

## **Entschließungsantrag**

**der Abgeordneten Martin Zeil, Gudrun Kopp, Rainer Brüderle, Paul K. Friedhoff, Jens Ackermann, Christian Ahrendt, Daniel Bahr (Münster), Ernst Burgbacher, Patrick Döring, Mechthild Dyckmans, Jörg van Essen, Ulrike Flach, Horst Friedrich (Bayreuth), Hans-Michael Goldmann, Miriam Gruß, Dr. Christel Happach-Kasan, Heinz-Peter Haustein, Elke Hoff, Birgit Homburger, Hellmut Königshaus, Dr. Heinrich L. Kolb, Jürgen Koppelin, Heinz Lanfermann, Sibylle Laurischk, Harald Leibrecht, Ina Lenke, Michael Link (Heilbronn), Markus Löning, Horst Meierhofer, Patrick Meinhardt, Jan Mücke, Burkhardt Müller-Sönksen, Hans-Joachim Otto (Frankfurt), Detlef Parr, Cornelia Pieper, Gisela Piltz, Jörg Rohde, Frank Schäffler, Dr. Konrad Schily, Marina Schuster, Dr. Hermann Otto Solms, Dr. Rainer Stinner, Carl-Ludwig Thiele, Florian Toncar, Christoph Waitz, Dr. Claudia Winterstein, Dr. Volker Wissing, Dr. Guido Westerwelle und der Fraktion der FDP**

**zu der dritten Beratung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung  
– Drucksachen 16/5847, 16/7156 –**

### **Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels**

Der Bundestag wolle beschließen:

I. Der Deutsche Bundestag stellt fest:

- Der konjunkturelle Aufschwung kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass in Deutschland die Energiepreise die Schmerzgrenze für Wirtschaft und Verbraucher längst überschritten haben. So sind nach Angaben der Bundesregierung seit 2001 die Kosten für Strom um 24 Prozent, für Gas um 30 Prozent und für Öl um 53 Prozent gestiegen. Von der Energiewirtschaft werden bereits weitere Preiserhöhungen für 2008 angekündigt. In den neuen Bundesländern übersteigen die Betriebskosten teilweise bereits die Kaltmieten. Der Gesetzentwurf zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels ist das Eingeständnis der Bundesregierung, dass auch zehn Jahre nach Liberalisierung ein funktionierender und selbsttragender Wettbewerb auf den Energiemärkten nicht in Gang gekommen ist.
- Mit der Einführung eines Sonderrechts für einzelne Branchen wird an Symptomen kuriert, während gleichzeitig von den strukturellen Ursachen der vom Gesetzentwurf bekämpften Preisstrategien abgelenkt wird. Nahezu alle Sachverständigen waren sich in der Anhörung des Ausschusses für Wirt-

schaft und Technologie darin einig, dass der Gesetzentwurf kein brauchbares Instrument für mehr Wettbewerb ist und darüber hinaus neue Anbieter vom Markt fernhält. Vorrang vor einer stärkeren Verhaltenskontrolle im Energiesektor sollte einer entschlossenen Verbesserung der Rahmenbedingungen für mehr Wettbewerb zukommen. Die Monopolkommission hat mit dem Titel ihres aktuellen Sondergutachtens „Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung“ den Finger auf die Wunde gelegt. Wie die Verschiebung der Anreizregulierung auf 2009 exemplarisch zeigt, kommen wichtige Maßnahmen zu spät oder es werden die für das missbrauchsfreie Funktionieren des Großhandels an der Leipziger Strombörse wichtigen handelsrechtlichen Kontrollmechanismen nicht installiert. Zur Beseitigung strukturell bedingter Störungen des Wettbewerbs, die aus der hohen Marktkonzentration auf dem deutschen Energiemarkt und der mangelhaften Anbindung an das europäische Stromnetz folgen, fehlt der Bundesregierung ein schlüssiges Konzept.

