



Wettbewerb, Regulierung und Inflation

Überblick über wettbewerbsökonomische
Handlungsoptionen

Michael Böheim

Wissenschaftliche Assistenz:
Katharina Köberl-Schmid

März 2024

Österreichisches Institut für Wirtschaftsforschung

Wettbewerb, Regulierung und Inflation

Überblick über wettbewerbsökonomische Handlungsoptionen

Michael Böheim

März 2024

Österreichisches Institut für Wirtschaftsforschung

Im Auftrag von Bundesministerium für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie

Begutachtung: Philipp Schmidt-Dengler

Wissenschaftliche Assistenz: Katharina Köberl-Schmid

Im Zuge der aufkommenden Diskussion um Inflationsbekämpfungsinitiativen wurden sehr schnell auch wettbewerbsaktivierende Maßnahmen von der Politik gefordert. Obgleich die Wettbewerbspolitik Fehlentwicklungen von Geld- und Fiskalpolitik nicht egalisieren kann, ist sie aber dennoch in der Lage einen langfristigen Beitrag zur Inflationsdämpfung zu leisten. Basierend auf einem Überblick über Märkte mit einer besonders hohen Marktkonzentration werden wettbewerbsökonomische Analysen, inwieweit aus dieser hohen Marktkonzentration tatsächlich inflationstreibende Beeinträchtigungen des funktionierenden Wettbewerbs resultieren, angestellt. Neben kurzfristig realisierbaren Maßnahmen zur Intensivierung des Wettbewerbs auf Basis des geltenden Rechtsrahmens werden auch Reformoptionen für das österreichische Wettbewerbsrecht diskutiert. Darüber hinaus werden auch Optionen für die Nutzung der durch öffentliches Eigentum an Unternehmen gegebenen Einflussmöglichkeiten auf unternehmerische Entscheidungen zum Wohle der Allgemeinheit, insbesondere im Energiebereich, ausgelotet. Zusammenfassende Schlussfolgerungen für die österreichische Wettbewerbspolitik runden die Analyse ab.

2024/2/S/WIFO-Projektnummer: 23073

© 2024 Österreichisches Institut für Wirtschaftsforschung

Medieninhaber (Verleger), Hersteller: Österreichisches Institut für Wirtschaftsforschung

1030 Wien, Arsenal, Objekt 20 • Tel. (43 1) 798 26 01 0 • <https://www.wifo.ac.at> • Verlags- und Herstellungsort: Wien

Verkaufspreis: 30 € • Kostenloser Download: <https://www.wifo.ac.at/wwa/pubid/71171>

Wettbewerb, Regulierung und Inflation

Überblick über wettbewerbsökonomische Handlungsoptionen

Policy Brief im Auftrag des Bundesministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie

Michael Böheim

Inhalt

1.	Einleitung	2
2.	Marktkonzentration und Wettbewerb	3
2.1	Vorbemerkung	3
2.2	Marktkonzentration in Österreich	3
2.3	Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch hohe Marktkonzentration in ausgewählten Märkten	5
2.3.1	Lebensmitteleinzelhandel	5
2.3.2	Energiewirtschaft	7
3.	Vorausschauende Wettbewerbspolitik als Hebel zur Intensivierung des Wettbewerbs	9
4.	Reformoptionen für das österreichische Kartell- und Wettbewerbsrecht	11
4.1	Zielgenaue Fusionskontrolle	11
4.2	Verschärfte Missbrauchsaufsicht	12
4.3	Verstoß unabhängige Maßnahmen zur Beseitigung fortwährender Störungen des Wettbewerbs	14
5.	Öffentliches Eigentum an Unternehmen	15
6.	Zusammenfassende Schlussfolgerungen	17

1. Einleitung

Trotz erster rückläufiger Tendenzen verbleibt die Inflation in Österreich nach wie vor auf hohem Niveau. Die Inflation in Österreich lag in den letzten Monaten auch durchgehend über der durchschnittlichen Inflationsrate in der Europäischen Union oder der Eurozone. Die Teuerungsraten der wichtigsten Handelspartner Österreichs (mit Ausnahme Ungarns) liegen laut Eurostat ebenfalls deutlich unter jener in Österreich. Die preisliche Wettbewerbsfähigkeit der österreichischen Exportwirtschaft beginnt zu erodieren.

Die Ursachen für die Teuerung sind vielfältig. Waren anfänglich die stark steigenden Energiepreise als Resultat des russischen Angriffskrieges und der hohen Abhängigkeit von russischem Erdgas ausschlaggebend, steigen die Preise mittlerweile auf breiter Basis. Neben der Geldpolitik, der Konjunktur und dem Arbeitsmarkt wirkt auch der Wettbewerb auf das Preisniveau. Steigende Endverbraucherpreise können durch eine Verteuerung der Produktionsfaktoren oder durch Ausnützung marktbeherrschender Stellungen getrieben werden. Hinzu kommt, dass sinkende Produktionskosten bei Wettbewerbsdefiziten nicht oder nur teilweise weitergegeben werden. In einer Wettbewerbssituation ist es wahrscheinlicher, dass Unternehmen Kostenvorteile an die Konsument:innen weitergeben, um keine Marktanteile zu verlieren.

Angesichts der Beschleunigung des Preisauftriebs nimmt deshalb auch das Interesse (und damit die Erwartungshaltung) an Wettbewerbspolitik deutlich zu.¹ Obgleich Wettbewerbspolitik ihre positiven Wirkungen auf Preise, Innovationen, Wachstum und Beschäftigung nur mittel- bis langfristig voll entfalten kann (Böheim, 2007)², lassen sich auch kurzfristig(er) umsetzbare und wirksame Maßnahmen zur Intensivierung des Wettbewerbs identifizieren.

In der gegenständlichen Kurzanalyse wird zur Orientierung ein skizzenhafter Überblick über folgende wettbewerbsökonomische Themen gegeben, indem ...

- einleitend der Hintergrund und die Ziele der Kurzanalyse kontextualisiert werden (Abschnitt 1);
- ausgewählte Märkte, die in Österreich einer besonders hohen Marktkonzentration unterliegen, identifiziert und auf Grundlage dieser empirischen Evidenz wettbewerbsökonomische Analysen, inwieweit aus dieser hohen Marktkonzentration tatsächlich (Inflation treibende) Beeinträchtigungen des funktionierenden Wettbewerbs resultieren (könnten), angestellt werden (Abschnitt 2);
- das Konzept einer vorausschauenden Wettbewerbspolitik auf quantitativen Grundlagen de lege lata als Hebel zur Intensivierung des Wettbewerbs vorgestellt wird (Abschnitt 3);
- Reformoptionen für das österreichischen Kartell- und Wettbewerbsrecht auf der Grundlage internationaler best practices de lege ferenda zur Diskussion gestellt werden (Abschnitt 4);

¹ Vgl. das Maßnahmenpaket der Bundesregierung gegen die Teuerung (MRV 58/15 vom 10.Mai 2023). <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/medien/ministerraete/ministerraete-seit-dezember-2021/58-mr-10-mai.html>

² https://www.wifo.ac.at/publikationen/publikationssuche?detail-view=yes&publikation_id=28543

- Optionen für die Nutzung der durch das (partielle) öffentliche Eigentum an Unternehmen gegebenen Einflussmöglichkeiten auf unternehmerische Entscheidungen zum Wohle der Allgemeinheit, insbesondere im Energiebereich, ausgelotet werden (Abschnitt 5);
- zusammenfassende Schlussfolgerungen für die österreichische Wettbewerbspolitik gezogen werden (Abschnitt 6).

2. Marktkonzentration und Wettbewerb

2.1 Vorbemerkung

Hinsichtlich des Zusammenhangs zwischen Marktkonzentration und Wettbewerb(sintensität) herrscht in der wettbewerbsökonomischen Literatur keine Einigkeit. Marktkonzentration wird einerseits als ein begünstigender und kausaler Faktor für Preisabsprachen gesehen³, kann andererseits aber auch ein endogenes Phänomen sein und muss nicht unbedingt eine notwendige und hinreichende Bedingung für kollusives Verhalten darstellen.⁴ Daraus kann abgeleitet werden, dass es jedenfalls einer tiefergehenden Analyse auf Ebene des konkreten relevanten Marktes bedarf, um robuste wettbewerbsökonomische Schlussfolgerungen ziehen zu können.

