

INSTITUT FÜR INTERNATIONALES RECHT
EUROPÄISCHES UND INTERNATIONALES WIRTSCHAFTSRECHT
LEHRSTUHL PROF. DR. HELMUT KÖHLER

Stellungnahme Prof. Dr. Helmut Köhler
zum
Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der
Energieversorgung und des Lebensmittelhandels

Zusammenfassung

1. Die geplante **Änderung des § 20 Abs. 4 GWB** ist in der Sache zu begrüßen. Die Kritik insbesondere der Monopolkommission am Entwurf ist ungerechtfertigt. Die geplante Änderung trägt dazu bei, der weiteren Konzentration im Lebensmittelhandel vorzubeugen. Sie wirkt sich im Ergebnis zum Vorteil und nicht zum Nachteil der Verbraucher aus. Als flankierende Maßnahme empfiehlt sich eine Verbesserung der Missbrauchskontrolle nach § 20 Abs. 3 GWB.

2. Die sprachliche Fassung der Gesetzesänderung könnte noch verbessert werden. Die derzeitige Fassung des § 20 Abs. 4 Satz 3 GWB-E

„Das Anbieten von Lebensmitteln unter Einstandspreis ist sachlich gerechtfertigt, wenn es geeignet ist, den Verderb oder die drohende Unverkäuflichkeit der Waren beim Händler durch rechtzeitigen Verkauf zu verhindern, sowie in vergleichbar schwerwiegenden Fällen.“

erscheint sprachlich nicht korrekt. Richtig müsste es wohl heißen:

„Das Anbieten von Lebensmitteln unter Einstandspreis ist sachlich gerechtfertigt, wenn es geeignet ist, den Verderb oder die drohende Unverkäuflichkeit der Waren beim Händler durch rechtzeitigen Verkauf zu verhindern, oder wenn vergleichbar schwerwiegende Fälle vorliegen.“

3. Im Grunde ließe sich das gesetzgeberische Anliegen mit folgender Formulierung der Sätze 3 und 4 knapper ausdrücken:

„Das Anbieten von Lebensmitteln unter Einstandspreis ist sachlich gerechtfertigt, wenn dafür ein zwingender Grund vorliegt, insbesondere wenn sie zu verderben oder unverkäuflich zu werden drohen. Eine unbillige Behinderung im Sinne des Satzes 1 liegt nicht vor, wenn Lebensmittel an gemeinnützige Einrichtungen abgegeben werden.“

Begründung

1. Einführung

(1) Die folgenden Ausführungen beschäftigen sich in erster Linie mit der Kritik der Monopolkommission (im Folgenden: MK) am Gesetzesentwurf in ihrem Sondergutachten zum Thema „*Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB*“ (Tz. 54 – 72).

2. Klarstellung

(2) Zu Unrecht und geradezu unverständlicherweise spricht die MK (in Tz. 56) von einem „Per-se-Verbot von Angeboten unter Einstandspreis“. Denn ein solches Per-se-Verbot kennt § 20 Abs. 4 GWB gerade nicht. Zunächst: Das Verbot gilt nicht für alle Unternehmen, sondern von vornherein nur für Großunternehmen, soweit mit ihnen kleine oder mittlere Unternehmen in Wettbewerb stehen und sie gegenüber diesen Unternehmen eine überlegene Marktmacht besitzen („Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht“). Soweit sich also in bestimmten Gebieten nur (noch) Großunternehmen (wie z.B. Aldi, LIDL, EDEKA, REWE) als Mitbewerber gegenüberstehen, findet die Vorschrift keine Anwendung. Sodann: Auch wenn Großunternehmen Normadressaten sind, sind ihnen nach der derzeitigen Gesetzeslage Untereinstandspreisverkäufe nicht schlechthin verboten, sondern nur dann, wenn dies „nicht nur gelegentlich“ geschieht und die Maßnahme darüber hinaus nicht „sachlich gerechtfertigt“ ist. Die geplante Änderung streicht lediglich das Tatbestandsmerkmal „nicht nur gelegentlich“ für den Bereich der Lebensmittel und präzisiert das Tatbestandsmerkmal „sachlich gerechtfertigt“.