- Der geplante § 29 GWB-E (GWB – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) bildet einen Fremdkörper in der bis auf die Wasserversorgung branchenneutralen Systematik der Missbrauchsaufsicht über wettbewerbschädliche Strategien marktbeherrschender Unternehmen. Eine schärfere Kontrolle der kontinuierlichen Energiepreiserhöhungen lässt sich auch ohne die Schaffung von Sonderwettbewerbsrecht realisieren. Die geplante Weiterentwicklung des Vergleichmarktkonzepts weist bei genauerer Analyse ohnehin keine Substanz mehr auf, die die Einführung einer wettbewerblichen Sondernorm rechtfertigen könnte. Der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vom November 2006 enthielt ursprünglich eine Regelung, wonach auch Preise des marktbeherrschenden Unternehmens missbräuchlich sein können, die nicht deutlich oberhalb des durch die Kartellbehörde festgestellten Wettbewerbspreises liegen. Damit sollte die entgegenstehende höchstrichterliche Rechtsprechung korrigiert werden, die für das Unwerturteil eines überhöhten Preises einen erheblichen Abstand der Preise des Marktbeherrschers zum Vergleichsunternehmen fordert. Als Folge dieser Rechtsprechung wird den Kartellbehörden insbesondere in Märkten, in denen der begründete Verdacht auf ein generell überhöhtes Preisniveau besteht – wozu die Energiemärkte unstreitig gehören – ein Eingreifen erschwert. Sie können praktisch nur Fälle aufgreifen, in denen die Preise des marktbeherrschenden Unternehmens auch nach Vornahme von Sicherheitsabschlägen, mit denen strukturelle Unterschiede mit Vergleichsunternehmen ausgeglichen werden, noch einen Abstand von 10 Prozent und mehr zum ermittelten Wettbewerbspreis aufweisen. Im Gesetzentwurf der Bundesregierung fehlt bemerkenswerterweise diese Regelung des Referentenentwurfs. Eine wesentliche Erleichterung für das Einschreiten der Kartellbehörden ist somit weggefallen.
- Nach der Gesetzesbegründung ist eine Beweislastumkehr zu Lasten des marktbeherrschenden Unternehmens intendiert. Tatsachen, die gegen eine Vergleichbarkeit des unter Missbrauchsverdacht stehenden Unternehmens mit den preisgünstigeren Vergleichsunternehmen sprechen, soll das marktbeherrschende Unternehmen beweisen. Die Arbeit der Kartellbehörden kann damit nach Ansicht auch des Bundeskartellamts erleichtert werden. Da die Amtsermittlungspflicht uneingeschränkt weiterhin gilt, bleibt letztlich offen, in welchem Umfang die Erleichterung in der praktischen Arbeit der Behörde wirksam wird. Die Monopolkommission folgert daraus in ihrem Sondergutachten „Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB“, die Kartellbehörden müssten entgegen der Begründung des Gesetzentwurfs die strukturelle Vergleichbarkeit der in Bezug zu nehmenden Versorgungsunternehmen weiterhin ermitteln, um darauf den Missbrauch stützen zu können. Zudem könnte ein hoher Anreiz für Privatklagen entstehen, da der Kläger zur Begründung der Missbräuchlichkeit lediglich den

höheren Preis des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber beliebigen anderen Versorgern behaupten und beweisen müsste, ohne dessen Vergleichbarkeit darzutun. Das beklagte Unternehmen hat keine Möglichkeit, sich detaillierte Kenntnisse über die Strukturdaten eines Vergleichsunternehmens zu verschaffen, die es zu seiner sachlichen Rechtfertigung jedoch benötigt. Eine solche Verschlechterung der Beweislastverteilung in Zivilverfahren ist ungerechtfertigt und unnötig, um die Kartellbehörden zu stärken. Zielführender wäre eine Beschränkung der Beweislastumkehr auf das Verwaltungsverfahren.

