

# Positionspapier

---

## **zum Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis (§ 20 Abs. 3 Satz 2 GWB)**

Stand: 31. August 2016



## Thesenartige Zusammenfassung der Position des HDE

---

### Hintergrund

Seit 1998 ist der Verkauf von Waren unter Einstandspreis als eine unbillige Wettbewerbsbehinderung i. S. d. § 20 Abs. 3 GWB verboten. Mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels wurde 2007 das Verbot konkretisiert und verschärft. Im Bereich des Lebensmittelhandels ist seitdem auch der nur gelegentliche Verkauf unter Einstandspreis grundsätzlich verboten.

### Position

Der § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB sollte im Rahmen der nächsten Novellierung des GWB komplett gestrichen werden. Mindestens muss die für Ende 2017 vorgesehene Aufhebung der Verschärfung bereits im Zuge der 9. GWB-Novelle vorgezogen werden.

- Das Verbot des Verkaufs von Waren unter Einstandspreis stellt einen schweren Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit dar, der durch kein Mehr an Schutz des freien Wettbewerbs gerechtfertigt wird.
- Der Einführung und der Verschärfung des Verbotes lagen wettbewerbsfremde Erwägungen wie der Schutz kleinerer Händler und der Landwirtschaft vor den langfristigen Folgen eines verschärften Wettbewerbs zugrunde. Auch diese sachfremden Ziele können jedoch durch das Verbot nicht erreicht oder gefördert werden.
- Durch das Verbot entsteht die Gefahr höherer Verbraucherpreise.

## I. Hintergrund

---

Die Frage, ob und inwieweit Unternehmen ihre Produkte unter Einstandspreis verkaufen dürfen, ist bereits seit längerem Gegenstand der politischen und wissenschaftlichen Diskussion. Seit der Einführung des § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB im Jahre 1998 hat die Frage neue Brisanz gewonnen.

Ein Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis ist seit den sechziger Jahren immer wieder vereinzelt gefordert worden. Sowohl Gesetzgeber als auch Rechtsprechung waren sich jedoch über Jahrzehnte einig, dass der Verkauf unter Einstandspreis ein wettbewerbsrechtlich zulässiges Mittel zur Kundenwerbung sei. Die Zurückhaltung der Rechtsprechung in Bezug auf ein solches Verbot wurde u. a. deutlich, als der BGH Versuche zurückgewiesen hat, auf Basis des § 37 a Abs. 3 i. d. F. der 4. GWB-Novelle den systematischen Verkauf unter Einstandspreis durch Großbetriebe des Handels zu unterbinden (BGH, Beschluss vom 20.03.1984, Az. KVR 12/83).

Erst 1998 definierte der Gesetzgeber im Rahmen der 6. GWB-Novelle den Verkauf von Waren unter Einstandspreis – sofern dieser nicht nur gelegentlich oder sachlich gerechtfertigt erfolgte – als eine



unbillige Wettbewerbsbehinderung i. S. d. § 20 Abs. 3 GWB. Mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels wurde dann 2007 das Verbot konkretisiert und verschärft. Im Bereich des Lebensmittelhandels ist seitdem auch der nur gelegentliche Verkauf unter Einstandspreis grundsätzlich verboten. Diese Verschärfung wurde zwar formal auch mit dem Ziel begründet, das zunehmende Verschwinden kleinerer Händler vom Markt verhindern zu wollen. Tatsächlich wollte der Gesetzgeber aber primär die Landwirtschaft vor den möglichen Folgen eines harten Preiswettbewerbs im Einzelhandel schützen und so mittelbar die Ertragssituation der Bauern verbessern. Diese Intention des Gesetzgebers wurde auch in einem Antrag der SPD-Fraktion deutlich, in dem formuliert wurde: „Das im Gesetz vorgesehene Gebot ist ohnehin nur ein Schritt auf dem Wege, die Landwirtschaft vor ... Handelskonzernen zu schützen.“ Mit der Verschärfung wurde die – wettbewerbsökonomisch problembehaftete – Hoffnung verknüpft, dass sich die Verbraucherpreise für Lebensmittel teilweise erhöhen würden, so dass der Handel in der Folge höhere Einkaufspreise bei den Landwirten akzeptieren und außerdem die Lebensmittelqualität in der Konsequenz gleichsam zwangsläufig steigen würde. Dieses Ziel konnte schon von vornherein durch das Verbot nicht erreicht werden, weil die Lebensmitteleinzelhändler in aller Regel keine unmittelbaren Vertragsbeziehungen mit den Landwirten unterhalten und die Verbraucherabgabepreise im Handel daher keine Auswirkungen auf die Ertragssituation der Erzeuger haben (vgl. hierzu auch Gliederungspunkt II.2.e.bb., S. 7). Gerade die Sektoruntersuchung Milch des Bundeskartellamts hat außerdem gezeigt, dass nicht der Preiswettbewerb im Einzelhandel, sondern andere, nicht vom Einzelhandel zu beeinflussende Ursachen (z. B. der Strukturwandel oder eine veränderte Nachfragesituation auf den internationalen Märkten) für die schlechte Ertragssituation der Bauern verantwortlich sind.

