

# Positionspapier

---

**Zum Endbericht „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“ der Wissenschaftler Haucap, Kerber, Schweitzer und Welker**

Stand: 14.06.2019



## I. Hintergrund

---

Im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie haben die Wissenschaftler Prof. Dr. Justus Haucap, Prof. Dr. Wolfgang Kerber, Prof. Dr. Heike Schweitzer und Robert Welker unter besonderer Berücksichtigung der Digitalisierung untersucht, ob das geltende Kartellrecht hinreichende und effiziente Reaktionen auf neuartige Gefahren für den freien Wettbewerb ermöglicht. Im Zentrum der Untersuchung stand die Frage, ob der geltende kartellrechtliche Rahmen ein rechtzeitiges Eingreifen der Kartellbehörden erlaubt, so dass Schäden für den freien Wettbewerb durch Marktmachtmissbrauch frühzeitig verhindert werden können. Die Untersuchung basiert auf einer Verabredung der Regierungsparteien im Koalitionsvertrag. Danach soll die wettbewerbsbehördliche Aufsicht weiterentwickelt werden, um Missbrauch von Marktmacht vor allem auf sich schnell verändernden Märkten zügig und effektiv abstellen zu können (Koalitionsvertrag S. 61, Zeilen 2771 ff.)

## II. Erweiterung des Anwendungsbereichs

---

Im Rahmen der Studie wurde geprüft, ob eine Änderung der Grundstruktur des Missbrauchsverbots durch eine Absenkung der geltenden Interventionsschwelle erforderlich ist. Dies wird im Ergebnis zwar abgelehnt, da mit § 20 GWB bereits eine Norm existiere, die ein staatliches Eingreifen in die Wettbewerbsprozesse bereits bei Vorliegen relativer Marktmacht, also jenseits existierender Marktbeherrschung, erlaubt und somit die Interventionsschwelle bereits für bestimmte Fallkonstellationen absenkt. Empfohlen wird aber eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Missbrauchsaufsicht bei relativer Marktmacht (§ 20 GWB).

Die Wissenschaftler schlagen vor, zur Erweiterung des Anwendungsbereichs der Missbrauchsaufsicht die Beschränkung des Schutzbereichs gemäß § 20 GWB auf kleine und mittlere Unternehmen zu streichen. Dies sei geboten und angemessen, weil einschlägige Abhängigkeitslagen auch für große Unternehmen entstehen könnten.

Die Pläne der Wissenschaftler, die Beschränkung des Schutzbereichs der Missbrauchsaufsicht gemäß § 20 GWB zu streichen, werden vom HDE abgelehnt, da sie im Einzelhandel zu einer unverhältnismäßigen Überregulierung führen würden.



## 1. Einbeziehung von Großunternehmen in den Schutzbereich

Die Regelung des § 20 i. V. m. § 19 GWB soll eigentlich den Mittelstand schützen. Nach den Vorschlägen der Wissenschaftler sollen nun aber auch große, ggf. sogar international agierende Industrieunternehmen in den Schutzbereich der Norm einbezogen werden. Dies widerspricht der eigentlichen Intention der Regelung. Danach sollen grundsätzlich schwächere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager bestimmter Waren oder Dienstleistungen – auch im Interesse der Verbraucher – vor missbräuchlichem Marktverhalten großer, marktbeherrschender oder mindestens marktstarker Unternehmen geschützt werden. Große, ggf. sogar international agierende Industrieunternehmen sind offensichtlich nicht in diesem Sinne schutzbedürftig. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs würde damit zu einem sehr grundsätzlichen und verfehlten Wechsel der Zielrichtung im Bereich der Missbrauchsaufsicht bei relativer Marktmacht führen, weil die Schutzrichtung vom Mittelstand auf Großunternehmen verschoben werden würde.