- Das Gewinnbegrenzungskonzept der unverhältnismäßigen Kosten-Preis-Relation in § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB-E birgt in der Praxis eine Vielzahl von Anwendungsproblemen. In der Kartellrechtspraxis der EU-Kommission hat dieses Konzept daher nur eine marginale Rolle gespielt. Der undefinierte Kostenbegriff, Schwierigkeiten, die betrieblichen Ineffizienzen beim Marktbeherrscher bezüglich derjenigen Kosten nachzuweisen, die im Wettbewerb nicht entstanden wären, sowie die Frage, wie eine zulässige Gewinnschwelle zu bestimmen ist, werden die Kartellbehörden vor kaum überwindbare Hindernisse stellen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der zeitlichen Befristung der Norm, die für eine gerichtliche Klärung der zu erwartenden Streitfragen keine ausreichende Zeit lässt. Auf dieses Konzept sollte daher verzichtet werden.
- Die zeitliche Beschränkung des § 29 GWB-E auf 2012 schwächt die Kartellbehörden und setzt Anreize zur Ausschöpfung aller rechtlichen Möglichkeiten, um Verfügungen der Kartellbehörden erst nach Außerkrafttreten der Norm rechtskräftig werden zu lassen. Die Frist beruht auf der fragwürdigen Annahme, dass sich das Energieangebot durch Kraftwerksbau bis 2012 deutlich erweitert. Bereits heute zeichnen sich jedoch Verzögerungen bei der Genehmigung neuer Kohlekraftwerke ab, die die planmäßige Realisierung der Kraftwerksbauten verhindern könnten. Als Folge des verfehlten Atomausstiegs kann es daher zu einer weiteren Verknappung der Energieerzeugung kommen. Durch den Charakter als „sun-set“-Klausel wird die Gefahr heraufbeschworen, dass den Kartellbehörden das neue Instrumentarium zu einem Zeitpunkt entzogen wird, an dem es ihnen zur Erfüllung des Gesetzeszwecks am dringendsten zur Verfügung stehen müsste.
- Angesichts der strukturell bedingten Wettbewerbsdefizite auf den Energiemärkten muss es das vorrangige Ziel sein, das Bundeskartellamt in die Lage zu versetzen, Eingriffe zur Verbesserung der Wettbewerbsstruktur vorzunehmen, wenn mit herkömmlichen Mitteln der Fusionskontrolle und der Missbrauchsaufsicht Wettbewerbsbeschränkungen auf Märkten anders nicht nachhaltig beseitigt werden können. Dazu ist das GWB um eine Entflechtungsnorm entsprechend dem Antrag der Fraktion der FDP auf Bundestagsdrucksache 16/4065 vom 17. Januar 2007 zu erweitern. Der Tatbestand der Entflechtungsnorm sollte als zukunftsgerichtete Ultima-Ratio-Maßnahme ausgestaltet sein, die erst dann eingreift, wenn die Ursache für ein missbräuchliches Verhalten strukturell bedingt ist. Analog zum Instrument der Ministererlaubnis sollte auch bei Entflechtungsmaßnahmen durch den Bundesminister für Wirtschaft und Technologie genau geprüft werden, ob nicht gesamtwirtschaftliche Vorteile oder ein überragendes Interesse der Allgemeinheit der Entflechtung entgegenstehen. Ein solches wettbewerbliches Instrument hätte im Vergleich zu dem auf europäischer Ebene diskutierten Ansatz einer zwangsweisen Entflechtung der Energienetze deutliche Vorteile. Es würde bereits durch seine Präventionswirkung vergleichbare Wirkung entfalten, eine Entflechtung könnte den besonderen Einzelfallumständen angepasst werden und für die Anordnung müsste ein konkreter Verhaltensmissbrauch nachgewiesen werden. Die Problematik einer Dritt-

staatenklausel würde sich in verminderter Form stellen, da der Entflechtungsvorgang ohnehin unter staatlicher Kontrolle stattfindet.

