



Bonn, 29. Oktober 2007

Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels

I. Zusammenfassung

1. Verschärfte Missbrauchsaufsicht im Energie-Bereich

Mit § 29 GWB soll eine besondere Missbrauchsaufsicht für die Energiewirtschaft eingeführt werden. Die Regelung knüpft an die allgemeine Missbrauchsregelung in § 19 GWB sowie den früheren § 103 Abs. 5 GWB an. Die vorgesehenen Regelungen erleichtern die Durchsetzung des Missbrauchsverbots, enthalten aber keine grundlegenden oder systemwidrigen Änderungen.

In der Gesamtbetrachtung steht das Bundeskartellamt den Neuerungen im Energiebereich positiv gegenüber. Der Entwurf setzt ein für die Bekämpfung des Preishöhenmissbrauchs auf dem Energiesektor wichtiges Signal. Dabei wird nicht verkannt, dass langfristig Verbesserungen im Rahmen der Preismissbrauchsaufsicht strukturelle Maßnahmen zur Belebung des Wettbewerbs auf den Energiemärkten nicht zu ersetzen vermögen. Das Bundeskartellamt trägt der strukturellen Problematik schon in seiner aktuellen Entscheidungspraxis unter anderem mit seiner strikten Untersagungslinie in der Fusionskontrolle und seinem Einschreiten gegen die Praxis langfristiger Gaslieferverträge Rechnung. Gleichwohl erscheinen in der gegenwärtigen Situation kurzfristig wirkende Eingriffsmöglichkeiten unverzichtbar, um einer nachhaltigen Beeinträchtigung der wettbewerblichen Situation der nachgelagerten Marktstufen wie auch der Endverbraucher wirksam zu begegnen. Bei aller Verbesserung der gesetzlichen

Rahmenbedingungen kann schließlich nicht außer Betracht bleiben, dass der erfolgreiche Einsatz von Preismissbrauchsverfahren in besonderer Weise an die Verfügbarkeit zusätzlicher personeller Ressourcen geknüpft ist.

2. Änderung des Verbots von Untereinstandspreis-Verkäufen

Mit der Änderung von § 20 Abs. 4 GWB soll eine Sonderregelung für den Verkauf unter Einstandspreis von Lebensmitteln geschaffen werden. Ziel der Änderung ist es, kleinere und mittlere Einzelhandelsunternehmen zu schützen und die Qualität von Lebensmitteln zu steigern.

Das Bundeskartellamt ist der Auffassung, dass das gesetzgeberische Ziel mit der geplanten Änderung nicht erreicht werden kann. Der Schutz der „gefährdeten“ kleineren und mittleren Betriebe wird mit der Neuregelung nicht verbessert, da große Lebensmittelhändler aufgrund ihrer erheblichen Nachfragemacht bereits *zum* Einstandspreis deutlich günstiger anbieten können als kleine und mittlere Mitbewerber. Es erschließt sich ebenfalls nicht, wie das zweite gesetzgeberische Ziel, mit Blick auf den sog. „Gammelfleisch“-Skandal die Produktqualität zu erhöhen, durch die Neuregelung erreicht werden soll. Insoweit ist bereits fraglich, ob das GWB das richtige Instrument zur Erreichung eines solchen Ziels sein kann. Schließlich führt die vorgeschlagene Änderung zu erheblichem bürokratischem Aufwand. Soweit der Gesetzgeber eine stringente Durchsetzung des Verbotes erwartet, ist seitens des Bundeskartellamtes erheblicher personeller Bedarf anzumelden.

3. Neuverkündung der Bußgeldvorschrift des § 81 GWB

Das Bundeskartellamt begrüßt die vorgesehene Neuverkündung des § 81 GWB. Kritisch ist jedoch anzumerken, dass die im Referentenentwurf vorgesehenen Ergänzungen fast vollständig entfallen sind und auch der dringende Hinweis des Bundeskartellamts, die Berücksichtigung von Konzernverflechtungen bei der Feststellung der Kappungsgrenze im Wortlaut der Vorschrift klarzustellen, in den Regierungsentwurf nicht aufgenommen wurde.

