

Die allgemeine Missbrauchskontrolle in der 8. GWB-Novelle

Florian Wagner-von Papp
UCL Faculty of Laws

Thesen: Positives

1. Die **Neuanordnung** ist stilistisch zu begrüßen
 - § 18: Def + Vermutungen der Marktbeherrschung,
 - § 19: Verbote für Marktbeherrscher;
 - § 20: Verbote für Unternehmen mit relativer und überlegener Marktmacht)
2. Die Streichung des Merkmals, der Markt müsse “**gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich sein**” ist positiv zu bewerten
3. Anhebung der Schwelle für die **Einzelmarktbeherrschungsvermutung** von 1/3 auf 40% ist unproblematisch
 - Überhaupt Marktbeherrschungsvermutungen?
 - Wenn ja: auf Marktanteile gestützt?

Thesen: Negatives

4. **Fortschreibung des status quo in bezug auf die Regeln über marktstarke Unternehmen ist bedauerlich (§ 20)**
 - Zementierung von ineffizienten Vertriebssystemen und Marktstrukturen dient nicht dem Wettbewerb und schadet dem Ansehen des deutschen Kartellrechts

5. Die Entscheidungen über die befristeten Verbote aus dem Preismissbrauchsbekämpfungsgesetz sind problematisch:
 - Die Verlängerung des **Verbots von gelegentlichen Untereinstandspreisverkäufen** ist ein klarer Fehler;
 - Die Verstetigung **der Preis-Kosten-Schere** ist zumindest nicht unproblematisch;
 - Die Nichtverlängerung der **Erweiterung des Schutzbereichs des Anzapfverbots** auf Großunternehmen ist zwar richtig, aber geht nicht weit genug

6. Das **Verbot des Untereinstandspreisverkaufs** ist nicht zu rechtfertigen:

- **Untereinstandspreise \neq Kampfpreise**
 - “recoupment” nicht über Verdrängung + Ausbeutung, sondern über Mischkalkulation (Trägheit der Verbraucher, “one-stop shop”; kein kartellrechtliches Problem)
- **Es dient nicht der Begrenzung der Nachfragemacht**
 - § 20 Abs. 4 GWB/Abs. 3 RegE: Schutz von KMU-*Wettbewerbern* (Schutzrichtung: horizontal), nicht Schutz von Anbietern gegenüber nachfragemächtigen Abnehmern
 - Verbot knüpft nicht an absolut niedrige Preise, sondern an Einstandspreise → Druck auf Anbieter sinkt nicht, sondern steigt

(Fortsetzung Untereinstandspreisverbot)

- Die Mittelstandsschutzratio überzeugt ebenfalls nicht
 - **Schutz ineffizienter Unternehmen** dient nicht dem Wettbewerb (zumindest nicht außerhalb der Kategorie echter Marktbeherrschung)
 - Wenn KMU verdrängt werden, dann nicht wegen Untereinstandspreisen, sondern deshalb, weil ***schon die Einstandspreise der Handelsketten niedriger*** sind
 - Erstens wg. **Effizienzen im Vertrieb** (Mengenrabatte, Größenvorteile; kartellrechtlich unproblematischer Erfolg)
 - Zweitens möglicherweise wg. **Nachfragemacht** (kartellrechtliches Problem, aber horizontale Kategorie der überlegenen Marktmacht ungeeignet zur Bekämpfung)

- (Fortsetzung Untereinstandspreisverbot)

7. Das **Verbot nützt nur nicht, es schadet** der Preisflexibilität (gesetzlich angeordnetes Mindestpreiskartell)

- Politisch erklärbar (populistisches Argument Mittelstandsschutz)
- Zweideutiges advocacy Verhalten des BKartA
 - “BKartA hier immer relativ skeptisch gewesen ... schon aus ordnungspolitischen Gründen”
 - Aber: Fall *Rossmann*
 - Durchsetzung im Bußgeldverfahren mit Individualgeldbuße von €100,000
 - BKartA **beklagt, dass Untereinstandspreisverbot seitdem faktisch kaum durchsetzbar**
 - Markert: Verbot ist unvollständig: Untereinstandskosten

8. Preis-Kosten-Schere in § 20 hätte nicht verstetigt werden sollen; wenn schon, dann als Fallgruppe der relativen Marktmacht, nicht der überlegenen Marktmacht
- Als gesondertes Verbot ist **es überflüssig**:
Problematische Fälle sind entweder solche von **Kampfpreisen** (auf dem abgeleiteten Markt) **oder** von **Belieferungspflichten** (auf dem Vorleistungsmarkt)

(Fortsetzung Preis-Kosten-Schere in § 20)

9. Das Verbot ist potentiell gefährlich:

- Schere lässt sich nicht nur durch Senkung der Vorleistungspreise, sondern auch durch Anhebung der (zB) Endkundenpreise beseitigen (letzteres ist keine gute Idee, wenn vorher nicht Kampfpreise vorlagen)
- Schere ist kartellrechtlich **unproblematisch, wo keine Belieferungspflicht** gegeben ist;
 - gehört daher systematisch zur relativen, nicht zur überlegenen Marktmacht;
 - wenn eine Belieferungspflicht besteht, ist ein gesondertes Verbot der Schere überflüssig, bietet aber Anhaltspunkte für Angemessenheit der Belieferungsbedingungen

(Forts. Preis-Kosten-Schere)

10. In dynamischer Hinsicht: Verbot der Schere kann **Anreiz für rigide und höhere Preise auf dem abgeleiteten (zB Endkunden-) Markt** bieten (Monopolkomm.)
11. Dennoch ist Preis-Kosten-Schere nicht ganz so klar abzulehnen wie das Verbot von Untereinstandspreisen
 - Verbot der **Schere in § 20** (anders als § 19) **begrenzt auf *Unterschreitung*** des Vorleistungspreises durch die Endkundenpreise
 - Bisher vernünftige Anwendung des Verbots durch das BKartA (quaere: privatrechtliche Durchsetzung?)

12. Anzapfverbot: Auslaufen der Erweiterung zu begrüßen; Sinnhaftigkeit des Verbots insgesamt zweifelhaft

13. Allgemein: Brauchen wir Verbote unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle?

- Meist keine kartellrechtlichen Probleme
- Zementierung ineffizienter Vertriebs- und Marktstrukturen
- Problem: “Ungerechtigkeiten” in Einzelfällen salient, Kosten der Einschränkung des Verhaltensspielraum bloß marktstarker Unternehmen nicht (weil hypothetisch)

14. Hat § 20 überhaupt einen Sinn?

- Ermöglicht privatrechtliche Durchsetzung der Verbote im Bereich der Marktbeherrschung (“Selbsthilfenorm”)
- Evtl. Signal, dass Marktabgrenzung zu weit geraten, wenn wirklich keine Ausweichmöglichkeiten

15. Angehen der Probleme an der Wurzel wäre besser, als pauschale Ausdehnung der für Marktbeherrscher geltenden Verbote
- Soweit Beweisnotstand das Problem: zivilprozessuale Lösungen (Vermutungen/abgestufte Beweislast/Auskunfts-/Vorlagepflichten)

- Danke für die Aufmerksamkeit