist der kommunalrechtliche Anschluss- und Benutzungszwang (ABZ). Dessen Etablierung entspringt der freien, demokratischen Entscheidung des Gemeindeparlaments, auf die ein Fernwärmeversorger keinen Einfluss hat. Er führt auch nicht zum vollständigen Ausschluss des Wettbewerbs auf dem Wärmemarkt, da aus Gründen der Verhältnismäßigkeit von der Verwaltungsgerichtsbarkeit Befreiungen zugunsten erneuerbarer Energieträger gefordert werden. Die tatsächliche Bedeutung des ABZ ist darüber hinaus gering. Nur 8,6 % des Absatzes von Fernwärme in Deutschland wird in Gebieten, die einem ABZ unterworfen sind, verkauft (*Kraft/Topp*, EuroHeat&Power 10/2009, S. 18f). Zahlreiche Großstädte, beispielsweise Berlin, Bremen und München haben überhaupt keinen ABZ erlassen.

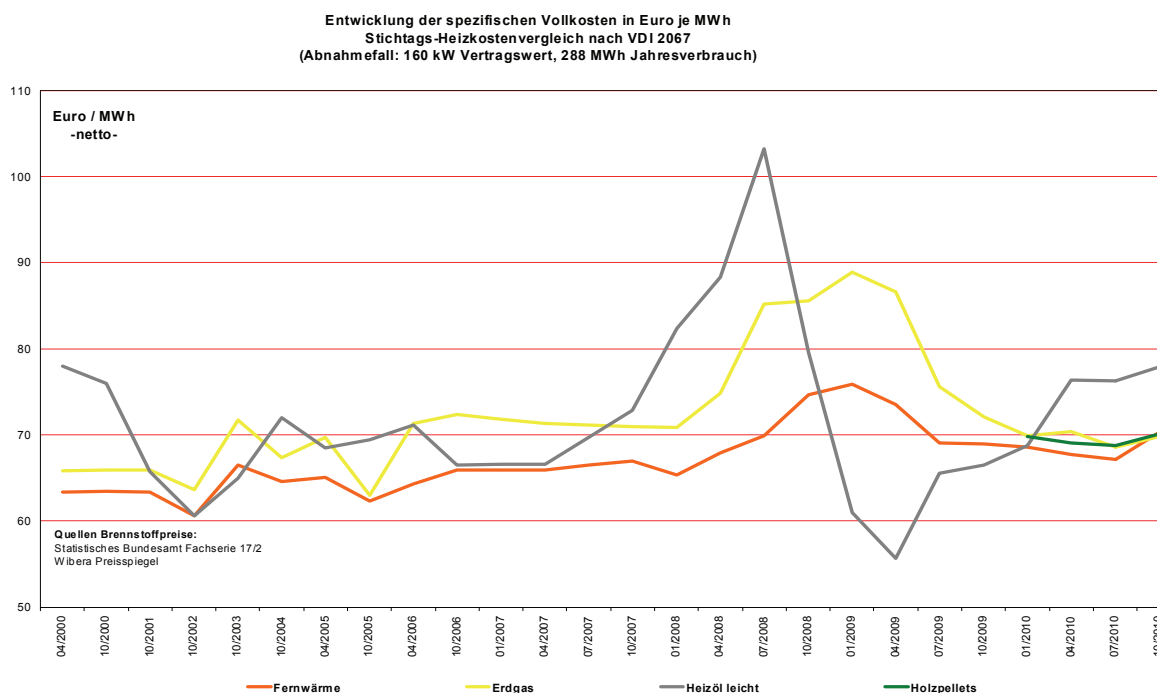
III. Bereits jetzt besteht effektiver Schutz vor missbräuchlich überhöhten Preisen

1. Fernwärmepreise unterliegen bereits einer „kleinen ex-ante-Regulierung“.

Fernwärmeversorger bieten in aller Regel langfristig vereinbarte Fernwärmelieferverträge mit einer Preisänderungsklausel an. Diese Preisänderungsklauseln wirken automatisch, das heißt der Fernwärmepreis errechnet sich aufgrund einer mathematischen Formel eindeutig. Das schließt von vornherein etwaige Preissetzungsspielräume der Fernwärmeversorger aus. Hinzu kommt, dass sich solche Klauseln nach Maßgabe des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV an den Kosten für die Erzeugung und die Bereitstellung der Wärme und dem Wärmemarkt ausrichten. Insbesondere die verpflichtende Bindung der Fernwärmepreise an den Wärmemarkt erlaubt Fernwärmeversorger nicht die ineffiziente Weitergabe von Kosten, sondern zwingt sie zu einer ständigen und effizienten Optimierung der Erzeugung und Bereitstellung der Wärme.

Über die richtige Anwendung des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV wacht die höchstrichterliche Rechtsprechung (BGH, Urt. v. 6. April 2011, VIII ZR 66/09 sowie VIII ZR 273/09; Urt. v. 6. Juli 2011, VIII ZR 37/10; Urt. v. 13. Juli 2011, VIII ZR 339/10).

Die Kontrolle nach § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV wirkt damit wie eine *ex-ante*-Regulierung. Sie führt dazu, dass sich Fernwärmepreise über lange Zeit hinweg auf einem stabilen, wenig volatilen Preisniveau bewegen.