Die Einführung wie auch die Verschärfung des § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB wurde vielfach als unzweckmäßig und wettbewerbsfeindlich kritisiert. Schon im Zusammenhang mit der 6. GWB-Novelle hatte der Rechtsausschuss des Bundesrates die Regelung als Eingriff in die Privatautonomie der Händler komplett abgelehnt. Auch die SPD-Fraktion hatte Bedenken geltend gemacht, weil eine generelle Anhebung des Verbraucherpreisniveaus befürchtet wurde. Auch die Monopolkommission lehnte das Verbot mehrfach als überflüssig ab. Sie verweist darauf, dass das Ziel der Wettbewerbspolitik nicht der explizite Schutz kleinerer und mittlerer Unternehmen, sondern die Sicherung wettbewerblicher Prozesse sei, von denen man sich effiziente Marktergebnisse verspreche. Das Verbot sei aber nicht mit Vorteilen für die Verbraucher verbunden und weniger marktmächtige Wettbewerber der großen Handelsunternehmen bedürften keines Schutzes. Das Verbot helfe tendenziell großen Unternehmen und schütze vor Wettbewerb, statt kleineren Unternehmen Schutz vor ihren großen Konkurrenten zu bieten. Diese Auffassung wurde auch vom DIW bestätigt.

Der Gesetzgeber entschloss sich auch wegen des ganz überwiegend ablehnenden Votums der Wissenschaft im Preismissbrauchsgesetz, die Verschärfung des Verbots nur befristet einzuführen. Die Befristung wurde zuletzt mit der 8. GWB-Novelle bis 2017 verlängert. Ab diesem Zeitpunkt soll dann nach der Intention des Gesetzgebers wieder die Fassung der 6. GWB-Novelle von 1998 gelten.



## II. Position des HDE

---

### 1. Grundsätzliches

Der HDE tritt dafür ein, den § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB im Zuge der anstehenden 9. GWB-Novelle komplett zu streichen. Das Verbot ist nicht sinnvoll, da es eher wettbewerbsbeschränkend als sichernd wirkt. Es verursacht zudem hohe Verwaltungskosten und verteuert tendenziell die Lebensmittelpreise zu Lasten der Verbraucher.

Sollte die gebotene Streichung der Bestimmung nicht möglich sein, muss zumindest die ohnehin für Ende 2017 geplante Rücknahme der Verschärfung vorgezogen und im Rahmen der 9. GWB-Novelle umgesetzt werden.

### 2. Begründung im Einzelnen

#### ***a) Kein Beitrag zur Wettbewerbssicherung***

Das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis verhindert den lautereren Preisunterbietungswettbewerb und greift damit in die Preisgestaltungsfreiheit der betroffenen Unternehmen ein. Dieser Eingriff in die Preisgestaltungsfreiheit und damit in den freien Preiswettbewerb – der über Art. 2 und Art. 12 GG als Element der Wettbewerbsfreiheit garantiert wird – ist unverhältnismäßig, denn er ist nicht geeignet, den Wettbewerb zu verbessern und schadet den Verbrauchern.