2.2 Marktkonzentration in Österreich

In wichtigen Sektoren der österreichischen Wirtschaft ist eine besonders hohe Marktkonzentration zu beobachten (Abbildung 1). Auf diesen Märkten agieren mitunter nicht einmal fünf konkurrierende Unternehmen mit bedeutenden Marktanteilen. Für solche enge Oligopolmärkte lässt sich aus der Spieltheorie eine große wettbewerbsgefährdende Kollusionsgefahr ableiten – eine strukturelle Konstellation, die (potenziell) „fruchtbaren Boden“ für Marktmachtmissbräuche vielfältigster Art bietet.

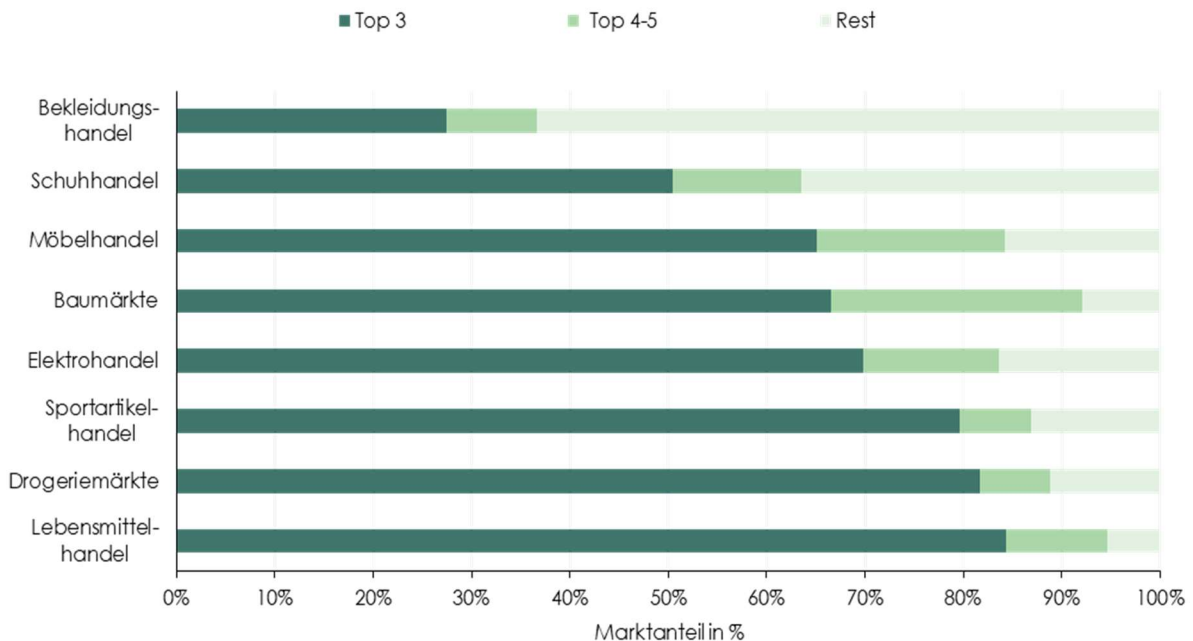
Die hohe Marktkonzentration beruht nicht nur auf organischem Wachstum, sondern wurde auch durch (nicht untersagte) Unternehmenszusammenschlüsse und Übernahmen in der Vergangenheit stark vorangetrieben. In diesen hochkonzentrierten Märkten hat in Österreich die präventive Wettbewerbspolitik, deren Aufgabe es ist, wettbewerbseinschränkende Marktkonzentrationen erst gar nicht entstehen zu lassen, versagt. Die Gründe dafür sind einerseits in wettbewerbspolitischen Versäumnissen der Vergangenheit zu suchen sowie andererseits in unzureichenden rechtlichen und institutionellen Rahmenbedingungen des „alten“ (bis zum 30.6.2002 geltenden) Kartellgesetzes (Böheim, 2002)⁵.

³ Selten, R., A simple model of imperfect competition where four are few and six are many, *International Journal of Game Theory* 1973 (2), 141-201.

⁴ Schmidt / Rittaler (1989). Evaluating Concentration from the Chicago Point of View. In: A Critical Evaluation of the Chicago School of Antitrust Analysis. *Studies in Industrial Organization*, Vol 9. https://doi.org/10.1007/978-94-009-2567-0_5

⁵ https://www.wifo.ac.at/publikationen/publikationssuche?detail-view=yes&publikation_id=21983

Abbildung 1: Marktkonzentration in ausgewählten Wirtschaftszweigen in Österreich



Quelle: Regiodata Research 2023, WIFO-Darstellung.

Erst mit der per 1.7.2002 in Kraft getretenen Novelle zum Kartell- und Wettbewerbsgesetz (BGBl I 62/2002 vom 16. April 2002) wurden die größten rechtlichen und institutionellen Unzulänglichkeiten ausgemerzt. Für einige Marktsegmente, wie insbesondere den Lebensmitteleinzelhandel, kam diese Gesetzesreform zu spät, sodass die „wettbewerbspolitischen Schatten der Vergangenheit“ bis heute nachwirken.

In vielen Märkten hatten die Marktführer ihre „Claims“ bereits abgesteckt, ohne dass die wettbewerbspolitischen Verantwortungsträger in der Vergangenheit dagegen etwas unternommen hätten. Obwohl eine Zerschlagung dieser Marktmachtzentren bei wiederholtem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung als ultima ratio⁶ rechtlich möglich wäre, war der (wettbewerbs-)politische Konsens für Maßnahmen dieser drastischen Art bisher nicht zu finden.

In einigen Bereichen ist bereits eine äußerst bedenkliche Wettbewerbssituation eingetreten, sodass allfällige weitere Konzentrationstendenzen hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf den Wettbewerb besonders streng hinterfragt werden müssen. Diesbezüglich ist eine Erhöhung der Marktkonzentration durch organisches Unternehmenswachstum von einem Zukauf von Marktanteilen durch Unternehmenszusammenschlüsse und Übernahmen zu unterscheiden. Während sich Ersteres als Bestätigung eines überlegenen Geschäftsmodells im marktwirtschaftlichen Wettbewerb der wettbewerbsbehördlichen Intervention entzieht, gebietet sich bei Zwei-

⁶ Thyri in Egger/Harsdorf-Borsch (Hrsg), Kartellrecht (2022), §26, Rz 20.

terem auf bereits stark konzentrierten Märkten ein besonders rigider Zugang bei der Fusionskontrolle. Insbesondere im Nachgang von Insolvenzen wurden in der Vergangenheit „Sanierungsfusionen“ (zu) einfach durchgewunken ohne die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb ausreichend zu berücksichtigen.⁷

Wenn schon der „wettbewerbspolitische Mut“ zur Entflechtung nicht als prinzipiell gegeben angenommen werden kann, muss künftig umso mehr einer präventiven Verhinderung weiterer Marktkonzentration in bereits hochkonzentrierten Sektoren auf der wettbewerbspolitischen Agenda eine besonders hohe Priorität eingeräumt werden.

2.3 Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch hohe Marktkonzentration in ausgewählten Märkten

Als zwei prototypische Beispiele wie (unterschiedlich) sich eine hohe Marktkonzentration auf den Wettbewerb auswirken kann, werden nachfolgend der Lebensmitteleinzelhandel (LEH) und die Energiewirtschaft behandelt.

2.3.1 Lebensmitteleinzelhandel

Der Lebensmittelhandel stellt (nicht nur, aber auch) in Österreich einen sehr stark konzentrierten Markt, der den mikroökonomischen Strukturmerkmalen des engen Oligopols entspricht, dar. Im Wesentlichen teilen sich vier Handelsketten (Spar, Rewe, Hofer und Lidl) den Markt auf, andere Wettbewerber (z.B. M-Preis, Unimarkt) haben österreichweit keine große Bedeutung und spielen allenfalls regional eine größere Rolle.

