

Prof. Dr. Kurt Markert
Direktor beim Bundeskartellamt a. D.

Berlin, den 21. Juni 2012

Stellungnahme

zu Art. 1 Nr. 7 Buchstabe d (§ 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 und Nr. 3) des Entwurfs eines 8. Gesetzes zur Änderung des GWB (8. GWB-ÄndG), Drucksache 17/9852

I. Zusammenfassung.

Ich unterstütze den Vorschlag des Regierungsentwurfs, für das bisher in § 20 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 geregelte Verbot der Preis-Kosten-Schere die Befristung aufzuheben und dieses Verbot inhaltsgleich als § 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ohne zeitliche Begrenzung aufrecht zu erhalten. Wie aus dem Abschlussbericht des Bundeskartellamtes (BKartA) über seine Sektorenuntersuchung Kraftstoffe vom Mai 2011, S. 142 ff., ersichtlich ist, hat das von diesem Verbot erfasste Verhalten marktstarker integrierter Mineralölkonzerne als Mittel der Behinderung kleiner und mittlerer Wettbewerber im Kraftstoffvertrieb an Tankstellen weiterhin eine erhebliche praktische Bedeutung. Mit anderen verfügbaren kartellrechtlichen Instrumenten kann dem nicht vergleichbar wirksam entgegengewirkt werden. Der Verbotsinhalt bleibt allerdings hinter dem gesetzgeberischen Ziel zurück, auf dem Endkundenmarkt die Wettbewerbsfähigkeit effizient wirtschaftender mittelständischer Tankstellenunternehmen im Wettbewerb mit den Konzernen zu sichern. Denn das Verbot der Preis-Kosten-Schere erfasst auch in der Fassung der 8. GWB-Novelle nur den besonders krassen Fall einer **negativen Differenz** zwischen dem Abgabepreis der Konzerne an mittelständische Tankstellenunternehmen und dem Endkundenpreis der Konzerne an ihren eigenen Tankstellen. Dies aber ermöglicht diesen Unternehmen, auch wenn sie unter Ausschöpfung aller Rationalisierungsmöglichkeiten effizient wirtschaften, praktisch keine für ihre Wettbewerbsfähigkeit ausschlaggebende Kostendeckung. Außerdem erfasst das Verbot des Untereinstandspreisverkaufs (§ 20 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 bisherige Fassung) auch nach dem Regierungsentwurf für die 8. GWB-Novelle nicht den Fall, dass Mineralölkonzerne die an ihren eigenen Tankstellen vertriebenen Kraftstoffe selbst herstellen (Herstellerverkauf). Denn ein Einstandspreis als Voraussetzung für das Eingreifen dieses Verbots liegt hier nicht vor (dazu mehr unter IV.).

II. Keine erneute Befristung des Verbots der Preis-Kosten-Schere.

Für eine erneute Befristung des Verbots der Kosten-Preis-Schere, wie im Sondergutachten der Monopolkommission Nr. 63, Drucksache 17/8541 S. 25, Tz. 91,

vorgeschlagen wird, besteht kein Anlass. Die von der Monopolkommission genannten praktischen Probleme bei der Verbotsdurchsetzung sind zwar erheblich. Sie lassen sich aber, wie sich aus dem Abschlussbericht der Sektorenuntersuchung Kraftstoffe des BKartA (S. 148 ff.) ergibt, pragmatisch lösen. Für die von der Monopolkommission befürchteten negativen Auswirkungen auf den Wettbewerbsprozess auf dem Tankstellenmarkt (Tz. 89) ergeben sich aus dem BKartA-Bericht keine belastbaren Anhaltspunkte.

III. Erweitertes Konzept der Preis-Kosten-Schere bei Anwendung durch marktbeherrschende Unternehmen.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) fällt die Anwendung einer Preis-Kosten-Schere auch dann in den Anwendungsbereich des Verbots des Missbrauchs von Marktbeherrschung (Art. 102 AEUV), wenn der Abgabepreis eines marktbeherrschenden Unternehmens für Lieferungen einer Ware oder Dienstleistung an seine darauf angewiesenen Wettbewerber auf dem Folgemarkt nicht höher oder sogar niedriger ist als sein Angebotspreis beim eigenen Absatz auf diesem Markt („margin squeeze“ in der Form keiner oder sogar einer **positiven Differenz** zwischen beiden Preisen). Im 1. Leitsatz des EuGH-Urteils vom 17.2. 2011, C-52/09, EuZW 2011, 339, im Fall TeliaSonera Sverige heißt es hierzu: „Die Preispolitik eines vertikal integrierten Unternehmens in beherrschender Stellung auf dem Markt für Vorleistungen für den asymmetrischen digitalen Teilnehmeranschluss, bei der **die Differenz zwischen den auf diesem Markt praktizierten Preisen und den auf dem Endkundenmarkt für Breitbanddienste verlangten Preisen nicht ausreicht, um die spezifischen Kosten zu decken, die das Unternehmen für den Zugang zum letztgenannten Markt aufwenden muss**, kann ein Missbrauch im Sinne von Art. 102 AEUV sein, sofern es keine objektive Rechtfertigung dafür gibt.“ (Hervorhebung hinzugefügt). Für das Verbot des Behinderungsmissbrauchs marktbeherrschender Unternehmen nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB derzeitiger Fassung (nach dem Regierungsentwurf für die 8. GWB-Novelle § 19 Abs. 2 Nr. 1) kann nichts anderes gelten. Da die fünf führenden deutschen Mineralölkonzerne mit eigener Raffineriekapazität (BP/Aral, Shell, Esso, Jet und Total) nach Ansicht des BKartA als Oligopolgruppe marktbeherrschend sind,¹ gilt für diese Unternehmen auch nach deutschem Kartellrecht bereits jetzt ein weitergehendes Verbot des „margin squeeze“ entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 102 AEUV als nach § 20 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 GWB derzeitiger Fassung.