Auch die EU-Kommission hat festgestellt, dass das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis Mindestpreise zur Folge hat und daher den Preiswettbewerb einschränkt. Der nationale Gesetzgeber wurde daher von der Kommission aufgefordert, diese Regelung zu überprüfen (Mitteilung der Europäischen Kommission: Lebensmittelpreise in Europa, KOM 2008/821, S. 13).

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass Markteintrittsstrategien mit Niedrigpreisen, auch wenn diese vorübergehend unter den Selbstkosten- bzw. den Einstandspreisen liegen, keinen Marktmissbrauch im Sinne von Art. 102 AEUV darstellen. Das Verbot verbessert damit nicht den Schutz der Wettbewerber vor missbräuchlichen Praktiken. Vielmehr untersagt das Verbot Lebensmitteleinzelhändlern mit schlechteren Konditionen, im Rahmen von Aktionen die Preise ihrer Konkurrenten zu unterbieten, so dass sich ihre Wettbewerbssituation weiter verschlechtert. Auf diesen verfehlten Schutzzweck hat auch die Monopolkommission hingewiesen. Zudem verbietet das deutsche Recht mit § 20 Abs. 3 GWB ein Verhalten, das nach EU-Recht zulässig ist. Dies ist mit Art. 3 Abs. 2 Satz 2 EG-VO 1/2003 unvereinbar, der nur strengere Vorschriften zulässt, die den Wettbewerb weiterreichend schützen als dies durch Art. 102 AEUV gewährleistet wird.



Ziel des GWB ist es, den freien Wettbewerb zu sichern. Freier Wettbewerb ist jedoch grundsätzlich nur möglich, wenn ein Unternehmer unbeeinflusst vom Gesetzgeber bestimmen kann, zu welchem Preis er seine Ware anbietet. Die Regelung des § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB bewirkt das Gegenteil: Den Handelsunternehmen wird vorgeschrieben, ihre Ware zu einem bestimmten Mindestpreis anzubieten.

Ein solch schwerer Eingriff in die Preisfreiheit ließe sich nur rechtfertigen, wenn er langfristig dazu diene, Fehlentwicklungen zu verhindern, welche den freien Wettbewerb behindern. Fehlentwicklungen, die den freien Wettbewerb behindern könnten, sind jedoch beim Verkauf unter Einstandspreis nicht zu beobachten.

### ***b) Das Verbot schädigt den Verbraucher***

Das Verbot ist geeignet, höhere Verbraucherpreise herbeizuführen. Gerade Verbraucher mit geringen Einkommen nutzen Sonderangebote gezielt aus, kaufen z. B. einen herabgesetzten Artikel bei dem einen, dann einen anderen herabgesetzten Artikel bei einem anderen Händler. Das Verbot belastet somit Verbraucher insbesondere der unteren Einkommensschichten und hat damit sogar eine verbraucherschädliche Wirkung.

Die Annahme, das Verbot würde den Wettbewerb intensivieren und die Preise würden durch diesen erhöhten Wettbewerb sinken, hat sich als falsch herausgestellt, da das Verbot keine positiven Auswirkungen auf den Wettbewerb hat. Auch eine länderübergreifende Studie der OECD und Erfahrungen mit einem französischen Verbot von Untereinstandspreisverkäufen zeigen einen Anstieg der Verbraucherpreise in den dortigen Ländern infolge eines Verbots des Verkaufs unter Einstandspreis.

