

22.03.07

Unterrichtung

durch die **Monopolkommission**

Sondergutachten der Monopolkommission "Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB"

Monopolkommission
Der Vorsitzende

Bonn, den 22. März 2007

An den
Präsidenten des Bundesrates
Herrn Ministerpräsidenten
Dr. Harald Ringstorff

Sehr geehrter Herr Präsident,

die Monopolkommission hat ein Gutachten mit dem Titel "Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB" veröffentlicht. In dem vorliegenden Gutachten nimmt die Kommission zu den Reformvorschlägen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vom November 2006 Stellung. Darüber hinaus äußert sich die Monopolkommission auf Ersuchen des Wirtschaftsministeriums zu dem Aspekt der ungerechtfertigten Vorteilsgewährung im Handel (§ 20 Abs. 3 GWB).

Im Ergebnis rät die Monopolkommission von der geplanten Einführung eines eigens auf den Energiesektor abgestimmten Missbrauchsparagraphen ab. Zum einen werden durch den Paragraphen die wettbewerbspolitischen Probleme in der Anwendungspraxis der Missbrauchsaufsicht nicht verringert. Zum anderen werden die ökonomischen Risiken der Missbrauchsaufsicht weiter verstärkt und zusätzliche Risiken geschaffen. Die Monopolkommission empfiehlt daher, nicht - wie es der Missbrauchsaufsicht immanent ist - an den Symptomen der Wettbewerbsbe-

schränkung anzusetzen, sondern die Ursachen der Wettbewerbsbeschränkung nach Möglichkeit zu beseitigen und für eine stärker wettbewerbsorientierte Marktstruktur zu sorgen, vor allem durch den Abbau von Marktzutrittsschranken.

Die Kommission rät außerdem von der geplanten Verschärfung des Verbots von Untereinstandspreisen im Lebensmitteleinzelhandel ab. Gegen eine solche Verschärfung sprechen schwerwiegende ordnungspolitische Gründe. Außerdem werden die mit der Gesetzesänderung verfolgten Ziele nicht erreicht. Die Kommission empfiehlt die Abschaffung des Verbots von Untereinstandspreisen sowie den Abbau von Regulierungen im Bereich des Bau-, Handwerks- und Gaststättenrechts, soweit diese die unternehmerische Flexibilität im Handel beschränken.

Entgegen der Anregung des Markenverbands lehnt die Monopolkommission auch eine Ausdehnung des Schutzbereichs von § 20 Abs. 3 GWB auf große Lieferanten ab. Sie wendet sich ferner gegen den zur Effektivierung dieser Vorschrift unterbreiteten Vorschlag, privaten Wirtschaftsverbänden einen weitreichenden Auskunftsanspruch gegenüber den Unternehmen des Handels einzuräumen.

Ich würde mich freuen, wenn das Gutachten Ihr Interesse findet.

Mit verbindlichen Empfehlungen

Prof. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow

Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel ?

Zur Novellierung des GWB

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß

§ 44 Abs. 1 Satz 3 und 4 GWB

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	3
Zusammenfassung.....	4
1. § 29 GWB-E Missbrauchsaufsicht im Energiesektor.....	8
1.1 Gesetzentwurf.....	8
1.2 Stellungnahme der Monopolkommission.....	9
1.2.1 Einleitende Bemerkungen.....	9
1.2.2 Risiken bei der Anwendungspraxis	12
1.2.2.1 Erste Säule: Vergleichs(markt)konzept – Forderung ungünstigerer Entgelte...12	
1.2.2.2 Zweite Säule: Gewinnbegrenzungskonzept – Forderung exzessiver Entgelte...14	
1.2.2.3 Verteidigungsmöglichkeiten des betroffenen Unternehmens.....16	
1.2.3 Gefahr ökonomischer Fehlanreize	18
1.2.4 Wirtschaftspolitische Handlungsempfehlungen.....	20
2. § 20 Abs. 4 GWB-E Verbot von Angeboten unter Einstandspreis.....	25
2.1 Gesetzentwurf.....	25
2.2 Stellungnahme der Monopolkommission	26
2.2.1 Untereinstandspreise als Marketinginstrument.....	26
2.2.2 Keine Vorteile für die Verbraucher.....	26
2.2.3 Zu enger Ausnahmekatalog.....	27
2.2.4 Kein Schutz kleinerer Unternehmen vor Preiswettbewerb.....	28
2.2.5 Kein Beitrag zur Qualitätssicherung.....	28
2.2.6 Anwendungsprobleme.....	29
2.2.7 Rechtsunsicherheiten.....	30
2.2.8 Kein volkswirtschaftlicher Nutzen.....	31
3. § 20 Abs. 3 GWB-E Auffordern oder Veranlassen zur Gewährung von Vorteilen.....	32
3.1 Überblick.....	32
3.2 Gesetzesvorschlag.....	32
3.3 Stellungnahme der Monopolkommission zu § 20 Abs. 3 GWB-E.....	33
3.3.1 Keine Nachfragemacht.....	34
3.3.2 Beschränkung des Wettbewerbs auf der Nachfragerseite.....	35
3.3.3 Verkrustung von Vertriebsstrukturen.....	35
3.3.4 Wirkungen von Konditionendifferenzierungen, insbesondere: Indirekte Netzeffekte im Handel – der Handel als Plattform.....	35
3.3.5 Mangelnde Praktikabilität der Norm.....	37
3.3.6 Geringe Entscheidungspraxis.....	37
3.3.7 Begrenzte Reichweite der Regelung.....	38
3.3.8 Hohe Anforderungen durch den Bundesgerichtshof.....	39
3.3.9 Schutzzweck verfehlt.....	39
3.3.9.1 Wettbewerb auf der Nachfragerseite.....	39
3.3.9.2 Wettbewerb auf der Anbieterseite.....	40
3.4 Stellungnahme der Monopolkommission zu § 33 GWB-E.....	41
3.4.1 Fehlende Eignung des Vorschlags.....	41
3.4.2 Interessenabwägung.....	42
3.4.3 Keine Parallelität zu § 19 Markengesetz.....	44
3.4.4 Bestimmtheitsgebot.....	44
3.4.5 Keine Sektoralisierung des GWB.....	45

Vorwort

Im November 2006 hat das Bundeswirtschaftsministerium den Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels veröffentlicht. Im Mittelpunkt des Gesetzentwurfs steht zum einen die Verschärfung der Missbrauchskontrolle in der Energiewirtschaft. Zum anderen soll das Verbot von Untereinstandspreisen im Lebensmittelsektor strenger gefasst werden als bisher. Außerdem ist geplant, die aufschiebende Wirkung von Beschwerden in Missbrauchsverfahren abzuschaffen und so den Gleichklang mit dem europäischen Recht herzustellen. Daneben wird eine Reihe kleinerer Änderungen vorgeschlagen, die größtenteils rein redaktioneller Natur sind. Mit dem vorliegenden Sondergutachten nimmt die Monopolkommission zu den Reformplänen des Bundeswirtschaftsministeriums Stellung.

Im Rahmen der Diskussion über den Gesetzentwurf wurde insbesondere seitens des Markenverbands die Forderung laut, die derzeit geltende Beschränkung des Schutzbereichs von § 20 Abs. 3 GWB auf kleine und mittlere Unternehmen fallen zu lassen. Stattdessen sollen sämtliche abhängigen Unternehmen ohne Ansehen ihrer Größe in den Anwendungsbereich der Regelung einbezogen werden. In verfahrensrechtlicher Hinsicht tritt der Markenverband für die Einführung eines Auskunftsanspruchs von Verbänden in § 33 GWB ein. Mit Schreiben vom Dezember 2006 hat das Bundeswirtschaftsministerium die Monopolkommission gebeten, sich zu dem Änderungsvorschlag zu äußern. Diesem Ersuchen kommt die Monopolkommission mit dem vorgelegten Sondergutachten ebenfalls nach.

Zur Vorbereitung des vorliegenden Sondergutachtens hat am 26. Februar 2007 in Hamburg ein Gespräch zwischen dem Vorsitzenden der Monopolkommission und Vertretern des Markenverbandes stattgefunden, an dem von Seiten des Markenverbandes auch Herr Prof. Dr. Helmut Köhler teilgenommen hat. Die Monopolkommission bedankt sich bei den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen, Frau Dr. Juliane Scholl und Frau Dr. Anne Sohns, die die Stellungnahme der Kommission betreut haben.

Zusammenfassung

1. § 29 GWB-E Missbrauchsaufsicht im Energiesektor

1.* Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie verfolgt mit dem geplanten Energieparagrafen (§ 29 GWB-Entwurf, GWB-E) das Ziel, den Kartellbehörden die Durchsetzung des in § 19 GWB festgelegten Missbrauchsverbots für den Energiesektor zu erleichtern. Nach ihrem bisherigen Kenntnisstand teilt die Monopolkommission zwar die Meinung des Ministeriums, dass sich der Wettbewerb auf den Märkten der Energieversorgung noch nicht in gewünschtem Umfang entfaltet hat. Dennoch rät sie von der Einführung eines eigens auf den Energiesektor zugeschnittenen Missbrauchsparagrafen ab. Zum einen sieht sie nur geringe Chancen für zielgerichtete Verfahren, zum anderen birgt § 29 GWB-E erhebliche ökonomische Risiken.

2.* Die Kartellbehörden sind nach dem geplanten Energieparagrafen befugt, einen Missbrauchsverdacht auszusprechen, sobald ein marktbeherrschendes Versorgungsunternehmen sein Entgelt über den Preis eines beliebigen anderen Versorgungsunternehmens anhebt, ohne – wie bisher im Rahmen der Missbrauchsaufsicht üblich – die strukturelle Vergleichbarkeit nachweisen zu müssen. Dieser Nachweis wird auf die Rechtfertigungsebene verschoben, wobei das beschuldigte Unternehmen die Beweise für die sachliche Rechtfertigung zu erbringen hat. Die hierdurch hervorgerufene Umkehr der Beweislast führt zwar zu einer Erleichterung in der Anwendungspraxis der Kartellbehörden. Zur Verfolgung dieses Zieles werden jedoch ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit sowie gravierende ökonomische Ineffizienzen und Risiken in Kauf genommen.

3.* Da die etablierten Anbieter bei Preissenkungen eines Konkurrenten sofort nachziehen müssen, setzt § 29 GWB-E Anreize zur wechselseitigen Erpressung der Versorgungsunternehmen und birgt dadurch die Gefahr der Wettbewerbsbeschränkung bzw. des parallelen Verhaltens. Bei einem quasi-homogenen Gut wie Strom werden die Kunden im Falle identischer Preise nicht zu einem neuen Anbieter wechseln. Infolgedessen bliebe eine Preissenkung von (potentiellen) Wettbewerben ohne Erfolg, so dass Markteintritte und die damit verbundene Belebung des Wettbewerbs verhindert werden.

4.* Das alternativ anwendbare Gewinnbegrenzungskonzept auf der Basis einer Kostenkontrolle erleichtert die Anwendungspraxis der Kartellbehörden nicht, da zum einen der Kostenbegriff definiert werden muss. Zum anderen müssen die Kosten identifiziert und zugerechnet werden, was für die Kartellbehörden eine kaum zu bewältigende Aufgabe bedeutet. Zusätzlich birgt das Gewinnbegrenzungskonzept als statisches, rein angebotsbasiertes Konzept erhebliche ökonomische Risiken, da die Dynamik wettbewerblicher Prozesse ignoriert wird.

5.* Eine Marktergebniskontrolle, wie sie durch den geplanten Energieparagrafen in verschärfter Form vorgesehen ist, kann die wettbewerbliche Selbststeuerungseffizienz auf Märkten nicht ersetzen. Die Monopolkommission vertritt die Ansicht, dass der Gesetzgeber nicht an den Symptomen, sondern an den ökonomischen Ursachen für den fehlenden Wettbewerb auf den betroffenen Märkten ansetzen sollte. Sie sieht eine Chance darin, die Intensivierung des Wettbewerbs auf dem jeweiligen Markt durch die Anwendung des „weichen“ strukturpolitischen Instruments „Abbau der Marktzutrittsschranken“ zu erreichen. Ziel des Instruments ist es, Markteintritte von potentiellen Wettbewerbern zu fördern. Zunächst sind die räumlichen Marktschranken abzubauen. Auf dem Strommarkt könnte dies insbesondere durch den Ausbau der Grenzkuppelstellen und die Beseitigung bestehender Netzengpässe erfolgen. Somit lassen sich der relevante Markt erweitern und über die Vermehrung der Marktakteure die Wettbewerbsintensität erhöhen. Eine große Herausforderung wird hierbei sein, einen europaweiten politischen Konsens zu finden. Nach Lösungsansätzen sollte

noch im Rahmen der deutschen Ratspräsidentschaft gesucht werden. Art. 154 EGV bietet mit dem Instrument der transeuropäischen Netze eine Grundlage für eine solche Gemeinschaftspolitik.

6.* Als flankierende Maßnahme wäre der Markteintritt für potentielle Newcomer auf dem deutschen Erzeugermarkt zu vereinfachen. Eine Möglichkeit hierfür bietet der Abbau institutioneller Marktzutrittsschranken (z. B. durch die Erleichterung des Kraftwerksbaus). Darüber hinaus lassen sich die Marktzutrittsschranken durch die Förderung eines diskriminierungsfreien Zugangs der Erzeuger zu den jeweiligen Netzen senken (z. B. durch die Erleichterung des Netzanschlusses von neuen Kraftwerken). Im Bereich der Netzzugangsregulierung, die seit Juli 2005 der Bundesnetzagentur obliegt, lässt sich die Effizienz unter anderem dadurch erhöhen, dass so schnell wie möglich von der problembehafteten Kostenkontrolle auf das System der Anreizregulierung übergegangen wird.

7.* Zwar hat das Senken der Marktzutrittsschranken den Nachteil, dass dieses Instrument aufgrund der zu tätigen Investitionen (z. B. in den Ausbau der Grenzkuppelstellen) seine Wirkung nicht unmittelbar entfaltet. Jedoch besitzt es im Vergleich zur Missbrauchsaufsicht den Vorteil, dass es sowohl ursachenadäquat als auch dauerhaft wirkt und darüber hinaus tatsächlich den Wettbewerb intensiviert. Im Vergleich zu der von der Europäischen Kommission und dem hessischen Wirtschaftsminister geforderten Entflechtung wird darüber hinaus auch ein Eingriff in die privaten Eigentumsrechte vermieden.

2. § 20 Abs. 4 GWB-E Verbot von Angeboten unter Einstandspreis

8.* Nach § 20 Abs. 4 des Referentenentwurfs sollen bei Lebensmitteln auch nur gelegentliche Angebote zum Untereinstandspreis verboten werden. Daneben wird ein eng begrenzter Katalog von Möglichkeiten zur sachlichen Rechtfertigung und zum Ausschluss einer unbilligen Behinderung vorgeschlagen. Die Monopolkommission lehnt die geplante Verschärfung des Verbots von Untereinstandspreisen im Lebensmittelsektor ab. Das Per-se-Verbot von Angeboten unter Einstandspreis ist ordnungspolitisch problematisch. Untereinstandsangebote stellen vor allem ein Marketinginstrument dar, das dem Endverbraucher in Form besonders günstiger Preise zugute kommt. Für die Unternehmen ist es effizient, weil sich Verluste bei den unter Einstandspreis verkauften Produkten durch die für den Handel typische Mischkalkulation ausgleichen lassen. Eine solche Strategie steht prinzipiell allen – auch mittelständischen – Einzelhändlern offen. Hingegen stellt die Verdrängung kleinerer Wettbewerber aus Sicht der großen Handelsunternehmen keine rationale Verhaltensweise dar. Selbst wenn eine solche Verdrängung gelänge, könnten die zuvor in Kauf genommenen Verluste nicht wieder aufgeholt werden. Gegen die Entstehung marktmachtbedingter Preissetzungsspielräume sprechen sowohl der intensive aktuelle Wettbewerb zwischen den großen Handelsunternehmen als auch der wirksame potentielle Wettbewerb.

9.* Mit der vorgeschlagenen Gesetzesänderung lassen sich die vom Bundeswirtschaftsministerium verfolgten Ziele nicht erreichen. Kleinere Handelsunternehmen können durch das Verbot von Untereinstandspreisen – auch in der verschärften Form – nicht vor Preiswettbewerb geschützt werden. Mit § 20 Abs. 4 GWB wird daher in erster Linie der Preiswettbewerb der großen Handelsunternehmen untereinander reduziert, was zu höheren Endverbraucherpreisen führt. Mit der Erweiterung des Verbots von Untereinstandspreisen wird ferner kein Beitrag zur Qualitätssicherung im Lebensmittel Einzelhandel geleistet. Die Handelsunternehmen sind nicht verpflichtet, tendenziell höhere Verkaufspreise in einen höheren Qualitätsstandard bei ihren Produkten umzusetzen. Das GWB eignet sich außerdem nicht dazu, kriminelle Aktivitäten einzelner Marktteilnehmer zu bekämpfen. Abhilfe gegen den Handel mit verdorbenen Lebensmitteln kann vor allem von einer verbesserten Lebensmittelüberwachung und strengeren Strafen bei Verstößen gegen geltendes Recht erwartet werden. Daneben empfiehlt sich die Durchführung von Kampagnen zur Information der Endverbraucher.

10.* Die geplante Änderung des § 20 Abs. 4 GWB führt nicht zu einer besseren Durchsetzbarkeit der Norm, vielmehr werden bestehende Rechtsunsicherheiten noch verstärkt. Zudem ist der vorgesehene Ausnahmenkatalog zu eng gefasst und steht im Widerspruch zu der jüngsten Liberalisierung des Unlauterkeitsrechts. Darüber hinaus würden durch die Gesetzesänderung zusätzliche Kosten für Unternehmen und Wettbewerbsbehörden entstehen, ohne dass diesen ein entsprechender volkswirtschaftlicher Nutzen gegenübersteht.

11.* Die Monopolkommission spricht sich für die Abschaffung des § 20 Abs. 4 GWB aus. Ihrer Ansicht nach werden kleine und mittlere Unternehmen am besten geschützt, wenn der Wettbewerb als solcher geschützt wird. Daneben empfiehlt sie, insbesondere Regulierungen im Bereich des Baurechts sowie des Handwerks- und Gaststättenrechts abzubauen, sofern sie die unternehmerische Flexibilität beschränken.

3. § 20 Abs. 3 GWB-E Auffordern oder Veranlassen zur Gewährung von Vorteilen

12.* Gemäß § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB dürfen marktstarke Unternehmen ihre abhängigen, kleinen oder mittleren Lieferanten nicht dazu auffordern oder veranlassen, ihnen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren. Entgegen der Anregung des Markenverbandes empfiehlt die Monopolkommission, den Schutzbereich der Norm nicht auf große Lieferanten auszudehnen. Nach Auffassung der Monopolkommission bestehen zwischen den produzierenden Herstellerunternehmen und den nachfragenden Handelsunternehmen zwar gewisse individuelle Abhängigkeiten und Verhandlungsspielräume. Mit diesen ist jedoch Nachfragemacht üblicherweise nicht verbunden. Den Herstellerunternehmen stehen in aller Regel Alternativen für den Absatz ihrer Produkte zur Verfügung. Außerdem herrscht auf den Beschaffungsmärkten des deutschen Einzelhandels intensiver Nachfragerwettbewerb. Die Gefahr einer Vermachtung auf der Handelsebene ist derzeit ebenfalls nicht gegeben. Daneben gilt es zu bedenken, dass die Auslistungsdrohung seitens eines Handelsunternehmens nur dann glaubhaft ist, wenn alternative Bezugsquellen zu gleichen oder besseren Konditionen zur Verfügung stehen. Existieren solche günstigeren Bezugsalternativen, wäre das Ausscheiden eines weniger effizienten Lieferanten ein wettbewerblicher Vorgang.

13.* Gegen die Regelung des § 20 Abs. 3 GWB spricht ferner, dass sie zu einer Beschränkung des Wettbewerbs auf der Nachfragerseite und zu einer Verkrustung von bestehenden Vertriebsstrukturen beiträgt. Diese negativen Auswirkungen würden sich durch die Einbeziehung großer Herstellerunternehmen in den Anwendungsbereich der Norm noch verstärken. Darüber hinaus bestehen aufgrund der komplexen Zusammenhänge zwischen verschiedenen Produkten und ihren Preisen innerhalb eines Supermarktsortiments erhebliche Zweifel an der praktischen Durchsetzbarkeit der Norm. Die praktischen Probleme bei der Unterscheidung zwischen leistungsbezogenen Konditionendifferenzen einerseits und nachfragemachtbedingten Abweichungen andererseits manifestieren sich in der geringen Entscheidungspraxis der Wettbewerbsbehörden und werden durch die höchstrichterliche Rechtsprechung noch verstärkt. Generell verbleibt nur ein sehr begrenzter Anwendungsbereich der Norm, der auch auf dem Fehlen systematischer und ökonomisch nicht zu rechtfertigender Diskriminierungstatbestände beruhen dürfte. Die Einbeziehung großer Produzenten in den Schutzbereich der Vorschrift ist nach Auffassung der Monopolkommission auch deshalb nicht zu empfehlen, weil diese regelmäßig besser als ihre kleinen und mittleren Wettbewerber in der Lage sind, sich gegen sachlich ungerechtfertigte Forderungen des Einzelhandels zu wehren. Eines besonderen Schutzes seitens des Gesetzes und der Wettbewerbsbehörden bedarf es daher nicht.

14.* Der Markenverband regt darüber hinaus die Einführung eines weitreichenden Auskunftsanspruchs von Verbänden gegenüber Handelsunternehmen an, um die Anonymität betroffener Herstellerunternehmen zu wahren und auf diese Weise das so genannte Ross- und Reiterproblem zu entschärfen. Die Monopolkommission hat sich zwar wiederholt für eine Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung ausgesprochen und steht entsprechenden Initiativen grundsätzlich positiv ge-

genüber. Von der Umsetzung des vorliegenden Vorschlags rät sie allerdings ab. Er ist nicht geeignet, abhängige Lieferanten vor negativen Reaktionen des Handels auf behördliche oder gerichtliche Verfahren nach § 20 Abs. 3 GWB zu schützen. Zudem ist ein quasi-hoheitlicher Auskunftsanspruch von Verbänden mit den Rechten der Handelsunternehmen und vor allem mit den Prinzipien des Geheimnisschutzes nicht zu vereinbaren. Hinzu tritt die Gefahr, dass kollusives Verhalten zwischen den Marktteilnehmern erleichtert wird. Der vorgeschlagene Auskunftsanspruch ist auch nicht mit dem in § 19 Markengesetz statuierten Anspruch des Markeninhabers vergleichbar, vielmehr bestehen gravierende Unterschiede zwischen den beiden Regelungen. Problematisch erscheint des Weiteren die praktische Umsetzung der Norm, insbesondere im Hinblick auf die zivilprozessuale Pflicht des Klägers, seine Ansprüche möglichst konkret zu formulieren. Schließlich enthält der Vorschlag eine ausschließlich auf § 20 Abs. 3 GWB zugeschnittene Verfahrensregelung. Die damit verbundene zusätzliche handelspezifische Sektoralisierung des deutschen Wettbewerbsrechts wird von der Monopolkommission abgelehnt.