(3) Wenn die MK (in Tz. 56) die geplante Änderung als „*ordnungspolitisch problematisch*“ ansieht, handelt es sich dabei um ihre Vorstellung von „richtiger Ordnungspolitik“. Über das, was ordnungspolitisch „richtig“ oder „zweckmäßig“ ist, lässt sich jedoch streiten.

3. Untereinstandspreisverkäufe als effizientes Marketinginstrument?

(4) Die MK (in Tz. 57) sieht in der geplanten Änderung eine weitere Beeinträchtigung der schon jetzt unverhältnismäßig eingeschränkten unternehmerischen Preisgestaltungsfreiheit. Aus ihrer Sicht handelt es sich bei Untereinstandspreisverkäufen in aller Regel nicht um eine mit Verdrängungsabsicht verbundene Verhaltensweise, sondern um eine „*spezifische Form der Werbung gegenüber dem Endverbraucher*“. Diese Form der Werbung sei besonders vorteilhaft für die Verbraucher, weil sie zu niedrigen Preisen einkaufen können. Im gleichen Atemzug betont jedoch die MK, die Händler könnten ihre Verluste bei Untereinstandspreisverkäufen im Wege der Mischkalkulation (bzw. Quersubventionierung) ausgleichen, weil die Verbraucher das „one-stop-shopping“ bevorzugen würden. Dann muss sich die MK aber fragen lassen, wo „unter dem Strich“ der Vorteil für den Verbraucher liegen soll, wenn der Händler bei den anderen Produkten seine „Verluste“ wieder hereinholt. Die MK argumentiert insoweit widersprüchlich.

(5) Das Angebot von Waren unter Einstandspreis ist nichts anderes als eine „Lockvogelstrategie“. Sie mag effizient in der Weise sein, dass Verbraucher dadurch angelockt werden. Wenn jedoch der Verbraucher den Preisvorteil bei einem Produkt über den vergleichsweise höheren Preis bei anderen Produkten doch wieder bezahlen muss, ist eine gesamtwirtschaftliche Effizienz (im Sinne einer Verbesserung der Verbraucherversorgung) dieser Art von Werbung nicht erkennbar.

(6) Im Übrigen trifft auch die Annahme der MK nicht zu, mit der „Lockvogelwerbung“ durch Untereinstandspreisangebote sei im Gegensatz zu anderen Formen der Werbung kein Verzehr von Ressourcen verbunden: Auch Untereinstandspreisverkäufe müssen – genauso wie jeder sonstige Preisnachlass – mit Prospekten, Zeitungsbeilagen, TV-Werbung usw. beworben werden, wenn sie der Kunden wahrnehmen soll.

4. Keine langfristigen Vorteile für den Verbraucher durch das Verbot des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB?

(7) Die MK (in Tz. 58 - 60) setzt sich des Weiteren kritisch mit dem Argument auseinander, dass die Verbraucher langfristig von dem Verbot des § 20 IV Satz 2 GWB profitieren würden. Selbst wenn nämlich eine Verdrängung mittelständischer Anbieter gelänge, würde doch wei-

terhin hinreichender Wettbewerb zwischen den Großunternehmen des Lebensmittelhandels bestehen.

(8) Zum Beweis des fortbestehenden Wettbewerbsdrucks wird „auf die geringen Renditen im Lebensmitteleinzelhandel“ verwiesen. Das mag vordergründig zutreffen.¹ Dass aber gerade im Lebensmitteleinzelhandel beachtliche Gewinne zu erzielen sind, zeigt sich in dem stetig zunehmenden externen und internen Wachstum von Handelsunternehmen aus kleinen Anfängen heraus (Aldi, LIDL, Metro, Edeka, Schlemmer usw.). Die Errichtung oder Übernahme von Filialen ist ohne Einsatz von erwirtschafteten Eigenmitteln eher unwahrscheinlich. Im Übrigen sei auf die Liste der 100 reichsten Deutschen verwiesen: In der Spitzengruppe finden sich gerade die Inhaber von Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen (Gebrüder Albrecht usw.).