Dem engen Oligopol inhärent ist eine große (potenzielle) Kollusionsgefahr, da die Wahrscheinlichkeit zu horizontalen Absprachen und Kartellbildungen mit abnehmender Anzahl (bedeutender) Marktteilnehmer zunimmt.⁸ Da eine hohe Marktkonzentration allenfalls eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für eine tatsächliche Beschränkung des Wettbewerbs darstellt, ist das Innehaben einer dominanten Marktposition per se auch nach geltender Rechtslage nicht untersagt. Gemäß österreichischem Kartellgesetz ist bloß der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verboten. Dieser Missbrauch ist vor dem Kartellgericht zu beweisen, was für die Wettbewerbsbehörden regelmäßig eine große Herausforderung darstellt. Ohne Insiderinformationen von Kronzeugen bleiben praktisch so gut wie alle Marktmachtmissbräuche und Kartellbildungen unentdeckt.⁹

Bemerkenswert ist, dass einzelnen Lebensmittelhändlern nachgewiesene¹⁰ Verstöße gegen das Kartellgesetz regelmäßig (bloß) vertikale Absprachen (mit Lieferanten auf einer vorgelagerten Wertschöpfungsstufe) oder Marktmachtmissbrauch gegenüber Lieferanten umfasst haben,

⁷ Durch rezente Insolvenzen im Möbel-, Schuh- und Automobilzubehörhandel sind (Versuche von) Sanierungsfusionen in nächster Zeit verstärkt zu erwarten.

⁸ Vgl. Selten, R., A simple model of imperfect competition where four are few and six are many, *International Journal of Game Theory* 1973 (2), 141-201.

⁹ Siehe dazu im Detail Abschnitt 4.1.

¹⁰ Über (allenfalls) nicht entdeckte Absprachen und Kartelle kann klarerweise keine Aussage getroffen werden.

aber nicht direkte horizontale Absprachen (mit Konkurrenten auf der gleichen Wertschöpfungsstufe).¹¹ Auch im Rahmen der umfassenden Branchenuntersuchung „Lebensmittel“ der Bundeswettbewerbsbehörde¹² konnten (einmal mehr) keine horizontalen Preisabsprachen nachgewiesen werden. Es ist somit davon auszugehen, dass im österreichischen Lebensmittelhandel trotz hoher Marktkonzentration aktuell ein funktionierender Wettbewerb zwischen den vier großen Lebensmittelhandelskonzernen herrscht.

In der öffentlichen Diskussion wird als Indiz für Preisabsprachen mitunter insbesondere die Uniformität der Preise bei vergleichbaren Eigenmarkenprodukten angeführt. Aus dieser Situation am Markt kann allerdings keine direkte Kausalität abgeleitet werden. Ganz im Gegenteil zeichnen sich doch gerade (vollkommene) Wettbewerbsmärkte durch einheitliche Preise aus („*law of one price*“).¹³ Es ist davon auszugehen, dass die Preise von Eigenmarkenprodukten, die sich insbesondere im Diskontbereich am Angebot des „Leitdiskonters“ (in Österreich: Hofer) orientieren, zu einem uniformen Marktpreis konvergieren (werden). Da im Diskontsegment die Kundenschaft besonders preissensibel und damit die Preiselastizität der Nachfrage hoch ist, würde bereits eine geringe Preisdifferenz zu einer Kundenabwanderung führen. Somit besteht die einzig sinnvolle Preisstrategie darin, den Preis des „Leitdiskonters“ zu kopieren, um preislich konkurrenzfähig zu sein. Um diese Strategie umzusetzen sind weder explizite, noch implizite Preisabsprachen notwendig, da die bloße Marktbeobachtung dazu ausreicht.

(Zulässiges) Parallelverhalten als Ausnützung des individuellen Rechts eines Unternehmens, sich dem Verhalten der Konkurrenz auf intelligente Weise (strategische Preissetzung wie oben beschrieben) anzupassen, widerspricht grundsätzlich nicht dem kartellrechtlichen Selbständigkeitspostulat eines Unternehmens und stellt deshalb auch keine verbotene abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des § 1 Abs. 1 KartG dar.¹⁴ Mangels (des Nachweises von unzulässigen) Interaktionshandlungen zwischen den Lebensmittelhändlern zum Zwecke der Preisharmonisierung muss davon ausgegangen werden, dass durch reine Marktbeobachtung zustande kommende uniforme Preise zulässig (zustande gekommen) sind.

Gerade im Diskontsegment gibt es im LEH in Österreich trotz der hohen Marktstruktur einen lebhaften Wettbewerb. Verantwortlich dafür ist die „Preistrichterfunktion“ des Leitdiskonters (Hofer), an dessen Preissetzungsverhalten sich die Konkurrenz orientiert. Diese Vorgangsweise ist als zulässiges strategisches Verhalten auf der Basis der Marktbeobachtung zu qualifizieren.

¹¹ In der richtungsweisenden Entscheidung des Kartellobergerichts (OGH 08.10.2015 16 Ok 2/15b) gegen SPAR wurde festgestellt, dass die als vertikale Absprache zwischen SPAR und seinen Lieferanten indirekt wie eine horizontale Preisabsprache gewirkt hat, obgleich keine direkten Absprachen zwischen SPAR und anderen Lebensmittelhändlern nachgewiesen werden konnten. Siehe dazu im Detail: Wollmann, Resale Price Maintenance, Hub & Spoke und Bußgeldbemessung, ÖBl 2016.

¹² Siehe https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/BU-LM_final_Stand_20231102_final.pdf

¹³ https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1057/978-1-349-94848-2_543-1

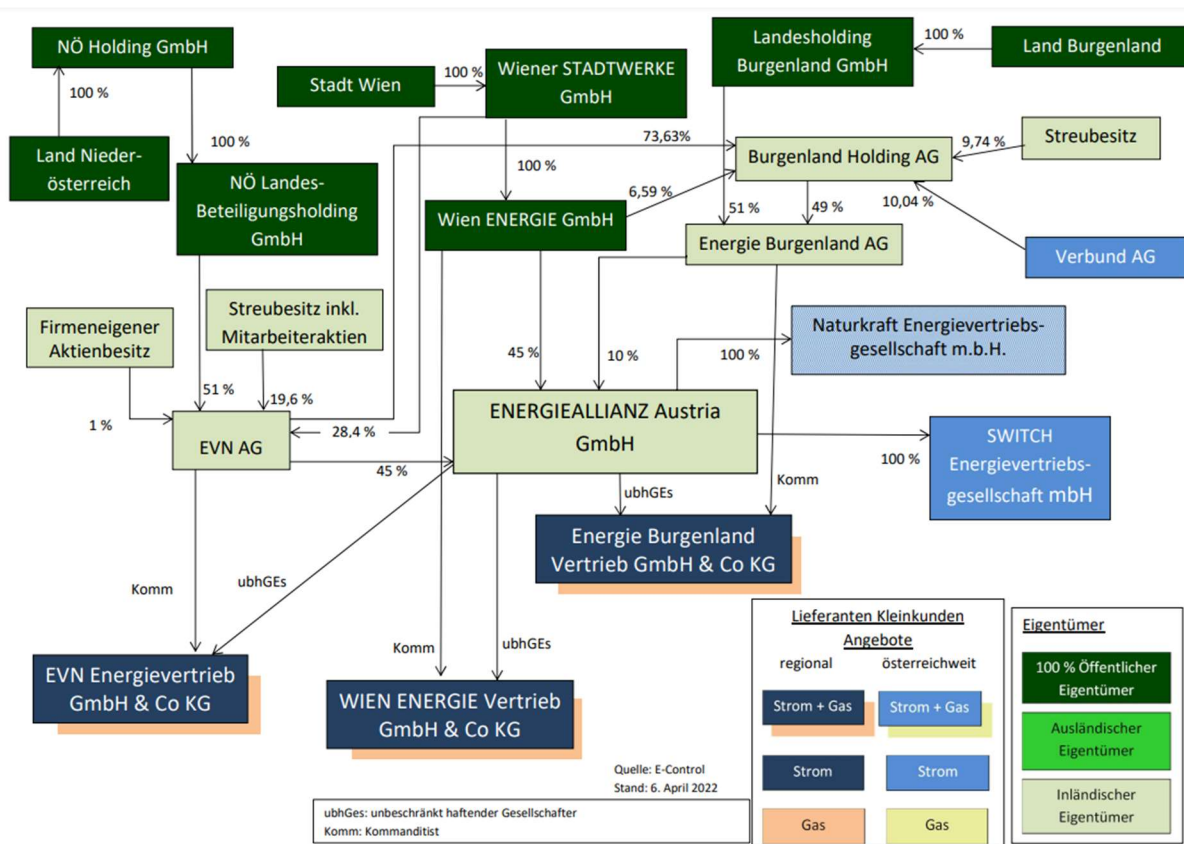
¹⁴ Hiersche/Mertel in Egger/Harsdorf-Borsch (Hrsg), Kartellrecht (2022), §1, Rz 62 ff.