1. § 29 GWB-E Missbrauchsaufsicht im Energiesektor

1.1 Gesetzentwurf

1. Der § 29 stellt eine „auf den Energiesektor zugeschnittene Ausprägung der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB“ dar, die bis zum 31. Dezember 2012 zeitlich befristet werden soll. Der geplante Energieparagraf hat folgenden Wortlaut:

„Einem Unternehmen ist es verboten, als Anbieter von Elektrizität, Gas oder Fernwärme (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, Entgeltbestandteile oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die ungünstiger sind als diejenigen anderer Versorgungsunternehmen oder von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten, auch wenn die Abweichung nicht erheblich ist, oder
2. Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten.

Ein Missbrauch liegt nicht vor, wenn das Versorgungsunternehmen nachweist, dass die Abweichung sachlich gerechtfertigt ist. Kosten und Kostenbestandteile, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, dürfen bei der Feststellung eines Missbrauchs im Sinne dieser Vorschrift nicht berücksichtigt werden. Die §§ 19 und 20 bleiben unberührt.“

2. Im Vergleich zu § 19 GWB weist § 29 GWB-E drei wesentliche Neuerungen auf:

- die Umkehr der Beweislast (§ 29 Satz 1 Nr. 1 im Zusammenhang mit Satz 2 GWB-E),
- den Wegfall des Erheblichkeitszuschlages (§ 29 Satz 1 Nr. 1 GWB-E),
- die Einführung des Gewinnbegrenzungskonzeptes (§ 29 Satz 1 Nr. 2 GWB-E).

Im Gesetzentwurf ist ferner die generelle sofortige Vollziehbarkeit von Missbrauchsverfügungen vorgesehen (geplante Aufhebung des § 64 Abs. 1 Nr. 1 GWB). Diese käme im Falle eines Inkrafttretens auch bei dem Energieparagrafen zum Tragen.

3. Das Ziel des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie ist es, den Kartellbehörden mit dem § 29 GWB-E die Durchsetzung des in § 19 GWB festgelegten Missbrauchsverbotes für den Energiesektor zu erleichtern, solange sich der Wettbewerb auf den Energiemärkten, die den jeweiligen Netzebenen vor- oder nachgelagert sind, noch nicht voll entfaltet hat. Während die Netzebenen seit Mitte des Jahres 2005 einer Ex-ante-Regulierung unterliegen, ist auf den angrenzenden Märkten der Einstieg in die Regulierung von Aktionsparametern nicht beabsichtigt. In diesem Zusammenhang betont das Ministerium, dass der § 29 GWB-E seine Wirkung nur für die Energiemärkte entfaltet, die der Netzebene vor- oder nachgelagert sind. Mit der ersatzlosen Streichung von § 64 Abs. 1 Nr. 1 entfällt die aufschiebende Wirkung von Beschwerden auch bei Missbrauchsverfahren nach §§ 19 bis 21 sowie für § 29 GWB-E. Die Intention des Wirtschaftsministeriums ist es hierbei, durch die sofortige Vollziehbarkeit von Missbrauchsverfügungen den Gleichlauf von deutschem und europäischem Recht weiter zu forcieren.

1.2 Stellungnahme der Monopolkommission

1.2.1 Einleitende Bemerkungen

4. Prinzipiell bewertet die Monopolkommission die nunmehr vorgesehene sofortige Vollziehbarkeit von Missbrauchsverfügungen als positiv, weil sie einen schnelleren Eingriff in das Marktgeschehen ermöglicht und so das missbräuchliche Verhalten eines Unternehmens zügiger unterbunden werden kann. Da die Kartellbehörde in etlichen Fällen die Missbrauchskontrolle auf das GWB und Art. 82 EGV stützen kann, bedarf es auch einer verfahrensrechtlichen Synchronisierung. Jedoch ist zu bedenken, dass komplizierte Rechts- und Tatfragen für eine aufschiebende Wirkung von Beschwerden sprechen können. Die Einführung der sofortigen Vollziehbarkeit sollte daher in einigen Jahren noch einmal im Lichte der dann gesammelten Erfahrungen überprüft werden.

5. Die Monopolkommission teilt die Meinung des Ministeriums, dass sich der Wettbewerb auf den Märkten der Energieversorgung bisher noch nicht in gewünschtem Umfang entfaltet hat. Gleichwohl empfiehlt sie, § 29 GWB-E nicht einzuführen. Zum einen sieht sie durch die Einführung des Energieparagrafen nur geringe Chancen für zielgerichtete Verfahren, zum anderen birgt § 29 GWB-E erhebliche ökonomische Risiken.

6. Der § 29 GWB-E wird – wie § 19 GWB – ausschließlich bei marktbeherrschenden Unternehmen ex post Anwendung finden. Das Ziel des § 19 GWB ist es zum einen, andere Unternehmen bzw. private Wirtschaftssubjekte auf vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen vor der „Ausbeutung“ durch den/die marktbeherrschenden Anbieter des relevanten Marktes zu schützen (vertikale Beziehung). Zum anderen sollen direkte Konkurrenten sowie Unternehmen auf vor- und/oder nachgelagerten Märkten vor „Behinderungspraktiken“ des/der marktbeherrschenden Anbieter/s geschützt werden (vertikale und horizontale Beziehung). Der § 29 GWB-E verfolgt primär das erste Ziel und stellt somit eine Spezifikation des § 19 Abs. 4 Nr. 2 und Nr. 3 GWB dar.

7. Bei dem Nachweis des „Ausbeutungs“-Missbrauchs im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 2 und Nr. 3 GWB ergeben sich bisher für die zuständige Kartellbehörde zwei Probleme: Zunächst muss die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens nachgewiesen werden. Dies erfordert zum einen die Abgrenzung des relevanten Marktes, zum anderen die Identifikation einer beherrschenden Stellung auf einem solchen Markt. Da sich beides wissenschaftlich nicht exakt lösen lässt, verbleibt für die Wettbewerbsbehörden stets ein – teils erheblicher – Beurteilungsspielraum, der die Anwendung des wettbewerbspolitischen Instrumentariums erschwert. Nachdem die Marktbeherrschung festgestellt ist, obliegt es der Behörde in einem zweiten Schritt, den „Ausbeutungs“-Missbrauch nachzuweisen. In der wettbewerbspolitischen Praxis hat dabei bislang primär der Tatbestand der unangemessenen Preiserzwingung eine Rolle gespielt. Andere Aktionsparameter werden in dem Paragraphen zwar mit „sonstige Geschäftsbedingungen“ bedacht, der Nachweis eines Missbrauchs lässt sich aber kaum erbringen. Auch die Feststellung eines missbräuchlich überhöhten Preises bereitet den Kartellbehörden, unter anderem durch die Pflicht zum Nachweis der strukturellen Vergleichbarkeit, erhebliche Schwierigkeiten.

8. Die Monopolkommission geht davon aus, dass sich die Probleme in der wettbewerbspolitischen Anwendungspraxis der Missbrauchsaufsicht durch die Einführung von § 29 GWB-E nicht verringern lassen. Vielmehr werden die ökonomischen Risiken der Aufsicht über „Ausbeutungs“-Missbrauch weiter verstärkt und neue Risiken geschaffen.

9. Die graphische Übersicht „§ 29 GWB-E“ soll den Aufbau des Energieparagrafen verdeutlichen. Die Norm ermöglicht es der zuständigen Kartellbehörde, ihren Missbrauchsvorwurf auf der Basis von zwei Säulen – „Vergleichs(markt)konzept“ und „Gewinnbegrenzungskonzept“ – zu formulieren, wobei dem Kartellamt bei der ersten Säule zwei Alternativen für die Formulierung des Miss-

brauchsvorwurfes zur Verfügung stehen. Je nachdem, worauf das Amt den Missbrauchsvorwurf stützt, ergeben sich Implikationen für die Nachweispflicht der Behörde.¹ Diese sind in den Kästen „Nachweispflicht des Kartellamtes für Missbrauchsvorwurf“ formuliert. Im unteren Abschnitt der Übersicht werden die Verteidigungsmöglichkeiten der Unternehmen in Abhängigkeit von der gewählten Säule bzw. der Alternative der Behörde dargestellt.

¹ Die Differenzierung der Säulen bzw. Alternativen soll die Optionen darstellen, die das Kartellamt für die Formulierung des Missbrauchsvorwurfes hat. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass sich das Amt gleichzeitig auf mehrere Säulen bzw. Alternativen stützen kann.

Übersicht: § 29 GWB-E

1. Säule:
Vergleichs(markt)konzept,
gemäß § 29 Satz 1 Nr. 12. Säule:
Gewinnbegrenzungskonzept,
gemäß § 29 Satz 1 Nr. 2

Satz 1 Nr. 1 Alternative 1

Satz 1 Nr. 1 Alternative 2

Nachweispflicht des Kartellamtes
für Missbrauchsvorwurf:

Das marktbeherrschende Unternehmen fordert "Entgelte, Entgeltbestandteile oder sonstige Geschäftsbedingungen, die ungünstiger sind als diejenigen anderer Versorgungsunternehmen ..., auch wenn die Abweichung nicht erheblich ist".

Implikationen:

- 1) Kartellamt muss angeblich den Nachweis der strukturellen Vergleichbarkeit der betrachteten Unternehmen nicht erbringen. Die Beweislast liegt beim Versorgungsunternehmen (vgl. Gesetzesbegründung S. 4 f.)
- 2) Kartellamt muss keine erhebliche Überschreitung nachweisen.

Verteidigungsmöglichkeiten des
betroffenen Unternehmens:

- 1) Entgegen dem Vorbringen des Amtes liegen Tatbestandsvoraussetzungen nicht vor („keine höheren Entgelte bzw. Entgeltbestandteile“).
- 2) Abweichung ist sachlich gerechtfertigt - § 29 Satz 2 GWB-E, da
 - a) die strukturelle Vergleichbarkeit der beiden Unternehmen nicht gegeben ist; mögliche Gründe: Nichtgleichartigkeit der Abnehmer, strukturelle Kostenunterschiede,
 - b) sonstige Rechtfertigungsgründe vorliegen (entsprechend § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB)

Im Fall einer Kostenbetrachtung ist Satz 3 zu beachten.

Nachweispflicht des Kartellamtes
für Missbrauchsvorwurf:

Das marktbeherrschende Unternehmen fordert "Entgelte, Entgeltbestandteile oder sonstige Geschäftsbedingungen, die ungünstiger sind als ... von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten, auch wenn die Abweichung nicht erheblich ist".

Implikationen:

- 1) Kartellamt muss den Nachweis der strukturellen Vergleichbarkeit der betrachteten Unternehmen erbringen.
- 2) Kartellamt muss keine erhebliche Überschreitung nachweisen.

Verteidigungsmöglichkeiten des
betroffenen Unternehmens:

- 1) Entgegen dem Vorbringen des Amtes liegen Tatbestandsvoraussetzungen nicht vor ("strukturelle Vergleichbarkeit der Märkte ist nicht gegeben", mögliche Gründe: Nichtgleichartigkeit der Abnehmer, strukturelle Kostenunterschiede).
- 2) Abweichung ist aus sonstigen Gründen sachlich gerechtfertigt - § 29 Satz 2 GWB-E (entsprechend § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB).

Im Fall einer Kostenbetrachtung ist Satz 3 zu beachten.

Nachweispflicht des Kartellamtes
für Missbrauchsvorwurf:

Das marktbeherrschende Unternehmen fordert "Entgelte, ... die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten."

Implikationen:

Kartellamt muss den Nachweis der unangemessenen Überschreitung der Kosten erbringen. In diesem Zusammenhang ist Satz 3 zu beachten: „Kosten und Kostenbestandteile, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, dürfen bei der Feststellung eines Missbrauchs im Sinne dieser Vorschrift nicht berücksichtigt werden.“

Verteidigungsmöglichkeiten des
betroffenen Unternehmens:

- 1) Entgegen dem Vorbringen des Amtes liegen Tatbestandsvoraussetzungen nicht vor („Die Kosten sind nicht in unangemessener Weise überschritten“).
- 2) Abweichung ist aus anderen Gründen sachlich gerechtfertigt - § 29 Satz 2 GWB-E (vgl. Gesetzesbegründung S. 5: "Rechtfertigungsgründe für eine unangemessene Überschreitung der Kosten können nur solche sein, die nicht bereits in der Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen sind.")

1.2.2 Risiken bei der Anwendungspraxis

1.2.2.1 Erste Säule: Vergleichs(markt)konzept – Forderung ungünstigerer Entgelte

10. Stützt sich das Kartellamt bei der Formulierung des Missbrauchsvorwurfs auf die Säule Vergleichs(markt)konzept, so lässt sich der Missbrauch anhand zweier Alternativen nachweisen. Gemäß § 29 Satz 1 Nr. 1 GWB-E ist ein Verhalten eines marktbeherrschenden Versorgungsunternehmens missbräuchlich, wenn es „Entgelte, Entgeltbestandteile oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die ungünstiger sind als diejenigen anderer Versorgungsunternehmen“ (1. Alternative) „oder von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten“ (2. Alternative).

11. Wählt die Kartellbehörde die Alternative 1, so ist sie durch die Formulierung „Entgelte, Entgeltbestandteile oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die ungünstiger sind als diejenigen anderer Versorgungsunternehmen“ befugt, einen Missbrauchsverdacht auszusprechen, sobald ein marktbeherrschendes Versorgungsunternehmen sein Entgelt über den Preis eines beliebigen anderen Versorgungsunternehmens anhebt.

12. Der § 29 GWB-E Satz 1 Nr. 1 gibt der zuständigen Behörde eine weitere Alternative zur Äußerung des Missbrauchsvorwurfs. Dieser kann ausgesprochen werden, wenn das marktbeherrschende Unternehmen „Entgelte, Entgeltbestandteile oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die ungünstiger sind als ... von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten.“ Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie weist in seiner Begründung explizit darauf hin, dass die Kartellbehörden – „entsprechend der Rechtsanwendungspraxis zu § 19 GWB“ – die zusätzliche Möglichkeit haben, weitere Vergleichsunternehmen zu wählen, die nicht dem Energiesektor zugerechnet werden. Vorzugsweise seien dies Märkte, die ebenfalls ganz oder teilweise von Netzstrukturen geprägt sind. Auch Rohstoffmärkte, für deren Preisbildung der Handel über Warenbörsen eine zentrale Rolle spiele, wären denkbar. Für beide Alternativen stellt der Referentenentwurf unter Verweis auf die bestätigende, höchstrichterliche Rechtsprechung in der Gesetzesbegründung klar, dass es nicht von Bedeutung ist, ob die „in Bezug genommenen Unternehmen auf Märkten mit oder ohne funktionsfähigem Wettbewerb tätig sind.“²

13. Den Beweis für die strukturelle Vergleichbarkeit des jeweiligen Marktes bzw. der Unternehmen hat nach allgemeinen Grundsätzen das Kartellamt zu erbringen. Als staatliche Behörde, die in die grundrechtlich geschützte Handlungsfreiheit – hier die Preissetzungsfreiheit – eines Unternehmens eingreifen will, muss das Kartellamt die Voraussetzungen dafür darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass das Handeln des Unternehmens den Verbotstatbestand erfüllt. Die Umkehr der Beweislast setzt in der Regel erst bei der sachlichen Rechtfertigung ein.

14. Während es die Formulierung des § 29 Satz 1 Nr. 1 GWB-E zulässt, dass sich der Nachweis der Vergleichbarkeit sowohl auf andere Versorgungsunternehmen (Alternative 1) als auch auf Unternehmen auf vergleichbaren Märkten (Alternative 2) bezieht, legt die Begründung des Entwurfs den Schluss nahe, dass dieser Nachweis von der Kartellbehörde nur bei den Unternehmen auf „anderen Märkten“ (Alternative 2) zu erbringen ist. Es heißt dort: „Nach Satz 1 Nr. 1 kann die Kartellbehörde für die Begründung des Missbrauchsverdachts andere Versorgungsunternehmen als Maßstab heranziehen. Ob diese hinreichend vergleichbar sind, ist im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung zu klären. ... Die Beweislast für die sachliche Rechtfertigung einer vom Kartellamt beanstandeten

2 Der Bundesgerichtshof erkannte in seinem Beschluss zu den Stadtwerken Mainz erneut an, dass bei Störung des Wettbewerbs auch Monopolunternehmen zum Vergleich herangezogen werden dürfen. Darüber hinaus sei auch ein Vergleich mit einem einzigen Unternehmen nicht zu beanstanden. Vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KVR 17/04, WuW/E DE-R 1513, 1517 „Stadtwerke Mainz“.

Preisgestaltung ist den marktbeherrschenden Unternehmen auferlegt.“ Dies hätte zur Folge, dass das Kartellamt den Preis eines anderen Versorgungsunternehmens als Vergleichsmaßstab heranziehen kann, obwohl der Preis aufgrund struktureller Unterschiede nicht mit dem Preis des beschuldigten Unternehmens vergleichbar ist. Indem die Vergleichbarkeit bei Alternative 1 auf die Rechtfertigungsebene verschoben wird, muss letztlich das betroffene Unternehmen beweisen, dass sein eigenes Unternehmen mit dem zum Vergleich herangezogenen Unternehmen nicht vergleichbar ist. Diese Strukturdaten sind nicht zu erbringen. Darüber hinaus widerspricht ein solches Vorgehen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen und dem in Tz. 13 erwähnten Grundrecht der Handlungsfreiheit. Sollte der Entwurf in der gegenwärtigen Fassung Gesetz werden, wäre er – unter Missachtung der Begründung – verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass die Kartellbehörde auch bei der 1. Alternative eine strukturelle Vergleichbarkeit der in Bezug genommenen Versorgungsunternehmen nachzuweisen hätte, bevor sie aus dem Vergleich der Entgelte auf einen Missbrauch schließen kann.

15. Beide Alternativen gestatten es dem Kartellamt – anders als bei der Anwendungspraxis des § 19 GWB –, den Missbrauchsvorwurf auch dann zu äußern, wenn die Abweichung der Entgelte bzw. der Entgeltbestandteile von den Entgelten des/der zum Vergleich herangezogenen Unternehmen „nicht erheblich ist.“ In der Anwendungspraxis des § 19 GWB ist die Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises für sich genommen noch keine Begründung für einen „Ausbeutungs“-Missbrauch. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Beschluss im Verfahren Stadtwerke Mainz ausdrücklich darauf hingewiesen: „Da der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ein Unwerturteil enthält, bedarf es eines erheblichen Abstandes zwischen den von der Betroffenen erzielten Erlösen je Kilometer Leitungslänge und den noch näher festzustellenden entsprechenden Zahlen des Vergleichsunternehmens.“³

16. Die Erörterungen lassen erkennen, dass Satz 1 Nr. 1 den Kartellbehörden die Begründung des Anfangsverdachts maßgeblich erleichtern soll, wodurch dem zugrunde liegenden Ziel des § 29 GWB-E zunächst Rechnung getragen würde. Jedoch führt aus Sicht der Unternehmen insbesondere die mögliche Anwendung der Alternative 1 zu erheblichen kommerziellen und rechtlichen Unsicherheiten. Jedes Versorgungsunternehmen muss permanent damit rechnen, dass die Preissenkung eines beliebigen Konkurrenten der Kartellbehörde Anlass geben könnte, ein Missbrauchsverfahren einzuleiten, selbst wenn die Abweichung nicht erheblich ist. Neben den vier Verbundunternehmen EnBW, E.ON, RWE und Vattenfall Europe können auch Stadtwerke von dem Energieparagrafen betroffen sein, die als Grundversorger auf dem privaten Endkundenmarkt eine dominante Stellung einnehmen. Sie alle müssen ein Missbrauchsverfahren befürchten, weil zu jeder Zeit die Möglichkeit besteht, dass ihre Entgelte irgendwo von einem anderen Versorgungsunternehmen unterboten werden. Insbesondere kleinere Stadtwerke haben nicht die Chance, einen kontinuierlichen deutschland- oder gar europaweiten Preisvergleich mit allen potentiellen Vergleichsunternehmen vorzunehmen.

17. Diese Unsicherheiten werden durch zwei zusätzliche Neuerungen verstärkt. So ermöglicht § 29 GWB-E erstmalig, Entgeltbestandteile einer Missbrauchsprüfung zu unterziehen. Dies kann dazu führen, dass einzelne Entgeltbestandteile als missbräuchlich angesehen werden, obwohl das Entgelt selbst keine missbräuchliche Höhe besitzt. Darüber hinaus muss sich ein Unternehmen darauf einstellen, dass die vom Kartellamt erlassene Missbrauchsverfügung – gemäß der geplanten Aufhebung des § 64 Abs. 1 Nr. 1 GWB (GWB-E, Nr. 13) – zukünftig generell sofort vollziehbar ist.

3 Vgl. WuW/E DE-R 1519.

1.2.2.2 Zweite Säule: Gewinnbegrenzungskonzept – Forderung exzessiver Entgelte

18. Durch § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB-E wird den Kartellbehörden ausdrücklich die zusätzliche Möglichkeit gegeben, den Missbrauchsvorwurf auf der Basis absolut überhöhter Preise auszusprechen. Ein Preis wird als absolut überhöht angesehen, wenn eine unangemessene Preis-Kosten-Relation (Gewinnbegrenzungskonzept) vorliegt. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie beruft sich hierbei auf die europäische Rechtsprechung zu Art. 82 EGV. Der Europäische Gerichtshof hat in dem Urteil *United Brands* das Konzept der Gewinnbegrenzung mittels der „Preis-Kosten-Relation“ im Rahmen der Missbrauchsaufsicht ausdrücklich anerkannt.⁴ In der europäischen Rechtsanwendungspraxis hat dieses Konzept jedoch noch keine Rolle gespielt.⁵

19. In der Bundesrepublik Deutschland wurden von den Kartellbehörden Kostenprüfungen bisher vornehmlich als Ergänzung zum Vergleichsmarktkonzept vorgenommen, wenn die unmittelbare Vergleichbarkeit nicht gegeben war. Generell lässt jedoch § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB neben dem Vergleichsmarktkonzept andere „geeignete“ Methoden zur Ermittlung hypothetischer Wettbewerbspreise zu. Auf die alleinige Säule der Kostenprüfung als Nachweis des Preishöhenmissbrauchs stützte sich das Bundeskartellamt im Bereich der Netznutzungsentgelte in der Stromwirtschaft erstmalig im Fall TEAG.⁶ Begründet wurde das Ausweichen auf die Kostenkontrolle damit, dass sich ein Vergleichsmarktkonzept nicht eigne, um den Missbrauchsverdacht zu bekräftigen, da bei ostdeutschen Regionalnetzbetreibern eine vergleichsweise ungünstige Gebietsstruktur und Erlöslage vorliege.⁷ Diese ausschließliche Prüfung der Kosten wurde vom OLG Düsseldorf als rechtmäßig und gleichberechtigt neben dem Vergleichsmarktkonzept anerkannt.⁸

20. Die Monopolkommission hat sich bereits in ihrem Vierzehnten Hauptgutachten für eine ergänzende Kostenkontrolle bei der Anwendung des Vergleichsmarktkonzeptes ausgesprochen, solange keine wettbewerblich strukturierten Vergleichsmärkte existieren.⁹ Eine isolierte Preis-Kosten-Kontrolle, wie sie in § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB-E vorgesehen ist, birgt hingegen erhebliche konzeptionelle Probleme. So setzt die Bestimmung einer unangemessenen Preis-Kosten-Relation zunächst eine detaillierte Kostenprüfung voraus. Durch die vage Formulierung des Kostenbegriffes bleibt unklar, welche Kosten zu prüfen sind. Zielt das federführende Ministerium hierbei auf die Grenzkosten der letzten verkauften bzw. produzierten Gütereinheit ab, die auf einem Wettbewerbsmarkt den Preis bestimmen, oder denkt es an die Alleinerstellungskosten (Stand Alone Costs)? Alleinerstellungskosten sind die Kosten, die einem Unternehmen entstehen, wenn es lediglich die betrachtete Leistung und nichts anderes produziert. Stehen die Alleinerstellungskosten im Mittelpunkt, so läuft § 29 GWB-E ins Leere, da auf Energiemärkten jeder Preis unter den Alleinerstellungskosten liegen dürfte. Falls die Grenzkosten relevant sind, so müssten diese um einen Gemeinkostenzuschlag ergänzt werden. Das impliziert, dass zuvor die Frage der Gemeinkostenschlüsselung zu lösen wäre. Zu klären ist auch, ob beim Kostenbegriff in Anlehnung an § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG an die „Kosten einer Betriebsführung“ gedacht ist, „die denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren“ Un-

4 EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, Rs. 27/76, *United Brands/Kommission*, Slg. 1978, 207, Rn. 248/257.