Für den Schutz von Großunternehmen sah der Gesetzgeber aber im Zuge der 5. GWB-Novelle im Jahr 1989 gerade keine Notwendigkeit und beschränkte den Schutzbereich der Norm auf kleine und mittlere Unternehmen, um das Verbot „auf das Maß des Erforderlichen“ zu beschränken (BT-Drs. Nr. 11/4610, S. 11 ff.). Auf diese Weise berücksichtigt der Gesetzgeber seit nunmehr fast 20 Jahren die Tatsache, dass die Regeln des § 20 GWB zwangsläufig mit Eingriffen in die Vertragsfreiheit verbunden sind, die sich aber nur rechtfertigen lassen, wenn sie verhältnismäßig ist. Die Einbeziehung von Großunternehmen in den Anwendungsbereich geht aber auch nach richtiger Wertung des Gesetzgebers offensichtlich über das erforderliche Maß hinaus und hält einer Verhältnismäßigkeitsprüfung daher nicht stand.

Wie im Folgenden gezeigt werden wird, gilt dies besonders für die Verhältnisse in der Lebensmittellieferkette.

## 2. Unverhältnismäßige Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung in der Lebensmittellieferkette

Der Begriff der „unbilligen Behinderung“ des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist denkbar weit und durch die Rechtsprechung nur unzureichend konkretisiert worden. Auf eine Erweiterung des Anwendungsbereichs dieser ohnehin problematischen und in der Praxis schwer handhabbaren Norm, die mit zahlreichen Rechtsunsicherheiten verbunden ist, sollte daher verzichtet werden.



Als „Behinderung“ im Sinne der §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 20 Abs. 1 GWB wird nämlich jede „Beeinträchtigung der Betätigungsmöglichkeit eines anderen Unternehmens im Wettbewerb“ definiert. Das Tatbestandsmerkmal der „unbilligen Behinderung“ kann auf dieser Grundlage sehr weit ausgelegt werden und erfasst einen schwer absehbaren Kreis von Verhaltensweisen.

Wenn das Vorliegen einer „unbilligen Behinderung“ festgestellt wird, hängt die Zulässigkeit dieses Verhaltens noch davon ab, ob sie im Rahmen einer Interessenabwägung im Einzelfall als gerechtfertigt anzusehen ist. Der Ausgang der Interessensabwägung ist von den Marktteilnehmern im Rahmen der Selbsteinschätzung aber oft nicht rechtssicher zu prognostizieren. Fraglich ist beispielsweise, wie es sich auf die Beurteilung der Zulässigkeit einer „unbilligen Behinderung“ auswirkt, wenn eine relative Abhängigkeit nur bei einem einzelnen (ggf. betroffenen) Produkt besteht und der Hersteller gleichzeitig eine große Produktpalette liefert, die auch „must-have-Produkte“ umfasst. Wegen der daraus resultierenden Rechtsunsicherheiten verbunden mit den drohenden Bußgeldern in Höhe von bis zu 10 Prozent des Gesamtumsatzes der relevanten wirtschaftlichen Einheit besteht die Gefahr, dass aus Gründen einer (übertriebenen) Risikoprävention im Rahmen der Selbsteinschätzung von den Unternehmen auch Verhaltensweisen als problematisch bewertet werden, die eigentlich von der Norm nicht erfasst werden sollen und bisher tatsächlich als zulässig bewertet werden.

Dies ist insbesondere problematisch, wenn das Verhältnis zwischen zwei großen Marktteilnehmern betroffen ist und ein größeres Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels auf diese Weise de facto in seinen Handlungsspielräumen auch gegenüber großen, international agierenden Großunternehmen beschränkt wird. Dies kann dazu führen, dass bei einer entsprechenden Erweiterung des Schutzbereichs harte Verhandlungen zwischen dem Lebensmitteleinzelhandel und großen Industrieunternehmen in der Praxis ausgeschlossen, mindestens aber de facto weiter eingeschränkt würden, auch wenn der BGH in seiner aktuellen Entscheidung vom 23.01.2018 (Az. KVR 3/17) festgestellt hat, dass harte Verhandlungen weiterhin grundsätzlich möglich sein sollen.

### 3. Überregulierung durch „Anzapfverbot“ und „Verbot der unbilligen Behinderung“

Diese Beschränkung der Verhandlungsspielräume würde noch neben das bereits bestehende Verbot des Forderns ungerechtfertigter Vorteile („Anzapfverbot“, § 19 Abs. 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB) treten. Auf eine damit verbundene Überregulierung der vertikalen Vertragsbeziehungen durch zwei in die gleiche Richtung zielende Regelungen



sollte aber unbedingt verzichtet werden, um unverhältnismäßige Beschränkungen der Verhandlungsspielräume zu vermeiden.