II. Verschärfte Missbrauchsaufsicht im Energie-Bereich

1. Bedarf für eine Neuregelung

Das Bundeskartellamt teilt die Einschätzung, dass sich der Wettbewerb im Bereich der Energieversorgung noch längst nicht im notwendigen Maß entfaltet hat. Die kurzzeitige Belebung des Marktes im Zuge der Liberalisierung hat sich bei der Strom- und Gasversorgung nicht wie gewünscht fortgesetzt.

Volkswirtschaftlich ist dieses wettbewerbliche Defizit besonders schmerzhaft, da nicht nur unmittelbar vor- und nachgelagerte Märkte darunter leiden, sondern sämtliche Wirtschaftszweige, die auf eine günstige Energieversorgung angewiesen sind. Erst recht profitiert der private Verbraucher nicht im erhofften Maß von der Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte. Damit kommt der Problematik eine erhebliche gesamtwirtschaftliche Bedeutung zu.

Zur Erhaltung funktionierenden Wettbewerbs bedarf es mehrerer Maßnahmen, etwa einer konsequenten Zusammenschlusskontrolle und einem strikten Vorgehen gegen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen. Da die Zielrichtung dieser Instrumente vor allem darin liegt, eine weitere Verschlechterung von Marktstrukturen zu verhindern, kommt aber bei Fehlen wettbewerbsförderlicher Marktstrukturen neben der effizienten Regulierung der Netze *gerade der kartellrechtlichen Verhaltenskontrolle* über marktbeherrschende Unternehmen entscheidende Bedeutung zu. Angesichts der strukturell bedingten wettbewerblichen Probleme ist es nicht überraschend, dass darüber hinaus von verschiedenen Seiten Forderungen nach einer vertikalen oder horizontalen Entflechtung der Energiekonzerne erhoben werden. Insbesondere die horizontale Entflechtung kann jedoch nur ultima ratio der Wettbewerbspolitik sein und birgt in der Durchführung eine Reihe von erheblichen Problemen. Durch eine effiziente Verhaltenskontrolle mit Hilfe der Missbrauchsaufsicht können aber zumeist gravierende Wettbewerbsverstöße abgestellt und geahndet werden. Eine entsprechende Nutzung des Instruments wirkt dann auch präventiv.

Das Bundeskartellamt hat bereits in der Vergangenheit zahlreiche Missbrauchsverfahren in diesem Bereich geführt. Gerade im Energiesektor wurden aber Defizite der Preismissbrauchskontrolle spürbar. Die Strukturen und Verhaltensspielräume der marktbeherrschenden Energieversorger sind auch nach der Liberalisierung durch Besonderheiten geprägt, die von der Rechtsprechung nur

teilweise anerkannt werden. Die vorgeschlagene Neuregelung trägt dazu bei, einige praktische Probleme, die in der kartellbehördlichen Fallpraxis der letzten Jahre evident geworden sind, abzumildern und erleichtert bei sog. Ausbeutungsmisbrauch die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Energieversorger. Dabei handelt es sich nicht um umwälzende Neuerungen. In ihrem Zusammenspiel führen sie aber dazu, dass der schon in § 19 GWB verankerte Auftrag des Gesetzgebers, Missbräuche durch marktbeherrschende Unternehmen zu bekämpfen, von den Kartellbehörden besser durchgesetzt werden kann.

Sie wird daher als befristete Sonderregelung für diese volkswirtschaftlich besonders bedeutsame Branche vom Bundeskartellamt begrüßt.

2. Erweiterung der Vergleichsmöglichkeiten

Die Neuregelung erweitert die Vergleichsmöglichkeiten bei der Überprüfung eines Ausbeutungsmisbrauchs.

a) Anpassung des Vergleichsmarktkonzepts

Mit dem von § 19 Abs. 4 Nr. 2 abweichenden Wortlaut wird zunächst die Rechtsprechung nachvollzogen, die – wie etwa der BGH in der Entscheidung Glockenheide, 1986 – bereits anerkannt hatte, dass als Vergleichsunternehmen auch solche in Betracht kommen, die auf Märkten tätig sind, auf denen kein funktionierender Wettbewerb existiert. Die gesetzgeberische Klarstellung ist zu begrüßen.