5 Vgl. Götting, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Kartellrecht Band 2 – GWB – Kommentar*, § 19 Tz. 80 sowie Weiß, in: Calliess/Ruffert, *EUV/EGV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta – Kommentar*, Art 82 EGV, Tz. 45.

6 Vgl. Monopolkommission, *Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“*, Hauptgutachten 2002/2003, Baden-Baden 2005, Tz. 561.

7 Vgl. BKartA, Beschluss vom 14. Februar 2003, B11 – 45/01, WuW/E DE-V 722, 725 „TEAG“ sowie Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 568.

8 Das OLG Düsseldorf sieht die Anwendung eines reinen Kostenkonzeptes immer dann als gerechtfertigt, wenn sich das Vergleichsmarktkonzept nicht eignet, weil die Vergleichsmärkte monopolistisch strukturiert sind oder bei vertikal integrierten Unternehmen die Gefahr einer Quersubventionierung besteht. Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. April 2002, Kart 2/02 (V), WuW/E DE-R 914, 916 f. „Netznutzungsentgelt“.

9 Vgl. Monopolkommission, *Netzwettbewerb durch Regulierung*, Hauptgutachten 2000/2001, Baden-Baden 2003, Tz. 389, 869, 871.

ternehmens entsprechen müssen. Neben der Klärung des Kostenbegriffes wäre der Betrachtungszeitraum für die Kostenanalyse festzulegen, da sich hierdurch die jeweiligen Kosten ebenfalls verändern. Die Kartellbehörden sind bei der Interpretation des Kostenbegriffes und der Festlegung des Betrachtungszeitraumes gänzlich auf sich allein gestellt, was die praktische Anwendung des § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB-E deutlich erschwert und für die Unternehmen unberechenbar macht.

21. Gemäß § 29 Satz 3 GWB-E hat die Kartellbehörde im Rahmen dieser Kostenprüfung die Kosten und Kostenbestandteile zu ignorieren, „die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden“. Satz 3 der Norm ist im Wortlaut nahezu identisch mit § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG. Aus Sicht der Monopolkommission erscheint in diesem Zusammenhang nicht nur die unklare Formulierung der „Kosten, die sich im Wettbewerb nicht einstellen“, problematisch, sondern auch die praktische Umsetzung der Norm. In der Begründung heißt es, dass solche Kosten nicht berücksichtigt werden dürfen, die ein Unternehmen bei funktionsfähigem Wettbewerb vermeiden oder nicht geltend machen würde bzw. nicht über die Preise abwälzen könne. Mit dieser Formulierung möchte das Ministerium der Gefahr begegnen, dass die Kosten eines marktbeherrschenden Unternehmens bei Nichtangreifbarkeit des Marktes höher sind als im Wettbewerb. Die Ursache sind die vergleichsweise größeren betrieblichen Ineffizienzen von marktbeherrschenden Unternehmen.¹⁰ Diese nicht effiziente Betriebsführung lässt sich bei einer reinen Kostenkontrolle faktisch nicht aufdecken und wird somit weiter legitimiert.¹¹ Im Extremfall können Unternehmen sogar zu einer „Verursachung von Scheinkosten“ animiert werden, um diese Scheinkosten über höhere Preise an die Nachfrager zu überwälzen und so verdeckte Gewinne zu machen.¹² Die Monopolkommission hält es aufgrund der bisherigen Erfahrungen mit der behördlichen Amtspraxis für äußerst unwahrscheinlich, dass die zuständige Kartellbehörde die betrieblichen Ineffizienzen aufdecken kann, die sich allein daraus ergeben, dass das betroffene Unternehmen keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Demnach wird ein Nachweis dieser fiktiv „nicht entstandenen bzw. nicht überwälzbaren“ Kosten unmöglich sein.

22. Selbst wenn die zuvor genannten Probleme zufriedenstellend gelöst werden können, ist mit weiteren Problemen in der Anwendungspraxis zu rechnen. So sind die konzerninternen Verrechnungspreise nur schwer zu kontrollieren, insbesondere ein global agierendes Unternehmen kann sie quasi willkürlich festlegen. Die gleiche Argumentation lässt sich bei der Gemeinkostenschlüsselung anführen. Auch hier kann von dem marktbeherrschenden Unternehmen eine „willkürliche“ Aufteilung auf die einzelnen Produkte vorgenommen werden.¹³ Da insbesondere im Bereich der Netzindustrien die Frage der Aufteilung von Fix- und Gemeinkosten so komplex ist, dass eine Behörde mit der personellen Ausstattung des Bundeskartellamtes sie nicht befriedigend lösen kann, hat sich die Monopolkommission bereits in ihrem letzten Hauptgutachten für eine sektorspezifische Ex-ante-Regulierung des Netzzugangs auf Märkten für leitungsggebundene Energieversorgung ausgesprochen.¹⁴

23. Gelänge es der Kartellbehörde, die Definitionsprobleme zu lösen und die „sich im Wettbewerb ergebenden Kosten bzw. Kostenbestandteile“ zu ermitteln, wäre nun gemäß § 29 Satz 1 Nr. 2 zu überprüfen, ob die geforderten Entgelte die Kosten in „unangemessener“ Weise überschreiten. Um

¹⁰ So genannte *X-Ineffizienzen* entstehen in jedem Unternehmen dadurch, dass sich Management und Arbeitnehmer in ihrer Arbeitsweise und bei der Beschaffung von Informationen nicht so effizient verhalten, wie sie könnten. Sie werden aufgrund des fehlenden Wettbewerbsdruckes weiter verstärkt, da die Gefahr besteht, dass die handelnden Personen ein „ruhiges Leben“ bevorzugen, wenn sie sich keinen wettbewerblichen Gefahren mehr ausgesetzt sehen.

¹¹ Vgl. Monopolkommission, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Hauptgutachten 2004/2005, Baden-Baden 2006, Tz. 19.

¹² Vgl. WuW/E BKartA 2882 f.

¹³ Im Rahmen des Missbrauchsverfahrens gegen Lufthansa wegen überhöhter Flugpreise auf der Strecke Berlin-Frankfurt/M. stellt das Bundeskartellamt fest, dass Kosten insbesondere von marktbeherrschenden Unternehmen „in erheblichem Umfang beliebig zugerechnet oder gar produziert werden können.“ Vgl. BKartA, Beschluss vom 19. Februar 1997, B9 – 99/95, WuW/E BKartA 2875, 2882 f.

¹⁴ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 19.

die Justitiabilität des Begriffes „Unangemessenheit“ zu gewährleisten, ist das Festlegen einer normativen Missbrauchsschwelle im Sinne einer Gewinnobergrenze erforderlich. Hierbei ist das Kartellamt erneut auf sich alleine gestellt. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie umreißt in seiner Begründung lediglich den Maßstab für die „Angemessenheitsprüfung“ als „neben den Ordnungsprinzipien einer Wettbewerbswirtschaft, wie sie sich aus dem GWB ergeben, gerade auch – mit Blick auf die Nachfrager – das im EnWG normierte Ziel der preisgünstigen Energieversorgung.“

24. Bei der Festlegung der Missbrauchsschwelle wird strittig sein, welcher Gewinn als „noch angemessen“ zu betrachten ist. Auch hier legt man sich in der Begründung nicht fest: „Für die Beurteilung, ob ein Missverhältnis zwischen Preis und Kosten gegeben ist, können auch Erfahrungswerte aus anderen Branchen außerhalb der Energiewirtschaft herangezogen werden.“ Demnach wäre es denkbar, dass sich die Behörde im Rahmen der Angemessenheitsprüfung an der vorgeschriebenen Eigen- bzw. Fremdkapitalverzinsung des EnWG orientiert oder an den durchschnittlichen Gewinnen börsennotierter Unternehmen. Beide Ansatzpunkte setzen Wertungen voraus, die dem Kartellrecht fremd sind. Nicht jeder Preis, der nicht den Angemessenheitskriterien des EnWG entspricht, ist deshalb gleich missbräuchlich, und Gleiches gilt für Preise, auf deren Basis überdurchschnittliche Gewinne erwirtschaftet werden. In der Rechtsanwendungspraxis des GWB wurde die Festlegung einer Erlösobergrenze auf der Basis einer Kostenprüfung im Rahmen des Missbrauchsverfahrens gegen TEAG bereits vom OLG Düsseldorf angezweifelt. Das Gericht vertrat die Ansicht, dass das Kartellamt die ihm eingeräumten Kompetenzen überschritten habe, indem es durch die Festlegung der Erlösobergrenze eine im geltenden Kartellrecht nicht zulässige Preisregulierung vorgenommen habe. Die kartellrechtlichen Befugnisse seien auf die Verhaltenskontrolle beschränkt.¹⁵ Durch Satz 1 Nr. 2 GWB-E wird die Festlegung einer Erlösobergrenze ausdrücklich legitimiert. Das Kartellamt nimmt also bei Anwendung der Norm eine Ex-post-Entgeltregulierung vor, obwohl in der Begründung betont wird: „Der Einstieg in eine Preisregulierung bisher nicht regulierter Märkte ist nicht beabsichtigt.“ Dies macht die Widersprüchlichkeit des Gesetzestextes im Gegensatz zum Ansinnen des Wirtschaftsministeriums deutlich.

25. Die Ausführungen zeigen, dass sich auf der Basis des § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB-E das Ziel des Ministeriums, die Durchsetzung des in § 19 GWB festgelegten Missbrauchsverbotes für den Energiesektor zu erleichtern, nicht effektiv umsetzen lässt. Die Monopolkommission sieht ohne objektive Leitlinien zur Kosten- und Gewinnermittlung kaum eine Möglichkeit für die praktische Umsetzung des § 29 Satz 1 Nr. 2. Darüber hinaus steht sie einer kostenbasierten Ex-post-Entgeltkorrektur im Rahmen des Kartellrechts generell kritisch gegenüber. Sie erwartet, dass § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB-E aufgrund des damit verbundenen Aufwands für die Kartellbehörden in der Anwendungspraxis entweder nur eine untergeordnete Rolle spielen oder – bei effektiver Durchsetzung – zu hohen Bürokratiekosten führen wird. Jedenfalls wird die Rechtsunsicherheit zunehmen.

1.2.2.3 Verteidigungsmöglichkeiten des betroffenen Unternehmens

26. Neben den charakterisierten Problemen, die von § 29 Satz 1 Nr. 1 und 2 GWB-E ausgehen, sind die Sätze 2 und 3 durch eine unklare Systematik gekennzeichnet. So geht aus der Norm nicht eindeutig hervor, ob sich diese beiden Sätze auf Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 oder nur auf eine der beiden Ziffern beziehen. Der Begriff der „Abweichung“ in Satz 2 greift ersichtlich dieselbe Formulierung in Nr. 1 auf und harmoniert nicht mit einer unangemessenen Überschreitung der Kosten durch die Entgelte. In der Begründung macht das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie ungeachtet dessen deutlich, dass sich Satz 2 sowohl auf Satz 1 Nr. 1 als auch auf Satz 1 Nr. 2 beziehen soll: „Dies gilt zum einen für Preise, die sich bei der Anwendung des Vergleichsmarktkonzeptes als

¹⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Februar 2004, VI – Kart/4/03 (V), WuW/E DE-R 1239, 1242 f.

überhöht darstellen. Andererseits können auch hohe Preis-Kosten-Abstände sachlich gerechtfertigt sein. Für die Rechtfertigung gelten die für § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB entwickelten Grundsätze.“

27. Der Satz 3, der die nicht berücksichtigungsfähigen „Kosten und Kostenbestandteile“ enthält, erweckt hingegen den Eindruck, als beziehe er sich lediglich auf Satz 1 Nr. 2 der Norm, weil in Nr. 1 Kosten nicht erwähnt werden. Da jedoch im Rahmen des Vergleichsmarktkonzeptes bei § 19 GWB ergänzende Kostenkonzepte Anwendung finden, ist zu erwarten, dass sich auch Satz 3 auf beide Nummern des § 29 Satz 1 GWB-E beziehen soll. Unter der Annahme, dass sich die Sätze 2 und 3 auf beide Ziffern beziehen, ergeben sich bei einer angestrebten Verteidigung des beschuldigten Unternehmens weitere Probleme.

28. Ein Unternehmen, dem auf der Basis von § 29 Satz 1 Nr. 1 Alternative 1 ein Preishöhenmissbrauch vorgeworfen wird, hat zwei Möglichkeiten, sich zu verteidigen. Zum einen kann es die Entscheidung generell mit der Begründung anfechten, dass die Tatbestandsvoraussetzungen entgegen dem Vorbringen des Kartellamtes nicht erfüllt seien, weil der eigene Preis nicht über dem Preis des Vergleichsunternehmens liege. In der Regel wird diese Möglichkeit nicht zum gewünschten Erfolg führen, da davon auszugehen ist, dass das Kartellamt die Preisüberschreitung präzise nachgewiesen hat. Zum anderen kann das Unternehmen sachliche Rechtfertigungsgründe für den höheren Preis anführen (§ 29 Satz 2 GWB-E). Eine Möglichkeit bestünde darin nachzuweisen, dass die vom Kartellamt zum Vergleich herangezogenen Versorgungsunternehmen aufgrund struktureller Unterschiede „nicht hinreichend vergleichbar“ sind. Strukturelle Unterschiede lassen sich z. B. auf die „Nichtgleichartigkeit“ der Abnehmer oder auf strukturelle Kostenunterschiede zurückführen (relative Kostenbetrachtung). Wie zuvor erörtert, muss das zuständige Kartellamt bei der Anwendung der allgemeinen Missbrauchsaufsicht insbesondere bei § 19 Abs. 4 Nr. 2 und 3 GWB den Nachweis der strukturellen Vergleichbarkeit erbringen. „Korrigierbare“ strukturelle Unterschiede werden in diesem Zusammenhang durch Zu- bzw. Abschläge ausgeglichen.¹⁶ Da das Amt die strukturelle Vergleichbarkeit bei der Formulierung des Missbrauchsvorwurfes gemäß § 29 GWB-E Satz 1 Nr. 1 Alternative 1 gemäß der Begründung nicht nachzuweisen hat, müsste das betroffene Unternehmen ex post diese eventuellen Korrekturabschläge einklagen oder aber den Nachweis erbringen, dass ein Vergleich aufgrund gravierender struktureller Unterschiede nicht möglich ist (Beweislastumkehr). Ein derartiger Nachweis dürfte von einem Unternehmen in der Regel nur schwer zu erbringen sein, weil ihm – im Gegensatz zu den Kartellbehörden – die Erhebung von Strukturdaten nicht möglich ist. Die Problematik lässt sich an folgendem Beispiel verdeutlichen: Falls das betroffene Unternehmen versucht, im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung strukturelle Kostenunterschiede nachzuweisen, muss es gleichzeitig darauf achten, dass diese Kostenunterschiede nicht aus Kosten bzw. Kostenbestandteilen bestehen, die bei „funktionierendem Wettbewerb“ zu vermeiden gewesen wären (§ 29 Satz 3 GWB-E). Die Ermittlung wettbewerbsanaloger bzw. nicht wettbewerbsanaloger Kosten wird dem marktbeherrschenden Unternehmen schon allein aus methodischen Gründen nicht gelingen. Da es keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, kann es auch nicht die Kosten kennen, die sich im funktionierenden Wettbewerb ergeben würden. Der Marktbeherrscher wird sich jedoch im Rahmen der Kostenkontrolle generell darauf einstellen müssen, dass er seine getroffene unternehmerische kostenrelevante Entscheidung dahingehend zu prüfen hat, ob er dieselbe Entscheidung auch bei hypothetischem Wettbewerbsdruck getroffen hätte.¹⁷

29. Darüber hinaus kann das beschuldigte Unternehmen auch „sonstige Rechtfertigungsgründe“ entsprechend § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung anführen. In diesem Zusammenhang wurde von den betroffenen Unternehmen bereits mehrfach auf die eigene Kostenlage verwiesen (absolute Kostenbetrachtung), da dieser Nachweis im Vergleich zu einer Erhebung der Strukturdaten leichtfällt. So wurde im Fall der „Flugpreisspaltung“ von dem marktbeherrschenden

¹⁶ Vgl. Möschel in: Immenga/Mestmäcker, GWB – Kommentar zum Kartellrecht, 3. Auflage, § 19 Tz. 170.

¹⁷ Vgl. BKartA, Beschluss vom 14. Februar 2003, B11 – 45/01, WuW/E DE-V 722, 727 „TEAG“.

den Unternehmen Lufthansa angeführt, dass der vom Bundeskartellamt geforderte Als-ob-Wettbewerbspreis die Selbstkosten des Unternehmens nicht decke (Berufung auf die Kostenlage). Das Amt vertrat hingegen die Ansicht, dass die Kostendeckung als Grenze der Preismissbrauchsaufsicht ungeeignet sei, da auch im Wettbewerb keine kostendeckenden Preise gewährleistet würden. Diese Auffassung wurde vom zuständigen Kammergericht und dem Bundesgerichtshof nicht geteilt. Der Bundesgerichtshof stellte fest: „Eine sachliche Rechtfertigung in diesem Sinn mit der Folge, dass die Preisspaltung ihre indizielle Bedeutung verliert und auf § 32 GWB gestützte Maßnahmen der Preismissbrauchsaufsicht ausscheiden, kann unter anderem darin liegen, dass auch das höhere Entgelt nicht einmal die Selbstkosten des marktbeherrschenden Unternehmens deckt, dieses vielmehr Verluste erleidet, welche in anderer Weise ausgeglichen werden müssen.“¹⁸ In der Begründung seines Standpunktes hat der Bundesgerichtshof jedoch darauf verwiesen, dass bei der Geltendmachung der Kosten die etwaigen Rationalisierungsreserven des betroffenen Unternehmens ausgeschöpft sein müssten und die vom Marktbeherrscher angegebenen Verluste auf „objektiven, für jeden Anbieter gleichermaßen wirksam werdenden Umständen“ zu beruhen hätten. Satz 3 des § 29 GWB-E, der im Rahmen der Kostenbetrachtung automatisch zur Anwendung kommt, erweckt den Anschein, als wolle das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie diesen unterschiedlichen Auffassungen vorbeugen und keinen weiteren Interpretationsspielraum lassen. Gemäß Satz 3 sind die Kosten und Kostenbestandteile bei der Feststellung eines Missbrauches zu ignorieren, „die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden.“ Inwiefern dann eine Rechtfertigung auf der Basis der Selbstkosten noch gelingen kann, erscheint fraglich.

30. Ein Unternehmen, dem nach § 29 Satz 1 Nr. 1 Alternative 2 ein Preishöhenmissbrauch vorgeworfen wird, hat ebenfalls zwei Möglichkeiten, sich zu verteidigen. Erstens kann es anführen, dass die vom Kartellamt zum Vergleich herangezogenen Märkte nicht strukturell vergleichbar sind und somit die Tatbestandsvoraussetzungen nicht vorliegen. Zusätzlich besteht – wie auch bei Alternative 1 – die Möglichkeit, dass sich das beschuldigte Unternehmen auf der Basis sonstiger Rechtfertigungsgründe sachlich rechtfertigt. Hierbei ist wiederum zu beachten, dass, sofern Kosten im Rahmen der Verteidigung des Unternehmens von Relevanz sind, automatisch der Satz 3 der Norm Anwendung findet.

31. Verteidigt sich ein Unternehmen gegen den Missbrauchsvorwurf auf der Basis der zweiten Säule „Gewinnbegrenzungskonzept“, so kann es zum einen ebenfalls die Entscheidung des Amtes anfechten, indem es bestreitet, dass die Tatbestandsvoraussetzung „unangemessene Überschreitung“ vorliegt. Des Weiteren ist die Abweichung aus „anderen Gründen“ sachlich zu rechtfertigen. Hierbei stellt sich die Frage, inwiefern Entgelte, die die Kosten in „unangemessener“ Weise überschreiten (§ 29 Satz 1 Nr. 2 des Entwurfs) „sachlich“ zu rechtfertigen sind. Problematisch erscheint insbesondere, dass diese Kriterien im Kern identisch sind und einerseits das Kartellamt in einem ersten Schritt im Rahmen des Gewinnbegrenzungskonzeptes den Nachweis erbringen soll (§ 29 Satz 1 Nr. 2 GWB-E), während andererseits das jeweilige Unternehmen denselben Nachweis zu seiner Rechtfertigung erneut erbringen müsste. Zur Klärung dieser Frage trägt die Begründung nicht bei, dort heißt es lediglich: „Rechtfertigende Gründe für eine unangemessene Überschreitung der Kosten nach Satz 1 Nr. 2 können nur solche sein, die nicht bereits bei der Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen sind.“

1.2.3 Gefahr ökonomischer Fehlanreize

32. Neben den skizzierten Problemen, die sich durch die Einführung des § 29 GWB-E in der Anwendungspraxis ergeben können, birgt der Energieparagraf erhebliche Gefahren in ökonomischer Hinsicht.

¹⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juli 1999, KVR 12/98, WuW/E DE-R 375, 377 „Flugpreisspaltung“.