### ***c) Die Vorschrift ist gesetzgeberisch verfehlt***

Die Vorschrift ist auch gesetzgeberisch verfehlt. Sie ist als Regeltatbestand einer unbilligen Behinderung des § 20 Abs. 3 Satz 1 GWB eingeführt und schreibt für den Verkauf unter Einstandspreis eine gesetzliche Fiktion der Unbilligkeit fest. Gleichzeitig wird diese Fiktion unter den Vorbehalt der sachlichen Rechtfertigung gestellt. Da in der Anwendungspraxis des § 20 GWB Unbilligkeit und fehlende sachliche Rechtfertigung weitgehend nach denselben Maßstäben definiert werden, reduziert sich der Aussagewert der Vorschrift des Satzes 2 im Ergebnis auf die Feststellung, dass der Verkauf unter Einstandspreis (stets) eine unbillige Behinderung darstellt, es sei denn, er ist nicht unbillig. Geschuldet ist dieser Widerspruch in sich der Tatsache, dass der Gesetzgeber zwar einerseits den Verkauf unter Einstandspreis mit einem kartellrechtlichen Unwerturteil belegen wollte, andererseits von einem absoluten per se Verbot jedoch abgesehen hat, weil die ökonomische Notwendigkeit und wettbewerbliche (und soziale) Rechtfertigung von Verlustpreisen durchaus anerkannt worden ist. Hinzu kommt, dass niedrige Preise nicht nur Ausdruck funktionierender Wettbewerbsprozesse sind, sondern dass die Preisbildung auch einen zentralen Wettbewerbsparameter der Marktteilnehmer darstellt. Die grundsätzliche Fragwürdigkeit einer gesetzlichen Preisuntergrenze wird



noch dadurch verstärkt, dass sich die Bestimmung des Einstandspreises in der Praxis als außerordentlich schwierig und im Einzelfall als umstritten erweist und deshalb die Regelung mit gravierenden Rechtsunsicherheiten behaftet ist.

#### ***d) Die mit dem Verbot verfolgten Ziele widersprechen dem Zweck des GWB***

Der Gesetzgeber hat sich sowohl bei der Einführung als auch bei der Verschärfung des Verbots von Erwägungen leiten lassen, die dem Gesetzeszweck widersprechen. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB erklärtermaßen dazu dienen soll, bestimmte Gruppen wie kleinere Unternehmen oder die Landwirtschaft vor Preiswettbewerb zu schützen, die Landwirtschaft zu fördern und die von den Händlern angebotene Lebensmittelqualität zu verbessern. Dabei wurde außer Acht gelassen, dass mit der Vorschrift des § 3 GWB (Mittelstandskartelle) und der Möglichkeit zur Bildung von Verbundgruppen bereits wirksame Instrumente zum Schutz kleinerer Unternehmen bestehen und daher kein Bedarf besteht, eine weitere Schutzvorschrift zu normieren (vgl. hierzu auch Gliederungspunkt II.2.d.aa.).

Durch die Einführung des Verbots des Verkaufs unter Einstandspreis wird darüber hinaus im Ergebnis der eigentliche Zweck des GWB, die Gewährleistung des freien Wettbewerbs, konterkariert.

Weiterhin entspricht es nicht dem Zweck des GWB, als Instrument zur Verbesserung der Lebensmittelqualität oder zum Schutz der Bauern eingesetzt zu werden.

#### ***e) Regelung ist ungeeignet zur Erreichung der sachfremden Ziele***

Die Erfahrungen zeigen, dass das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis nicht nur schädliche Auswirkungen auf den Wettbewerb hat (vgl. Gliederungspunkt II.2.a.) und damit den Verbrauchern schadet, sondern selbst zur Erreichung der propagierten – allerdings mit der deutschen Wettbewerbsordnung grundsätzlich unvereinbaren – Zielsetzung vollständig ungeeignet ist.

#### ***aa) Das Verbot verhindert nicht die Verdrängung kleinerer Händler vom Markt***

Der Verkauf unter Einstandspreis hat praktisch keine Auswirkungen auf eine mögliche Verdrängung kleinerer Händler. Die Verdrängung kann vor allem daraus resultieren, dass kleinere Händler aufgrund ihres geringeren Umsatzes mitunter keine so günstigen Mengenkonditionen wie große Händler bei den Herstellern erzielen können und dadurch veranlasst werden, ihre Waren zu höheren Preisen als ihre großen Konkurrenten anzubieten. Dieser Preisnachteil im Wettbewerb um den preisbewussten Verbraucher kann zur langsamen Marktverdrängung führen. Er besteht jedoch unabhängig davon, ob größere Händler ihre Ware über oder unter Einstandspreis verkaufen.