Zudem sind künftig zunächst alle Versorgungsunternehmen als mögliche Vergleichsunternehmen anzusehen. Die Frage, welche Abschlüsse und Zuschläge wegen mangelnder Vergleichbarkeit vorzunehmen sind, stellt sich nach der Neuregelung erst im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung, für die die Normadressaten die Beweislast tragen. Dadurch wird die Begründung eines Anfangsverdachts erleichtert. Da die Vergleichbarkeit ein Prüfungspunkt bleibt und nur auf die Ebene der sachlichen Rechtfertigung verschoben wird, ist sichergestellt, dass die Kartellbehörden auch weiterhin nur Fälle aufgreifen werden, bei denen ein Missbrauchsachweis einschließlich der Vergleichbarkeit realistisch

ist. Dies wird stets nur bei deutlich erkennbaren Abweichungen vom Preisniveau anderer vergleichbarer Versorger der Fall sein.

Im Gegensatz zum Referentenentwurf verzichtet der Regierungsentwurf auf eine Klarstellung, dass das missbräuchliche Entgelt nicht „erheblich“ vom Vergleichspreis abweichen muss sowie auf eine klarstellende Ergänzung, dass Entgeltbestandteile auch gesondert Gegenstand von Missbrauchsverfahren sein können. Diese Änderungen – verbunden mit weitergehenden Transparenzverpflichtungen – hätten noch zu einer deutlichen Verschärfung der besonderen energiebezogenen Missbrauchsaufsicht geführt.

b) Beweislastumkehr

Die Neufassung erkennt ausdrücklich die Möglichkeit der sachlichen Rechtfertigung an. Eine solche Möglichkeit hatte auch die Rechtsprechung zu § 19 GWB schon vorgesehen. Abweichend von der Linie der Rechtsprechung wird die Beweislast für die sachliche Rechtfertigung aber den Unternehmen auferlegt. Da die Vergleichbarkeit eine Frage der sachlichen Rechtfertigung sein soll, liegt sie künftig in der Beweispflicht der Normadressaten.

Ähnliche Beweislastumkehrungen in Missbrauchstatbeständen finden sich in § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB a.F., im europäischen Recht (vgl. EuG in Michelin II, 2003) sowie in § 42 TKG. Die Beweislastumkehr muss mit dem Amtsermittlungsgrundsatz in Einklang gebracht werden. Dies wird bei § 29 ähnlich erfolgen wie im Rahmen der Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 GWB und in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB. Die Beweislastumkehr als Instrument ist für das GWB mithin nichts Neues. Praktisch bedeutet dies, dass die Unternehmen die Tatsachen für eine sachliche Rechtfertigung mindestens substantiiert darlegen müssen. Soweit ein Beweisgegenstand nicht endgültig aufzuklären ist (non liquet), geht dies zu Lasten des Beweispflichtigen, künftig also der marktbeherrschenden Unternehmen. Ermittlungen, die der Sache nach nur von den Kartellbehörden angestellt werden können, werden jedoch weiterhin dem Pflichtenkreis der Kartellbehörden zugewiesen sein. Im behördlichen Verfahren ist somit die Wirkung der Beweislastumkehr beschränkt. Gleichwohl wird sie vom Bundeskartellamt begrüßt, da sie – insbesondere im Zusammenspiel mit den oben aufgezeigten Erweiterungen des Vergleichsmarktkonzepts – die Verfahrensökonomie fördert

und eine effektivere Missbrauchsaufsicht zugunsten wettbewerbsgerechter und verbraucherfreundlicher Entgelte ermöglicht.

3. Kostenbasierte Entgeltkontrolle

Mit § 29 Ziff. 2 soll die Möglichkeit einer kostenbasierten Entgeltkontrolle gesetzlich klargestellt werden. Damit wird verdeutlicht, dass auch der absolut, nicht nur der relativ im Vergleich zu anderen Unternehmen überhöhte Preis Gegenstand der Missbrauchsaufsicht ist. Das Bundeskartellamt begrüßt diese Klarstellung seiner bereits vorhandenen Befugnisse. Dieses Instrument kann in Ausnahmekonstellationen erforderlich sein, um Ausbeutungsmissbräuchen Einhalt gebieten zu können. Insbesondere in solchen Fällen, in denen das Vergleichsmarkt-Konzept nicht weiter führt, steht damit eine vom Gesetzgeber anerkannte Alternative zur Verfügung.