33. Durch § 29 Satz 1 Nr. 1 Alternative 1 GWB-E werden die Unternehmen dazu veranlasst, ihre Preise unmittelbar an Preissenkungen eines beliebigen Wettbewerbers anzupassen. Hierdurch könnte – entgegen der Intention des Wirtschaftsministeriums – ein Parallelverhalten der Versorgungsunternehmen hervorgerufen werden, das einheitliche, überhöhte Preise zur Folge hat. Die Anreize eines Wettbewerbers, etablierte Unternehmen zu unterbieten, resultieren aus der Hoffnung, durch signifikante Preisunterschiede Verbraucher zu einem Wechsel des Versorgungsunternehmens zu bewegen und so den eigenen Marktanteil auszubauen. Wird jedoch das etablierte Unternehmen per Gesetz dazu veranlasst, selbst bei unerheblichen Preisunterschieden sofort nachzuziehen, werden bei einem quasi-homogenen Gut wie Strom die Kunden nicht zu Wettbewerbern wechseln.¹⁹ Die Anreize zur Preissenkung sind somit ausgehebelt.²⁰ Aufgrund der fehlenden Preisunterschiede würde der Wettbewerb, insbesondere auf dem Endkundenmarkt für „Haushalte und Kleingewerbe“, zum Erliegen kommen. Durch den skizzierten Effekt bleiben die gewünschten Preissenkungen aus. Es ist stattdessen zu erwarten, dass § 29 Satz 1 Nr. 1 GWB-E kollusives Verhalten stabilisiert und sich die Preise auf einem hohen Niveau einpendeln.

34. Sollte ein Versorgungsunternehmen entgegen den Erwartungen doch einmal aus einem Kartell ausbrechen, kann es mit Hilfe des § 29 Satz 1 GWB-E effektiv bestraft werden, indem die Preise in dem „Stammgebiet“ des abweichenden Versorgungsunternehmens durch andere Versorgungsunternehmen unterboten werden. So wird der ursprüngliche Abweicher dazu gezwungen, die eigenen Preise im Stammgebiet zu senken. Demnach eröffnet § 29 Satz 1 Nr. 1 GWB-E eine effektive Möglichkeit, abweichende Versorgungsunternehmen abzustrafen, sofern diese auf einem regional begrenzten Markt tätig sind und dort eine dominante Marktposition einnehmen. Dies ist auch für Stadtwerke als Grundversorger der Fall. Die Ausführungen verdeutlichen, dass § 29 Satz 1 Nr. 1 GWB-E ein Kartell sogar stabilisieren kann.

35. Eine durch diese Form der Missbrauchsaufsicht induzierte Preisanpassung kann nicht nur negative Auswirkungen auf den tatsächlichen Wettbewerb haben, sondern auch auf den potentiellen Wettbewerb. Genauso wie sich abweichendes Verhalten in einem Kartell nicht lohnt, wenn der etablierte Anbieter sofort mit einer Preissenkung nachzieht, wird der Markteintritt für neue Anbieter unattraktiv. Durch die infolge der gesetzlichen Verpflichtung glaubwürdige Drohung des Etablierten, bei Markteintritt mit niedrigen Preisen selbst bei unerheblichen Preisunterschieden sofort nachzuziehen, sinkt der Anreiz zum Markteintritt deutlich.

36. Aus der zuvor angeführten Argumentation erwächst die Sorge, dass der §29 GWB-E in der jetzigen Form entgegen den Zielen des Ministeriums nicht zu Preissenkungen führen wird, sondern ganz im Gegenteil das Risiko begründet, dass sich die Preise auf hohem Niveau stabilisieren.

37. Darüber hinaus befürchtet die Monopolkommission, dass infolge der reduzierten Anreize zum Markteintritt auch zukünftig kein strukturell abgesicherter Wettbewerb zu erwarten ist und somit die scheinbare Notwendigkeit einer sich perpetuierenden Regulierung mit entsprechenden Kosten besteht.

19 Die Bundesnetzagentur hat in ihrem aktuellen Monitoringbericht darauf hingewiesen, dass die Wechselquote in diesem Marktsegment mit 2,22 % noch immer sehr gering ist, obwohl Preisunterschiede bestehen. Vgl. BNetzA, Monitoringbericht 2006 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Bonn 2006, S. 12.

20 Dieser Mechanismus ist aus der ökonomischen Literatur zu so genannten Meistbegünstigungsklauseln hinreichend bekannt. Vgl. Salop, S. C., Practices that (credibly) Facilitate Oligopoly Coordination, in: Stiglitz, J. E. and Mathewson, G. F. (eds.), New Developments in the Analysis of Market Structure. Cambridge, Mass. 1986, S. 265-290, Cooper, T. E., Most-Favored-Customer Pricing and Tacit Collusion, in: Rand Journal of Economics, Vol. 17, 1986, S. 377-388, Schnitzer, M., Dynamic Duopoly with Best-Price Clauses, in: Rand Journal of Economics, Vol. 25, 1994, S. 186-196.

38. Des Weiteren werden die Verbraucher nicht motiviert, auf Preisunterschiede mit einem Wechsel des Versorgers zu reagieren, wie es auf Wettbewerbsmärkten eigentlich üblich ist. Stattdessen könnten Verbraucher zu der Annahme „erzogen“ werden, das Bundeskartellamt werde als Anwalt der Verbraucher automatisch für eine Preisanpassung nach unten sorgen, sollte ein Wettbewerber auch nur einen unwesentlich (bzw. nicht erheblich) niedrigeren Preis offerieren. Diese Mechanik trägt ebenfalls dazu bei, dass sich aufgrund mangelnder Anreize bei den Nachfragern zum Wechsel der Versorger kein strukturell gesicherter Wettbewerb ergibt.

39. Die Betrachtungsweise der Aufsicht über „Ausbeutungs“-Missbräuche, wie sie durch § 19 GWB und zukünftig auch durch § 29 GWB-E vollzogen werden soll, ist unvollständig und zudem rein statischer Natur. Insbesondere die Kostenkontrolle, die gemäß § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB-E durchzuführen ist, berücksichtigt ausschließlich die Angebotsseite auf dem jeweiligen Markt, obwohl sich bekanntermaßen Marktergebnisse stets durch das Zusammenwirken von Angebot und Nachfrage einstellen. Auch unter Anwendung des § 29 Satz 1 Nr. 1 GWB-E ist es nicht möglich, eventuelle Nachfrageveränderungen korrekt zu erfassen und durch Korrekturzu- oder -abschläge zu berücksichtigen, so dass die Dynamik wettbewerblicher Prozesse weitgehend ignoriert wird.

40. Obwohl Satz 3 der Norm klarstellt, dass im Rahmen der Preis-Kosten-Kontrolle nur Kosten und Kostenbestandteile zu berücksichtigen sind, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb einstellen würden, bezweifelt die Monopolkommission, dass sich eine solche Differenzierung von den Kartellbehörden realisieren lässt. Falls das Gewinnbegrenzungskonzept überhaupt zur Anwendung kommt, ist davon auszugehen, dass die zugrunde gelegten Kosten über weite Teile den tatsächlichen Kosten des betroffenen Unternehmens entsprechen, was sich bei der Amtspraxis der Bundesnetzagentur zeigt. Da bei der Kostenkontrolle nicht alle Kosten geprüft werden können, besteht daher auch weiterhin die Gefahr, dass die Unternehmen Kosten produzieren, um so verdeckte Gewinne zu machen. Diese Argumente trugen maßgeblich dazu bei, dass bei der Netzzugangsregulierung im Energiebereich ein schneller Übergang zur Anreizregulierung angestrebt wird.

1.2.4 Wirtschaftspolitische Handlungsempfehlungen

41. Die Ausführungen machen deutlich, dass Satz 1 Nr. 1 des § 29 GWB-E zu einer erheblichen Erleichterung des Nachweises von „Ausbeutungs“-Missbrauch auf Seiten der Kartellbehörden führt. Zur Verfolgung dieses Zieles werden jedoch ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit sowie gravierende ökonomische Ineffizienzen und Risiken in Kauf genommen. Die Vorschrift setzt Anreize zur wechselseitigen Erpressung der Versorgungsunternehmen und birgt gerade dadurch die Gefahr der Wettbewerbsbeschränkung bzw. des parallelen Verhaltens. Anreize zur Preissenkung durch alternative Anbieter werden signifikant gedrosselt, da das etablierte Versorgungsunternehmen durch § 29 GWB-E gezwungen wäre, als Reaktion auf eine Preissenkung eines beliebigen Konkurrenten sofort mit der Senkung der eigenen Preise nachzuziehen. Damit entfällt der Anreiz für die Kunden, den Versorger zu wechseln, und somit auch der Anreiz für die Wettbewerber, ihre Preise zu senken. Auch der Markteintritt neuer Anbieter wird erschwert, selbst wenn bei den vorherrschenden Versorgungspreisen hohe Gewinne erzielt werden. Der Grund ist auch hier, dass der etablierte Anbieter als Folge des § 29 GWB-E sofort mit jedem attraktiven Angebot eines Newcomers gleichziehen müsste. Damit erlischt der Anreiz des Newcomers, in den Markt einzutreten. Der § 29 GWB-E kann somit entgegen seiner Intention Markteintritte glaubwürdig abschrecken und kollusives Verhalten stabilisieren. Vor diesem Hintergrund sieht die Monopolkommission der geplanten Einführung des § 29 GWB-E mit Sorge entgegen.

42. Die „Ausbeutungs“-Missbrauchsaufsicht, der sowohl § 19 GWB als auch § 29 GWB-E dienen, stellt eine Ex-post-Korrektur nicht kompetitiver Marktergebnisse dar. Das Aufgreifkriterium „Marktbeherrschung“ impliziert, dass der Wettbewerb auf dem betrachteten Markt bereits markt-

strukturell unterdrückt ist. Deshalb kann das Verbot der Verhaltensweise „missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung“, z. B. durch überhöhte Preise, generell nur das Symptom, nicht jedoch die Ursache der Wettbewerbsbeschränkung – die nicht kompetitiven marktstrukturellen Voraussetzungen – bekämpfen. Hierdurch besitzen sowohl § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB als auch § 29 GWB-E einen eindeutig neutralisierenden Charakter. Eine Marktergebniskontrolle, wie sie im Energieparagrafen in verschärfter Form vorgesehen ist, kann die wettbewerbliche Selbststeuerungseffizienz auf Märkten nicht ersetzen. Die vorangegangenen Erörterungen nähren den Verdacht, dass die marktstrukturellen Ursachen für eine Wettbewerbsbeschränkung durch die Reduzierung des Anreizes zu Markteintritten verfestigt werden. Daher sollte eine Missbrauchsaufsicht im Sinne einer Ex-post-Korrektur überhöhter Preise – falls gewünscht – nur eingesetzt werden, wenn sich der relevante Markt nicht mehr in einen Wettbewerbsmarkt überführen lässt. Um einen Markt, auf dem der Wettbewerb marktstrukturell unterdrückt ist, in einen Wettbewerbsmarkt zu überführen, bieten sich vornehmlich strukturpolitische Instrumente an, da diese ursachenadäquat wirken. Hierbei lässt sich – gemäß ihrer Eingriffsintensität – zwischen „weichen“ und „harten“ Instrumenten differieren.

43. In der aktuellen wirtschaftspolitischen Diskussion zum Strommarkt befindet sich die Maßnahme einer eigentumsrechtlichen Entflechtung als „hartes“ strukturpolitisches Instrument. Dabei unterscheiden sich die vorgeschlagenen Umsetzungsformen – vertikale Entflechtung und horizontale Entflechtung – in ihrer grundlegenden Wirkung.

44. Die Europäische Kommission schlägt eine eigentumsrechtliche Entflechtung von Netz- und Erzeugerebene vor. Durch diese vertikale Trennung ließe sich im Idealfall zwar das Problem der Realisierung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs lösen, Probleme blieben jedoch bestehen: Zum einen wären die Anbieter auf den nachgelagerten Märkten nicht vor der Gefahr der Ausbeutung durch den Netzbetreiber gefeit. Zum anderen wäre das Problem der hohen Konzentration auf der Erzeugerstufe nicht gelöst. Vor diesem Hintergrund kann eine vertikale Trennung im Extremfall zu einer doppelten Monopolpreissetzung der Anbieter der aufeinander folgenden Wirtschaftsstufen Netzbetrieb und Erzeugung führen (doppelte Marginalisierung).²¹ In diesem Fall bleibt die erhoffte Preissenkung nicht nur aus, durch die vertikale Trennung wird sogar eine deutliche Preiserhöhung hervorgerufen.

45. Bei einer horizontalen Entflechtung, wie sie vom hessischen Wirtschaftsminister vorgeschlagen wird, sollen marktbeherrschende Unternehmen auf der Erzeugerstufe zum Verkauf einiger ihrer Kraftwerke gezwungen werden. Ein derartiger Zwangsverkauf wirkt sich direkt auf die Konzentration auf der Erzeugerstufe aus, kann aber nicht die Gefahren von Ausbeutung und Diskriminierung durch die Netzbetreiber mindern. In beiden Fällen wäre eine ergänzende Regulierung, z. B. durch die Bundesnetzagentur, erforderlich. Nur mit dem Maßnahmenbündel, vertikale und horizontale Separierung, ließen sich die zuvor genannten Probleme, bis auf das Problem der Ausbeutung, beseitigen. Aufgrund der Ausbeutungsgefahr wäre jedoch noch immer die Regulierung der Netzebene erforderlich.

46. Obwohl sich durch eine Entflechtung prinzipiell einzelne Probleme lösen lassen, kann diese Maßnahme selbst zu Gefahren für den Wettbewerb und die Verbraucher führen. Eine besondere Gefahr besteht darin, dass durch eine Entflechtung sowohl die Investitionsanreize der Netzbetreiber/-eigentümer als auch der Kraftwerksbetreiber/-eigentümer reduziert werden. Bei einer vertikalen

²¹ Dieser Fall tritt dann ein, wenn auf beiden Märkten eine nicht wettbewerbliche Marktstruktur vorzufinden ist. Da die Netzebene ein natürliches Monopol darstellt, ist dies per definitionem der Fall. Auch auf den nachgelagerten Märkten hat sich der Wettbewerb nicht in vollem Umfang eingestellt. Somit ist die Befürchtung nahe liegend. Gelingt es hingegen auf Märkten, die der Netzebene nachgelagert sind, den Wettbewerb zu etablieren, besteht die Gefahr der doppelten Marginalisierung nicht mehr. Vgl. Spengler, J. J., Vertical Integration and Antitrust Policy, in: Journal of Political Economy, Vol. 58, 1950, S. 347-352.

len Entflechtung lässt sich diese Gefahr der Unterinvestitionen primär auf drei Ursachen zurückführen:²²

- a) Da die Investitionen, die ein Netzbetreiber tätigen muss, zum großen Teil spezifisch sind, lassen sich die damit verbundenen Investitionsobjekte nicht bzw. kaum einer anderen Verwendung zuführen. Demnach sind die mit den spezifischen Investitionen in Verbindung stehenden Kosten über weite Strecken unwiederbringlich verloren (so genannte versunkene oder irreversible Kosten). Sollte die Erzeugerebene vom Netzbetrieb getrennt werden, besteht die Gefahr, dass sich die getätigten Investitionen in das Netz nicht hinreichend amortisieren. Antizipiert der Netzbetreiber diese Gefahr, könnte er hierdurch dazu veranlasst werden, zu wenig in die Netze zu investieren.
- b) Im Zuge der vertikalen Trennung verliert der Netzbetreiber den Einfluss auf die Gestaltung der Endkundenpreise und auf die Vermarktungsmöglichkeiten für Energie. Da sowohl Endkundenpreise als auch die Vermarktungsmöglichkeiten einen mittelbaren Einfluss auf den wirtschaftlichen Erfolg des Netzes haben, ist zu erwarten, dass aufgrund des fehlenden Einflusses auf die Endkundenpreise die Investitionsbereitschaft des Netzbetreibers abnimmt. Umgekehrt hängt der wirtschaftliche Erfolg eines Kraftwerkes auch von den Netzzugangsbedingungen ab, die ein Kraftwerksbetreiber ohne Netz nicht beeinflussen kann.
- c) Netzspezifische Investitionen erfordern gegebenenfalls Abstimmungen zwischen dem Betreiber des Netzes und den Netznutzern (z. B. Abstimmungen der Leitungskapazität und -güte). Hierdurch entstehen zusätzliche Koordinations- und Verhandlungskosten, die ebenfalls die Investitionsanreize schmälern können.

47. Im Fall des zwangsweisen Verkaufs einzelner Kraftwerke lassen sich weitere Gründe anführen, welche die Investitionsneigung der betroffenen Anbieter deutlich vermindern können, z. B.:

- a) Mit der Gestaltung ihres Kraftwerksparks diversifizieren die Eigentümer ihr unternehmerisches Risiko bei der Stromproduktion. So wird die Stromproduktion je nach Lastbereich auf der Basis unterschiedlicher, hierfür besonders geeigneter Energieträger vorgenommen. Falls die Betreiber zum Verkauf bestimmter Kraftwerke gezwungen werden, besteht die Gefahr, dass eine optimale Risikodiversifizierung für die Unternehmen nicht mehr möglich ist. Dies kann dazu führen, dass die Investitionsbereitschaft der Kraftwerksbetreiber sinkt.
- b) Ein Zwangsverkauf von Kraftwerken kann zur Folge haben, dass der Erlös weit unter dem Erlös liegt, den das betroffene Unternehmen bei einem freiwilligen Verkauf erzielen würde. Antizipieren die Entscheidungsträger des Unternehmens diese Gefahr, so wird hierdurch ihre Investitionsbereitschaft negativ beeinflusst.
- c) Generell wird die Angst, dass internes Wachstum – selbst wenn es einen Ausdruck der Leistungsfähigkeit eines Unternehmens darstellt – durch einen Zwangsverkauf bestraft werden kann, die Investitionsneigung und auch die Aggressivität der Preisgestaltung der (potentiell) betroffenen Unternehmen negativ beeinflussen.

48. Der skizzierten Gefahr der Unterinvestitionen wäre in jedem Fall durch entsprechende Anreize und Regulierungsmaßnahmen entgegenzuwirken. Hierbei müssten Investitionen sowohl in ihrer absoluten Höhe als auch in ihrer qualitativen Ausrichtung nach einer normativen Vorgabe optimal gesteuert werden. Eine optimale behördliche Steuerung von Investitionen ist jedoch mit größten Problemen verbunden.

²² Vgl. Bühler, S., Schmutzler, A., Benz, M. A., Infrastructure Quality in Deregulated Industries: Is there an Underinvestment Problem?, in: International Journal of Industrial Organization, Vol. 22, 2004, S. 253 ff.

49. Bevor das wirtschaftspolitische Instrument „Eigentumsentflechtung“ zur Anwendung kommt, ist stets zu prüfen, ob dem Instrument nicht durch das Vorliegen von Größen- und Verbundvorteilen enge Grenzen gesetzt sind. Werden diese ökonomischen Vorteile ignoriert, so resultieren hieraus nicht nur erhebliche ökonomische Ineffizienzen, es besteht auch die Gefahr, dass die „Erfolge“ der Entflechtung durch den Wettbewerbsprozess konterkariert werden und das angestrebte Ziel „Herstellung der wettbewerblichen Selbststeuerungseffizienz“ nicht bzw. nur kurzfristig erreicht wird. Im Extremfall kann es zu steigenden Preisen bei geringen Investitionen und somit zu Versorgungsunsicherheit etc. kommen.

50. Falls sich die zuvor charakterisierten Probleme vermeiden lassen, bleibt dennoch auf die Dauer hinzuweisen, bis sich die erhofften ökonomischen Wirkungen einstellen. Da eine Entflechtung, selbst bei der Möglichkeit des Verkaufs, einen erheblichen Eingriff in die privaten Eigentumsrechte darstellt (Art. 14 GG, Erstes Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Art. 1), ist mit langwierigen, über viele Jahre andauernden, gerichtlichen Verfahren zu rechnen. Eine Belebung des Wettbewerbs wäre erst langfristig zu erwarten. Mit dem Vorschlag, die Entflechtung in Form eines Aktiensplits der betroffenen Unternehmen durchzuführen, ließen sich die eigentumsrechtlichen Probleme im Idealfall vermeiden.²³ Beim Aktiensplit-Szenario erhalten die bisherigen Anteilseigner anstelle einer Aktie des betroffenen Energieunternehmens zwei Aktien, eine Netzaktie und eine Erzeugeraktie. Hintergrund dieser Überlegung ist es, dass sich auf einem Kapitalmarkt, auf dem Aktien kontinuierlich gehandelt werden, die Eigentümerstruktur im Zeitablauf ändert. Dieses Szenario ist jedoch nur zu erwarten, wenn das betroffene Unternehmen eine Aktiengesellschaft ist und sich die Aktien über weite Teile im Streubesitz befinden. Außerdem müsste sichergestellt werden, dass die Netzgesellschaft nicht sogleich wieder von den Erzeugern oder umgekehrt die Aktien der Erzeugergesellschaft nicht gleich wieder von der Netzgesellschaft aufgekauft werden. Im Falle einer horizontalen Trennung der Kraftwerke erhielten die Anteilseigner mehrere Kraftwerksaktien, wobei ebenfalls sichergestellt werden müsste, dass der Aktiensplit durch Kauf- bzw. Verkaufsauflagen zu einer dauerhaften Trennung der Kraftwerke führt.

51. Die Ausführungen verdeutlichen, dass eine eigentumsrechtliche Entflechtung zwar an der Wurzel des Problems ansetzt, wegen der hohen Eingriffsintensität und der verbleibenden Probleme aber nur als Ultima Ratio in Betracht kommen sollte. Sinnvoller erscheint es zunächst zu prüfen, ob durch das Senken der Marktzutrittsschranken auf dem relevanten Markt eine Intensivierung des Wettbewerbs zu erreichen ist. Das Ziel dieses „weichen“ strukturpolitischen Instrumentes ist es, Markteintritte von potentiellen Wettbewerbern zu forcieren. Auf Märkten für leitungsggebundene Energieversorgung erscheint es zunächst zweckmäßig, die räumlichen Marktschranken abzubauen. Denkbar wäre z. B., im Bereich der Stromversorgung den zügigen Ausbau der Grenzkuppelstellen und den Abbau der bestehenden Netzengpässe innerhalb Europas zu forcieren, um so den relevanten Markt zu erweitern und durch die Vermehrung der Marktakteure die Wettbewerbsintensität zu erhöhen. Eine große Herausforderung wird hierbei sein, einen europaweiten politischen Konsens zu finden. Nach Lösungsansätzen sollte noch im Rahmen der deutschen Ratspräsidentschaft gesucht werden. Der Art. 154 EGV bietet mit dem Instrument der transeuropäischen Netze eine Grundlage für eine solche Gemeinschaftspolitik.