Dies ist aber kein Grund, auf das Verbot der Preis-Kosten-Schere in § 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 GWB (Neufassung) zu verzichten. Denn erstens setzt das Verbot des Behinderungsmissbrauchs marktbeherrschender Unternehmen den oft mit großen Schwierigkeiten verbundenen Nachweis der Marktbeherrschung voraus. Außerdem gibt es für den Behinderungsmissbrauch nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 (Neufassung) keine Beweislastumkehr für die Frage der sachlichen Rechtfertigung wie nach §

¹ So: BKartA, Beschluss v. 29.4.2009, B 8 – 175/08, im Fusionsfall Total/OMV. Das OLG Düsseldorf hat diese Entscheidung zwar mit der Begründung aufgehoben, dass keine Oligopolmarktbeherrschung auf dem Tankstellenmarkt vorliege (Beschluss v. 6.12.2010, WuW/E DE-R 3000). Der Bundesgerichtshof hat diesen Beschluss jedoch aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung an das OLG zurückverwiesen (Beschluss v. 6.12.2011, KVR 95/10). In seiner Begründung hat er erkennen lassen, dass seiner Ansicht nach gewichtige Gründe für ein marktbeherrschendes Oligopol der fünf genannten Mineralölkonzerne sprechen. Eine abschließende Entscheidung steht noch aus.

20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 (Neufassung). Das für marktbeherrschende Unternehmen geltende erweiterte Verbot des „margin squeeze“ sollte daher im Gegenteil eher als Argument für eine entsprechende Erweiterung des Verbots der Preis-Kosten-Schere nach § 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 (Neufassung) genutzt werden. Ein erster Schritt in diese Richtung ohne Erfordernis einer Gesetzesänderung könnte darin bestehen, im Bericht des Wirtschaftsausschusses zur 8. GWB-Novelle auszuführen, dass das für die Beurteilung von Preis-Kosten-Scheren nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 (Neufassung) Geltende entsprechend auch für die Anwendung des § 20 Abs. 3 Satz 1 (Neufassung) maßgebend sein sollte. Damit würde auch bei Behinderungen mittelständischer Tankstellenunternehmen durch einen nicht von § 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 (Neufassung) erfassten „margin squeeze“ die Bürde des Marktbeherrschungsnachweises entfallen.

IV. Erweiterung des Angebots des Verkaufs unter Einstandspreis auf das Angebot und Einstandskosten.

Das Verbot des nicht nur gelegentlichen Angebots unter Einstandspreis (§ 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 Neufassung) schützt kleine und mittlere Wettbewerber gegen Behinderungen durch „Preisdumping“ ihrer großen Konkurrenten nur unzureichend. Denn dieses Verbot ist nur anwendbar, wenn der Verkäufer die von ihm angebotene Ware oder Leistung von einem Dritten bezogen hat und ohne eigene Bearbeitung weiterverkauft (**Händlerverkauf**). Nur in diesem Fall gibt es für die verkaufte Ware oder Leistung einen Einstandspreis, d. h. einen Kaufpreis unter Berücksichtigung aller kaufabhängigen sonstigen Konditionen und Einschluss aller anderen für die Beschaffung getätigten eigenen Aufwendungen. Beim Verkauf vom Verkäufer selbst hergestellter Waren oder erbrachter Leistungen ist dies nicht der Fall. In Fällen eines derartigen **Herstellerverkaufs** unter den eigenen Kosten des Verkäufers stehen deshalb für dadurch im Wettbewerb beeinträchtigte kleine und mittlere Wettbewerber die Vergünstigungen des § 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 (Neufassung) nicht zur Verfügung, auch wenn diese Wettbewerber im Einzelfall durch das Ausmaß der Kostenunterschreitung beim Verkäufer in gleicher Weise beeinträchtigt werden wie durch einen Verkauf unter Einstandspreis.