2. Der bestehende kartellrechtliche Rahmen gewährleistet den Schutz der Kunden. Der Einbeziehung der Fernwärme in den § 29 GWB bedarf es nicht.

Sofern Fernwärmeversorger eine marktbeherrschende Stellung inne haben sollten und diese missbräuchlich ausnutzen, was wegen der Beschränkungen des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV (*Büdenbender*, Die kartellrechtliche Kontrolle der Fernwärmepreise, 2011 S. 44) mehr als zweifelhaft ist, gewährt das geltende Recht (§ 33 iVm § 19, 20 GWB) den Fernwärmekunden bereits sehr guten Schutz. Der Einbeziehung der Fernwärme in den § 29 GWB bedarf es weder aus Gründen des Prüfkonzepts noch aus Gründen der Beweislastumkehr.

In Bezug auf das Prüfkonzept erlaubt bereits § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB nach allgemeiner Auffassung sowohl die Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts als auch die Prüfung der Preise auf Kostenbasis. Darum bedarf es auch nicht einer entsprechenden Klarstellung durch § 29 S. 1 Nr. 2 GWB. Im Übrigen vermag auch eine ausdrückliche Regelung nicht die generellen rechtsstaatlichen wie wettbewerbspolitischen Bedenken gegen eine Prüfung der Preise auf Kostenbasis auszuräumen. Nicht ohne triftigen Grund stützen Kartellbehörden Missbrauchsverfügungen gegen Strom- und Gasversorger gerade nicht auf § 29 S. 1 Nr. 2 GWB.

Ebenso wenig bedarf es einer Verschärfung der Beweislastumkehr. Nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB müssen die Kartellbehörde lediglich im Rahmen einer „groben Sichtung“ (BGH, Beschl. v. 2. Februar 2010, KVR 66/08) die Vergleichbarkeit der in Bezug genommen Unternehmen darlegen. Vielmehr ist das betroffene Unternehmen gehalten, substantiiert vorzutragen, dass es mit den verglichenen Unternehmen gerade nicht vergleichbar ist.

3. Die Schwierigkeiten in der Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts werden durch die Prüfung auf Kostenbasis nicht ausgeräumt, sondern verlagert.

Fernwärme ist kein homogenes Gut. Sie wird nicht zu standardisierten Parametern angeboten. Gesetzliche Regelungen wie § 7 NAV („Spannung: 230 V; Frequenz 50 Hz“) gibt es für Fernwärme angesichts unterschiedlicher Wärmeträger (Heizwasser, Dampf), unterschiedlicher Drücke und unterschiedlicher Temperaturen gerade nicht.

Zudem gibt es gänzlich unterschiedliche technische Verfahren zur Erzeugung und Bereitstellung der Wärme. Dies gebietet Unterscheidungen insbesondere in folgender Hinsicht:

- Erzeugungsweise: KWK-Anlagen (stromgeführt; wärmegeführt) oder Heizkessel;
- Energieträger: erneuerbare Brennstoffe (Holz, Biomethan), fossile Brennstoffe (Erdgas, leichtes Heizöl, Steinkohle, Braunkohle), sonstige Brennstoffe (Müll, Ersatzbrennstoffe), alternative Technologien (Geothermie, Solarthermie, Umwandlung von Windstrom) und Abwärme, Wärmebezug von Vorlieferanten;
- Enorme Größenunterschiede mit entsprechenden Skaleneffekten;
- Immissionschutzrechtliche Anforderungen: 1. BImSchV für Kleinfeuerungsanlagen, 13. BImSchV für Großfeuerungsanlagen;

- Belastungen durch Emissionszertifikatehandel: Anlagen bis einschließlich 20 MW; über 20 MW;
- Standort: fern von oder nahe von Wärmekunden, Topographie, Verlegung in Straßenkörper;
- Rohrleitungen: nach Art (Kunststoffmantelrohre, Stahlmantelrohre) und Verlegungsweise (unterirdisch/oberirdisch, Haubenkanäle, Erdverlegung etc.).

Die sachgerechte Berücksichtigung dieser Parameter erschwert zwar die Anwendung des Vergleichsmarktprinzips, macht sie aber nicht unmöglich. Kenntnisse hierzu verschaffen sich Bundes- und Kartellbehörden durch geeignete Sektoruntersuchungen (§ 32e GWB). Die Berücksichtigung dieser Umstände macht auch nicht der Preisvergleich auf Kostenbasis entbehrlich. Will man die oben beschriebenen Effekte des „*race to the bottom*“ vermeiden, sind auch bei der Betrachtung der erforderlichen Kosten diese Differenzierungen zu berücksichtigen.

4. Keine Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem

Angesichts der geschilderten Unterschiede der Fernwärme zu Strom und Gas in Bezug auf die Art, Beschaffung und Verteilung des Produkts, auf die Struktur des Markts und auf den Rechtsrahmen ist die geforderte Gleichbehandlung von Strom, Gas und Fernwärme in § 29 GWB die Behandlung von wesentlich Ungleichem.

Herausgeber:

AGFW | Der Energieeffizienzverband für Wärme, Kälte und KWK e. V.

Stresemannallee 30, D-60596 Frankfurt am Main
Postfach 70 01 08, D-60551 Frankfurt am Main

Telefon: +49 69 6304-1
Telefax: +49 69 6304-391
E-Mail: info@agfw.de
Internet: www.agfw.de

© copyright
AGFW, Frankfurt am Main