(9) Überraschend ist jedenfalls, dass die MK „die Verdrängung von mittelständischen Anbieter(n) durch den Einsatz von Untereinstandspreisen“ offenbar ohne Weiteres akzeptiert. Diese Sichtweise mag den ordnungspolitischen Vorstellungen der MK entsprechen. Ob man sie teilen sollte, ist aber zu bezweifeln. Der Mittelstandsschutz (im Grunde: der Schutz kleiner Familienbetriebe) ist ein durchaus legitimes Anliegen einer Wirtschaftspolitik, die der „sozialen Marktwirtschaft“ verpflichtet ist.

(10) Überraschend ist weiter, dass die MK auf das Argument in der Gesetzesbegründung (sub A 1 b), eine Verdrängung mittelständischer Unternehmen könne „auf Dauer die breite Versorgung vor allem im ländlichen Raum beeinträchtigen“, überhaupt nicht eingeht. Dass letztlich also der Verbraucher die Zeche bezahlen muss, wird von der MK nicht beachtet.

5. „Zu enger Ausnahmenkatalog“?

(11) Den Bedenken der MK (in Tz. 61, 62), der Ausnahmenkatalog für die sachliche Rechtfertigung von Untereinstandspreisverkäufen von Lebensmitteln sei zu eng gefasst, trägt der vorliegende Gesetzentwurf durch die Aufnahme der Worte „**sowie in vergleichbar schwerwiegenden Fällen**“ Rechnung. Allerdings ist insoweit die Fassung des geplanten § 20 Abs. 4 Satz 3 GWB von der Satzkonstruktion her etwas verunglückt. Es sollte besser heißen: „**oder wenn vergleichbar schwerwiegende Fälle vorliegen.**“

(12) Im Grunde ließe sich das gesetzgeberische Anliegen mit folgender Formulierung der Sätze 3 und 4 des Entwurfs auch noch knapper ausdrücken:

„Das Anbieten von Lebensmitteln unter Einstandspreis ist sachlich gerechtfertigt, wenn dafür ein zwingender Grund vorliegt, insbesondere wenn sie zu verderben oder unverkäuflich zu werden drohen. Eine unbillige Behinderung im Sinne des Satzes 1 liegt nicht vor, wenn Lebensmittel an gemeinnützige Einrichtungen abgegeben werden.“

6. „Kein Schutz kleinerer Unternehmen vor Preiswettbewerb“?

(13) Die MK (in Tz. 63) ist der Auffassung, der Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen sei üblicherweise nicht Ziel der Wettbewerbspolitik, vielmehr gehe es um effiziente Marktergebnisse. Somit stehe „das Ziel, kleine und mittlere Unternehmen vor Preiswettbewerb zu schützen, im Widerspruch zu den übergeordneten Zielen der Wettbewerbspolitik“. Allerdings macht die MK nicht deutlich, weshalb das Verschwinden kleiner und mittlerer Unternehmen zu effizienten Marktergebnissen führen soll. Sie äußert sich insbesondere – wie bereits dargelegt – nicht zu dem Argument der Bundesregierung, das Verschwinden mittelständischer Unternehmen vor allem im ländlichen Raum könne die breite Versorgung beeinträchtigen. (Zu ergänzen wäre, dass

¹ Es wird dabei nicht berücksichtigt, dass der eigentliche Gewinn über andere „Schienen“ erzielt wird (Direktzahlungen von Herstellern; Mieteinnahmen von Verwaltungsgesellschaften, die Räume an Betriebsgesellschaften vermieten.)

dann unter Umständen staatliche Subventionen erforderlich würden, um die Versorgung sicherzustellen.)

(14) Auch geht es bei der geplanten Gesetzesänderung nicht - wie die MK Glauben machen möchte - darum, kleine und mittlere Unternehmen vor Preiswettbewerb schlechthin zu schützen. Vielmehr geht es ausschließlich darum, bestimmte, als Behinderungswettbewerb einzuordnende Erscheinungsformen der Lockvogelwerbung mit niedrigen Preisen zu begrenzen.