Trotz der Bedenken des HDE ist der Schutzbereich des „Anzapfverbots“ im Jahr 2007 mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels auch auf Großunternehmen erweitert worden. Gleichzeitig wurde in der Folge die Anwendbarkeit der Regelung durch die Einführung des neuen Verhältnismäßigkeitserfordernisses erschwert.

Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ist aber beim „Anzapfverbot“ in der Praxis nur schwer und mit erheblichen Rechtsunsicherheiten durchzuführen, da umfangreiche Konditionenpakete verhandelt werden und eine Gegenüberstellung von Forderung und angebotener Leistung daher für die Feststellung der Forderung ungerechtfertigter Vorteile nicht weiterführt. Nach diesem Ansatz müssten die einzelnen Konditionen nämlich isoliert betrachtet werden, obwohl richtigerweise auch nach der Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 23.01.2018, Az. KVR 3/17 – „Hochzeitsrabatte“) das gesamte Paket bewertet werden muss. Die daraus resultierenden Rechtsunsicherheiten können die Händler nur vermeiden, wenn sie im Zuge einer harten Risikoprävention die Konditionentitel und angebotenen Leistungsarten massiv reduzieren und sich auf die Forderung sicherer Konditionen, mit denen hinreichende praktische Erfahrungen bestehen, beschränken.

Die so vom Gesetzgeber begründete Tendenz zu einem verarmten und verkrusteten Konditionengefüge führt schon für sich allein zu weniger innovativen Verhandlungen und einem eingeschränkten Konditionenwettbewerb. Dieser Effekt würde durch eine Anwendung des Behinderungsverbots (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 20 Abs. 1 GWB) auf das Verhältnis zwischen Großunternehmen noch erheblich verstärkt.

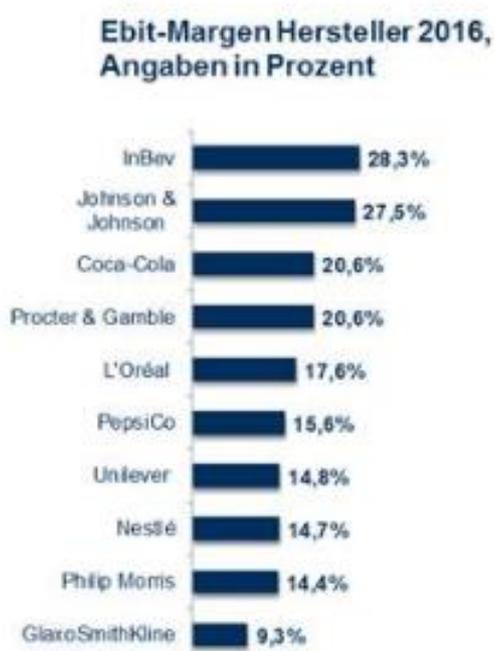
Während der Lebensmitteleinzelhandel als Abnehmer aber in der Freiheit der Konditionengestaltung zunehmend beschränkt wird, bleiben die Hersteller in den Möglichkeiten ihrer Preisgestaltung frei. Für das Verhältnis zwischen den Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels und der herstellenden Industrie wird die vorgeschlagene Erweiterung des Anwendungsbereichs der Missbrauchsaufsicht bei relativer Marktmacht daher zu einer unverhältnismäßigen Überregulierung führen. Diese de facto einseitige Regulierung zu Lasten des Einzelhandels als Abnehmer wird unter Berücksichtigung der hochkonzentrierten Herstellerseite das bereits labile, aber für die Funktion der Lieferkette erforderliche Gegengewicht des Handels zu Gunsten der Herstellerseite weiter reduzieren, die Verhandlungsposition der Einzelhandelsunternehmen schwächen und gleichzeitig große Lebensmittelhersteller stärken.