- Eine Stärkung des Bundeskartellamts im Bereich der Missbrauchsaufsicht sollte entgegen dem Gesetzentwurf nicht sektorspezifisch, sondern innerhalb der gegenwärtigen Systematik des Gesetzes erfolgen. Der Bundestag spricht sich daher dafür aus, Erfahrungen mit der Missbrauchsaufsicht zu nutzen, um erkannte Defizite dieses Instruments dauerhaft und branchenübergreifend zu beseitigen. Die im Gesetzentwurf vorgesehene Einführung der sofortigen Vollziehbarkeit kartellbehördlicher Verfügungen als Regelfall kann dafür als Vorbild dienen. Praktische Hürden im Vollzug des Vergleichsmarktpinzips – wie das Erfordernis eines erheblichen Preisabstandes oder der Nachweis der Vergleichbarkeit – sind ebenfalls kein Spezifikum der Energiemärkte. Mit dem traditionell von allen Fraktionen getragenen Votum für starke Kartellbehörden ist es unvereinbar, wenn für die praktische Arbeit der Kartellbehörden notwendige Fortentwicklungen der Missbrauchsaufsicht zeitlich begrenzt werden. Wegen der erheblichen praktischen Probleme und möglicher ökonomischer Fehlanreize, die mit einer Kodifizierung des Gewinnbegrenzungskonzepts verbunden sind, sollte dieser Ansatz in das Preismissbrauchsrecht des § 19 GWB nicht übernommen werden. Ein Ausbau des Kartellrechts in der beschriebenen systemkonformen Weise würde gleichzeitig die Effizienz der Kontrolle der Energiepreise auf Missbräuchlichkeit verbessern.
- Künftig soll § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB dahingehend verschärft werden, dass auch ein gelegentlicher Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis verboten wird. Nach der Gesetzesbegründung sollen damit insbesondere zwei Ziele erreicht werden: der Schutz kleiner und mittlerer Händler vor Preisdumping durch große Einzelhändler sowie eine höhere Produktqualität. Die Verschärfung wird keines dieser Ziele erreichen. Der Lebensmittelhandel in Deutschland ist hoch konzentriert und wettbewerbsintensiv. Dem kleinen Tante-Emma-Laden um die Ecke nutzt der Aktionismus der Novelle nichts, denn entscheidend sind die Einkaufspreise, und hier kann „Tante Emma“ mit den großen Einzelhandelsfilialisten nicht konkurrieren. Den funktionierenden Wettbewerb der großen Einzelhändler zu behindern, ist selbst nach Auffassung des Bundeskartellamts, schädlich und wird – so der letzte Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts, S. 8 – „den fairen Leistungswettbewerb unter Umständen sogar zu Lasten der Verbraucher einschränken oder wäre angesichts der zu erwartenden Vielzahl von Beschwerdefällen im Hinblick auf die knappen Ressourcen kaum umzusetzen.“ Ebenso wenig sieht das Bundeskartellamt in der Neuregelung eine Verbesserung im Schutz kleinerer und mittlerer Betriebe.
- Um höhere Preise für die Lebensmittelerzeuger zu erreichen, ist das Gesetz überflüssig. Das zeigen die erheblichen Preissteigerungen für Milchprodukte in den letzten Monaten. Durch schärferes Wettbewerbsrecht entsteht auch nicht mehr Lebensmittelqualität. Im Gegenteil: Liegt das Preisniveau generell höher, steigen lediglich die Gewinnspanne für das kriminelle Geschäft und der Anreiz, verdorbenes Fleisch wieder in den Verkehr zu bringen.
- Auch im Bereich des Behinderungsverbots sollte die Bundesregierung daher nicht sektorspezifisches Branchenwettbewerbsrecht schaffen. Vielmehr sollten kleine und mittelständische Unternehmen branchenübergreifend dort wirksamer gegen Kampfpreis- und Verdrängungsstrategien geschützt werden, wo dieser Schutz wirklich gebraucht wird. Dazu könnte insbesondere eine Klarstellung im Gesetz dienen, wonach Kosten-Preis-Scheren Bestandteil des Behinderungsverbots sind. In Branchen, in denen integrierte Unternehmen über marktbeherrschende Positionen auf Produzentenebene als auch über überlegene Marktmacht im nachgelagerten Markt (z. B. im Handel mit

Endkunden) verfügen, besteht für das integrierte Unternehmen ein immanenter Anreiz, von ihm abhängige Wettbewerber zu einem höheren Preis zu beliefern, als der konzerneigene Handel im Endkundengeschäft anbietet. Auch effizienteste Wettbewerber können aufgrund der fehlenden Handelsmarge im Wettbewerb nicht mehr bestehen und werden vom Markt verdrängt. Branchen mit einem Gefährdungspotential für kleine und mittlere Unternehmen stellen zurzeit insbesondere der Mineralölhandel aber auch der Energiesektor dar.

- Die Bundesregierung weckt mit dem Gesetzentwurf bei Wirtschaft und Verbrauchern hohe Erwartungen in eine gesteigerte Schlagkraft der Kartellbehörden. Gleichzeitig unterlassen es die Koalitionsfraktionen der CDU/CSU und SPD jedoch, die personelle Ausstattung des Bundeskartellamts an seine neuen Aufgaben adäquat anzupassen. Statt eines solchen in sich widersprüchlichen Vorgehens wäre eine deutlichere Aufstockung des Personalbestandes des Bundeskartellamts der effektivste Weg, Kartelle und den Missbrauch von Marktmacht entschlossen zu bekämpfen.