Die Gesetzesbegründung knüpft an das im europäischen Recht anerkannte Gewinnbegrenzungskonzept an. Auch deutsche Gerichte haben – etwa das Kammergericht in Euglucon, 1982, und das OLG Düsseldorf in Netznutzungsentgelt, 2002 – eine Kostenprüfung durch das Bundeskartellamt bestätigt. Die hiergegen teilweise ins Feld geführte TEAG-Entscheidung (OLG Düsseldorf, 2004) weist entgegen mancher Interpretationen nicht in eine andere Richtung. Das Gericht hatte darin nicht das Instrument einer kostenbasierten Entgeltkontrolle gerügt. Es hatte vielmehr eine Regulierung durch die Missbrauchskontrolle befürchtet, da das BKartA Kalkulationsgrundsätze aufgegriffen hatte. Eine Regulierung, Preisadministrierung oder Reduktion des Preissetzungsspielraums der Unternehmen auf ein cost-plus-Konzept ist durch die Neuregelung in § 29 jedoch nicht zu befürchten: Die Befugnis ist erkennbar auf Einzelfälle zugeschnitten. Auch mit der Neuregelung werden die Kartellbehörden – wie in der Vergangenheit – nicht flächendeckend "regulieren" sondern nur deutliche "Ausreißer" aufgreifen können.

Gewisse Unschärfen in Satz 2 der vorgeschlagenen Neuregelung ("Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden") werden durch die insoweit treffendere Formulierung ("Kosten, die ein Unternehmen bei funktionierendem Wettbewerb vermeiden oder nicht geltend machen würde bzw. nicht über den Preis abwälzen könnte") in der Begründung aufgefangen.

Bei dem Begriff „unangemessen“ handelt es sich um einen typischen, auch in anderen Normen verwendeten unbestimmten Rechtsbegriff, der durch behördliche und gerichtliche Praxis einzelfallgerecht auszufüllen sein wird. Ausgangspunkt dafür ist eine Abwägung der widerstreitenden Interessen unter besonderer Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB.

4. Sofortige Vollziehbarkeit von Missbrauchsverfügungen

Der Gesetzesvorschlag sieht die sofortige Vollziehbarkeit von Missbrauchsverfügungen vor (§ 64). Damit wird zum einen ein europäischer Standard nachvollzogen, da Missbrauchsverfügungen der Europäischen Kommission sofort vollziehbar sind. Gleichzeitig wird die Forderung des BGH in der Entscheidung Soda-Club (2006) nach einem Gleichlauf der Beschwerdemöglichkeiten in Missbrauchssachen für auf deutsches und/oder auf europäisches Recht gestützte Verfügungen der Kartellbehörden erfüllt. Schließlich würde der gebotene Gleichlauf gegenüber wettbewerbs-beschränkenden Vereinbarungen hergestellt: Auf § 1 GWB und Art. 81 EG gestützte Verfügungen des Bundeskartellamtes sind bereits heute von Gesetzes wegen sofort vollziehbar.

Auch in der Sache ist die Erstreckung der gesetzlichen Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit auf Fälle der nationalen Missbrauchsaufsicht geboten: Gerade in Missbrauchsfällen droht durch die Verzögerung der Wirksamkeit von Verfügungen mit Hilfe von Rechtsmitteln eine empfindliche Wettbewerbsverschlechterung. Die Fallpraxis des Bundeskartellamtes weist zahlreiche Fälle auf, in denen ein Aufschub der Vollziehbarkeit zur Zementierung marktbeherrschender Stellungen oder zur Verdrängung der letzten verbliebenen Wettbewerber geführt hat oder hätte (vgl. etwa OLG Düsseldorf „langfristige Gaslieferverträge“).

Eine solche *gesetzliche* Anordnung macht deutlich, dass der sofortigen Vollziehbarkeit von Missbrauchsverfügungen im Rahmen der nach § 65 Abs. 3 S. 3 iVm S. 1 Nr. 3 GWB vorzunehmenden Abwägung ein hoher Rang zuzusprechen ist. Die Gerichte wären – neben einer Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache – zu einer Einzelfallbetrachtung grundsätzlich nur im Hinblick auf solche Umstände gehalten, die von den Beteiligten vorgetragen werden und die