#### 4. Kein Machtungleichgewicht in der Lebensmittellieferkette

Die Erweiterung des Schutzbereichs auf Großunternehmen mit der daraus resultierenden Verschiebung der Machtverhältnisse in den Vertragsverhandlungen wäre für den Lebensmitteleinzelhandel besonders problematisch, weil auf jeden Fall im Verhältnis zu großen Industrieunternehmen kein Marktgleichgewicht besteht und die provozierten Effekte daher wettbewerbsökonomisch besonders problematisch sind.

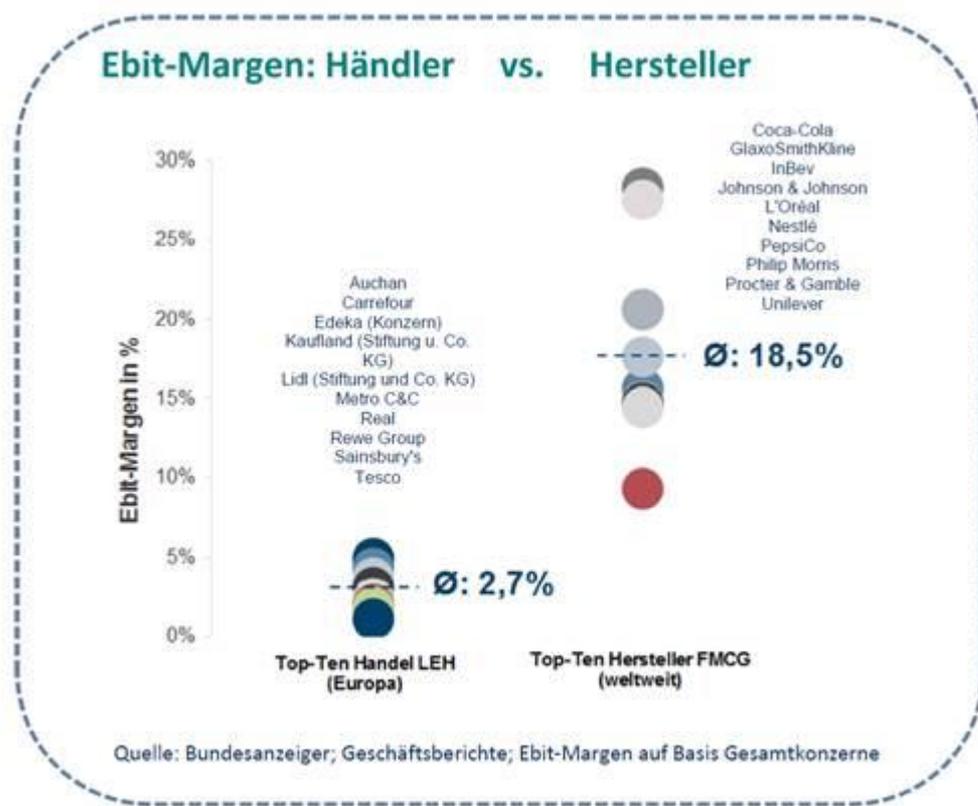
Tatsächlich ist auf der Herstellerstufe eine erhebliche Konzentration festzustellen. Das Bundeskartellamt hat im Rahmen der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel festgestellt, dass auf Herstellerseite eine heterogene Spitzengruppe von jeweils höchstens vier Unternehmen in allen untersuchten Beschaffungsmärkten den wesentlichen Teil des Angebots auf sich vereint (S. 155 ff.). Häufig sind die Händler zudem von den großen Industrielieferanten abhängig, wenn sie „must-have-Produkte“ anbieten, auf die der Handel im Sortiment nicht verzichten kann, weil die Kunden sonst ihren Einkauf vollständig bei einem Wettbewerber tätigen und der Händler erheblichen Umsatz – über den Umsatz mit dem konkreten „must-have-Produkt“ hinaus – verlieren würde.

Auf dieser Basis können in der Praxis bereits heute Industrieunternehmen im Vergleich zum Lebensmitteleinzelhandel erheblich höhere Gewinne realisieren:



Quelle: Bundesanzeiger, Geschäftsberichte, Ebit-Margen auf Basis Gesamtkonzern

Während die Margen der großen Konsumgüterhersteller im Durchschnitt bei 18,5 Prozent liegen, können die europäischen Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen im Durchschnitt lediglich Margen von 2,7 Prozent erreichen.