52. Als flankierende Maßnahme sollte der Markteintritt für potentielle Newcomer auf dem deutschen Erzeugermarkt vereinfacht werden. Dies kann zum einen durch den Abbau institutioneller Marktzutrittsschranken (z. B. durch die Verkürzung der Genehmigungszeiten für den Kraftwerksbau) geschehen, zum anderen durch die Förderung eines diskriminierungsfreien Zugangs der Erzeu-

²³ Dieser Vorschlag wurde von Wernhard Möschel, dem ehemaligen Vorsitzenden der Monopolkommission, geäußert. Vgl. „Widerstand gegen EU-Vorschläge“, in: FAZ.NET vom 10. Januar 2007, <http://www.faz.net/s/RubC8BA5576-CDEE4A05AF8DFEC92E288D64/Doc~E4CDE68AB3F804B2B9674B4B65C0643D6~ATpl~Ecommon~Scontent.html> [Stand 01.02.2007] sowie „Brüssel droht stärkere Energiemarkt-Regulierung an“, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 11. Januar 2007, S. 9.

ger zu den jeweiligen Netzen (z. B. durch die Erleichterung des Netzanschlusses von neuen Kraftwerken). Der Netzzugang wird im Bereich Strom und Gas seit Inkrafttreten der EnWG-Novelle im Juli 2005 von der Bundesnetzagentur überwacht. Aufgrund dieses vergleichsweise kurzen Zeitraums lässt sich noch keine fundierte Beurteilung vornehmen, inwieweit die Behörde durch ihre Tätigkeit zur Senkung der Marktzutrittsschranken beigetragen hat. Vor diesem Hintergrund erscheinen Aussagen verfrüht, die den Maßnahmen der Bundesnetzagentur bereits zum heutigen Zeitpunkt einen zu geringen Wirkungsgrad im Hinblick auf die Zielerreichung attestieren. Jedoch ließe sich der Wirkungsgrad generell dadurch erhöhen, dass bei der Regulierung des Netzzugangs schnellstmöglich von der problembehafteten Kostenkontrolle auf das System der Anreizregulierung übergegangen wird. Außerdem wäre eine zügige Inkraftsetzung der Kraftwerksanschlussverordnung wünschenswert.

53. Auch die Anwendung des „weichen“ strukturpolitischen Instrumentes – Senken der Marktzutrittsschranken – hat den Nachteil, dass es aufgrund der zu tätigen Investitionen nicht unmittelbar wirkt. Jedoch besitzt das Instrument im Vergleich zur Missbrauchsaufsicht den Vorteil, dass es, falls es eine Wirkung entfaltet, diese ursachenadäquat und dauerhaft ist. Darüber hinaus wird hierdurch bestenfalls auch ein Eingriff in die privaten Eigentumsrechte vermieden. In der Übergangsphase kann der Aufsicht über „Ausbeutungs“-Missbräuche gemäß § 19 GWB eine gewisse Bedeutung zukommen. Die Monopolkommission sieht jedoch nicht die Notwendigkeit eines eigens auf den Energiesektor abgestimmten Paragraphen.

2. § 20 Abs. 4 GWB-E Verbot von Angeboten unter Einstandspreis

2.1 Gesetzentwurf

54. § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB enthält ein Verbot von nicht nur gelegentlichen Angeboten unter Einstandspreis, sofern für diese keine sachliche Rechtfertigung vorliegt. Laut Gesetzentwurf soll die Vorschrift des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB wie folgt geändert werden:

„Eine unbillige Behinderung im Sinne des Satzes 1 liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen Lebensmittel im Sinne des § 2 Abs. 2 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches unter Einstandspreis anbietet oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen nicht nur gelegentlich unter Einstandspreis anbietet, es sei denn, dies ist jeweils sachlich gerechtfertigt.“

Nach Satz 2 sollen folgende Sätze 3 und 4 eingefügt werden:

„Das Anbieten von entsprechend ausgezeichneten 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. Werden Lebensmittel an gemeinnützige Einrichtungen zur Verwendung im Rahmen ihrer Aufgaben abgegeben, liegt eine unbillige Behinderung nicht vor.“

Die vorgeschlagene Änderung des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB bewirkt, dass im Lebensmittelhandel künftig selbst punktuelle oder kurzfristige Angebote unter Einstandspreis verboten sind. Daneben wird mit den neuen Sätzen 3 und 4 ein eng begrenzter Katalog von Möglichkeiten zur sachlichen Rechtfertigung und zum Ausschluss einer unbilligen Behinderung geschaffen.

55. Die Gesetzesbegründung stützt sich zum einen auf den angeblich notwendigen Schutz kleiner und mittlerer Konkurrenten gegen die Niedrigpreisstrategien von großen Handelsunternehmen. Behauptet wird ein ruinöser Preiskampf im Lebensmitteleinzelhandel, der zu einer Verdrängung kleiner und mittlerer Unternehmen führe und auf Dauer die breite Versorgung vor allem im ländlichen Raum beeinträchtigen könne. Zum anderen gehe von dem durch Niedrigpreisstrategien geprägten Konkurrenzkampf der Handelsunternehmen auf Dauer eine Gefahr für die Qualität von Lebensmitteln aus. Mit dem grundsätzlichen Verbot des Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis wolle die Bundesregierung deshalb ein Signal für einen hohen Sicherheitsstandard bei Lebensmitteln setzen.

Das bestehende Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis schaffe nur unzureichend Abhilfe, da das gelegentliche Anbieten von Waren unter Einstandspreis erlaubt bleibe. Daher werde zukünftig auch der gelegentliche Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis grundsätzlich untersagt. Sachlich gerechtfertigte Verkäufe unter Einstandspreis blieben – in engen Grenzen – weiterhin zulässig. Das Wirtschaftsministerium sieht es allerdings als erforderlich an, für solche Fälle eine Kennzeichnungspflicht einzuführen.

Nach Auffassung des Ministeriums ist der Lebensmittelhandel durch einen besonders hohen Wettbewerbsdruck gekennzeichnet. Deshalb werde das verschärfte Verbot von Untereinstandspreiskäufen auf den Handel mit Lebensmitteln beschränkt. Für eine Ausdehnung auf andere Bereiche bestehe keine Veranlassung, da sich die bestehende Regelung insoweit bewährt habe.

2.2 *Stellungnahme der Monopolkommission*

56. Die Monopolkommission spricht sich gegen die geplante Verschärfung des Verbots von Untereinstandspreisen im Lebensmittelsektor aus. Sie hat die Regelung des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB bereits in der Vergangenheit kritisch beurteilt und in ihrem Sechzehnten Hauptgutachten die Abschaffung der Vorschrift gefordert.²⁴ Das Per-se-Verbot von Angeboten unter Einstandspreis sowie die Ausweitung dieses Verbots sind nach Ansicht der Monopolkommission ordnungspolitisch problematisch. Vor diesem Hintergrund sind auch die geplanten Ausnahmetatbestände zu eng gefasst. Zudem wird das mit der Gesetzesänderung verfolgte Ziel, kleine und mittlere Betriebe im Lebensmitteleinzelhandel vor Preiswettbewerb zu schützen, ebenso wenig erreicht wie die Sicherstellung eines höheren Qualitätsstandards bei Lebensmitteln. Die vorgeschlagene Modifizierung des Gesetzes führt darüber hinaus zu weiterer Rechtsunklarheit und Rechtsunsicherheit. Schließlich entstehen Mehrkosten, ohne dass ihnen ein volkswirtschaftlicher Nutzen gegenübersteht.

2.2.1 *Untereinstandspreise als Marketinginstrument*

57. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte das Verbot des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB nicht ausgedehnt werden, da es die betroffenen Unternehmen bei ihrer Preisgestaltung schon jetzt unverhältnismäßig einschränkt. Die Beeinträchtigung der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit würde durch die erweiterte Regelung noch verstärkt. Bei Verkäufen unter Einstandspreis handelt es sich in aller Regel nicht um eine mit Verdrängungsabsicht verbundene Verhaltensweise. Vielmehr sind Verkäufe unter Einstandspreis im Handel vor allem eine spezifische Form der Werbung gegenüber dem Endverbraucher. Das Angebot im Lebensmitteleinzelhandel richtet sich typischerweise auf die verbundene Nachfrage der Verbraucher nach mehreren Produkten. Die Verbraucher bevorzugen ein „One-stop-shopping“, mit anderen Worten, sie wollen ihren Einkauf in der Regel in bestimmten Einzelhandelsgeschäften bündeln. Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels versuchen daher, Kunden mit niedrigen Preisen für einzelne Produkte in ihre Betriebe zu ziehen. Dort werden die meisten Verbraucher auch andere Produkte kaufen. Durch die Mischkalkulation der Handelsunternehmen lassen sich Verluste bei den unter Einstandspreis verkauften Produkten ausgleichen, so dass insgesamt ein positives Ergebnis erzielt wird. Diese Strategie steht prinzipiell jedem – auch einem mittelständischen – Einzelhändler offen. Aus Sicht der Unternehmen ist die Werbung mit Untereinstandspreisen besonders effizient, da sie Kunden anzieht und nur dann Geld kostet, wenn diese tatsächlich Einkäufe tätigen. Aus Sicht der Endverbraucher ist diese Strategie besonders vorteilhaft, weil sie zu niedrigen Preisen einkaufen können. Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht ist diese Art der Werbung vergleichsweise effizient, weil damit im Gegensatz zu anderen Formen der Werbung kein Verzehr von Ressourcen verbunden ist.

2.2.2 *Keine Vorteile für die Verbraucher*

58. Die gegenteilige Ansicht, wonach der Verbraucher jedenfalls langfristig von dem Verbot des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB profitiere, überzeugt nicht. Sie beruht auf der Vermutung, dass nach der erfolgten Verdrängung des mittelständischen Lebensmitteleinzelhandels eine relativ kleine Anzahl verbleibender Großunternehmen dauerhaft marktmachtbedingte Preiserhöhungsspielräume hätte. Diese These ist nicht haltbar. Zum einen bestehen Preissetzungsspielräume nur dann, wenn die Wirksamkeit potentiellen Wettbewerbs eingeschränkt ist. Dies wiederum setzt voraus, dass es auf einem Markt erhebliche Marktzutrittsbarrieren gibt. Zwar sind für den Lebensmitteleinzelhandel hauptsächlich größenbedingte Kosten- und Verbundvorteile anzunehmen. Diese Hindernisse können aber von großen Unternehmen (z. B. aus dem Ausland) überwunden werden.

²⁴ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 424 ff.

59. Zum anderen findet der Preiswettbewerb im Lebensmitteleinzelhandel primär zwischen den großen Unternehmen aus der Spitzengruppe statt. Insoweit sei auf den intensiven aktuellen Wettbewerb in der Oligopolspitze und auf die geringen Renditen im Lebensmitteleinzelhandel hingewiesen. Ein weiteres Anzeichen für lebhaften Wettbewerb bildet die zunehmende Substitution zwischen Vollsortimentern und Discountern, wie sie das Bundeskartellamt erst jüngst im Rahmen des Zusammenschlusses von Edeka und Spar festgestellt hat.²⁵ Dass in der Branche erheblicher Wettbewerbsdruck herrscht, wird auch in der Gesetzesbegründung bestätigt. Selbst wenn eine Verdrängung mittelständischer Anbieter durch den Einsatz von Untereinstandspreisen gelänge, ist demnach nicht zu erwarten, dass diese Veränderung der Marktstruktur einen Preiserhöhungsspielraum schaffen würde, aufgrund dessen die zuvor in Kauf genommenen Verluste wieder aufgeholt werden könnten. Eine Verdrängungsstrategie stellt deshalb aus Sicht der großen Handelsunternehmen keine gewinnbringende Verhaltensweise dar.

60. Vor diesem Hintergrund ist die Ausdehnung des gesetzlichen Tatbestands selbst auf nur gelegentliche Untereinstandspreisangebote nicht zu rechtfertigen. Bei sporadischen Werbeaktionen mit Untereinstandspreisen besteht in aller Regel keine Gefahr für den Wettbewerb. Davon ging auch der Gesetzgeber bei Einführung des Verbots im Rahmen der Sechsten GWB-Novelle aus. In der Gesetzesbegründung stellte er fest, dass mit nur gelegentlichen Untereinstandspreisangeboten keine anhaltenden wettbewerblichen Auswirkungen verbunden seien.²⁶ Die Gefahr einer Umgehung des Tatbestandsmerkmals „nicht nur gelegentlich“ ist ebenfalls nicht realistisch. Das Bundeskartellamt entscheidet im Einzelfall, welche Verhaltensweisen als kurzfristig oder dauerhaft einzustufen sind. Im Lebensmitteleinzelhandel sind Untereinstandspreise nach gängiger Entscheidungspraxis des Amtes schon dann nicht mehr „gelegentlich“ im Sinne des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB, wenn sie wechselnde Produkte an bestimmten Tagen in drei aufeinander folgenden Wochen betreffen. Diese Auslegung des Verbots von Untereinstandsangeboten ist ausreichend, um sämtliche Verdrängungsstrategien zu erfassen. Dieselbe Meinung vertrat die Bundesregierung noch in ihrer Protokollerklärung zur Siebten GWB-Novelle 2005, in der sie auf der Grundlage der behördlichen Anwendungsgrundsätze die Notwendigkeit einer Gesetzesänderung ausdrücklich verneinte.

2.2.3 *Zu enger Ausnahmenkatalog*

61. Als zu eng erweist sich darüber hinaus der geplante Ausnahmenkatalog in § 20 Abs. 4 Satz 3 des Gesetzentwurfs. Hiernach sind Untereinstandspreise bei Lebensmitteln (nur) sachlich gerechtfertigt, wenn diese kurz vor dem Verderb stehen oder es sich um Saisonartikel handelt. Unschwer lassen sich jedoch noch weitere Situationen vorstellen, in denen sich ein Angebot zum Untereinstandspreis aus wettbewerbsspolitischer Sicht positiv auswirken kann. Zu nennen sind etwa die Fälle einer Geschäftseröffnung, der Neueinführung von Produkten oder der Änderung von Gesetzen, die z. B. eine neue Etikettierung oder andere Verpackungsgrößen erforderlich macht. Im Handel kann auch aus vielfältigen Gründen ein Bedürfnis für Lagerräumung entstehen. Dem hat der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass die frühere enge Begrenzung von Sonderveranstaltungen im Recht des unlauteren Wettbewerbs abgeschafft wurde. Bei Sonderveranstaltungen kommt es sehr oft zu Verkäufen unter Einstandspreis. Dass deren Zulässigkeit im Lebensmittelbereich nun kategorisch ausgeschlossen wird, stellt den Entwurf in inneren Widerspruch zu der Liberalisierung des Unlauterkeitsrechts, die erst vor wenigen Jahren (2004) beschlossen wurde. Nach Auffassung der Monopolkommission ist es unerlässlich, dass die Wettbewerbsbehörden auch künftig im Einzelfall prüfen können, ob ein Untereinstandspreis aus den genannten oder ähnlichen Gründen sachlich gerechtfertigt ist.

²⁵ BKartA, Beschluss vom 25. August 2005, B9-27/05.

²⁶ Begründung zum Regierungsentwurf der Sechsten GWB-Novelle, BT-Drs. 13/9720 vom 29. Januar 1998, S. 38.

62. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die Nachfrage nach verschiedenen Produkten in einem Supermarkt eng miteinander verbunden ist. Steigt beispielsweise der Preis für das Produkt X in einem Supermarkt, wird ein Teil der Verbraucher zu einem anderen Supermarkt wechseln und dort nicht nur das Produkt X, sondern noch eine Reihe weiterer Produkte erwerben. Macht der Supermarkt hingegen ein besonders günstiges Angebot für X, wird nicht nur die Nachfrage nach diesem Produkt, sondern auch nach anderen Waren steigen. Aufgrund dieser Zusammenhänge bei der Nachfrage nach verschiedenen Produkten kann eine „Quersubventionierung“ auch ohne jede Verdrängungsabsicht oder -wirkung sinnvoll sein. Eine individuelle Bewertung von Preisen ist daher aus ökonomischer Sicht nicht zielführend. Zu fragen wäre vielmehr, ob der „durchschnittliche“ Kunde bzw. die Gesamtheit aller Kunden eines marktmächtigen Unternehmens verlustfrei bedient wird, wenn das gesamte Bündel bezogener Produkte betrachtet wird.

2.2.4 Kein Schutz kleinerer Unternehmen vor Preiswettbewerb

63. Ziel der Wettbewerbspolitik ist üblicherweise nicht der explizite Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen, sondern die Sicherung wettbewerblicher Prozesse, von denen man sich effiziente Marktergebnisse verspricht. Somit steht das Ziel, kleine und mittlere Unternehmen vor Preiswettbewerb zu schützen, im Widerspruch zu den übergeordneten Zielen der Wettbewerbspolitik. Darüber hinaus ist das Verbot von Verkäufen unter Einstandspreis – auch in der geplanten erweiterten Form – ohnehin wirkungslos im Hinblick auf das Ziel, kleine und mittlere Unternehmen vor Preiswettbewerb durch Großunternehmen zu schützen. Die filialisierten Großunternehmen des Handels erhalten allein aufgrund ihres Einkaufsvolumens in aller Regel günstigere Einkaufskonditionen als ihre kleineren Konkurrenten und besitzen somit im Preiswettbewerb ohnehin Vorteile gegenüber mittelständischen Einzelhändlern. Sie sind in der Lage, ihre Waren selbst dann günstiger anzubieten, wenn sie den Verkaufspreis auf dem Niveau des Einstandspreises oder zu einem nur wenig darüber liegenden Preis festlegen. Auch bei einer derartigen – erlaubten – Preisgestaltung werden kleine und mittelständische Unternehmen den Preiswettbewerb nicht für sich entscheiden können. Das Verbot von Untereinstandspreisen – auch in der verschärften Form – ändert an diesen Preissetzungsmöglichkeiten nichts. Kleine und mittlere Einzelhandelsunternehmen setzen im Wettbewerb mit Großvertriebsformen weniger auf den Preis als auf andere Wettbewerbsparameter, etwa auf ein spezielles Sortiment, besondere Qualität oder fachkundige und persönliche Beratung. Verkäufe unter Einstandspreis sind ein Wettbewerbsinstrument, mit dem vor allem die Großunternehmen und Discounter untereinander konkurrieren. Mit dem – erweiterten – Verbot von Untereinstandspreisverkäufen wird deshalb gerade der Preiswettbewerb zwischen den marktstarken Handelsunternehmen und Discountern reduziert. Dies geht – in Form von höheren Preisen – vor allem zu Lasten der Verbraucher.

Festzuhalten ist also: (1) Das untergeordnete Ziel, kleine und mittlere Unternehmen explizit vor Leistungswettbewerb zu schützen, ist nicht konsistent mit den übergeordneten Zielen der Wettbewerbspolitik. (2) Allerdings wird dieses untergeordnete Ziel durch den Gesetzentwurf auch nicht erreicht, es entstehen lediglich zusätzliche Kosten auf Seiten der Unternehmen und der Kartellbehörden.

2.2.5 Kein Beitrag zur Qualitätssicherung

64. Die Verschärfung des Verbots von Untereinstandspreisen kann ferner nichts zur Qualitätssicherung im Lebensmitteleinzelhandel beitragen. Sie bietet erst recht keinen Schutz gegen kriminelle Aktivitäten einzelner Marktteilnehmer, wie sie etwa beim so genannten Gammelfleischskandal auftraten. Zum einen kann mit einer tendenziellen Preiserhöhung bei Lebensmitteln nicht sichergestellt werden, dass in Zukunft qualitativ hochwertigere Waren angeboten werden. Denn die Einzelhan-

delsunternehmen sind nicht verpflichtet, höhere Verkaufspreise in einen höheren Qualitätsstandard umzusetzen. Vielmehr könnten sie höhere Preise auch dazu nutzen, bei gleichbleibender Lebensmittelqualität höhere Renditen zu erwirtschaften.

65. Zum anderen gehen die Lebensmittelskandale der jüngeren Vergangenheit in erster Linie auf die kriminelle Energie einiger Marktteilnehmer zurück, die alte oder bereits verdorbene Waren neu etikettieren und als frische Ware zum Verkauf anbieten. Derartige Verhaltensweisen sind bereits nach gegenwärtig geltendem Lebensmittelrecht verboten. Das Instrumentarium des GWB ist hingegen völlig ungeeignet, solche kriminellen Aktivitäten zu bekämpfen. Das geschilderte Vorgehen einzelner Marktteilnehmer hat auch nichts mit dem Angebot von Lebensmitteln zu Untereinstandspreisen zu tun. Die betroffenen Waren wurden laut Stellungnahme des Bundesverbandes des deutschen Groß- und Außenhandels gerade nicht zu Untereinstandspreisen abgegeben, sondern zu einem darüber liegenden Preis. Schon dies zeigt, dass das Verbot von Untereinstandspreisen kein geeignetes Mittel ist, um den Verbraucher künftig vor dem Kauf von verdorbenen Waren zu schützen.

Ein – erweitertes – Verbot von Untereinstandspreisverkäufen bei Lebensmitteln könnte – im Gegenteil – 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. Auch das vom Gesetzentwurf vorgesehene Gebot, vom Verderb bedrohte Ware entsprechend auszuzeichnen, erweist sich insoweit nicht als zielführend. So bestanden die in jüngster Zeit aufgedeckten rechtswidrigen Aktivitäten gerade auch in einer Verletzung bereits geltender Etikettierungspflichten. Abhilfe gegen den Handel mit verdorbenen Lebensmitteln kann vor allem von einer verbesserten Lebensmittelüberwachung erwartet werden. In erster Linie ist daran zu denken, strengere Strafen für Zuwiderhandlungen festzulegen und vermehrt Lebensmittelkontrollen durchzuführen. Daneben könnten sich Kampagnen zur Information und Aufklärung der Verbraucher als Erfolg versprechend erweisen.

2.2.6 Anwendungsprobleme

66. Die Vorschrift des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB hat sich in der Vergangenheit als wenig praktikabel erwiesen. Die geplante Verschärfung des Gesetzes trägt nicht zu einer besseren Durchsetzbarkeit der Norm bei. Erhebliche Anwendungsprobleme ergaben sich in der Vergangenheit vor allem aus der Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe im Tatbestand des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB. Zwar konnten einige dieser Probleme durch die zwischenzeitlich ergangenen Anwendungsgrundsätze des Bundeskartellamts und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gemildert werden. Massive Schwierigkeiten verbleiben indes nach wie vor bei der Feststellung des korrekten Einstandspreises im Einzelfall. Die Einkaufskonditionen im Lebensmitteleinzelhandel gehören zu den am besten gehüteten Geschäftsgeheimnissen in der Branche. Es existiert eine Vielzahl von Einzelvereinbarungen, Rabatten, Zuschüssen und Rückvergütungen, deren zweifelsfreie Zuordnung selbst bei größtem Ermittlungsaufwand nicht immer möglich ist. Praktisch ausgeschlossen ist die zutreffende Ermittlung des Einstandspreises auch dort, wo der Lieferant zusätzlich unbepreiste Dienstleistungen wie z. B. die Pflege der Händlerregale übernimmt.