die Annahme rechtfertigen können, dass im konkreten Einzelfall ausdrücklich von der *gesetzgeberischen Grundentscheidung* abgewichen werden kann. Der Betroffene hätte die Wertung des Gesetzgebers durch einen Vortrag der Besonderheiten seiner Situation zu entkräften und aufzuzeigen, wie den öffentlichen Belangen gleichwohl Rechnung getragen werden kann. Unter dem Strich würde die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses an einer zeitnahen Durchsetzung gestärkt. Die Rechtsschutzmöglichkeiten der Betroffenen würden schließlich auch nicht über Gebühr beschränkt, da diese – wie schon nach geltendem Recht gegen Verfügungen auf Grundlage von § 1 GWB und Art. 81 EG - nach wie vor Beschwerde einlegen und drohende Konsequenzen in einstweiligen Verfahren – wenn auch unter erschwerten Bedingungen - abwenden können. Auch in § 137 TKG hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, Beschwerden und Klagen gegen Missbrauchsverfügungen keine aufschiebende Wirkung zuzumessen.

5. Vollzugaufwand

Eine effektive Durchsetzung des § 29 bedeutet einen signifikant erhöhten Vollzugaufwand für die Kartellbehörden und insbesondere für das Bundeskartellamt.

Im Energiebereich ist das Missverhältnis zwischen den kartellbehördlichen Ressourcen und den Möglichkeiten der marktbeherrschenden Konzerne offensichtlich. Eine Erweiterung der rechtlichen Handlungsmöglichkeiten in diesem Bereich liefe leer, wenn diesem Missverhältnis nicht begegnet würde. Andernfalls könnten die durch die Novelle geweckten Erwartungen, insbesondere mit Blick auf verbraucherfreundliche Strategien zur Verbesserung der Entgeltstrukturen im Strom- und Gasmarkt, nicht erfüllt werden.

Missbrauchsverfahren sind ohnehin aufwändig und zeitintensiv. Dies gilt umso mehr, wenn die Behörde ggf. unter Heranziehung der Befugnisse aus § 59 GWB (Auskunftsverlangen, Durchsuchungen usw.) Kostenstrukturen und Preise zu ermitteln hat. Die festgestellten Daten sind im Detail zu prüfen und zu bewerten. Zudem ist durch ökonomisch und juristisch fundierte Erwägungen der Beurteilungsrahmen des § 29 auszufüllen. Bei einer Neuregelung, die unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, sind zudem gerade in der ersten Phase des

Vollzugs zahlreiche gerichtliche Auseinandersetzungen zu erwarten, die weitere Kapazitäten des Amtes binden.

Der vom Bundeskartellamt begrüßte Regelungsvorschlag ist folglich nur bei entsprechender Anpassung der Personalausstattung des Amtes sinnvoll. Die im Gesetzentwurf vorgesehene Ressourcenverstärkung des Bundeskartellamtes ist angesichts der fortbestehenden jährlichen Personaleinsparungsverpflichtungen nicht ausreichend.

III. Änderung des Verbots von Untereinstandspreis-Verkäufen

Mit der Änderung von § 20 Abs. 4 GWB soll eine Sonderregelung für den Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis geschaffen werden. Diese Regelung würde die aktuelle Gesetzesfassung für diese Branche verschärfen. Ziele der Änderung sind ausweislich der Regierungsbegründung, kleinere und mittlere Einzelhandelsunternehmen zu schützen und die Qualität von Lebensmitteln zu steigern.

1. Gesetzgeberisches Ziel wird nicht erreicht

Das Bundeskartellamt ist der Auffassung, dass das gesetzgeberische Ziel mit einer Änderung des Verbots des Verkaufs unter Einstandspreis nicht erreicht werden kann. Der Schutz der „gefährdeten“ kleineren und mittleren Betriebe wird mit der Neuregelung nicht verbessert. Denn diese leiden nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes weniger unter unzulässigen Verkäufen unter Einstandspreis, sondern vielmehr unter den günstigen Preisen der großen Lebensmittelhändler, zu denen diese bereits auf Grund ihrer erheblichen Nachfragemacht anbieten können. Schon ein Angebot zum Einstandspreis der großen Lebensmittelhändler unterbietet die Preise der kleineren und mittleren Betriebe in der Regel deutlich. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Verkauf unter Einstandspreis dem Verbraucher in Form günstigerer Preise zugute kommen kann. Es erschließt sich ebenfalls nicht, wie das zweite gesetzgeberische Ziel, mit Blick auf den sog. „Gammelfleisch“-Skandal die Produktqualität

zu erhöhen, durch die Neuregelung erreicht werden soll. Im Übrigen ist fraglich, ob das GWB das richtige Instrument zur Erreichung eines solchen Ziels ist.