2.3.2 Energiewirtschaft

Die Energiewirtschaft stellt einen durch einen dichten regulatorischen Rahmen und durch öffentliches Eigentum dominierten Sektor in Österreich dar.

In Österreich hat der Staat in der Energiewirtschaft traditionell eine sehr starke Position inne. Dementsprechend kommt der öffentlichen Hand auch eine hohe Verantwortung als Eigentümerin zu. Per Verfassungsgesetz abgesichert, hat die Mehrheit (min. 51%) des Aktienkapitals der Verbundgesellschaft und der neun Landesenergieversorger im Eigentum der öffentlichen Hand zu stehen. Die Aktionärsstruktur der österreichischen Energieversorgungsunternehmen (EVU) ist nicht homogen.¹⁵

Abbildung 2: Eigentumsverhältnisse in der österreichischen Energiewirtschaft



Quelle: E-Control. – Eine detailliertere Darstellung findet sich auf <https://www.e-control.at/marktteilnehmer/gas/eigentumsverhaeltnisse>

¹⁵ Im Wesentlichen lassen sich bei der Aktionärsstruktur drei Varianten unterscheiden, einerseits börsennotierte EVU mit privatem Streubesitz (Verbund, EVN), zweitens EVU in öffentlich-privatem Mischeigentum ohne Börsennotierung (Energie AG OÖ, KELAG, Salzburg AG) sowie schließlich drittens EVU, die ausschließlich im Eigentum von Bundesländern (Burgenland Energie, Energie Steiermark, illwerke vkw, TIWAG, Wien Energie) oder anderen Gebietskörperschaften („Stadtwerke“) sind.

Allen Spielarten ist aber gemeinsam, dass die öffentliche Hand der bestimmende Mehrheitsaktionär ist. Aus der Mehrfachrolle der öffentlichen Hand als Eigentümer der EVUs und als für die regulatorischen Rahmenbedingungen verantwortlicher Gesetzgeber resultiert ein wettbewerbsbeschränkender Interessenkonflikt. Einerseits wäre die öffentliche Hand zur Etablierung von funktionsfähigem Wettbewerb, der die Margen der Versorgungsunternehmen verringert verpflichtet, während andererseits als Eigentümer das Interesse besteht, die Renten aus den (früheren) regionalen Monopolen hochzuhalten, d. h. sie möglichst gegenüber dem freien Wettbewerb abzuschirmen. Deshalb konkurrenzieren sich die einzelnen Landesenergieversorger auch nicht gegenseitig. Wien, Niederösterreich und das Burgenland bilden sogar ein (genehmigtes) Vertriebskartell mit harmonisierten Produkten und Preisen für die Ostregion. Darüber hinaus sind nirgendwo die Energieversorger über Kreuzbeteiligungen so intensiv miteinander verflochten wie in Österreich (Abbildung 2).¹⁶

Es ist den EVUs gelungen ihre regionalen Monopole im Energievertrieb trotz Marktliberalisierung weitestgehend über die Zeit zu konservieren. Unter diesen Rahmenbedingungen kann Wettbewerb nicht richtig gedeihen. Es besteht in der Energiewirtschaft ein bisher zu wenig ernstgenommener Zielkonflikt zwischen von der öffentlichen Eigentümerseite erwarteten hohen Dividenden und den von der Politik versprochenen niedrigen Strompreisen sowie den von den Beschäftigten der Energiewirtschaft gewohnten äußerst attraktiven Gehältern.¹⁷ Im Zweifelsfall blieb bisher in Österreich der Wettbewerb auf der Strecke und die Konsumenten bezahlten dafür über (zu) hohe Energiepreise.¹⁸

Die Wettbewerbs- und Regulierungspolitik hat in der Vergangenheit wenig unternommen, um dieser standortschädlichen und konsumentenunfreundlichen Entwicklung entschlossen entgegenzutreten. Die Lösung des Zielkonflikts ist eine Frage der strategischen Prioritätensetzung der öffentlichen Hand als Eigentümer der EVUs. Eine stärker wettbewerbsorientierte Herangehensweise erscheint dabei dringend erforderlich.¹⁹

¹⁶ <https://www.e-control.at/marktteilnehmer/gas/eigentumsverhaeltnisse>

¹⁷ Die Energiewirtschaft genießt diesbezüglich in Österreich sowohl die Privilegien des öffentlichen Eigentums als auch die Vorteile der Privatwirtschaft, ohne allerdings dem gleichen unternehmerischen Risiko ausgesetzt zu sein. Die personelle Verflechtung durch die Beschäftigung ehemaliger Politiker (und ihrer Entourage) ist deutlich überdurchschnittlich (vgl. https://pure.mpg.de/rest/items/item_1944114/component/file_2127479/content).

¹⁸ Insbesondere verdient der Zusammenhang zwischen den drei in Österreich vorherrschenden Varianten der Aktiennstruktur (Fußnote 15) und der Preisgestaltung bzw. den Gewinnmargen der EVU eine tiefergehende Analyse, um auf der Grundlage empirischer Evidenz robuste Schlussfolgerungen betreffend die Beurteilung der Wirkung und des Nutzens öffentlichen Eigentums ableiten zu können.

¹⁹ Welcher Spielraum der öffentlichen Hand als Eigentümerin der EVUs zur konsumentenfreundlichen und standortorientierten strategischen Neupositionierung der Energiewirtschaft zukommt, wird in Abschnitt 5 im Detail thematisiert.

3. Vorausschauende Wettbewerbspolitik als Hebel zur Intensivierung des Wettbewerbs

Das WIFO hat bereits im Jahr 2006 im Rahmen seines Weißbuches für Wachstum und Beschäftigung die Strategie einer vorausschauenden Wettbewerbspolitik vorgeschlagen. Wettbewerbspolitik ist demnach mehr als das bloße Abarbeiten von konkreten Kartellrechtsfällen. Eine moderne Wettbewerbspolitik setzt eine mit anderen Politikbereichen (Industriepolitik, Energiepolitik, Umweltpolitik usw.) abgestimmte Gesamtstrategie ("Grand Design") voraus. Eine solche wettbewerbspolitische Gesamtstrategie ist für Österreich nach wie vor mit Nachdruck einzufordern. Von der Politik sind diesbezüglich klare operationalisierbare Ziele vorzugeben.²⁰

Als (ein zentrales) Instrument dieser proaktiven Wettbewerbspolitik wurde u. a. ein quantitatives Wettbewerbsmonitoring zur Identifikation von Sektoren empfohlen, die aufgrund von Wettbewerbsbeschränkungen eine tiefergehende Untersuchung rechtfertigen.²¹

Diesen WIFO-Vorschlag und entsprechend daran anknüpfende Initiativen des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen und der wettbewerbspolitischen Praxis aufgreifend wurde mit der seit 1. März 2013 wirksamen Wettbewerbsrechtsnovelle (KaWeRÄG 2012) ein Wettbewerbsmonitoring als (ein zusätzlicher) Aufgabenbereich der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) gesetzlich verankert.²²

Die betreffende Gesetzespassage ist allerdings äußerst vage formuliert und lässt dementsprechend (zu)viel Freiraum in der inhaltlichen Interpretation. Insbesondere wird vom Gesetzgeber vermieden, den Begriff "Wettbewerbsmonitoring" ausreichend differenziert zu definieren. Aus den erläuterten Bemerkungen zur Regierungsvorlage ist zumindest zu erahnen, was damit gemeint sein könnte, obgleich auch hier keine exakten Vorgaben zu entnehmen sind.