67. Zudem ist die Regelung in § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB nicht explizit auf den Einzelhandel beschränkt. Das Gesetz ist vielmehr prinzipiell auch auf Untereinstandspreisverkäufe durch den Großhandel anwendbar. In diesem Zusammenhang kann es zu erheblichen Zuordnungsschwierigkeiten kommen, wenn Unternehmen neben der Großhandelsfunktion noch weitere Leistungen, z. B. im Bereich der Weiterverarbeitung, übernehmen. Hier ist beispielsweise an die vom Großhandel vorgenommene Abfüllung von Waren in handelsüblichen Mengen, die Neu- oder Umverpackung sowie das Zusammensetzen von erworbenen Einzelteilen zu denken. In diesen Fällen kann die Ermittlung des Einstandspreises kaum gelingen.

68. Die genannten Schwierigkeiten manifestieren sich in der relativ geringen Anzahl von Verfahren nach § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB, die mit einer Entscheidung abgeschlossen worden sind. In den Jahren 1999 bis 2004 hat das Bundeskartellamt nur vier Untersagungs- bzw. Bußgeldverfügungen erlassen.²⁷ In demselben Zeitraum haben die Landeskartellbehörden lediglich ein Verfahren mit Bußgeldbescheid beendet.²⁸ Auf Bundesebene kam es daneben in zwei Fällen zu Einstellungen, weil die betroffenen Unternehmen das beanstandete Verhalten freiwillig aufgaben. Die Mehrzahl der Verfahren wurde allerdings ergebnislos eingestellt. Gründe hierfür waren entweder die mangelnde Feststellbarkeit des Einstandspreises oder der Umstand, dass der Verkaufspreis gerade auf dem Niveau des Einstandspreises oder leicht darüber lag.

2.2.7 Rechtsunsicherheiten

69. Mit der geplanten Änderung des Gesetzes werden die damit verbundenen Rechtsunsicherheiten noch erhöht, der Bürokratieaufwand für die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels steigt. Unklar bleibt zunächst die Reichweite des geplanten Ausnahmenkatalogs in § 20 Abs. 4 Satz 3 GWB-E. Hiernach sind Untereinstandspreise bei Lebensmitteln sachlich gerechtfertigt, wenn diese kurz vor dem Verderb stehen oder es sich um Saisonartikel handelt. Es geht jedoch aus dem Gesetzestext nicht eindeutig hervor, ob der Ausnahmenkatalog abschließenden Charakter haben soll oder lediglich Regelbeispiele enthält. Eine abschließende Regelung lehnt die Monopolkommission als zu restriktiv ab. Wie oben ausgeführt, gibt es eine Vielzahl von weiteren Situationen, in denen Angebote zum Untereinstandspreis aus wettbewerbspolitischer Sicht positive Auswirkungen haben können. Sofern es sich bei den genannten Fallkonstellationen lediglich um Regelbeispiele handeln soll, erscheint eine solche Aufzählung überflüssig. Untereinstandspreisverkäufe von Waren, die kurz vor dem Verderb stehen oder aus saisonalen Gründen unverkäuflich zu werden drohen, werden nach gängiger Entscheidungspraxis bereits aufgrund der geltenden Gesetzesfassung als sachlich gerechtfertigt angesehen.

Vage bleibt darüber hinaus die Formulierung des § 20 Abs. 4 Satz 3 GWB-E, mit der eine Kennzeichnungspflicht der Unternehmen bei kurz vor dem Verderb stehenden Waren und Saisonartikeln eingeführt wird. Weder der Gesetzentwurf noch die Begründung sagen etwas darüber aus, wie Form und Inhalt dieser Kennzeichnungspflicht im Einzelnen ausgestaltet sein sollen. Wie bereits oben ausgeführt, kann die Einführung einer solchen gesetzlichen Kennzeichnungspflicht auch nichts zum Kampf gegen unerlaubt in den Handel gebrachte, verdorbene Ware beitragen.

70. Der Ausnahmenkatalog des § 20 Abs. 4 Satz 3 GWB-E führt außerdem zu zusätzlichem und unnötigem Bürokratieaufwand für die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels. Eine Kennzeichnungspflicht für unmittelbar vor dem Verderb stehende Waren und Saisonartikel erlegt den betroffenen Unternehmen zusätzliche Etikettierungspflichten auf. Bei Letzteren erscheint diese – etwa bei speziell für Ostern oder Weihnachten produzierten Lebensmitteln – nicht sinnvoll, da der Ablauf der jeweiligen Saison für den Verbraucher ohnedies klar ist. Eine spezielle Kennzeichnungspflicht für kurz vor dem Verderb stehende Waren ist ebenfalls kritisch zu sehen. Soll diese Norm dem Verbraucherschutz dienen, dürfte die Etikettierungspflicht nicht auf Waren, die zum Untereinstandspreis angeboten werden, beschränkt werden. Im Übrigen erscheint eine solche Verpflichtung nicht sachgerecht. Dass der Händler in der Auszeichnung auf den drohenden Verderb der Ware hinweist, kann kaum gefordert werden; dadurch würde die Ware wohl weitgehend unverkäuflich, so dass sich für den Händler nicht einmal mehr die Auszeichnung lohnt.

27 Vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsberichte 1999/2000, BT-Drs. 14/6300 vom 22. Juni 2001, S. 222; 2001/2002, BT-Drs. 15/1226 vom 27. Juni 2003, S. 274; 2003/2004, BT-Drs. 15/5790 vom 22. Juni 2005, S. 34, 230.

28 Vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2001/2002, a. a. O., S. 275.

2.2.8 Kein volkswirtschaftlicher Nutzen

71. Die geplante Regelung erhöht den Verwaltungsaufwand erheblich, ohne dass dem ein entsprechender volkswirtschaftlicher Nutzen gegenüberstehen würde. Wie bereits dargestellt, ist der praktische Vollzug des Verbots von Untereinstandspreisen mit einem bedeutenden Ermittlungsaufwand verbunden. Eine Ausdehnung des Verbots auf jeden einzelnen Fall ohne Einschränkung auf länger andauernde Verkaufspraktiken wird den Personalbedarf bei Bundes- und Landeskartellbehörden deutlich erhöhen. Zusätzlich hinzu kommt die behördliche Prüfung von Kennzeichnungspflichten, die dem Handel mit § 20 Abs. 4 Satz 3 GWB-E auferlegt werden. Der Referentenentwurf selbst geht von einer Mehrbelastung und entsprechend höheren Personalkosten aus, die allein beim Bundeskartellamt für insgesamt 13 weitere Stellen anfallen werden. Auf Landesebene ist ein Vollzug des erweiterten gesetzlichen Verbots ohne Erhöhung des Personalstands ebenfalls nicht denkbar. Angesichts der wettbewerbspolitischen Fragwürdigkeit des Verbots von Untereinstandspreisverkäufen und der geringen Erfolgsaussichten behördlicher Verfahren sollten die knappen öffentlichen Ressourcen der Bekämpfung drängenderer wettbewerbspolitischer Probleme gewidmet werden.

72. Abschließend bekräftigt die Monopolkommission ihre Empfehlung, das Verbot von Untereinstandspreisangeboten in § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB abzuschaffen. Ihrer Ansicht nach bedürfen kleine und mittlere Unternehmen keines spezifischen Schutzes im Wettbewerbsrecht. Sie werden angemessen und ausreichend geschützt, wenn der Wettbewerb als solcher geschützt wird. Dann bleiben sie in der Lage, ihre komparativen Vorteile auszuspielen, die sich im Wesentlichen aus ihrer hohen Flexibilität und ihrer spezifischen Führungskultur ergeben. Für eine richtig verstandene Mittelstandspolitik ergibt sich daraus die Konsequenz, vor allem solche Regulierungen abzubauen, die die unternehmerische Flexibilität im Lebensmitteleinzelhandel beeinträchtigen. Dies betrifft nach der Liberalisierung des Ladenschlussgesetzes weiterhin insbesondere Regelungen des Baurechts sowie des Handwerks- und Gaststättenrechts.

3. § 20 Abs. 3 GWB-E Auffordern oder Veranlassen zur Gewährung von Vorteilen

3.1 Überblick

73. Nach § 20 Abs. 3 GWB dürfen marktbeherrschende Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB ihre Marktstellung nicht dazu ausnutzen, andere Unternehmen im Geschäftsverkehr dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihnen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren. Dasselbe gilt für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 GWB, so genannte marktstarke Unternehmen, im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen, die nach der genannten Bestimmung kleine oder mittlere Unternehmen sein müssen.

Die Vorschrift des § 20 Abs. 3 GWB erfasst Fälle, in denen marktbeherrschende oder marktstarke Unternehmen ihre Stellung dazu ausnutzen, sich von ihren Lieferanten Sondervorteile bei Preisen, Rabatten oder Konditionen einräumen zu lassen. Es handelt sich um einen Fall der so genannten „passiven Diskriminierung“. Die diskriminierende Handlung wird zwar vom Lieferanten ausgeführt, der mit seinen Nachfragern unterschiedliche Konditionen vereinbart. Zuzurechnen ist sie jedoch dem Nachfrager, weil dieser den Anbieter zur Diskriminierung zwingt. Dies kann etwa durch das Verlangen eines Händlers geschehen, für die Aufnahme der Ware eines Lieferanten in das Sortiment ein „Eintrittsgeld“ oder eine „Regalmiete“ zu zahlen. Weitere Beispiele sind Forderungen nach der Bereitstellung unentgeltlicher Arbeitskräfte zur Regalpflege oder zur Zahlung so genannter „Jubiläums- oder Hochzeitsrabatte“.

3.2 Gesetzesvorschlag

74. Die vom Markenverband und dem Verbraucherzentrale Bundesverband gegenwärtig verfolgte Änderung des § 20 Abs. 3 GWB besteht darin, das Verlangen von Vorteilen auch dann zu verbieten, wenn es sich bei den betroffenen Lieferanten nicht um kleine oder mittlere, sondern um große Unternehmen handelt. Künftig maßgebend soll alleine die Abhängigkeit des Lieferanten ohne Rücksicht auf seine Größe sein. Begründet wird dieses Anliegen zum einen mit den Wettbewerbsnachteilen für kleine und mittlere Konkurrenten der großen Handelsunternehmen. Anders als Letztere seien sie nämlich nicht imstande, Vorteile im Sinne des § 20 Abs. 3 GWB von ihren Lieferanten zu fordern. Im Gegenteil, sie müssten sogar damit rechnen, dass die gegenüber großen Handelsunternehmen gewährten Vorteile bei ihnen wieder „hereingeholt“ würden. § 20 Abs. 3 GWB als Schutznorm für kleine und mittlere Handelsunternehmen laufe daher stets dann leer, wenn es sich bei den Lieferanten um große Unternehmen handle. Zum anderen würden aufgrund der derzeitigen Rechtslage die großen Lieferanten selbst schutzlos gestellt. Dies sei sachlich nicht zu rechtfertigen, denn auch große Anbieter könnten von Handelsunternehmen abhängig sein. Sie seien auch nicht in der Lage, sich besser als ihre kleineren Wettbewerber gegen sachlich ungerechtfertigte Vorteilsgewährung zu schützen.

Der Markenverband hat folgenden Formulierungsvorschlag für einen modifizierten § 20 Abs. 3 GWB vorgelegt:

„Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen ihre Marktstellung nicht dazu ausnutzen, von ihnen abhängige Unternehmen im Geschäftsverkehr dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihnen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren.“

75. Daneben fordert der Markenverband eine verfahrensrechtliche Änderung im Rahmen des § 33 GWB. Kern dieses Vorschlags ist es, den in § 33 Abs. 2 GWB genannten Verbänden einen Aus-

kunftsanspruch gegen ein Handelsunternehmen zu gewähren, wenn der konkrete Verdacht besteht, dass dieses gegen § 20 Abs. 3 GWB verstoßen hat.

Der Markenverband vertritt die Auffassung, dass die konsequente Anwendung des § 20 Abs. 3 GWB in der Praxis regelmäßig aus Beweisgründen scheitert. Die betroffenen Lieferanten schreckten aus Furcht vor Sanktionen der Handelsunternehmen vor einer Anzeige bei den Kartellbehörden zurück, weil sie damit rechnen müssten, dass während des Verfahrens ihre Namen bekannt würden. Diese so genannte Ross- und Reiter-Problematik habe sich in jüngster Zeit noch verschärft, da schriftliche Beweisstücke immer seltener vorlägen. Nach Auskunft des Markenverbandes forderten die Handelsunternehmen Vorteile im Sinne des § 20 Abs. 3 GWB in der Regel nur noch mündlich oder telefonisch, so dass als Beweismittel in erster Linie die Zeugenaussagen der betroffenen Lieferanten in Betracht kämen. Um die Benennung solcher Zeugen entbehrlich zu machen, soll das Handelsunternehmen im Rahmen eines zivilrechtlichen Erkenntnisverfahrens nach dem Vorbild des markenrechtlichen Auskunftsanspruchs (§ 19 Markengesetz) zur Mitwirkung verpflichtet werden. Es müsste dann – auf Aufforderung eines Verbandes – selbst die Herstellerunternehmen benennen, von denen es Vorteile verlangt hat, sowie die geforderten Konditionen näher bezeichnen. Mit diesem Vorschlag würde nach Auffassung des Markenverbandes auch das Anliegen der europäischen und deutschen Wettbewerbspolitik, die private Durchsetzung des Kartellrechts zu stärken und zugleich die Wettbewerbsbehörden zu entlasten, unterstützt.

76. Der Markenverband schlägt folgende Ergänzung des § 33 GWB vor:

(1-5) wie bisher

(6) Besteht Grund zu der Annahme, dass ein Unternehmen oder eine Vereinigung von Unternehmen gegen § 20 Abs. 3 verstoßen wird oder verstoßen hat, kann ein Verband im Sinne des Absatzes 2 Auskunft darüber verlangen, ob und welche Forderungen auf Gewährung von Vorteilen gegenüber welchen Unternehmen gestellt wurden und ob diese Forderungen ganz oder teilweise erfüllt wurden. Ein solcher Grund besteht insbesondere dann, wenn eine zur Berufsverschwiegenheit verpflichtete Person durch Versicherung an Eides Statt oder eine Behörde durch dienstliche Erklärung Tatsachen vortragen, die einen Verstoß als nahe liegend erscheinen lassen. Eine Auskunftspflicht besteht dann nicht, wenn der Auskunftspflichtige dadurch einen unverhältnismäßigen Nachteil erleiden würde.

(7) Ist eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu besorgen, kann die Verpflichtung zur Auskunft im Wege der einstweiligen Verfügung nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung angeordnet werden.

(8) Die Auskunft darf in einem Strafverfahren oder in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten wegen einer vor der Erteilung der Auskunft begangenen Tat gegen den zur Auskunft Verpflichteten oder gegen einen in § 52 Abs. 1 Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen nur mit Zustimmung des zur Auskunft Verpflichteten verwertet werden.

(9) Weitergehende Ansprüche auf Auskunft bleiben unberührt.

3.3 Stellungnahme der Monopolkommission zu § 20 Abs. 3 GWB-E

77. Die Monopolkommission steht der Regelung des § 20 Abs. 3 GWB kritisch gegenüber. Sie empfiehlt daher, von einer Ausdehnung ihres Anwendungsbereichs Abstand zu nehmen. Mit § 20 Abs. 3 GWB ist die Gefahr verbunden, dass der Wettbewerb auf der Nachfragerseite beschränkt und bestehende Vertriebsstrukturen verfestigt werden. Daneben lassen die komplexen Zusammenhänge zwischen verschiedenen Produkten und ihren Preisen im Handel erhebliche Zweifel an der praktischen Umsetzbarkeit der Norm aufkommen. Die vorgeschlagene Gesetzesänderung verringert

diese Schwierigkeiten nicht. Des Weiteren steht dem erheblichen Aufwand bei der Anwendung der Vorschrift lediglich ein geringer Nutzen gegenüber. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Vorschrift schließlich weder in ihrer derzeitigen noch in der vom Markenverband vorgeschlagenen Form geeignet, die mit ihr verfolgten Ziele zu erreichen.

3.3.1 Keine Nachfragemacht

78. Die Wettbewerbsbeziehungen zwischen den produzierenden Herstellerunternehmen und den nachfragenden Handelsunternehmen und -kooperationen sind durch Leistungsaustausch und gegenseitige Abhängigkeiten gekennzeichnet. Im Rahmen dieser Beziehungen existieren verschiedene und, bezogen auf die einzelnen Austauschverhältnisse, individuelle Machtkonstellationen. Diese können auf der einen Seite dazu führen, dass Herstellerunternehmen gegenüber nachfragestarken Handelsunternehmen besondere Preisnachlässe gewähren oder Eintrittspreise für die Aufnahme von Produkten in ein Sortiment zahlen müssen. Auf der anderen Seite können sich Handelsunternehmen gezwungen sehen, Konditionsvereinbarungen zu treffen, die ihnen von marktstarken Herstellerunternehmen diktiert wurden. Andernfalls würden die Handelsunternehmen das Risiko eingehen, mit bestimmten, für den Umsatz wichtigen Produkten nicht mehr beliefert zu werden. Je nach der individuellen Stellung eines Unternehmens auf dem Beschaffungsmarkt, ist seine Verhandlungsposition gegenüber der Marktgegenseite stärker oder schwächer.

79. Nach Ansicht der Monopolkommission ist mit diesen Verhandlungsspielräumen jedoch Nachfrage- oder Angebotsmacht in aller Regel nicht verbunden. Nachfragemacht setzt einen durch Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum von Nachfragern gegenüber anbietenden Unternehmen voraus. Ein solcher Verhaltensspielraum kann nur bestehen, wenn den Herstellerunternehmen keine adäquaten Ausweichmöglichkeiten für den Absatz ihrer Produkte zur Verfügung stehen und auf der Seite der Nachfrager kein hinreichender Wettbewerb herrscht. Beide Bedingungen liegen auf den Beschaffungsmärkten des Handels nicht vor. Zum einen ist davon auszugehen, dass Absatzalternativen im Handel vorhanden sind. Möglich ist daneben grundsätzlich der Aufbau eigener Vertriebsstrukturen. Zum anderen herrscht nach Ansicht der Monopolkommission auf den Beschaffungsmärkten des deutschen Einzelhandels intensiver Nachfragerwettbewerb. Hinweise für abgestimmte Verhaltensweisen einiger weniger Nachfrager liegen nicht vor. Dagegen spricht auch die hohe Wettbewerbsintensität auf den Angebotsmärkten des Handels. Diese wirkt sich wiederum auf die Beschaffungsmärkte insoweit aus, als die Handelsunternehmen dort im Wettbewerb um die günstigsten Einkaufskonditionen stehen.

80. Die Monopolkommission sieht nach derzeitigem Kenntnisstand auch keine Gefahr für eine Vermachtung auf der Handelsebene, die erst die Voraussetzung für eine auf Nachfragemacht beruhende missbräuchliche Gestaltung der Konditionen schaffen würde. Nach ihrer Einschätzung, die auch in der Begründung des vorliegenden Referentenentwurfs bestätigt wird, findet im Lebensmitteleinzelhandel nach wie vor intensiver Wettbewerb statt.²⁹ Er spiegelt sich in den relativ geringen Margen im Lebensmitteleinzelhandel wider, die im Übrigen deutlich niedriger als die Margen bei der Produktion entsprechender Markenartikel sind. Ein weiteres Zeichen intensiven aktuellen Wettbewerbs stellt die zunehmende Substitution zwischen Vollsortimentern und Discountern dar, die in dem Zusammenschlussverfahren von Edeka und Spar ermittelt wurde.³⁰ Zusätzlich sind auch die Voraussetzungen für wirksamen potentiellen Wettbewerb erfüllt, weil die Eintrittsbarrieren auf der Handelsebene Marktzutritte nicht verhindern.

²⁹ Begründung zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels, A. 1 b).

³⁰ BKartA, Beschluss vom 25. August 2005, B9-27/05.

81. Die Monopolkommission gibt schließlich zu bedenken, dass Nachfragemacht nur in der Form ausgeübt werden kann, dass das Handelsunternehmen einem Hersteller mit der Beendigung der Geschäftsbeziehungen droht. Eine Auslistungsankündigung ist jedoch nur dann glaubhaft, wenn dem Handelsunternehmen alternative Bezugsquellen zu gleichen oder besseren Konditionen zur Verfügung stehen. Existieren solche günstigeren Bezugsalternativen, wäre das Ausscheiden eines weniger effizienten Lieferanten ein wettbewerblicher Vorgang. Kein Handelsunternehmen kann längerfristig überhöhte Einkaufspreise zahlen. Dies würde sich letztlich auch zu Lasten der Endverbraucher in höheren Preisen ausdrücken.

3.3.2 Beschränkung des Wettbewerbs auf der Nachfragerseite

82. Die Regelung des § 20 Abs. 3 GWB führt – ebenso wie § 20 Abs. 4 GWB – zu einem Eingriff in den Preissetzungsspielraum auf Seiten der marktstarken Handelsunternehmen. Dieser wird durch die vorgeschlagene Einbeziehung von Großunternehmen in den Anwendungsbereich der Vorschrift noch verstärkt. Während der Handel durch das Verbot von Untereinstandsangeboten in seiner Preisgestaltung gegenüber dem Endverbraucher beschränkt wird, setzt § 20 Abs. 3 GWB bei den Einkaufspreisen der Handelsunternehmen an. Die Gestaltung von Preisen und Konditionen, zu denen der Handel seine Waren bei den Produzenten bezieht, ist ein wichtiger Parameter im Wettbewerb der Handelsunternehmen untereinander. Durch behördliche Eingriffe in die Konditionengestaltung wird vor allem der Wettbewerb zwischen den großen Handelsunternehmen reduziert, der besonders stark ausgeprägt ist. Negative Auswirkungen in Form höherer Preise sind auch auf Seiten der Verbraucher zu befürchten. Preisvorteile beim Warenbezug, die in der Regel an die Konsumenten weitergegeben werden und zu niedrigeren Endverbraucherpreisen führen, können vom Handel nur noch in begrenztem Ausmaß erzielt werden.

3.3.3 Verkrustung von Vertriebsstrukturen

83. Nicht auszuschließen ist ferner, dass die Regelung des § 20 Abs. 3 GWB die Verfestigung von bestehenden Vertriebsstrukturen begünstigt. § 20 Abs. 3 GWB verschafft abhängigen Anbietern die Möglichkeit, einzelne Vertragskonditionen durch die Wettbewerbsbehörden auf ihre Missbräuchlichkeit überprüfen zu lassen. Es besteht daher die Gefahr, dass sich Anbieter im Einzelfall eher auf einen Eingriff der Wettbewerbsbehörden verlassen als selbst alle Anstrengungen zu unternehmen, ihre Vertriebspolitik zu differenzieren und dadurch Abhängigkeitsverhältnisse von vornherein zu vermeiden. Die Vorschrift dürfte außerdem die Anreize der Anbieter reduzieren, innovative Vertriebswege zu entwickeln und zu realisieren.