Im Übrigen weisen wir darauf hin, dass im Europäischen Recht eine entsprechende Regelung nicht getroffen wurde. In Frankreich wird derzeit erwogen, das bereits gelockerte Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis gänzlich abzuschaffen; in Irland wurde das Verbot im März 2006 abgeschafft.

2. Änderung des Merkmals "nicht nur gelegentlich"

Das Bundeskartellamt sieht keinen Bedarf für eine Neuregelung des § 20 Abs. 4 S. 2 GWB.

- Die geltende Ausgestaltung des Verbots des Verkaufs unter Einstandspreis ist ausreichend.

Die vom Bundeskartellamt entwickelten Leitlinien über die Anwendung der Rechtsvorschrift des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB haben sich in der Praxis bewährt und sind nach der Bestätigung durch das Wal-Mart Urteil des BGH von den betroffenen Wirtschaftskreisen positiv aufgenommen worden. Das Amt ist seit der Einführung dieser Regelung im Jahr 2000 einer Fülle von Eingaben aus den verschiedensten Bereichen nachgegangen. Viele Verfahren wurden eingestellt, weil die Beschuldigten nachweisen konnten, dass ihr Preis aufgrund ihrer günstigen Einkaufskonditionen keineswegs – wie vom Beschwerdeführer vermutet – unter dem Einstandspreis lag.

- Gebotenheit einer differenzierten Betrachtung

Unter das Verbot des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB fallen nach aktueller Rechtslage nur auf Dauer angelegte Unter-Einstandspreis-Angebote. Einzelaktionen, die sich ihrem Wesen nach eher als kurzfristige Werbeaktionen darstellen wie Einführungspreise bei Geschäftseröffnung oder sporadische Sonder- oder Lockvogelangebote, werden nicht vom Verbotstatbestand erfasst¹ und sind eher als Zeichen lebhaften Wettbewerbs denn als Behinderungsstrategie zu bewerten. Hingegen werden kontinuierliche Sonderaktionen nicht mehr als „nur gelegentlich“ eingestuft. Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob sich das fragliche Angebot immer auf dasselbe Produkt bezieht. Die Entscheidung, ob es sich um ein auf Dauer angelegtes, systematisches Angebot handelt, wird in der Praxis des

¹ Bekanntmachung Nr. 124/2003 des Bundeskartellamtes zur Anwendung des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB, S. 3 ff.

Bundeskartellamtes differenziert bewertet. Grundsätzlich findet eine Entscheidung darüber, ob eine Werbeaktion als „nur gelegentlich“ oder nicht einzustufen ist, von Fall zu Fall statt. Im Lebensmitteleinzelhandel hat das Bundeskartellamt schon dann die Gelegentlichkeit des Angebots verneint, wenn sich dieses auf verschiedene Produkte an bestimmten Tagen – etwa als Sonderaktionen jeweils zum Wochenende – in drei aufeinander folgenden Wochen bezieht. Die Möglichkeit, das Verbot durch längere Zeitabstände zwischen den Aktionen zu „umgehen“, sieht das Bundeskartellamt nach der mittlerweile mehrjährigen Erfahrung mit der Vorschrift nicht.

- **Erfolgreiche Anwendungspraxis**

Erfolgreich angewandt wurde die Vorschrift insbesondere in den Verfahren gegen die Unternehmen Wal-Mart, Aldi-Nord und Lidl, denen das Bundeskartellamt Anfang September 2000 untersagt hatte, Artikel aus dem Bereich Grundnahrungsmittel unter Einstandspreis zu verkaufen. Der BGH bestätigte im Wesentlichen die Leitlinien des Bundeskartellamtes im Hinblick auf das Verbot „nicht nur gelegentlich d.h. über längere Zeit, jedenfalls aber systematisch handelnd“ Waren unter Einstandspreis anzubieten. Weitere Verfahren folgten. Zuletzt hat das Bundeskartellamt gegen die Drogeriemarktkette Rossmann Bußgelder von insgesamt 300.000,- Euro verhängt. Nach den Feststellungen des Amtes hat Rossmann im Jahre 2005 Drogeriemarkt-Artikel diverser Hersteller unter den eigenen Einstandspreisen verkauft. In seiner jüngsten Entscheidung hat das Amt festgestellt, dass Edeka dadurch gegen das Verbot verstoßen hat, dass es innerhalb eines halben Jahres mehr als insgesamt drei Wochen unterschiedliche Waren unter dem Einstandspreis verkauft hat. Diese Unter-Einstandspreis-Verkäufe erfolgten damit nicht mehr "nur gelegentlich". Das Merkmal der "Gelegentlichkeit" ist ein handhabbares und sachgerechtes Kriterium.