Allgemein gefasst kann unter Wettbewerbsmonitoring die systematische Erhebung und Analyse verschiedener wettbewerbsrelevanter Indikatoren verstanden werden,²³ indem

„... insbesondere die Wettbewerbsintensität bestimmter Wirtschaftszweige bzw. wettbewerbsrechtlich relevanter Märkte durch die Beobachtung der Entwicklung von Indikatoren, die für diese wesentlich sind, über mehrere Jahre dargestellt werden. Solche Indikatoren können u. a. der Konzentrationsgrad, die Regulierung des Sektors und Preisentwicklungen im internationalen Vergleich und im Verhältnis zu angebots- und nachfrageseitigen Einflussfaktoren sein. Die Anzahl der Marktteilnehmer sowie Zu- und Austritte sind ebenso ein Indiz für die Situation des Wettbewerbs in einer Branche.“²⁴

²⁰https://www.wifo.ac.at/jart/prj3/wifo/resources/person_dokument/person_dokument.jart?publikationsid=28543&mime_type=application/pdf

²¹https://www.wifo.ac.at/jart/prj3/wifo/resources/person_dokument/person_dokument.jart?publikationsid=46655&mime_type=application/pdf

²² Aktuell geregelt in § 2 Abs. 1 Zif. 5 Wettbewerbsgesetz (ursprünglich: Zif. 8.)

²³ Ranftl/Harsdorf-Borsch in Egger/Harsdorf-Borsch (Hrsg), Kartellrecht (2022), § 2 WettbG, Rz 16.

²⁴ 1804 dB XXIV. GP-RV-Vorblatt und Erläuterungen, S. 13

In den Gesetzesmaterialien wird allgemein auf (öffentlich verfügbare) Datenquellen von Statistik Austria, Eurostat, Wirtschafts- und Kreditsschutzverbänden, der Sektorregulatoren (E-Control, RTR, Schienencontrol) sowie auf Geschäftsberichte von Unternehmen und das Firmenbuch bzw. Unternehmensregister verwiesen, ohne allerdings näher zu spezifizieren, welche konkreten Daten für ein Wettbewerbsmonitoring überhaupt geeignet wären und gegebenenfalls auch von den genannten Institutionen unter welchen Voraussetzungen für die Nutzung als wettbewerbspolitisches Instrument zur Verfügung gestellt werden könnten.

Da der notwendigen Konkretisierung, um ein Wettbewerbsmonitoring auch operativ in die Praxis umsetzen zu können, bisher nicht in ausreichendem Maße nähergetreten wurde, erscheint in einem ersten Schritt die Durchführung einer vertiefenden Machbarkeitsstudie empfehlenswert.²⁵

Konkrete Ansatzpunkte für die Ausarbeitung eines österreichischen Wettbewerbsmonitorings lassen sich bspw. auch in vergleichbaren Initiativen in Dänemark und den Niederlanden finden. Die dänische Wettbewerbsbehörde entwickelte einen groben Analyseraster zur Identifikation von wettbewerbspolitischen "Problembereichen" in vorausschauenden Berichten, die mit einem eigens dafür konzipierten ökonomischen Analyseraster und mit Ländervergleichen ("Benchmarking") arbeiteten. Die niederländische Wettbewerbsbehörde hat mit einem Wettbewerbsindex ein wettbewerbsökonomisch fundiertes Analyseinstrument entwickelt, das anhand eines Indikatorsets ebenfalls vorausschauende Wettbewerbsanalysen fundiert (Böheim, 2008).²⁶

Die gesetzliche Regelung zum Wettbewerbsmonitoring leidet aber nicht nur unter mangelnder inhaltlicher Spezifikation, sondern auch unter folgenden Einschränkungen.

1. Gemäß §2 Abs 1 Zif. 5 WettbG ist die BWB zur Durchführung eines Wettbewerbsmonitorings nicht verpflichtet, sondern bloß befugt. Die Durchführung des Wettbewerbsmonitorings obliegt daher der (subjektiven) Einschätzung der BWB, weshalb die Anreize es tatsächlich in die Tat umzusetzen deutlich reduziert sind.²⁷ Aufgrund der Bedeutung des Wettbewerbsmonitorings im Rahmen einer vorausschauenden Wettbewerbspolitik sollte der BWB dieser diskretionäre Entscheidungsspielraum genommen werden.
2. Gemäß § 11a Abs. 9 WettbG darf die BWB für das Wettbewerbsmonitoring bloß öffentlich verfügbare Daten heranziehen. Im Sinne eines aussagekräftigen und umfassenden Wettbewerbsmonitorings ist allerdings eine umfassende Datengrundlage eine unabdingbare Voraussetzung, weshalb diese kontraproduktive Restriktion gestrichen werden sollte.

²⁵ Eine Machbarkeitsstudie hat die grundsätzlichen Anforderungen an ein Wettbewerbsmonitoring durch die BWB auf der Grundlage der wettbewerbsökonomischen Literatur und vorhandener Daten sowie ggf. unter Einbeziehung internationaler Beispiele zu definieren. In diesem Sinne kann eine Machbarkeitsstudie die Grundlage für die tatsächliche Umsetzung eines konkreten Wettbewerbsmonitorings durch die BWB in einem darauffolgenden Schritt sein.

²⁶ https://www.wifo.ac.at/publikationen/publikationssuche?detail-view=yes&publikation_id=46655

²⁷ Das mag mit ein Grund dafür sein, dass über ein von der BWB vorgelegtes Arbeitspapier zum Thema Wettbewerbsmonitoring hinaus, keine weiteren konkreten Schritte zu dessen Umsetzung gesetzt wurden. https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/Downloads/publikationen/Arbeitspapier%20der%20BWB%20zu%20Wettbewerbsmonitoring.pdf

4. Reformoptionen für das österreichische Kartell- und Wettbewerbsrecht

Um dauerhaft verkrustete wettbewerbsbehindernde Strukturen auf bestimmten Märkten aufzubrechen, sind die herkömmlichen Instrumente der Kartellverbots-, Missbrauchs- und Fusionskontrolle nicht immer ausreichend wirksam.²⁸

Vor dem Hintergrund der aktuellen Preisentwicklungen in unterschiedlichen Sektoren (zB Lebensmittel und Energie), die mitunter (auch) auf das Fehlen wirksamen Wettbewerbs zurückzuführen sind, sind verschiedene Maßnahmen zur Verschärfung des österreichischen Kartellrechts denkbar. Die beispielhaft vorgestellten Maßnahmen orientieren sich an bewährten *best practices* und greifen in unterschiedlicher Intensität in das bestehende Gefüge des österreichischen Kartellrechtvollzugs ein. Es ist mehr eine Frage des Willens des Gesetzgebers eine Verschärfung des kartellrechtlichen Instrumentenkastens tatsächlich umzusetzen als eine Frage der juristischen Zulässigkeit.

So ist in Deutschland durch entsprechende Anpassungen bereits in wesentlichen Teilbereichen eine deutlich strengere Missbrauchsaufsicht als in Österreich möglich. Bereits vor mehr als 15 Jahren wurde eine verschärfte Missbrauchsaufsicht im Energiesektor mit Beweislastumkehr eingeführt, die nun mit im Anschluss an Sektoruntersuchungen²⁹ zulässigen Verstoß unabhängigen Maßnahmen zur Beseitigung fortwährender Störungen des Wettbewerbs, die bis zur amtswegigen Entflechtung reichen können, ihre konsequente Fortsetzung finden.