Die teilweise überlegene Verhandlungsposition der großen Konsumgüterhersteller kommt aber nicht nur in den signifikant höheren Gewinnen, sondern auch in der Tatsache zum Ausdruck, dass die Hersteller dem Einzelhandel während laufender Rahmenkaufverträge zum Teil erhebliche Einkaufspreiserhöhungen auferlegen können, ohne hierzu nachvollziehbare Gründe zu nennen bzw. nennen zu können.

Der Einzelhandel verfügt also keineswegs über eine überlegene Nachfragemacht. Im Gegenteil verhandeln Industrie und Handel mindestens auf Augenhöhe miteinander. Indizien sprechen sogar für eine deutlich überlegene Machtposition der großen Markenartikelhersteller.

Die Erweiterung des Anwendungsbereichs in der Missbrauchsaufsicht bei relativer Marktmacht auch auf große Industrieunternehmen würde also die Verhandlungsposition



der großen Lieferanten stärken und die bereits tendenziell bestehende Schieflage in den Machtverhältnissen zusätzlich und unverhältnismäßig zu Lasten des Lebensmitteleinzelhandels beeinflussen.

#### 5. Nachteile für die Verbraucher

Angesichts dessen besteht die Gefahr, dass das gerade noch halbwegs intakte Verhandlungsgleichgewicht zwischen Industrie und Lebensmitteleinzelhandel durch eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Missbrauchsaufsicht bei relativer Marktmacht erheblich gestört würde. Die großen Lebensmittelhersteller würden in die Lage versetzt, ihre preisrelevanten Positionen in den Vertragsverhandlungen mit dem Einzelhandel noch stärker als bisher durchzusetzen. In der Folge ist abzusehen, dass die Herstellermargen und die Verbraucherpreise steigen werden. Gleichzeitig wird der Innovationswettbewerb nachlassen, weil die Händler bei geringeren Margen weniger als bisher in die Entwicklung von Handelsmarken investieren können, so dass der Wettbewerb zwischen vergleichbaren Produkten unterschiedlicher Marken (Inter-Brand-Wettbewerb) gedämpft würde.



## IV. Zusammenfassung

---

Die Regelung des § 20 i. V. m. § 19 GWB soll eigentlich den Mittelstand schützen. Jetzt sollen nach dem Vorschlag der Wissenschaftler zur „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht“ auch große Industrieunternehmen in den Schutzbereich einbezogen werden. Dies wird vom HDE abgelehnt.

Für das Verhältnis zwischen den Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels und der herstellenden Industrie wird diese Maßnahme zu einer unverhältnismäßigen Überregulierung führen. Diese Gefahr besteht, weil der Begriff der „unbilligen Behinderung“ des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB denkbar weit ausgelegt werden kann und durch die Rechtsprechung nur unzureichend konkretisiert ist. Es ist nicht auszuschließen, dass bei einer entsprechenden Erweiterung des Schutzbereichs harte Verhandlungen zwischen dem Lebensmitteleinzelhandel und großen Industrieunternehmen ausgeschlossen würden. Diese Beschränkung der Verhandlungsspielräume würde noch neben das bereits bestehende und zuletzt mit der 9. GWB-Novelle erweiterte „Anzapfverbot“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB) treten. Eine solche Maßnahme wäre besonders problematisch, weil zwischen Lebensmitteleinzelhandel und Industrie kein Marktgleichgewicht zum Nachteil der Lebensmittelhersteller besteht, sondern die Stufen mindestens auf Augenhöhe miteinander verhandeln, wobei verschiedene Indizien sogar für einen Machtüberhang der konzentrierten Lebensmittelhersteller sprechen.

Die vorgeschlagene Erweiterung des Anwendungsbereichs würde also die Verhandlungsposition der großen Lieferanten zusätzlich und unverhältnismäßig gegenüber dem Lebensmitteleinzelhandel stärken. Aufgrund der damit drohenden Störung des ohnehin labilen Verhandlungsgleichgewichts besteht die Gefahr, dass in Folge einer Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 20 i. V. m. § 19 GWB die Verbraucherpreise steigen und der Innovationswettbewerb nachlassen werden.