3.3.4 Wirkungen von Konditionendifferenzierungen, insbesondere: Indirekte Netzeffekte im Handel – der Handel als Plattform

84. Gemäß § 20 Abs. 3 GWB ist das Auffordern oder Veranlassen zur Gewährung von Vorteilen nur dann untersagt, wenn es nicht sachlich gerechtfertigt werden kann. Eine sachliche Rechtfertigung liegt stets dann vor, wenn Preis- und Konditionendifferenzierungen leistungsbezogen sind. Davon ist beispielsweise auszugehen, wenn sie ihren Grund in der Menge der abgenommenen Waren haben, da die Kosten der Hersteller mit wachsenden Bestellmengen sinken. Auch Funktionsrabatte bilden ein Entgelt für eine besondere Marktleistung, nämlich die Übernahme spezieller Distributionsfunktionen für das rabattgewährende Unternehmen. Auf Seiten der Herstellerunternehmen bilden günstige Konditionenangebote einen wesentlichen Bestandteil ihrer Marketingaktivitäten. So werden Listungsgebühren beispielsweise von markteintretenden Herstellern oder im Zusammenhang mit der Einführung von Produktinnovationen an den Handel gezahlt. Dies wird von der Handelsseite mit den übernommenen Vermarktungsrisiken, die bei der Aufnahme neuer Produkte in das

Sortiment eines Handelsunternehmens besonders hoch sind, gerechtfertigt. Insbesondere im Lebensmittelhandel treten daneben indirekte Netzeffekte auf, die Preis- und Konditionenspreizungen rechtfertigen können.

85. Sowohl im Einzel- als auch im Großhandel sind Kunden typischerweise an einer möglichst großen Auswahl unterschiedlicher Produkte und Marken interessiert. Die Entscheidung für oder gegen den Besuch eines bestimmten Supermarktes oder Einzelhandelsgeschäftes hängt somit bei vielen Kunden nicht allein von den Preisen ab, sondern auch von der Breite und Tiefe des Sortiments. Demnach nimmt die Attraktivität eines Supermarktes – *ceteris paribus* – mit der Vielfalt an Produkten im Sortiment zu.

Durch die Vorliebe vieler Verbraucher für das so genannte „One-stop-shopping“, also den Wunsch alles „aus einer Hand“ zu beziehen, ergeben sich zwischen eigentlich unzusammenhängenden Produkten komplexe Beziehungen. Der Wunsch nach „One-stop-shopping“ lässt sich transaktionskostenökonomisch begründen: Verbraucher sparen Zeit und Fahrtkosten, wenn sie statt vieler Märkte nur einen ansteuern müssen. Wissen die Verbraucher, dass sie ein bestimmtes, „als wichtig erachtetes“ Produkt in einem Supermarkt nicht vorfinden, werden sie auch die übrigen Produkte in diesem Markt nicht kaufen. Mithin ergeben sich zwischen den in einem Supermarkt gelisteten Produkten preisliche Externalitäten. In der ökonomischen Literatur werden diese Effekte und ihre Auswirkungen auf die Konsumenten-, Produzenten-, und Händlererwartungen auch als indirekte Netzwerkeffekte bezeichnet. Ähnliche Auswirkungen sind bereits zu erwarten, wenn der Preis eines „als wichtig erachteten“ Produktes deutlich höher ist als bei einem konkurrierenden Händler.

86. Der Supermarkt als Intermediär zwischen Produzenten und Endverbrauchern stellt eine Plattform dar, die Anbieter von Produkten und ihre Nachfrager zusammenbringt. Während für den Konsumenten die Vielfalt des Angebotes ein zentraler Entscheidungsfaktor für den Besuch eines Supermarktes ist, steigt die Attraktivität des Supermarktes aus Produzentensicht mit der Zahl seiner Besucher. Jeder zusätzliche Besucher kann aus Sicht des Herstellers ein potentieller Käufer seines Produktes sein, sofern es sich im Sortiment des Supermarktes befindet. Somit tritt neben den Konsumenten auch der Produzent als Nachfrager nach den Intermediationsleistungen des Supermarktes auf. Konkret äußert sich dies in der Nachfrage nach „Regalplätzen“. Dem Supermarktbetreiber kommt unter anderem eine Mittlerfunktion zu, indem er Regalplätze zur Präsentation von Produkten an die Produzenten „vermietet“.³¹

87. Welche Vertragskonditionen sich zwischen Produzent und Supermarktbetreiber ergeben, hängt auch davon ab, wie wichtig die Produkte aus der Sicht der Verbraucher bei ihrer Entscheidung für den einen oder anderen Supermarkt sind. Ist ein Produkt eines bestimmten Anbieters von besonderer Bedeutung, weil die Konsumenten erwarten, diesen Artikel vorzufinden, so wird dieses Produkt zu (für den Anbieter) relativ günstigen Konditionen gelistet. Andere Produkte sind aus Sicht der Verbraucher hingegen von eher sekundärer Bedeutung. Es ist ökonomisch rational, wenn die Anbieter solcher Produkte schlechtere Konditionen erhalten und z. B. höhere Regalmieten zahlen. Durch diese preisliche Differenzierung internalisiert der Betreiber eines Supermarktes oder einer Handelskette die Externalitäten, die sich bei der Zusammenstellung seines Sortiments ergeben. Die Differenzierung ist effizient, wenn sie sämtliche indirekten Einflüsse eines Produktes über die Konsumenten auf die anderen Produkte im Supermarkt berücksichtigt. Demgegenüber wäre eine Preisstruktur ineffizient, die diese Auswirkungen nicht berücksichtigt, im Extremfall sogar alle Produkte gleich behandelt.

³¹ Diese Art von Externalitäten wird auch in der Theorie der zweiseitigen Märkte („two-sided markets“) analysiert, welche ganz ähnliche Phänomene behandelt, siehe insbesondere Hagiu, Andrei (2006). Merchant or Two-sided Platform, Working Paper, Havard Business School, http://www.people.hbs.edu/ahagiu/Merchants_vs_Two_Sided_Platforms_SSRN_12062006.pdf

88. Diese Ausführungen verdeutlichen die Komplexität der Analyse, die von den Wettbewerbsbehörden im Rahmen des § 20 Abs. 3 GWB durchgeführt werden müsste. Nur eine umfassende Untersuchung der dargestellten Beziehungen würde sicherstellen, dass die Unterscheidung zwischen potentiell nachfragemachtbedingten und leistungsbezogenen Konditionendifferenzierungen sachlich zutreffend vorgenommen wird.

3.3.5 Mangelnde Praktikabilität der Norm

89. § 20 Abs. 3 GWB enthält eine ganze Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe, welche die Gesetzesauslegung und -anwendung erheblich erschweren. Dazu gehören die Begriffe kleine und mittlere Unternehmen, Abhängigkeit, Vorteile und sachliche Rechtfertigung. Unklar ist etwa schon, wie der Begriff des Vorteils zu definieren ist. Ist damit jede Verbesserung der wirtschaftlichen Lage des Nachfragers gemeint oder muss der Vorteil in Bezug zu den Konditionen gesetzt werden, die andere Nachfrager vereinbart haben? Fraglich ist auch, ob leistungsfremde Vereinbarungen ohne weiteres dem Missbrauchsverbot unterliegen. Umstritten ist schließlich, ob der Begriff eine eigenständige Bedeutung hat oder nur im Zusammenhang mit der sachlichen Rechtfertigung zu sehen ist. Probleme bereitet auch die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der sachlichen Rechtfertigung. Es wird einerseits durch eine Abwägung der Interessen der beteiligten Unternehmen definiert, andererseits sollen aber harte Verhandlungen und das individuelle Aushandeln von Lieferbedingungen nicht unterbunden werden. Schon diese Beispiele zeigen, dass die Norm eine Fülle von Abgrenzungsproblemen und Wertungsschwierigkeiten aufwirft. Durch die geplante Änderung werden die vorhandenen Rechtsunsicherheiten nur unwesentlich reduziert. Eine Einbeziehung sämtlicher abhängiger Unternehmen in den Anwendungsbereich der Norm würde zwar die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von kleinen und mittleren Unternehmen einerseits und großen Unternehmen andererseits entfallen lassen. Gravierende Unsicherheiten würden jedoch hinsichtlich der übrigen genannten Tatbestandsmerkmale verbleiben.

90. Daneben ergibt sich eine Fülle von praktischen Problemen bei der Gesetzesanwendung. Insbesondere vor dem Hintergrund der komplexen Beziehungen zwischen verschiedenen Produkten, dürfte es für die Wettbewerbsbehörden nahezu unmöglich sein, leistungsgerechte von marktmachtbedingten Konditionen abzugrenzen und den Nachweis eines Missbrauchs zu erbringen. Die Behörden müssten nicht nur die Bedeutung einzelner Produkte für das jeweilige Handelsunternehmen ermitteln, sondern diese auch in Bezug zu einer Reihe anderer Produkte und zum gesamten Preisgefüge des untersuchten Unternehmens setzen. Dies würde Ermittlungen in einem Umfang und in einer Detailtiefe erfordern, die weder vom Bundeskartellamt noch von den Landeskartellbehörden geleistet werden können. Durch die Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf große Produzenten würde sich dieser Aufwand noch erweitern, denn die Wettbewerbsbehörden müssten dann zusätzlich den Beschwerden von Großunternehmen nachgehen.

3.3.6 Geringe Entscheidungspraxis

91. Die dargestellten praktischen Probleme spiegeln sich auch in der spärlichen Entscheidungspraxis der Wettbewerbsbehörden wider. Seit 1999 hat das Bundeskartellamt nur eine einzige förmliche Verfügung nach § 20 Abs. 3 GWB erlassen. Mit dieser wurde der Metro AG untersagt, anlässlich des Erwerbs der Allkauf-Gruppe eine rückwirkende Konditionenanpassung zu verlangen.³² Laut Auskunft des Amtes sind in der Zwischenzeit eine Reihe weiterer Beschwerden eingegangen, die die Forderung nach rückwirkender Konditionenanpassung betrafen. Diese wurden nicht zum Gegenstand förmlicher Verfahren, da die betroffenen Handelsunternehmen das angegriffene Verhalten

³² BKartA, Entscheidung vom 26. Februar 1999, B9-51 1000-TV-133/98, WuW/E DE-V 94 „Metro MGE Einkaufs GmbH“.

auf Intervention des Amtes freiwillig aufgegeben haben. Festzuhalten ist, dass die Tätigkeit des Amtes sich auf Fälle beschränkt hat, in denen im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen rückwirkende Konditionenanpassungen gefordert wurden. Dies ist ein deutlicher Beleg dafür, dass die Vorschrift des § 20 Abs. 3 GWB nur einen sehr begrenzten Anwendungsbereich hat, der sich nicht nur aus den mit ihr verbundenen Umsetzungsproblemen erklären, sondern auch auf der fehlenden Existenz systematischer und ökonomisch nicht gerechtfertigter Diskriminierungstatbestände beruhen dürfte.

3.3.7 Begrenzte Reichweite der Regelung

92. Wie oben gesehen, ist der Anwendungsbereich des § 20 Abs. 3 GWB in der Praxis auf Fälle der rückwirkenden Konditionenanpassung beschränkt. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Anwendung der Norm noch in anderer Hinsicht – nämlich auf bereits laufende Lieferbeziehungen – begrenzt. Es geht darum, Handelsunternehmen daran zu hindern, nach Abschluss der üblichen Jahresverträge nachträglich eine Veränderung des Vertragsgleichgewichts zu ihren Gunsten zu erwirken. Eine Überprüfung von Konditionen bei erstmaliger Aufnahme von Vertragsbeziehungen oder bei Neuverhandlungen nach Vertragsablauf kann indes nicht auf § 20 Abs. 3 GWB gestützt werden.³³ Dies folgt aus der Überlegung, dass jegliche Vereinbarung über Konditionen auch als Preisbestandteil definiert werden kann. Ein Preis für die zu beziehende Ware steht aber vor Vertragsabschluss noch nicht fest, sondern muss erst zwischen den Parteien verhandelt werden. Diese bestimmen, welche Leistung erbracht werden soll und welche Gegenleistung angemessen ist. Es erscheint daher schon begrifflich ausgeschlossen, dass die Wettbewerbsbehörde vor Vertragsschluss das Vorliegen eines sachlich ungerechtfertigten Vorteils feststellen könnte. Eine andere Rechtsauslegung würde nicht nur einen erheblichen Eingriff in die Privatautonomie darstellen, sondern auch die Gefahr bergen, dass die Wettbewerbsbehörden zu Preissetzungsbehörden umfunktioniert werden.

93. Diese Auffassung wird im Übrigen vom Bundesgerichtshof gestützt. Das Gericht hat in der Entscheidung „Konditionenanpassung“ festgestellt, dass eine Vorzugsbedingung im Sinne von § 20 Abs. 3 GWB vorliegt, wenn ein nachfragestarkes Unternehmen seine Lieferanten nach einer Fusion zu einer rückwirkenden Konditionenanpassung zwingt, ohne dass dafür eine rechtliche Handhabe besteht.³⁴ Mit der Anknüpfung an eine rechtliche Handhabe stellt das Gericht darauf ab, dass die Forderung nach günstigeren Konditionen ohne Rechtsanspruch erfolgen muss, um als missbräuchlich beurteilt zu werden. Eine solche Argumentation macht nur im Rahmen bestehender Vertragsbeziehungen Sinn, denn vor der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen bestehen rechtliche Ansprüche in der Regel sowieso nicht.

94. Aus den dargestellten Erwägungen ergibt sich eine eng begrenzte Wirkung von § 20 Abs. 3 GWB, zumal die Regelung relativ einfach umgangen werden kann. Vor dem Hintergrund, dass § 20 Abs. 3 GWB nur im Rahmen laufender Jahresverträge zum Zuge kommen kann, könnte der Handel beispielsweise dazu übergehen, nur noch Vereinbarungen mit einer kürzeren Laufzeit zu treffen und seine nachträglichen Forderungen bei den Neuverhandlungen zu stellen. Diese würden dann nicht mehr der Kontrolle nach § 20 Abs. 3 GWB unterliegen. Zudem werden laut Auskunft des Bundeskartellamtes schon heute Jahresverträge geschlossen, die eher die Form von Rahmenvereinbarungen aufweisen, als für jeden Vertragspunkt ganz konkrete Feststellungen zu treffen. Auch insoweit scheinen Eingriffe auf der Grundlage des § 20 Abs. 3 GWB nicht als wirksam.

³³ Vgl. Köhler, H., Zur Kontrolle der Nachfragemacht nach dem neuen GWB und dem neuen UWG, in: Wettbewerb in Recht und Praxis, Jg. 52, 2006, S. 139 ff., 142.

³⁴ BGHZ 152, 97 ff., 112.

3.3.8 Hohe Anforderungen durch den Bundesgerichtshof

95. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erleichtert die praktische Handhabung des § 20 Abs. 3 GWB nicht. Im Gegenteil, das Gericht bestätigte zwar teilweise die Entscheidung des Bundeskartellamts in dem Verfahren gegen die Metro AG, es errichtete allerdings auch weitere Hindernisse für die Anwendung der Norm.³⁵ Der Bundesgerichtshof stellte einerseits fest, dass eine Vorzugsbedingung vorliegt, wenn ein nachfragestarkes Unternehmen seine Lieferanten nach einer Fusion ohne zivilrechtliche Handhabe veranlasst, sich mit einer rückwirkenden, sie schlechter stellenden Konditionenanpassung einverstanden zu erklären und entsprechende Ausgleichszahlungen zu leisten. Andererseits erklärte das Gericht jedoch, dass ein solches Verhalten möglicherweise sachlich gerechtfertigt sein kann. Es handele sich bei der Einschätzung einer rückwirkenden Konditionenanpassung also lediglich um eine Vermutung, die der Betroffene widerlegen könne. Dass das Amt dem betroffenen Handelsunternehmen hierzu keine Gelegenheit gegeben hat, sah das Gericht als schwerwiegenden Fehler der behördlichen Entscheidung an.

Als Umstände, welche die Vermutung sachlich ungerechtfertigter Vorzugsbedingungen widerlegen können, nannte das Gericht unter anderem den Wunsch des Produzenten nach einer Sicherung und Stärkung der Vertragsbeziehungen in den Folgejahren. Des Weiteren könne eine sachliche Rechtfertigung von Konditionenanpassungen daraus resultieren, dass dem Produzenten nach einer Fusion nur noch ein Abnehmer gegenüberstehe, woraus sich beispielsweise Kostenersparnisse bei Vertragsverhandlungen, Werbeaktionen oder Gewährleistungsfragen ergeben würden. Zu bedenken ist, dass die hier genannten Erwägungen bei sämtlichen Konditionenvereinbarungen im Zuge eines Zusammenschlusses eine Rolle spielen dürften. Die behördlichen Eingriffsmöglichkeiten sind also selbst im Falle rückwirkender Konditionenänderungen im Zuge von Zusammenschlüssen eng begrenzt.

Bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen von einem Abhängigkeitsverhältnis ausgegangen werden kann, stellte der Bundesgerichtshof ebenfalls hohe Anforderungen an die Wettbewerbsbehörden. Das Bundeskartellamt hatte angenommen, dass bei einem Anteil der Lieferungen eines Anbieters von mindestens 7,5 % an die Metro Abhängigkeit bestehe. Zwar hielt es das Gericht für zulässig, dass das Amt bestimmte Grenzwerte heranzieht, bei deren Überschreiten ein Abhängigkeit des Lieferanten von dem nachfragestarken Unternehmen – widerleglich – vermutet wird. Dem müsse aber eine Untersuchung der Verhältnisse auf dem konkreten Markt vorangehen, die im vorliegenden Fall unterlassen worden sei. Das Gericht wies in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hin, dass auch das Ansehen und die Bedeutung des einzelnen Anbieters und seiner Produkte zu berücksichtigen seien. Im Einzelfall könnten selbst bei einer Absatzquote von deutlich mehr als 10 % ausreichende und zumutbare Möglichkeiten für den Anbieter bestehen, auf andere Nachfrager auszuweichen. Für die Wettbewerbsbehörden bedeutet dies die Pflicht zu weitreichenden und detaillierten Untersuchungen, die einen erheblichen Aufwand bedeuten.

3.3.9 Schutzzweck verfehlt

3.3.9.1 Wettbewerb auf der Nachfragerseite

96. Die Vorschrift des § 20 Abs. 3 GWB dient nach übereinstimmender Meinung dem Schutz des Wettbewerbs auf der Nachfragerseite. Der Schutz erstreckt sich auf die Konkurrenten des marktmächtigen Handelsunternehmens, weil sich deren Absatzchancen aufgrund ihrer eigenen, ungünstigeren Einkaufsbedingungen verschlechtern. Dementsprechend erklärte der Gesetzgeber bei Einführung der Norm, dass die von der Nachfragerseite veranlasste Diskriminierung wegen der grundsätzlich mit ihr verbundenen Gefahr der Beeinträchtigung von Wettbewerbern unter das Diskriminie-

35 Ebenda, 112 f.

rungsverbot falle.³⁶ Die Monopolkommission bezweifelt, ob das gesetzgeberische Ziel durch die Regelung des § 20 Abs. 3 GWB überhaupt erreicht werden kann. Auch die vorgeschlagene Änderung des Gesetzes ändert an diesen Bedenken nichts.

Wie oben zu § 20 Abs. 4 GWB ausgeführt, können große Handelsunternehmen in aller Regel allein aufgrund ihrer größeren Einkaufsmengen günstigere Einkaufskonditionen vereinbaren als ihre kleinen und mittleren Wettbewerber. Schon diese günstigeren Einkaufskonditionen, die marktleistungsbezogen und deshalb wettbewerbspolitisch nicht zu beanstanden sind, versetzen die großen Handelsunternehmen in aller Regel in die Lage, ihr Sortiment zu niedrigeren Preisen anzubieten. Mittelständische Handelsunternehmen nutzen daher verstärkt andere Parameter, um wettbewerbsfähig zu bleiben. Sie legen beispielsweise besonderen Wert auf eine hohe Qualität ihrer Produkte, eine fundierte Beratung von Kunden oder auf ein spezialisiertes Angebot. An den großenbedingten Einkaufsvorteilen einiger Handelsunternehmen vermag das Verbot des § 20 Abs. 3 GWB nichts zu ändern. Die Norm führt vielmehr in erster Linie dazu, den Preiswettbewerb zwischen den großen Unternehmen des Handels zu beschränken. Dieser Effekt würde durch eine Ausweitung des Anwendungsbereichs auf große Produzenten noch verstärkt. Letztlich wäre eine Belastung der Verbraucher durch höhere Preise die Konsequenz.

3.3.9.2 Wettbewerb auf der Anbieterseite

97. Umstritten ist, ob die Norm daneben den Schutz des Wettbewerbs auf der Anbieterseite und der Lieferanten des marktmächtigen Nachfragers bezweckt. Sofern dies bejaht wird, ist strittig, ob dieses Ziel nur sekundär, d. h. als Reflexwirkung, hinzutritt oder dem Schutz der Wettbewerber gleichgestellt ist. Vom Bundesgerichtshof wurden diese Fragen ausdrücklich offen gelassen.³⁷ Nach Auffassung der Monopolkommission besteht jedenfalls kein Anlass, den Anwendungsbereich auf große Produzenten auszudehnen. Sie sind in aller Regel besser als ihre kleinen und mittleren Wettbewerber in der Lage, sich gegen sachlich ungerechtfertigte Vorteilsgewährung zu behaupten und benötigen daher keinen besonderen Schutz seitens des Gesetzes und der Wettbewerbsbehörden.

Zum einen verfügen große Unternehmen über Größenvorteile bei der Produktion, d. h. sie können billiger produzieren als ihre kleineren Wettbewerber. Zum zweiten besitzen große Anbieter im Vergleich zu ihren kleineren Konkurrenten häufig bessere Ausweichmöglichkeiten, deren Fehlen erst ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des Gesetzes begründet. Große Produzenten sind aufgrund ihrer oftmals größeren finanziellen Ressourcen eher in der Lage, die mit einem Nachfragerwechsel möglicherweise verbundenen Kosten zu tragen. Wegen ihrer finanziellen Stärken kann es ihnen darüber hinaus leichter gelingen, bestehende Vertriebsstrukturen anzupassen oder innovative Vertriebswege zu realisieren. Des Weiteren sind sie häufig international tätig und verfügen daher über mehr Möglichkeiten, neue Vertragspartner – z. B. im Ausland – zu finden. Daneben stellen große Unternehmen im Gegensatz zu ihren kleineren Wettbewerbern häufig eine ganze Produktpalette her, was ihre Verhandlungsposition gegenüber dem Handel deutlich verstärken kann. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn sich unter den Produkten aus Sicht des Handels besonders wichtige oder sogar unverzichtbare Waren befinden. Eine starke Verhandlungsposition des Produzenten kann aber auch daraus resultieren, dass das Handelsunternehmen vertragliche Beziehungen auf wenige Anbieter beschränkt, statt mit mehreren Anbietern Geschäftsbeziehungen zu unterhalten. Hieraus können sich erhebliche Kostenvorteile für den Nachfrager ergeben. Vor diesem Hintergrund dürfte es Handelsunternehmen schwer fallen, sachlich ungerechtfertigte Vorteile zu verlangen und glaubhaft mit Auslistung zu drohen. Es ist daher nicht begründbar, warum große Produzenten vor harten Preis- und Konditionenverhandlungen besonders geschützt werden sollten.