3. Verzicht auf sachliche Rechtfertigungsmöglichkeit

Das Bundeskartellamt hält es für unverzichtbar, dass der Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis im Einzelfall sachlich gerechtfertigt werden kann. Die Formulierung des Regierungsentwurfs lässt eine Rechtfertigung zu, wenn der Verkauf unter Einstandspreis geeignet ist, den Verderb oder die drohende Unverkäuflichkeit zu verhindern sowie „in vergleichbar schwerwiegenden Fällen“. Das Bundeskartellamt begrüßt, dass der Regierungsentwurf den Kreis der

möglichen Rechtfertigungsgründe gegenüber dem Referentenentwurf über die ausdrücklich benannten Fälle hinaus erweitert hat. Durch die Beschränkung auf vergleichbar *schwerwiegende* Fälle allerdings wird die ordnungspolitisch gebotene Rechtfertigungsmöglichkeit über Gebühr eingeschränkt. Es sind noch eine Vielzahl weiterer Situationen denkbar, in denen ein Verkauf unter Einstandspreis Sinn ergibt, etwa bei Geschäftseröffnung oder -aufgabe. Inwieweit dies vergleichbar „schwerwiegende“ Fälle sind, müsste im Einzelfall geklärt werden, so dass die Neuregelung hier ohne Not zu einem Verlust an Rechtssicherheit gegenüber der etablierten Rechtslage führt.

Die bereits geltende Beweislastumkehr erschwert den Handelsunternehmen ohnehin eine Rechtfertigung ihres Verhaltens, sodass eine ausufernde Inanspruchnahme der Rechtfertigungsmöglichkeiten schon nach geltender Rechtslage nicht zu erwarten ist.

4. Vollzugsaufwand

Der Gesetzesentwurf geht zutreffend davon aus, dass für den Vollzug dieses Verbotes ein erheblicher Aufwand bei den Kartellbehörden entstehen wird. Davon werden vor allem das Bundeskartellamt, aber auch die Landeskartellbehörden betroffen sein. In der Vergangenheit wurden Verfahren gegen die Lebensmittelketten Wal-Mart, Aldi-Nord, Lidl bzw. die Drogerie-Ketten Schlecker und Rossmann geführt. Dabei konnte von einer „regionalen oder lokalen“ Begrenzung der Aktionsverkäufe in diesem Sinne keine Rede sein. Entsprechend ist dem Bundeskartellamt auch kein Verfahren einer Landeskartellbehörde bekannt, durch das ein Verstoß gegen das Verbot festgestellt wurde.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die Ermittlung der Einstandspreise nach den Erfahrungen der zuständigen Beschlussabteilung häufig mit einer sehr aufwändigen Prüfung von Bezugskonditionen verbunden ist. Der Einstandspreis lässt sich nicht ohne weiteres etwa aus einer einzelnen Rechnung ablesen sondern muss zumeist aus einer komplexen Gemengelage einer Vielzahl von unterschiedlichen Rabattarten und Kostenzuschüssen herausgearbeitet werden.

Angesichts des zu erwartenden Aufwands stellt sich auch die Frage, ob beim Aufgreifen kurzfristiger Einzelaktionen der Verwaltungsaufwand noch in einem vertretbaren Verhältnis zur wirtschaftlichen Bedeutung des Gesetzesverstößes steht. Soweit der Gesetzgeber eine stringente Durchsetzung des Verbotes erwartet, ist erheblicher personeller Bedarf seitens des Bundeskartellamtes anzumelden.