(15) Ernster zu nehmen ist der Vorwurf der MK, die geplante Gesetzesänderung könne ihr Ziel ohnehin nicht erreichen. Denn die filialisierten Großunternehmen des Handels hätten auf Grund ihres Einkaufsvolumens (zu ergänzen wäre: auf Grund ihrer Nachfragemacht) ohnehin günstigere Einkaufskonditionen. Daher könnten die kleinen und mittleren Mitbewerber ohnehin nicht mit den Großunternehmen des Handels mithalten, auch wenn diese zu Preisen über Einstandspreis anbieten würden. – Hiergegen ist zunächst einzuwenden, dass auch die Bekämpfung des Missbrauchs von Nachfragemacht bei der Erzielung von Einkaufsvorteilen ein wichtiges Anliegen des GWB ist. Die Effizienz der Missbrauchskontrolle nach § 20 Abs. 3 GWB könnte und sollte noch verbessert werden. – Im Übrigen ist es eine nicht näher begründete Behauptung, dass die kleinen und mittleren Unternehmen auch durch ein verschärftes Verbot von sachlich ungerechtfertigten Untereinstandspreisverkäufen von Lebensmitteln dem Wettbewerbsdruck der Großunternehmen nicht standhalten könnten. Mindestens kann ein solches Verbot die Existenzchancen von kleinen und mittleren Unternehmen verbessern.

(16) Die MK ist darüber hinaus der Meinung, ein – erweitertes - Verbot von Untereinstandspreisverkäufen würde lediglich den Preiswettbewerb zwischen marktstarken Handelsunternehmen reduzieren. Dies gehe – in Form von höheren Preisen – vor allem zu Lasten der Verbraucher. Mit dieser Argumentation setzt sich die MK aber in Widerspruch zu ihrer Annahme, die Handelsunternehmen würden die Verluste aus Untereinstandspreisverkäufen durch Mischkalkulation bzw. Quersubventionierung ausgleichen. D.h. der Verbraucher muss für andere Waren, die er bei Gelegenheit des Kaufs mit erwirbt, höhere Preise bezahlen. Die Behauptung, das Verbot würde zu höheren Preisen führen, ist daher kaum nachvollziehbar. – Durch die Änderung des Entwurfs (Wegfall der Auszeichnungspflicht) hat sich auch das Bedenken der MK, die Neuregelung würde zu höheren Kosten für die Handelsunternehmen führen, erledigt.

7. „Kein Beitrag zur Qualitätssicherung“?

(17) Die Bundesregierung verspricht sich von der Verschärfung des § 20 Abs. 4 GWB einen Beitrag für einen hohen Sicherheitsstandard bei Lebensmitteln. Die MK (in Tz. 64) sieht das völlig anders. Sie versteigt sich sogar zur Behauptung, ein – erweitertes – Verbot von Untereinstandspreisverkäufen könnte den Anreiz für kriminelle Praktiken noch erhöhen, da die verdorbene Ware dann tendenziell zu höheren Preisen angeboten werden könnte und somit höhere Gewinne bei den Verkäufern zu erwarten wären. Die MK hat dabei offenbar die „Gammelfleischskandale“ im Auge. Um die Bekämpfung krimineller Machenschaften geht es aber bei der geplanten Gesetzesänderung gerade nicht.

(18) Das eigentliche Problem der Untereinstandspreisverkäufe von Lebensmitteln besteht darin, dass die Mitbewerber eines Handelsunternehmens nicht zuverlässig erkennen können, ob die betreffenden Artikel unter Einstand verkauft werden oder nicht. Denn die Einkaufskonditionen gehören – wie auch die MK an anderer Stelle anerkennt – zu den bestgeschützten Geschäftsgeheimnissen. Die Mitbewerber können daher argwöhnen, dass dieses Unternehmen günstigere Konditionen als sie bekommt. Dies kann für sie Anlass sein, auf den jeweiligen Hersteller verstärkten Konditionendruck auszuüben, um zu vergleichbaren Preisen anbieten zu können. Die naheliegende Gefahr ist, dass Hersteller in eine Qualitätsverschlechterung ausweichen, um dem Konditionendruck nachgeben zu können. Um diese Gefahr geht es, und diese Gefahr lässt sich auch durch eine Verschärfung des § 20 Abs. 4 GWB bekämpfen. Sinnvollerweise muss aber eine Verschärfung des § 20 Abs. 3 GWB hinzukommen.