II. Der Bundestag fordert die Bundesregierung auf,

den Gesetzentwurf nach Maßgabe folgender Gesichtspunkte zu überarbeiten und dabei,

1. Maßnahmen zur Bekämpfung der strukturell bedingten Wettbewerbsdefizite auf den deutschen Energiemärkten Vorrang einzuräumen sowie das GWB um eine Regelung zu erweitern, die es unter besonderen Voraussetzungen dem Bundeskartellamt gestattet, als Ultima Ratio ein marktbeherrschendes Unternehmen zu entflechten;
2. auf die Einführung eines Sonderrechts für die Energiewirtschaft (§ 29 GWB-E) sowie auf die Verschärfung des Verbots von Verkäufen unter dem Einstandspreis für den Lebensmittelhandel zu verzichten;
3. stattdessen die Erfahrungen aus der Praxis der Missbrauchsaufsicht zu nutzen, um die Kartellbehörden bei der Durchführung der allgemeinen Preismissbrauchsaufsicht zu stärken; dazu ist eine verbesserte und effektivere Handhabung des Vergleichsmarktkonzepts für alle Branchen und ohne zeitliche Begrenzung innerhalb der bestehenden Systematik des § 19 GWB vorzunehmen;
4. dazu unter anderem dem marktbeherrschenden Unternehmen die Beweislast auch für solche Tatsachen aufzuerlegen, mit denen es seine höheren Preise wegen angeblicher Nichtvergleichbarkeit der Unternehmensstrukturen mit preisgünstigeren Vergleichsunternehmen rechtfertigt; diese Beweislastumkehr ist jedoch auf Verwaltungsverfahren zu begrenzen;
5. die Aufnahme einer klarstellenden Formulierung in § 19 GWB zu prüfen, nach der auch bei einem Preisunterschied von weniger als 10 Prozent zum fiktiven Wettbewerbspreis der Missbrauchsvorwurf begründet sein kann, wenn auf den in Betracht kommenden Vergleichsmärkten ebenfalls kein funktionierender Wettbewerb gegeben ist und daher das allgemeine Preisniveau als überhöht erscheint;
6. auf eine Kodifizierung des Gewinnbegrenzungskonzepts zu verzichten;
7. die sofortige Vollziehbarkeit von Missbrauchsverfügungen vorzusehen;
8. in § 20 Abs. 4 GWB eine gesetzliche Klarstellung dahingehend aufzunehmen, dass Kosten-Preis-Scheren Bestandteil des Behinderungsverbots gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen sind;

9. das Bundeskartellamt durch ein Aufstocken des Personals um 20 Stellen nachhaltig zu stärken und es in die Lage zu versetzen, seine neuen Befugnisse noch effektiver als bisher mittels Kartellverfahrens und Missbrauchsaufsicht auszuüben.

Berlin, den 14. November 2007

**Dr. Guido Westerwelle und Fraktion**

### **Begründung**

Durch eine zeitlich bis 2012 befristete Sondernorm (§ 29) zum allgemeinen Verbot für marktbeherrschende Unternehmen, ihre Stellung missbräuchlich auszunutzen, soll den Kartellbehörden die Verfolgung von Preismissbräuchen durch marktbeherrschende Energieversorger erleichtert werden. Im Rahmen der Feststellung des überhöhten Preises durch einen Vergleich der Preise des Marktbeherrschers mit Preisen anderer Anbieter (sog. Vergleichsmarktkonzept) soll ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs die Kartellbehörde künftig nicht mehr die strukturelle Vergleichbarkeit der Unternehmen des Marktbeherrschers mit dem Preisführer detailliert ermitteln müssen, um den Missbrauchsvorwurf zu belegen. Es soll nunmehr am marktbeherrschenden Unternehmen liegen, seinen höheren Preis durch Hinweis auf die Nichtvergleichbarkeit der Unternehmen zu rechtfertigen und notfalls auch zu beweisen (Beweislastumkehr). Ferner wird zum ersten Mal die bereits im geltenden Recht angelegte Methode der Kartellbehörden, die Missbräuchlichkeit überhöhter Preise durch eine Prüfung der Kosten auf ihre Angemessenheit im Verhältnis zum Preis zu stützen (sog. Gewinnbegrenzungskonzept), kodifiziert. Speziell für den Bereich des Lebensmitteleinzelhandels wird das geltende Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis verschärft. Positive Wirkungen für den Wettbewerb werden von der Novellierung des GWB außer vom Bundeskartellamt von praktisch allen Wettbewerbsexperten nicht erwartet. Insbesondere von der geplanten Regelung einer unverhältnismäßigen Kosten-Preis-Relation drohen nach Auffassung der Monopolkommission aber auch den neuen Wettbewerbern und des wissenschaftlichen Beirats des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie erhebliche ökonomische Fehlanreize.