IV. Neuverkündung der Bußgeldvorschrift des § 81 GWB

Das Bundeskartellamt begrüßt die vorgesehene Neuverkündung des § 81 GWB. Kritisch ist jedoch anzumerken, dass die im Referentenentwurf vorgesehenen Ergänzungen fast vollständig entfallen sind und auch der dringende Hinweis des Bundeskartellamts, die Berücksichtigung von Konzernverflechtungen bei der Feststellung der Kappungsgrenze im Wortlaut der Vorschrift klarzustellen, in den Regierungsentwurf nicht aufgenommen wurde. Im Einzelnen geben wir folgendes zu bedenken:

1. Berücksichtigung von Konzernverbindungen bei der Umsatzberechnung

Für eine wirksame Sanktionierung von Hardcore-Kartellen, wie verbotene Preisabsprachen und Gebietsaufteilungen, ist es sachlich dringend geboten, im Wortlaut von § 81 GWB ausdrücklich klar zu stellen, dass Konzernverbindungen bei der Berechnung des Gesamtumsatzes zu berücksichtigen sind. Das für das Bundeskartellamt zuständige Oberlandesgericht Düsseldorf und Teile der wissenschaftlichen Literatur schließen aus dem derzeitigen Wortlaut, dass bei der Berechnung der Bußgeldobergrenze keine Konzernzurechnung zulässig ist. Es besteht damit die Gefahr, dass die 10%-Obergrenze des Bußgeldes allein auf den Umsatz der Tochtergesellschaft bezogen werden kann, der ein Kartellrechtsverstoß nachzuweisen ist. Die hinter der Gesellschaft stehende Finanzkraft des Gesamtkonzerns dürfte dabei nicht berücksichtigt werden. Dies würde zu einem dramatischen Rückgang der zu verhängenden Bußgelder führen. Finanzkräftige Unternehmen könnten letztlich eine wirksame Sanktion durch Gründung von kleinen Tochtergesellschaften umgehen. Das Bundeskartellamt wäre im Ergebnis bei Kartellrechtsverstößen von Konzernen nicht zu einer aus-

reichend abschreckenden Sanktion gegen Kartellrechtsverstöße in der Lage, obwohl mit der 7. GWB-Novelle das Gegenteil erreicht werden sollte. Dies birgt die Gefahr, dass das Bundeskartellamt im Netzwerk der Europäischen Wettbewerbsbehörden in wichtigen, schwerpunktmäßig Deutschland betreffenden Fällen nicht mehr als besonders gut geeignete Behörde betrachtet wird und die Kommission die Bußgeldverfahren an sich zieht. Es wäre nicht mehr gewährleistet, dass die nationalen Fälle von der Behörde mit der besten Marktkenntnis untersucht und beurteilt werden. Außerdem ergäbe sich der Nachteil, dass Bußgelder nicht mehr in die deutsche Staatskasse sondern in das EU-Budget fließen. Um eine hinreichende Sanktionierung von Hardcore-Kartellen zu ermöglichen, hält es das Bundeskartellamt für sinnvoll, im Wortlaut von § 81 GWB einen klarstellenden Hinweis auf das europäischen Konzept der wirtschaftlichen Einheit zu ergänzen, um so die Vorschrift auch in dieser Hinsicht an die europäische Rechtspraxis anzunähern.

2. Maßgebliches Geschäftsjahr

Das Bundeskartellamt hielte es weiterhin für dringend geboten, dass – wie noch im Referentenentwurf zur Neubekanntmachung von § 81 GWB vorgesehen - für die Berechnung der Bußgeldhöchstgrenze nach § 81 Abs. 4 S. 2 GWB der Gesamtumsatz maßgeblich sein soll, den die beteiligten Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen im Geschäftsjahr vor der Entscheidung der zuständigen Behörde erzielt haben. Hierdurch würde die Rechtslage auch insoweit an die europäische Rechtslage angepasst. Manipulationen der Kartellbeteiligten nach dem Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid würden ausgeschlossen.

3. Möglichkeit der Schätzung von Umsätzen

Anders als im Referentenentwurf fehlt im Regierungsentwurf eine Klarstellung dahingehend, dass die Höhe der Umsätze von der Kartellbehörden geschätzt werden kann. Im Interesse der Rechtssicherheit würde das Bundeskartellamt die Aufnahme einer entsprechende Klarstellung begrüßen.