8. „Anwendungsprobleme“?

(19) Die MK (in Tz. 66 – 68) beklagt, dass sich § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB in der Vergangenheit als wenig praktikabel erwiesen habe. Davon zeuge auch die geringe Anzahl von Verfahren. Das hänge auch mit der Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe in dieser Vorschrift zusammen, insbesondere mit dem Begriff des „Einstandspreises“. Die MK muss aber gleichzeitig einräumen, dass die Rechtsprechung des BGH diese Probleme entschärft hat. Außerdem konnte das BKartA in der Vergangenheit Erfahrungen im Umgang mit dieser Vorschrift sammeln. Die geringe Zahl von Verfahren lässt im Übrigen keinen Schluss darauf zu, ob eine Vorschrift praktikabel ist oder nicht. Sie kann auch damit zusammenhängen, dass das Verbot in der Praxis weitgehend beachtet wird.

(20) Im Übrigen geht es, was die Kritik der MK verkennt, nicht um das gegenwärtige Verbot von Untereinstandspreisverkäufen in § 20 Abs. 4 GWB, sondern nur um die geplante Änderung dieser Vorschrift. Aufgabe der MK wäre es gewesen, sich zu den Auswirkungen der Änderung zu äußern, nicht die alten Vorbehalte gegen die bestehende Regelung zu wiederholen. Die Änderung des § 20 Abs. 4 GWB führt keineswegs zu einer „Verkomplizierung“ der Rechtsanwendung. Im Gegenteil: Durch die Weglassung des Erfordernisses des „nicht nur gelegentlichen“ Anbietens unter Einstandspreis beim Verkauf von Lebensmitteln wird die Rechtsanwendung sogar erleichtert. Dass die Auslegung des Begriffs „Lebensmittel“ größere Schwierigkeiten bereiten würde, behauptet auch die MK nicht.

(21) Dass die Vorschrift prinzipiell auch auf den Großhandel anwendbar ist (Tz. 67) trifft zu. Dort tritt aber das Problem nicht auf. Der Hinweis auf die Schwierigkeiten der Ermittlung des Einstandspreises gerade in diesem Bereich ist daher praktisch ohne Bedeutung.

9. Mehrarbeit für die Kartellbehörden?

(22) Nach Auffassung der MK (in Tz. 71) erhöht die geplante Regelung den Verwaltungsaufwand und damit den Stellenbedarf der Kartellbehörden beträchtlich. Die MK geht allein von einem Bedarf beim BKartA für insgesamt 13 weitere Stellen aus. – Ein Blick in die Gesetzes-

begründung (D 2) zeigt jedoch, dass für die Umsetzung der Aufgaben aus dem geplanten Gesetz nur neun Planstellen für erforderlich gehalten werden. Diese neun Planstellen stehen aber nicht nur für das Verbot des Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreisen zur Verfügung, sondern auch und vor allem für die Aufgabe der Missbrauchskontrolle bei der Energieversorgung. Damit reduziert sich der von der MK prognostizierte Personalaufwand für die Anwendung des geänderten § 20 Abs. 4 GWB auf einige wenige Stellen. Ob die Prognose realistisch ist, soll hier dahingestellt bleiben. Im Übrigen sollte es kein Grund sein, eine für sinnvoll angesehene Gesetzesänderung nur deshalb zu unterlassen, weil sie mit einer gewissen Mehrarbeit für Verwaltungsbehörden verbunden ist. Ergänzend ist auf die Möglichkeiten der privaten Rechtsdurchsetzung durch Verbände („private enforcement“) hinzuweisen, die die Kartellbehörden entlasten könnte.

10. Schlussbemerkung

(23) Alles in allem ist die geplante Änderung des § 20 Abs. 4 GWB zu begrüßen. Allenfalls die Formulierung der betreffenden Regelungen ließe sich noch verbessern.

München, den 25. Oktober 2007

(Prof. Dr. Helmut Köhler)