Auf den Verkauf von Benzin und Diesel an Tankstellen durch die Konzerne ist deshalb die für ihre mittelständischen Wettbewerber auf diesem Markt günstigere Regelung dieser Vorschrift jedenfalls dann von vornherein unanwendbar, wenn diese Stoffe vom Verkäufer selbst hergestellt (raffiniert) und ohne konzerninterne Kaufvorgänge über konzernneigene Tankstellen an den Endverbraucher verkauft werden. Soweit der Verkauf durch eine rechtlich selbständige Vertriebsgesellschaft erfolgt, die von anderen Gesellschaften desselben Konzerns oder von Dritten zukaufte, liegt zwar ein Einstandspreis für die verkaufte Ware vor. Konzerninterne Zukäufe erfolgen jedoch in aller Regel zu nach außen nicht transparenten Verrechnungspreisen, die so angesetzt werden können, dass auch sehr niedrige Verkaufspreise noch nicht unter dem Einstandspreis liegen. Die damit verbundenen Schwierigkeiten, einen realistischen Einstandspreis für die von den Konzernen über unternehmenseigene oder auf Agenturbasis handelnde Partnertankstellen verkauften Kraftstoffe zu ermitteln, werden durch die Praxis dieser Gesellschaften, Produktmengen in größerem Umfang untereinander zu tauschen, noch vergrößert. Setzt sich, was die Regel sein dürfte, die Beschaffung der von den Gesellschaften an ihren Tankstellen verkauften Kraftstoffe in unterschiedlichen Umfang aus allen diesen Quellen zusammen, wird die Ermittlung eines realistischen Ein-

standspreises praktisch unmöglich. Es kommt noch hinzu, dass der Verkaufspreis nicht nach der Art der Beschaffung und den dabei jeweils getätigten Aufwendungen unterschiedlich, sondern einheitlich gebildet wird, so dass immer dann, wenn der verkaufte Kraftstoff teilweise unternehmensintern ohne formale Kaufvorgänge beschafft wurde, ein einheitlicher Einstandspreis auch als Mischpreis schon gedanklich ausgeschlossen ist.

Die Schließung dieser Schützlücke im Verbot des Angebots unter Untereinstandspreis könnte dadurch erreicht werden, dass das Verbot des § 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 (Neufassung) auch auf das Angebot **unter Einstandskosten** erstreckt wird. Dies sind alle Aufwendungen des Verkäufers für die Bereitstellung der verkauften Ware oder Leistung abzüglich seiner Aufwendungen für den Vertrieb. Die so verstandenen Einstandskosten im Falle eines Herstellerverkaufs entsprechen damit dem Einstandspreis beim Händlerverkauf. Da der Einstandspreis im Gesetz nicht definiert ist, sondern nur in der Gesetzesbegründung erläutert wurde (Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaft zur 6. GWB-Novelle, Drucks. 13/10633 S. 72), könnte auch bei den Einstandskosten so verfahren werden. Die Nr. 2 in § 20 Abs. 3 Satz 2 (Neufassung) wäre dann wie folgt zu fassen:

„2. andere Waren oder gewerbliche Leistungen nicht nur gelegentlich unter Einstandspreis **oder Einstandskosten** oder...anbietet, es sei denn, dies ist sachlich gerechtfertigt.“

Dies wäre zwar ein weiterer Einstieg in die Kostenprüfung und würde über den mit dem Maßstab des Einstandspreises verbundenen Umfang hinausgehen. Allerdings geht es auch dabei nicht nur um an Dritte für die Beschaffung der Ware oder Leistung abzuführende und durch Rechnungen ausgewiesene Aufwendungen, sondern auch um damit zusammenhängende interne Kosten (z. B. für den selbst ausgeführten Transport). Außerdem ist davon auszugehen, dass nach den heutigen Gepflogenheiten im Rechnungswesen von Großunternehmen auch bei allen zum Weiterverkauf bestimmten Waren und Leistungen die Kosten für Beschaffung und Vertrieb getrennt erfasst werden und jedenfalls als kalkulatorische Größen ermittelt und in der Kostenrechnung der Unternehmen ausgewiesen werden. Die Feststellung der im Einzelfall maßgeblichen Einstandskosten einer Ware oder Leistung dürfte damit in der Praxis keine wesentlich größeren Schwierigkeiten bereiten als die Feststellung des maßgeblichen Einstandspreises. Im Übrigen sind Kostenprüfungen bei der Anwendung des GWB kein Fremdkörper. So stellt § 29 Satz 2 für die Preishöhenkontrolle bei Strom und Gas ausdrücklich auf die Kosten ab, die sich ihrem Umfang nach auch im Wettbewerb einstellen würden („effiziente“ Kosten). Detaillierte Kostenprüfungen sind auch bei der Preishöhenkontrolle von Wasserpreisen nach § 31 Abs. 4 Nr. 2 (Neufassung) erforderlich (vgl. z. B. Bundesgerichtshof, Beschluss vom 2. Februar 2010, KVR 66/08 – Wasserpreise Wetzlar). Unterkostenverkäufe können auch unter § 4 Nr. 10 UWG fallen, was im Einzelfall ebenfalls eine Kostenprüfung erforderlich macht.