Als wirksames Mittel gegen die Verdrängung hat sich in der Vergangenheit der Zusammenschluss kleinerer Händler in Einkaufsgenossenschaften erwiesen. Auf diese Weise können sich kleinere und mittelständische Händler Einkaufskonditionen sichern, die denen der Großunternehmen entsprechen und somit am Markt wettbewerbsfähig bleiben. Auch Einkaufskooperationen mittelgroßer Händler haben zur Wettbewerbsfähigkeit dieser Marktteilnehmer erheblich beigetragen. Die Exis-



tenz von weit über 100.000 selbstständigen, häufig in Verbundgruppen zusammengeschlossenen Händlern ist ein gewichtiges Argument gegen die Behauptung, dass kleinere Händler in Deutschland zunehmend vom Markt verdrängt würden. Zu ihrer Existenzsicherung hat allerdings das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis keinen Beitrag geleistet.

### **bb) Das Verbot hilft auch nicht der Landwirtschaft**

Die Annahme, dass das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis automatisch der Landwirtschaft zu mehr Erträgen verhelfen würde, ist irrig. Dies ergibt sich schon aus der Tatsache, dass die geringen Erträge der Landwirte häufig aus dem politisch gewünschten Strukturwandel resultieren, wie auch die Sektoruntersuchung Milch belegt. Die Regulierung – und Erhöhung – des Verkaufspreises des Einzelhändlers verpflichtet zudem weder die Händler noch die Hersteller, den höheren Preis an die folgende Stufe in der Wertschöpfungskette weiterzureichen. Nicht auszuschließen ist dagegen, dass die Hersteller versuchen werden, auf Grundlage eines tendenziell höheren Ladenverkaufspreises einen höheren Abgabepreis in den Verhandlungen mit den Einzelhändlern durchzusetzen, diesen aber nur sehr bedingt an die Landwirtschaft weiterzureichen, um so ihren Gewinn zu maximieren. Welcher Einkaufspreis vom Einzelhändler an den Hersteller oder vom Hersteller an den Landwirt gezahlt wird, hängt allein vom Verhandlungsgeschick und der relativen Marktmacht der jeweiligen Beteiligten ab. Die Landwirtschaft wird von höheren Preisen im Einzelhandel daher nicht zwangsläufig profitieren.

### **cc) Das Verbot trägt nichts zur Erhöhung der Lebensmittelqualität bei**

Die Idee, die Lebensmittelqualität über das Kartellrecht regeln zu wollen, befremdet. Jedenfalls wird auch hier irrig ein Automatismus vermutet. Völlig unberücksichtigt bleibt dabei, dass die Qualität der verkauften Lebensmittel auch etwas mit der generellen Präferenz des Verbrauchers zu tun haben kann. Außerdem sind weder die Hersteller noch die Händler verpflichtet, bei höheren Preisen auch höherwertige Produkte anzubieten, zumal vom Preis eines Produktes bekanntermaßen nicht zwangsläufig auf seine Qualität geschlossen werden kann. Gerade die zahlreichen Handelsmarken beweisen das Gegenteil und werden gerade wegen ihres guten Preis-Leistungs-Verhältnisses besonders häufig vom Verbraucher nachgefragt. Auch stellt ein höherer Preis keinen Beleg dafür dar, dass ein Produkt per se gesünder ist als ein preisgünstigeres. Auch hier kann das Gegenteil der Fall sein.



### III. Zusammenfassung

---

Das Verbot des Verkaufs von Waren unter Einstandspreis in § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB diktiert den Händlern faktisch einen Mindestpreis und stellt somit einen schweren Eingriff in ihre Wettbewerbsfreiheit dar. Dieser Eingriff wird durch kein Mehr an Schutz des freien Wettbewerbs gerechtfertigt.

Der Einführung und Verschärfung des Verbots lagen wettbewerbsfremde Erwägungen wie der Schutz kleinerer Händler und der Landwirtschaft vor den langfristigen Folgen eines verschärften Wettbewerbs zugrunde. Selbst diese sachfremden Ziele können jedoch durch das Verbot nicht erreicht werden. Demgegenüber entsteht durch das Verbot die Gefahr höherer Verbraucherpreise.

Der § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB sollte daher mit der 9. Novelle des GWB komplett gestrichen werden. Mindestens muss die für 2017 geplante Aufhebung der Verschärfung vorgezogen werden.