³⁶ Begründung zum Regierungsentwurf der Vierten GWB-Novelle, BT-Drs. 8/2136 vom 27. September 1978, S. 25.

³⁷ BGHZ 152, 97 ff., 112.

98. Diese Position vertrat auch der Gesetzgeber der Fünften GWB-Novelle, mit der die Missbrauchsaufsicht über marktstarke Unternehmen ausdrücklich auf das Verhältnis zu kleinen oder mittleren Unternehmen beschränkt wurde.³⁸ Der Gesetzgeber ging davon aus, dass Großunternehmen in aller Regel über ausreichende Ausweichmöglichkeiten verfügten und wollte daher das Missbrauchsverbot auf das Maß des Erforderlichen beschränken. Marktstarke Unternehmen sollten ihre volle Gestaltungsfreiheit gegenüber Großunternehmen wiedererlangen. Die Monopolkommission verkennt nicht, dass diese Einschätzung insbesondere im Hinblick auf das Verhältnis zwischen marktstarken Anbietern einerseits und großen Handelsunternehmen andererseits vorgenommen wurde. Der Gesetzgeber hat die Beschränkung auf kleine und mittlere Unternehmen aber ausdrücklich auch auf die Fälle der Vorteilsgewährung im Sinne des § 20 Abs. 3 GWB erstreckt, wo die marktstarken Handelsunternehmen im Mittelpunkt der Missbrauchskontrolle stehen.³⁹

99. Zusätzlich gilt es zu bedenken, dass eine Einbeziehung von großen Anbietern in den Anwendungsbereich der Norm jedenfalls mittelbar negative Auswirkungen auf deren kleinere Wettbewerber haben könnte. Würde die Missbrauchskontrolle nach § 20 Abs. 3 GWB auch zugunsten großer Lieferanten eingreifen, könnten diese mit behördlicher Unterstützung gegen ungünstige Konditionen vorgehen. Ohne eine solche Möglichkeit wären sie hingegen eventuell eher bereit, Vertragsverhandlungen oder laufende Geschäftsbeziehungen abzubrechen. Dies würde anderen Anbietern – auch kleinen und mittleren Unternehmen – eine Chance zum Markteintritt oder zum Ausbau ihrer Marktposition verschaffen.

3.4 Stellungnahme der Monopolkommission zu § 33 GWB-E

100. Die Monopolkommission hat daneben erhebliche Bedenken gegen die vorgeschlagene Ergänzung des § 33 GWB um einen verbandsseitigen Auskunftsanspruch. Sie hat sich zwar in der Vergangenheit für eine Stärkung der privaten Durchsetzung des Kartellrechts eingesetzt und steht entsprechenden Initiativen nach wie vor positiv gegenüber. Sie erkennt außerdem – trotz ihrer Vorbehalte gegen den materiell-rechtlichen Inhalt des § 20 Abs. 3 GWB – an, dass der Gesetzgeber die Voraussetzungen dafür zu schaffen hat, dass geltendes Recht auch in der Praxis durchsetzbar ist. Verfahrensrechtliche Vorschriften können dabei naturgemäß nicht über die im materiellen Recht verhafteten Probleme hinweghelfen. Sie müssen jedoch so ausgestaltet sein, dass keine zusätzlichen Schwierigkeiten bei der Anwendung des Gesetzes entstehen. Die Monopolkommission erkennt ferner an, dass das Ross- und Reiter- Problem neben anderen Faktoren ein Hindernis bei der effektiven Anwendung des § 20 Abs. 3 GWB darstellt. Der vorgelegte Gesetzesvorschlag ist jedoch aus Sicht der Monopolkommission nicht geeignet, dieses Hindernis zu beseitigen. Er wirft zusätzlich eine Reihe von Zweifelsfragen hinsichtlich seiner praktischen Umsetzbarkeit und der Rechte von betroffenen Handelsunternehmen auf. Darüber hinaus steht zu befürchten, dass mit der Durchsetzung des vorgeschlagenen Auskunftsanspruchs kollusives Verhalten der Marktteilnehmer erleichtert wird. Schließlich führt die vom Markenverband vorgelegte Formulierung zu einer zusätzlichen handelspezifischen Sektoralisierung des Wettbewerbsrechts, die von der Monopolkommission abgelehnt wird.

3.4.1 Fehlende Eignung des Vorschlags

101. Die Monopolkommission räumt ein, dass es für einen abhängigen Lieferanten problematisch sein kann, sich über das Vorgehen seines Handelspartners bei den Wettbewerbsbehörden oder Gerichten zu beschweren. Wird eine solche Anzeige bekannt, besteht die Gefahr, dass negative Reaktionen des betroffenen Handelsunternehmens wie beispielsweise der Verzicht auf Werbeaktionen,

³⁸ Begründung zum Regierungsentwurf der Fünften GWB-Novelle, BT-Drs. 11/4610 vom 30. Mai 1989, S. 21 f.

³⁹ Ebenda, S. 21.

die Reduzierung der Bezugsmenge oder gar die vollständige Auslistung der Produkte des Lieferanten folgen. Ein erfolgreich abgeschlossenes Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren hat in einem solchen Fall keinen großen Nutzen mehr für das Herstellerunternehmen. Der vorgeschlagene Auskunftsanspruch ist jedoch nach Ansicht der Monopolkommission nicht geeignet, das Risiko derartiger Reaktionen zu bannen. Dies belegt ein Blick auf das behördliche Verfahren in Fällen des § 20 Abs. 3 GWB und die Erfahrungen, die in der Vergangenheit mit Reaktionen des Handels auf solche Verfahren gemacht wurden.

102. Für den Fall des behördlichen Vorgehens nach § 20 Abs. 3 GWB hat sich der Gesetzgeber bereits im Rahmen der Sechsten GWB-Novelle der Ross- und Reiter-Problematik angenommen und die §§ 54 Abs. 1 Satz 2 und 70 Abs. 4 GWB eingeführt. Mit § 54 Abs. 1 Satz 2 GWB wird klargestellt, dass das Bundeskartellamt ein Verfahren von Amts wegen auch auf Initiative eines Marktteiligten, der ein bestimmtes Verhalten anzeigt, einleiten kann. Darüber hinaus muss der Anzeigende nicht in den Verfahrensakten benannt werden. Dies ist essentiell für seinen Anonymitätsschutz, denn im Verwaltungsverfahren hat das angezeigte Handelsunternehmen Akteneinsicht und könnte auf diesem Weg die Identität des anzeigenden Herstellerunternehmens erfahren. Ergänzend wurde die Regelung des § 70 Abs. 4 GWB erlassen, wonach in einem solchen Fall für ein Auskunftsverfahren nach § 59 GWB nur tatsächliche Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen das GWB verlangt werden. Im Fall einer Anfechtung der Auskunftsverfügung genügt eine Glaubhaftmachung dieser tatsächlichen Anhaltspunkte durch die Kartellbehörde. Auf diese Weise ist sichergestellt, dass jedenfalls im Verwaltungsverfahren der Name des Beschwerdeführers nicht aufgedeckt werden muss.

103. Dementsprechend geht das Bundeskartellamt vor, wenn es einen Vorwurf nach § 20 Abs. 3 GWB verfolgt. Liegen ausreichende Anhaltspunkte für die Einleitung von Ermittlungen vor, verlangt das Amt von dem betroffenen Handelsunternehmen Auskunft darüber, welchen Lieferanten gegenüber Vorteile im Sinne des § 20 Abs. 3 GWB gefordert worden sind. Eine Benennung des oder der anzeigenden Unternehmen gegenüber dem Händler erfolgt dabei nicht. Das Handelsunternehmen erstellt daraufhin eine entsprechende Liste, aus der das Bundeskartellamt die abhängigen kleinen und mittleren Unternehmen ermittelt. Ergibt die weitere Prüfung, dass gegenüber diesen ein Verstoß gegen § 20 Abs. 3 GWB vorliegt, fordert das Amt den Händler insoweit beispielsweise zur Unterlassung auf. Spätestens hierbei müssen zwar nicht der oder die anzeigenden Unternehmen, so doch die vom Gesetzesverstoß betroffenen Lieferanten konkret benannt werden.

Wie die Erfahrung in Einzelfällen gezeigt hat, reicht bereits diese Benennung als Betroffener aus, um gewisse, negative Reaktionen des Handelsunternehmens auszulösen. Solche Reaktionen müssen sich nämlich nicht notwendigerweise auf den für das Handelsunternehmen weiterhin unbekanntem Beschwerdeführer beschränken, sondern können sämtliche oder einen Teil der betroffenen Lieferanten einbeziehen. So kann der Händler etwa – wie in der Vergangenheit geschehen – seine Bezugspolitik ändern und die Warenmenge reduzieren, die er von abhängigen, kleinen und mittleren Unternehmen abnimmt. Dies kann so weit gehen, dass die Voraussetzungen eines Abhängigkeitsverhältnisses für die Zukunft entfallen. Auch im gerichtlichen Verfahren ist es unmöglich, die von einer Verletzung des § 20 Abs. 3 GWB betroffenen Hersteller nicht namentlich zu benennen; denn auch dort muss letztlich in vollstreckbarer Weise entschieden werden, gegenüber wem der Händler welche Vorteile künftig nicht mehr fordern darf. Wegen dieses neuralgischen Punktes jeden behördlichen oder gerichtlichen Verfahrens lassen sich die geschilderten Reaktionen des Handels nicht wirksam ausschließen.

3.4.2 Interessenabwägung

104. Die Monopolkommission bezweifelt des Weiteren, ob ein solch umfassender, quasi-hoheitlicher Auskunftsanspruch, wie ihn der Gesetzesvorschlag des Markenverbands vorsieht, mit den

Rechten der Handelsunternehmen und insbesondere mit den Prinzipien des Geheimnisschutzes zu vereinbaren ist. Dagegen spricht ihrer Ansicht nach, dass mit dem Auskunftsanspruch in den Kern der Geschäftstätigkeit des Händlers eingegriffen wird. Die Gestaltung der Konditionen stellt einen zentralen Wettbewerbsparameter im Handel dar und gehört zu den am besten gehüteten Geheimnissen. Zu berücksichtigen ist ferner, dass der vorgeschlagene Auskunftsanspruch nicht nur auf Informationen bezüglich der Forderung von Vorteilen gerichtet ist, sondern auch Angaben darüber erfassen soll, ob und in welcher Höhe solche Forderungen erfüllt wurden.

105. Es überzeugt insofern nicht, wenn vorgetragen wird, dass Vorteile im Sinne des § 20 Abs. 3 GWB in der Regel standardisiert verlangt werden. Damit ist gemeint, dass ein Handelsunternehmen von sämtlichen Lieferanten vergleichbare Leistungen verlangt, also beispielsweise eine Vergütung in Höhe von 2 % ihres jeweiligen mit ihm getätigten Umsatzes einfordert. Die Offenlegung solcher standardisierter Forderungen würde den Geheimnisschutz zwar möglicherweise weniger gravierend beeinträchtigen. Gegen die Standardisierungsthese spricht jedoch bereits, dass Vorteile nicht in jedem Einzelfall von sämtlichen Zulieferern verlangt werden, wie der Markenverband selbst eingeräumt hat. Vielmehr wendet sich ein Händler jeweils an eine ausgewählte Gruppe von Unternehmen, die bei nächster Gelegenheit wieder anders zusammengesetzt sein kann. Somit sind verschiedene Herstellerunternehmen in unterschiedlicher Häufigkeit von Forderungen ihres Vertragspartners betroffen. Mit der Offenlegung, welche Unternehmen im Einzelfall angesprochen werden, würde das Handelsunternehmen einen wesentlichen Bereich seiner Einkaufspolitik aufdecken.

Der Markenverband hat ferner berichtet, dass es jedenfalls einigen Herstellern gelingt, Gegenleistungen für die Forderung von Vorteilen zu vereinbaren. Eine solche Gegenleistung kann etwa in einer besseren Platzierung des eigenen Produkts oder der Durchführung einer besonderen Werbeaktion bestehen. Abgesehen davon, dass in vielen dieser Fälle eine sachliche Rechtfertigung für die Forderung von Vorteilen vorliegen dürfte, spricht dieses Szenario ebenfalls gegen den Gleichlauf von Forderungen. Vielmehr wird deutlich, dass das Verlangen von Vorteilen jedenfalls gegenüber einer Reihe von Herstellern erst Verhandlungen darüber eröffnet, ob und welche Forderungen tatsächlich erfüllt werden und in welcher Form und zu welchem Zeitpunkt geleistet wird. Es ist offensichtlich, dass die Ergebnisse dieser Verhandlungen, je nach Verhandlungsstärke und -geschick des einzelnen Lieferanten, voneinander abweichen werden. Da der Händler nicht nur Auskunft darüber geben soll, welche Vorteile er gefordert, sondern auch inwiefern Forderungen erfüllt wurden, müsste er die entsprechenden Verhandlungsergebnisse weitergeben. Jedenfalls aus diesen Informationen ließen sich erhebliche Rückschlüsse auf die Einkaufsentscheidungen des betroffenen Handelsunternehmens ziehen.

106. In diesem Zusammenhang sind zwei weitere kritische Aspekte zu nennen. Der Gesetzesvorschlag trifft keine Vorsorge dafür, dass der betreffende Verband die erhaltenen Auskünfte geheim hält, soweit nach Auskunfterteilung erkennbar wird, dass ein Verstoß gegen § 20 Abs. 3 GWB nicht oder nur gegenüber einem Teil der Herstellerunternehmen vorliegt. Vielmehr ist es gerade die Intention des Markenverbandes, die erhaltenen Informationen zur Veröffentlichung zu nutzen. Mit einer solchen Veröffentlichung würde nicht nur in Geschäftsgeheimnisse des betroffenen Handelsunternehmens eingegriffen, ohne dass dem schutzwürdige Interessen der Allgemeinheit oder der Herstellerseite gegenüberstehen. Sie würde auch den Wettbewerbern des betroffenen Handelsunternehmens erhebliche Rückschlüsse auf dessen Konditionengestaltung ermöglichen. Selbst wenn die Daten nicht der Allgemeinheit zugänglich gemacht würden, bestünde doch immerhin die Gefahr einer Weitergabe an die Mitglieder des Verbands, die daraus ebenfalls wettbewerbswidrige Vorteile ziehen könnten. Durch die Sammlung bzw. Veröffentlichung einer großen Menge von Daten über die Gestaltung von Rabatten und sonstigen Konditionen würde insbesondere kollusives Verhalten auf der Hersteller- oder der Handelsseite erleichtert. Im Hinblick auf die Intensität des geplanten Eingriffs in die Rechte der Handelsunternehmen beurteilt die Monopolkommission schließlich auch die Einbeziehung von Privatpersonen bei der Geltendmachung des Auskunftsanspruchs kritisch. Frag-

lich ist insbesondere, ob die Neutralität dieser Personen im Einzelfall stets sichergestellt werden kann. Für vorzugswürdig würde die Monopolkommission insoweit die ausschließliche Einschaltung der Wettbewerbsbehörden halten.

3.4.3 Keine Parallelität zu § 19 Markengesetz

107. An den dargestellten Bedenken kann auch der Hinweis auf § 19 Markengesetz, der als Vorbild für den Gesetzesvorschlag gedient hat, nichts ändern. Nach § 19 Abs. 1 Markengesetz kann der Inhaber einer Marke oder einer geschäftlichen Bezeichnung den Verletzer in bestimmten Fällen auf unverzügliche Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg von widerrechtlich gekennzeichneten Gegenständen in Anspruch nehmen, es sei denn, dies wäre im Einzelfall unverhältnismäßig. Gemäß § 19 Abs. 2 GWB hat der zur Auskunft Verpflichtete Angaben über Namen und Anschrift des Herstellers, des Lieferanten usw. sowie über die Menge der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Gegenstände zu machen. Die Parallelen zwischen § 19 Markengesetz einerseits und § 33 Abs. 6 GWB-E sind nach Auffassung der Monopolkommission eher gering und erschöpfen sich im Wesentlichen darin, dass beide Regelungen einen Auskunftsanspruch statuieren.

108. Diese Gemeinsamkeit tritt jedoch hinter den gravierenden Unterschieden zwischen beiden Vorschriften zurück. Die Unterschiede betreffen zum einen den Anspruchsberechtigten. So steht der Auskunftsanspruch nach dem Markengesetz nur dem Rechteinhaber selbst zu, nicht aber einem privaten Wirtschaftsverband wie in § 33 Abs. 6 GWB-E. Auch auf die Einschaltung privater oder behördlicher Mittelsmänner verzichtet § 19 Markengesetz gänzlich. Zum anderen besteht der markenrechtliche Auskunftsanspruch gegenüber dem „Verletzer“, also nur dann, wenn eine Rechtsverletzung vorliegt. Im Rahmen von § 33 Abs. 6 GWB-E soll der Auskunftsanspruch hingegen schon dann geltend gemacht werden können, wenn ein Verstoß gegen § 20 Abs. 3 GWB nahe liegend erscheint. Ob die Voraussetzungen einer Rechtsverletzung überhaupt gegeben sind, wird erst auf der Grundlage dieses Auskunftsanspruchs ermittelt. Schließlich sind auch die Gegenstände, auf die sich der jeweilige Auskunftsanspruch richtet, nicht ohne weiteres vergleichbar. Die nach § 19 Markengesetz offenzulegenden Angaben betreffen einen konkreten, exakt bestimmbareren Gegenstand, mittels dessen die Rechte des Markeninhabers verletzt worden sind. Sie zielen ferner auf „harte“ Fakten wie Namen und Anschrift bestimmter Personen, die sich zweifelsfrei ermitteln lassen und keiner Auslegung bedürfen. Der kartellrechtliche Auskunftsanspruch ist dagegen wesentlich umfassender angelegt und erfordert eine rechtliche Prüfung bestimmter „weiche“ Tatbestandsmerkmale, wie beispielsweise das Vorliegen eines Vorteils und das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung.

3.4.4 Bestimmtheitsgebot

109. Fraglich ist darüber hinaus, wie eine Auskunftsklage nach § 33 Abs. 6 GWB-E überhaupt formuliert werden könnte, ohne einerseits den bezweckten Schutz von Herstellerunternehmen zu gefährden und andererseits gegen das Bestimmtheitsgebot zu verstoßen. Die Anonymität von Lieferanten kann dann nicht gewahrt bleiben, wenn sich das Auskunftsersuchen auf Forderungen gegenüber einigen, konkret benannten Herstellern bezieht. In einem solchen Fall wäre für das Handelsunternehmen leicht erkennbar, welche seiner Lieferanten sich beschwert haben. Gegen die Verpflichtung des Klägers, jede Klage möglichst konkret zu formulieren, dürfte es indes verstoßen, wenn diese auf Benennung der Vorteile gegenüber sämtlichen kleinen und mittleren, abhängigen Unternehmen gerichtet wäre. Eine solche Klage müsste ferner daran scheitern, dass für den Händler nicht immer offenkundig ist, welche Hersteller kleine und mittlere Unternehmen darstellen. Gänzlich außerhalb seiner Sphäre liegen zudem die Tatsachen, aus denen hervorgeht, ob ein bestimmter Lieferant abhängig im Sinne des Gesetzes ist. Dass ein Verband auf Auskunft über Forderungen gegenüber sämtlichen Lieferanten eines Händlers klagen kann, erscheint ebenfalls zweifelhaft. Eine solche Klage müsste schon deshalb als problematisch angesehen werden, weil ein Teil der geforderten In-

formationen sich auf große Herstellerunternehmen beziehen würde, die überhaupt nicht Adressat von § 20 Abs. 3 GWB sind.

3.4.5 Keine Sektoralisierung des GWB

110. Die Monopolkommission hat sich im Rahmen der Siebten GWB-Novelle für eine Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung ausgesprochen.⁴⁰ Ihrer Auffassung nach ging mit der Einführung des Legalausnahmesystems bei Kartellen und Missbräuchen eine Schwächung der behördlichen Wettbewerbsaufsicht einher, die durch eine Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung jedenfalls zum Teil ausgeglichen werden sollte. Eine vermehrte private Rechtsdurchsetzung kann nach Ansicht der Monopolkommission außerdem dazu beitragen, den behördlichen Ermittlungsaufwand zu verringern und auf diese Weise die öffentlichen Kassen zu entlasten. Die Monopolkommission hat in diesem Zusammenhang unter anderem auf die Möglichkeit von Beweiserleichterungen zugunsten privater Kläger hingewiesen. Sie hat damit allerdings die Vorstellung allgemeiner Regelungen verbunden, die für den gesamten Bereich des Kartellrechts gelten sollten. Diese Voraussetzung erfüllt die vom Markenverband vorgeschlagene Gesetzesänderung nicht. Sie enthält vielmehr eine ausschließlich auf § 20 Abs. 3 GWB zugeschnittene Verfahrensregelung und fördert damit eine handelspezifische Sektoralisierung des GWB, welche die Monopolkommission nicht für sachgerecht hält. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass erhebliche Zweifel an der tatsächlichen wettbewerbspolitischen Relevanz von nachfragemachtbedingten Verhaltensspielräumen herrschen, ist von einer Aufnahme handelspezifischer Verfahrensrechte in das nationale Kartellrecht abzuraten.

111. Im Ergebnis betont die Monopolkommission, dass der vorgeschlagene Auskunftsanspruch ihrer Ansicht nach nicht imstande ist, die Durchsetzung des in § 20 Abs. 3 GWB verankerten Verbots wesentlich zu erleichtern. Die beschriebenen Probleme, die dem materiellen Recht anhaften, bleiben von dem rein verfahrensrechtlichen Vorschlag unberührt. Zu erinnern ist nur an die erheblichen Anwendungsschwierigkeiten aufgrund der komplexen Zusammenhänge zwischen den unterschiedlichen Produkten im Handel und dem begrenzten Anwendungsbereich des § 20 Abs. 3 GWB. Der Markenverband selbst betont, dass er sich in erster Linie eine präventive Wirkung von dem geforderten Auskunftsanspruch verspricht. Mit diesem sei ein gewisses Drohpotential verbunden, das auf der Möglichkeit zur breiten Veröffentlichung der erhaltenen Informationen beruhe. Schon diese Möglichkeit und der damit verbundene Imageverlust könne die Handelsunternehmen von der Forderung bestimmter Vorteile abhalten. Die Monopolkommission schließt eine solche Wirkung des vorgeschlagenen Auskunftsanspruchs nicht gänzlich aus. Ihrer Ansicht nach sind mit dem Anspruch jedoch gravierende Nachteile verbunden, die seine möglichen positiven Wirkungen weit überwiegen.

Bonn, im März 2007

Jürgen Basedow

Jörn Aldag

Justus Haucap

Peter-Michael Preusker

Katharina M. Trebitsch

⁴⁰ Vgl. Monopolkommission, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Sondergutachten 41, Baden-Baden 2004, Tz. 35 ff.