Die nachfolgend diskutierten Reformoptionen für das österreichischen Kartell- und Wettbewerbsrecht lehnen sich partiell an die einschlägigen Bestimmungen des (deutschen) Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels (2007: § 29 GWB) bzw. rezenten elften GWB-Novelle (2023: § 32f GWB) implementiert wurden, an.

4.1 Zielgenaue Fusionskontrolle

Um einer weiteren wettbewerbschädlichen Marktkonzentration entgegenzuwirken ist eine zielgenaue Fusionskontrolle notwendig. Diesbezüglich erscheinen für Österreich zwei Reformoptionen sinnvoll.

1. Streichung der ausufernden industriepolitischen Rechtfertigungsgründe

Die überschießend weit formulierten (und durch das KaWeRÄG 2021 nochmals erweiterten) Rechtfertigungsgründe des § 12 Abs 2 KartG erscheinen wettbewerbspolitisch problematisch. Zusammenschlüsse, die wettbewerbslich bedenklich sind, sollten nicht aus vagen wirtschafts- oder standortpolitischen Erwägungen heraus genehmigt werden können. Hier sollte die inhaltliche Abwägung der Fusionskontrolle durch Streichung der Zif. 2 und 3 *leg cit* wieder auf stärker wettbewerbsliche Parameter beschränkt werden.

²⁸ https://www.diw.de/de/diw_01.c.869858.de/reform_des_wettbewerbsrechts_ist_ein_wichtiger_und_begruessenswerter_schritt.html

²⁹ Sektoruntersuchungen des deutschen Bundeskartellamts sind das Pendant zu den Branchenuntersuchungen der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde.

2. Anordnung der Anmeldung von Fusionen unterhalb der Schwellenwerte

Im Zusammenhang mit den Ergebnissen einer Branchenuntersuchung könnten nach deutschem Vorbild Unternehmen (anlassbezogen und sektorspezifisch) zu einer erweiterten Anmeldung von Zusammenschlüssen (auch unterhalb der regulären Umsatzen-schwellen des § 9 KartG) verpflichtet werden.³⁰

4.2 Verschärfte Missbrauchsaufsicht

Gemäß § 29 GWB ist es einem Unternehmen verboten, als Anbieter von Elektrizität, Fernwärme oder leitungsgebundenem Gas (Versorgungsunternehmen) auf einem Markt, auf dem es allein oder zusammen mit anderen Versorgungsunternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat, diese Stellung missbräuchlich auszunutzen, indem es

1. ...Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die ungünstiger sind als diejenigen anderer Versorgungsunternehmen oder von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten, es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, dass die Abweichung sachlich gerechtfertigt ist, wobei die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast nur in Verfahren vor den Kartellbehörden gilt, oder
2. ...Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten.

Die wesentlichen Merkmale von § 29 GWB (im Vergleich zu § 19 GWB) sind hierbei einerseits die Umkehr der Beweislast³¹ (Ziffer 1) und andererseits die Einführung des Gewinnbegrenzungskonzeptes³² (Ziffer 2). Das dahinterstehende wettbewerbspolitische Ziel besteht darin die wettbewerbsbehördliche Durchsetzung des (in § 19 GWB festgelegten allgemeinen) Missbrauchsverbotes für den Energiesektor zu erleichtern, solange sich der Wettbewerb auf den Energiemärkten (noch) nicht voll entfaltet hat.

Insbesondere mit der Beweislastumkehr wird der Tatsache Rechnung getragen, dass die Wettbewerbsbehörden in Verfahren wegen Marktmachtmissbrauchs vor einem ähnlichen Ermittlungsproblem wie bei der Aufdeckung von Kartellen stehen: Die Beweislast für den Nachweis des Missbrauchs von Marktmacht durch marktbeherrschende Unternehmen trifft grundsätzlich die Wettbewerbsbehörden.

³⁰ Grundsätzlich bestünde nach geltender Rechtslage bereits die Möglichkeit zu einer derartigen Abrundung der Fusionskontrolle für gewisse Sektoren, auf denen strukturelle Wettbewerbsdefizite bestehen, unmittelbar durch den Verordnungsgeber auf Grundlage des § 18 KartG. In der Praxis hat sich aber gezeigt, dass von dieser Möglichkeit einer „Multiplikatorverordnung“ durch die Ministerien für Justiz und Wirtschaft kein Gebrauch gemacht wird. Daher würde der Einführung einer dem deutschen GWB vergleichbaren Bestimmung in der Praxis wohl mehr Relevanz zukommen. Die BWB untersucht im Rahmen ihrer Branchenuntersuchungen regelmäßig Märkte und kann so einschätzen für welche Sektoren eine weitere Konzentration besonders problematisch wäre und wo diese schleichend unterhalb der Schwellenwerte passiert.

³¹ Nach § 29 Zif. 1 GWB handelt ein marktbeherrschendes Energieversorgungsunternehmen nicht missbräuchlich, wenn es nachweist, dass die Abweichung von einem niedrigeren Vergleichspreis sachlich gerechtfertigt ist. Die materielle Beweislast für die sachliche Rechtfertigung wird damit dem marktbeherrschenden Unternehmen auferlegt.

³² Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, dürfen nicht berücksichtigt werden.

In der Praxis sind derartige Wettbewerbsverletzungen allerdings aufgrund von Informationsasymmetrien äußerst schwierig zu identifizieren und zu beweisen.³³ Den gerichtsfesten Beweis des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung werden die Wettbewerbsbehörden deshalb nur selten von sich aus erbringen können. Eine Umkehr der Beweislast stärkt ihre Position deshalb nachhaltig – marktbeherrschende Unternehmen müssten beweisen, dass sie ihre Marktmacht *nicht* missbraucht haben. Dadurch wird die Stellung der Wettbewerbsbehörden in Missbrauchsverfahren wesentlich gestärkt und die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht substanziell geschärft.

Eine ex post ansetzende Marktergebniskontrolle durch Umkehr der Beweislast kann die effiziente Selbststeuerung des Wettbewerbs allerdings nur ergänzen, aber nicht ersetzen. Keinesfalls ist sie als Ersatz für die Beseitigung der ökonomischen Ursachen eines Fehlens von Wettbewerb auf den betroffenen Märkten geeignet (Monopolkommission, 2007).³⁴ Langfristiges Ziel der Wettbewerbspolitik muss es sein, durch den Abbau der Marktzutrittsschranken eine Intensivierung des Wettbewerbs zu erreichen. Ziel ist es, den Markteintritt von potenziellen Wettbewerbern zu fördern, um Märkte bestreitbar zu machen (vgl. Baumol – Panzar – Willig, 1982).³⁵

Eine Senkung der Marktzutrittsschranken kann ihre wettbewerbsintensivierende Wirkung allerdings nicht unmittelbar entfalten. Gegenüber der Missbrauchsaufsicht hat sie allerdings den Vorteil, sowohl ursachenadäquat als auch dauerhaft zu wirken und darüber hinaus tatsächlich den Wettbewerb zu intensivieren. Eine Verschärfung der Missbrauchsaufsicht durch die Umkehr der Beweislast kann aber eine sinnvolle Ergänzung des wettbewerbsrechtlichen Instrumentariums sein, da sie kurzfristig bis zur Entwicklung funktionierender Wettbewerbsmärkte wirken würde.

Die § 29 GWB zugrunde liegenden Überlegungen und Intentionen lassen sich ohne Einschränkungen auf die aktuelle Wettbewerbssituation im österreichischen Energiesektor übertragen. Indem die von Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) und E-Control eingerichtete Task Force Energie zur Schlussfolgerung kommt, dass „... der Wettbewerb auf den heimischen Strom- und Gasmärkten im Jahr 2022 quasi zum Erliegen gekommen sei“,³⁶ bekommt die deutsche Regelung für Österreich eine besondere Aktualität, wurde diese doch genau für den Kampf gegen wettbewerbsbeschränkendes Verhalten marktmächtiger EVUs geschaffen.

Eine analoge Bestimmung im Kartellgesetz erscheint deshalb zur Stärkung der Position der Wettbewerbsbehörden in Missbrauchsverfahren grundsätzlich empfehlenswert, um das vorhandene Instrumentarium praxistauglich nachzuschärfen. Von der Einführung einer Beweislastumkehr können darüber hinaus auch präventive Wirkungen auf das Preissetzungsverhalten der Unternehmen erwartet werden.

³³ Deshalb kommt einer zielgenauen Fusionskontrolle als notwendigem wettbewerbspolitischen Ex-ante-Korrektiv eine ungebrochen große Bedeutung zu (siehe Abschnitt 4.1).

³⁴ https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s47_volltext.pdf

³⁵ Baumol, W. J., Panzar, J. C., Willig, R. D., Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, New York, 1982.

³⁶ <https://www.bwb.gv.at/news/detail/taskforce-energie-bundeswettbewerbsbehoerde-und-e-control-praesentieren-zwischenbericht>

Die Umkehr der Beweislast (gemäß dieser Sektorenregelung), sollte eng begrenzt sein, bloß für behördlich eingeleitete Verfahren und ausschließlich für marktmächtige Unternehmen gelten. Im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sollte sie zeitlich bis zur festgestellten Entwicklung funktionierender Wettbewerbsmärkte beschränkt werden.

Nach einer positiven Evaluierung der Regelung für die Energiewirtschaft wäre eine Ausdehnung der Beweislastumkehr auf andere wettbewerbsbeschränkte Sektoren, die im Rahmen eines quantitativen Wettbewerbsmonitorings³⁷ als wettbewerbspolitisch problematisch eingestuft werden, zu überlegen (Böheim, 2008).³⁸

4.3 Verstoß unabhängige Maßnahmen zur Beseitigung fortwährender Störungen des Wettbewerbs

Da eine hohe Marktkonzentration allenfalls eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für eine tatsächliche Beschränkung des Wettbewerbs darstellt, ist das Innehaben einer dominanten Marktposition per se grundsätzlich nicht untersagt. Gemäß österreichischem Kartellgesetz ist bloß der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verboten. Dieser Missbrauch ist vor dem Kartellgericht zu beweisen, was für die Wettbewerbsbehörden regelmäßig eine große Herausforderung darstellt. Ohne Insiderinformationen von Kronzeugen bleiben praktisch so gut wie alle Marktmachtmissbräuche und Kartellbildungen unentdeckt, weshalb die Umkehr der Beweislast betreffend Missbrauch zu den Unternehmen verschoben werden könnte, um die Stellung der Wettbewerbsbehörden in den Verfahren zu verbessern.³⁹

Ein noch weiter gehender Vorschlag wäre den Missbrauch als notwendiges Tatbestandsmerkmal gänzlich fallen zu lassen, indem gegen marktmächtige Unternehmen Verstoß unabhängige Maßnahmen bei fortwährenden Störungen des Wettbewerbs angeordnet werden können. Diese Position wurde rezent in Österreich insbesondere im Nachgang der von der BWB im Jahr 2022 durchgeführten Branchenuntersuchung Kraftstoffmarkt⁴⁰, die zwar substanzielle Wettbewerbsstörungen diagnostiziert, aber keinen Marktmachtmissbrauch nachweisen konnte, eingenommen.

Eine diesbezügliche Regelung wurde in Deutschland mit der 11. GWB-Novelle (2023) erst unlängst implementiert, indem das Bundeskartellamt (BKartA) im Anschluss an eine Sektoruntersuchung Maßnahmen zur Abhilfe gegen (behördlich festgestellte) erhebliche und fortwährende Störungen des Wettbewerbs gegenüber anordnen kann (§ 32f GWB). Nach der Feststellung einer derartig gravierenden Wettbewerbsstörung können seitens des BKartA sowohl verhaltensorientierte als auch strukturelle Maßnahmen, die bis zur Entflechtung reichen können, getroffen werden. Die strengen Voraussetzungen dafür sind, dass diese Abhilfemaßnahmen zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs unbedingt erforderlich sind (Ver-

³⁷ Siehe dazu im Detail Abschnitt 3.

³⁸ https://www.wifo.ac.at/publikationen/publikationssuche?detail-view=yes&publikation_id=32621

³⁹ Siehe dazu im Detail Abschnitt 5.

⁴⁰ https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/Abschlussbericht_BU_Kraftstoffe_2022_final_barrierefrei.pdf

hältnismäßigkeitsgrundsatz) und dass die Anwendung der sonstigen kartellbehördlichen Befugnisse nicht ausreicht, um die festgestellte Störung des Wettbewerbs wirksam und dauerhaft zu beseitigen (Subsidiaritätsklausel).⁴¹

Die Einführung von Eingriffsmöglichkeiten im Nachgang von Branchenuntersuchungen (analog der neuen deutschen Regelung in § 32f GWB) erscheint auch für Österreich überlegenswert. Aufgrund der unterschiedlichen institutionellen Voraussetzungen müsste in einem ersten Schritt das Vorliegen einer solchen Wettbewerbsstörung in Österreich formal wohl vom Kartellgericht (auf Antrag der BWB auf der Grundlage des Ergebnisses der Branchenuntersuchung) festgestellt werden, da der BWB im kartellrechtlichen Verfahren bloß Ermittlungs- und Aufgriffsrechte zukommen, aber keine Entscheidungskompetenz. Um die Wettbewerbsstörung zu beseitigen bzw. zu verringern könnte das Kartellgericht den auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmen in einem zweiten Schritt bestimmte Aufträge, die sowohl auf eine Änderung des Marktverhaltens als auch einer Anpassung der Marktstruktur gerichtet sein können, erteilen. Bei der Anordnung der Maßnahmen haben die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität streng beachtet zu werden. Das österreichische Kartellgesetz lässt unter diesen Voraussetzungen bereits nach aktueller Rechtslage eine vom Kartellgericht angeordnete Änderung der Unternehmensstruktur (§26 KartG) als Maßnahme zur Abstellung von Zuwiderhandlungen von Unternehmen zu, sodass die entsprechenden rechtlichen Anknüpfungspunkte für eine Implementierung der deutschen Regelung (§ 32f GWB) bereits gegeben wären.⁴² Auf diese Weise könnten die Wettbewerbsbedingungen auf den wettbewerbsbeschränkten Märkten verbessert werden, ohne dass ein konkreter Kartellrechtsverstoß (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) von den Wettbewerbsbehörden nachgewiesen werden müsste.

5. Öffentliches Eigentum an Unternehmen

Dem öffentlichen Eigentum an Unternehmen kommt in Österreich ein zentraler Stellenwert zu. Voraussetzung der gesamtwirtschaftlich effizienten Leistungserbringung durch öffentliche Unternehmen ist, dass der Staat als Eigentümer keine Eigeninteressen verfolgt, also etwa hohe Dividenden aus seiner Unternehmensbeteiligung ziehen oder bestimmte Interessengruppen zu Lasten der Allgemeinheit bevorzugen will ("Klientelpolitik"), sondern die Begünstigung der Konsumenten in den Vordergrund stellt.⁴³

Öffentliches Eigentum kann aus ökonomischer Perspektive am stringentesten an natürlichen Monopolen begründet werden. Die "passgenaue" Abgrenzung des natürlichen Monopols von den wettbewerblichen stellt dabei eine zentrale Herausforderung dar. In Netzwerkbranchen ist regelmäßig bloß das Netzwerk ein natürliches Monopol: in der Energiewirtschaft die Übertragungs- und Verteilnetze, in der Telekommunikation die Funk- und Festnetze, im Bahnverkehr das Schienennetz. Die Erzeugung und der Vertrieb der "eigentlichen Leistung" (Strom, Gas, Telekom-

⁴¹ Rohner, T (2023), Die 11.GWB-Novelle – Überblick und offene Fragen, WuW 2023 (07-08), 386-389.

⁴² Thyri in Egger/Harsdorf-Borsch (Hrsg), Kartellrecht (2022), §26, Rz 20.

⁴³ Wie in Abschnitt 2.2 am Beispiel der Energiewirtschaft dargestellt, ist mitunter aber das Gegenteil der Fall.

munikation, Bahntransport) sind hingegen Bereiche, die keiner staatlichen Intervention bedürfen und privatwirtschaftlich im marktwirtschaftlichen Wettbewerb am effizientesten organisiert werden können.⁴⁴

Da an einer sicheren und leistbaren Versorgung der Bevölkerung mit Gütern der Daseinsvorsorge (Energie und Wasser, öffentlicher Verkehr, Postdienstleistungen usw.) ein starkes öffentliches Interesse besteht, wird öffentliches Eigentum an Versorgungsunternehmen mit der Sicherung der Daseinsvorsorge begründet. Eine dauerhafte strategische Beteiligung des Staates an diesen Unternehmen als Kernaktionär mit Sperrminorität kann daher unter diesen Umständen gerechtfertigt sein.⁴⁵ Im Umkehrschluss gilt allerdings auch, dass sich öffentliches Eigentum ad absurdum führt, wenn die Leistbarkeit der Versorgung von den Versorgungsunternehmen nicht garantiert werden kann.

Gerade von der österreichischen Energiewirtschaft wird dann gerne mit den diesbezüglichen Beschränkungen des Aktiengesetzes argumentiert. Obgleich der Vorstand einer Aktiengesellschaft (AG) vorrangig dem Unternehmenswohl verpflichtet ist, lässt sich daraus nicht die Verpflichtung zu kurzfristiger Gewinnmaximierung ableiten. Die Berücksichtigung öffentlicher Interessen liegt im Gutdünken des weisungsfreien Vorstands. Insofern kann auch die öffentliche Hand als Eigentümer die Unternehmensleitung nicht direkt zu günstigen Energieangeboten zwingen.⁴⁶

Vor diesem aktienrechtlichen Hintergrund stellt sich die Frage, ob die herkömmliche AG überhaupt die „richtige Gesellschaftsform“ für Unternehmen der öffentlichen Daseinsvorsorge ist, wenn öffentliches Eigentum keinen Unterschied macht. Zumindest eine stärkere Bindung des Vorstands an die öffentlichen Interessen im Bereich der Daseinsvorsorge scheint geboten. Wenn öffentliches Eigentum nicht jederzeit möglichst niedrige Energiepreise gewährleisten kann und sich Vorstände hinter (selbst formulierten) Vertragsklauseln, die eine einfache, schnelle und unbürokratische Preissenkung verhindern, verstecken, entsteht berechtigter Rechtfertigungsdruck, warum es dann überhaupt staatlicher Energiekonzerne (abseits der Netze als natürliche Monopole) braucht. Von einem EVU im öffentlichen Eigentum kann von den Kunden zu Recht erwartet werden, dass niedrige Endkundenpreise die oberste strategische Priorität (des öffentlichen Eigentümers und des Managements) genießen und Gewinne aus anderen Unternehmensbereichen (Energieerzeugung und Großhandel) zur preisdämpfenden Quersubventionierung genutzt werden. Hohe Preise kann man auch privaten Energiekonzernen bezahlen. Dazu braucht es kein öffentliches Eigentum.

⁴⁴https://www.wifo.ac.at/publikationen/publikationssuche?detail-view=yes&publikation_id=42532

⁴⁵ https://www.wifo.ac.at/publikationen/publikationssuche?detail-view=yes&publikation_id=43075

⁴⁶ Durch eine entsprechende Personalpolitik könnte aber zumindest indirekt darauf Einfluss genommen werden, und die Verträge „zuwiderhandelnder Vorstände“ nicht verlängert werden.

6. Zusammenfassende Schlussfolgerungen

1. Angesichts der Beschleunigung des Preisauftriebs nimmt auch das Interesse von Öffentlichkeit und Politik (und damit auch die Erwartungshaltung) an Wettbewerbspolitik deutlich zu. Obgleich Wettbewerbspolitik die Versäumnisse und Fehler von Geld- und Fiskalpolitik aus der Vergangenheit nicht egalieren kann, ist sie sehr wohl in der Lage einen wichtigen Beitrag zur Inflationsbekämpfung zu leisten. Obgleich ihre positiven Wirkungen auf Preise, Innovationen, Wachstum und Beschäftigung nur mittel- bis langfristig voll zur Entfaltung kommen können, lassen sich auch kurzfristig(er) umsetzbare und wirksame Maßnahmen zur Intensivierung des Wettbewerbs identifizieren.
2. In wichtigen Sektoren der österreichischen Wirtschaft ist eine besonders hohe Marktkonzentration zu beobachten. Auf diesen Märkten agieren mitunter nicht einmal fünf konkurrierende Unternehmen mit bedeutenden Marktanteilen. Für solche enge Oligopolmärkte lässt sich aus der Spieltheorie eine große wettbewerbsgefährdende Kollusionsgefahr ableiten. Diese strukturelle Konstellation bietet einen „fruchtbaren Boden“ für potenzielle Marktmachtmissbräuche vielfältigster Art. Derartige Märkte bedürfen deshalb einer dauerhaften Beobachtung durch die Wettbewerbsbehörden im Sinne einer vorausschauenden Wettbewerbspolitik.
3. Mit der Entwicklung einer vorausschauenden Wettbewerbspolitik auf der Grundlage eines quantitativen Wettbewerbsmonitorings könnte ein wichtiger Hebel zur Intensivierung des Wettbewerbs aktiviert werden. Obgleich die gesetzliche Grundlage dazu bereits seit mehr als einem Jahrzehnt implementiert ist, wurde einer Umsetzung bisher nicht nähergetreten. Aufgrund der Wichtigkeit des Wettbewerbsmonitorings im Rahmen einer vorausschauenden Wettbewerbspolitik sollte die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) zur Durchführung eines Wettbewerbsmonitorings verpflichtet werden. Die diesbezügliche kontraproduktive Einschränkung der BWB auf die Verwendung bloß öffentlich verfügbarer Daten ist aufzuheben.
4. Um dauerhaft verkrustete wettbewerbsbehindernde Strukturen auf bestimmten Märkten aufzubrechen, sind die herkömmlichen Instrumente der Kartellverbots-, Missbrauchs- und Fusionskontrolle mitunter nicht immer ausreichend wirksam. Reformmaßnahmen den wettbewerbsrechtlichen Rahmen betreffend können sich an einschlägigen rezenten Initiativen aus Deutschland orientieren. Diese betreffen einerseits eine Verschärfung der Missbrauchsaufsicht durch die Einführung einer Umkehr der Beweislast und andererseits die Möglichkeit für Verstoß unabhängige Maßnahmen zur Beseitigung fortwährender Störungen des Wettbewerbs, indem Marktzugänge erleichtert, Konzentrationstendenzen gestoppt oder als ultima ratio sogar Unternehmen entflochten werden. Durch die Entschärfung überschießender industriepolitischer Rechtsfertigungsgründe und die Anordnung der Anmeldung von Fusionen unterhalb der Schwellenwerte in besonders wettbewerbsbeschränkten Bereichen könnte die Zielgenauigkeit der österreichischen Fusionskontrolle zusätzlich erhöht werden.
5. Wettbewerbsintensivierende Eingriffsmöglichkeiten des Staats ergeben sich insbesondere auch dort, wo über öffentliches Eigentum eine entsprechende Beeinflussung unternehmerischer Entscheidungen zum Wohle der Allgemeinheit möglich ist. Das betrifft insbesondere die (teil)verstaatlichte Energiewirtschaft, deren die Konsumenten benachteiligende Preisgestaltung zum Ausgangspunkt der Inflationsbeschleunigung wurde. Da das Aktienrecht

der direkten Einflussnahme auf Vorstandsentscheidungen enge Grenzen setzt, wird die Frage zu diskutieren sein, wie das Ziel der Daseinsvorsorge gegenüber der Gewinnmaximierung priorisiert werden kann. Zumindest eine stärkere Bindung des Vorstands an die öffentlichen Interessen im Bereich der Daseinsvorsorge erscheint geboten, wenn nicht sogar die Entwicklung alternativer Rechtsformen zur herkömmlichen Aktiengesellschaft.