

Bekanntmachung Nr. 124/2003
des Bundeskartellamtes
zur Anwendung des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB
(Angebot unter Einstandspreis)

A. Einleitung

1. Nach § 20 Abs. 4 GWB ist es verboten, kleine und mittlere Wettbewerber durch Ausnutzung überlegener Marktmacht unbillig zu behindern (Satz 1). Eine unbillige Behinderung stellt insbesondere das nicht nur gelegentliche Angebot von Waren und Dienstleistungen unter Einstandspreis dar, es sei denn, dies ist sachlich gerechtfertigt (Satz 2).

2. Ziel der Vorschrift ist der Schutz von kleinen und mittleren Unternehmen gegenüber unbilligen Behinderungspraktiken marktstarker Konkurrenten. Als Regelbeispiel für eine verbotene Behinderung ist durch die 6. GWB-Novelle das Angebot unter Einstandspreis ausdrücklich in die Vorschrift eingefügt worden. Das Verbot gilt allerdings nicht generell, sondern erstreckt sich nur auf marktmächtige Unternehmen sowie auf das nicht nur gelegentliche und sachlich nicht gerechtfertigte Anbieten unter Einstandspreis. Dagegen setzt das Verbot weder das Vorliegen einer Verdrängungsabsicht voraus noch den Nachweis objektiver Marktfolgen im Sinne einer nachhaltigen oder auch nur spürbaren Beeinträchtigung der Wettbewerbsverhältnisse kleiner und mittlerer Wettbewerber. Die Beweislast für die sachliche Rechtfertigung liegt bei dem unter seinem Einstandspreis anbietenden Unternehmen. Durch die Vorschrift wird der Grundsatz der freien Preisbildung nicht in Frage gestellt. Sie darf auch nicht dazu führen, dass durch eine Offenlegung der Einkaufspreise gegenüber anderen Unternehmen der Geheimwettbewerb um Konditionen und die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen außer Kraft gesetzt wird.

3. Vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtspraxis zum Angebot unter Einstandspreis war es auch dem Gesetzgeber der 6. GWB-Novelle klar, dass die Vorschrift mit ihren unbestimmten Rechtsbegriffen erhebliche Auslegungs- und Anwendungsprobleme aufwirft, deren Lösung bewusst der Verwaltungspraxis und Rechtsprechung überlassen wurde. Trotz dieser Probleme macht es die Gefahr der Verdrängung auch leistungsfähiger kleiner und mittlerer Unternehmen durch fortschreitende Konzentrationsprozesse erforderlich, im Interesse der Rechtsklarheit die Grenzen zulässigen (Preis-) Wettbewerbs aufzuzeigen. Auch im Hinblick darauf, dass es sich bei der Vorschrift um ein (Bußgeld-bewehrtes) Verbot handelt, muss für den Normadressaten erkennbar sein, welcher Preissetzungsspielraum ihm zur Verfügung steht.
4. Das Verbot des Angebots unter Einstandspreis hat in der Vergangenheit praktische Bedeutung vornehmlich im Einzelhandel erlangt. Die Mehrzahl der Fälle, in denen das Bundeskartellamt die neue Vorschrift angewandt hat, betraf den Lebensmitteleinzelhandel. Die in den bislang durchgeführten Verfahren gewonnenen Erkenntnisse liegen den folgenden Überlegungen zur Auslegung des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB zugrunde.
5. Diese Bekanntmachung tritt an die Stelle der Bekanntmachung Nr. 147/2000 vom 12. Oktober 2000.

B. Auslegungsgrundsätze

Die kartellrechtliche Prüfung, ob ein bestimmtes Preisverhalten unter das Verbot des § 20 Abs. 4 GWB fällt, erstreckt sich auf vier Tatbestandsmerkmale:

1. Überlegene Marktmacht

Normadressaten sind nur Unternehmen, die gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern, denen sie auf denselben sachlich und räumlich relevanten Märkten begegnen, eine überlegene Marktmacht besitzen.

Die Marktmacht ist allein im Vergleich zu den kleinen und mittleren Wettbewerbern zu bestimmen. Dabei sind im Wesentlichen die Kriterien des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB heranzuziehen, und zwar vornehmlich diejenigen Parameter, die für die Fähigkeit zu Angeboten unter dem Einstandspreis besonders relevant sind, wie insbesondere die Finanzkraft, die Sortimentsbreite oder der Zugang zu den Beschaffungsmärkten. So werden beispielsweise schon im Hinblick auf die unterschiedliche Finanzkraft selbständige, mittelständische Lebensmitteleinzelhändler (mit Gesamtumsatz < 50 Mio. €) regelmäßig gegenüber den großen Einzelhandelskonzernen (mit Gesamtumsatz > 500 Mio. €) als klein und mittelgroß anzusehen sein.

Für das Merkmal "überlegen" reicht es aus, wenn es im Verhältnis zu einem Teil der Wettbewerber, den kleinen und mittleren Unternehmen des Marktes, erfüllt ist. Dass daneben weitere große und auch größere Unternehmen auf dem Markt tätig sind, ist für das Tatbestandsmerkmal der überlegenen Marktmacht ohne Bedeutung. Jedenfalls ist das Merkmal regelmäßig erfüllt, wenn ein Unternehmen auf Märkten marktbeherrschend ist, auf denen auch kleinere und mittlere Wettbewerber tätig sind.

2. Nicht nur gelegentlich

Unter das Verbot fallen nur auf Dauer angelegte Unter-Einstandspreis-Angebote. Einzelaktionen, die sich ihrem Wesen nach eher als kurzfristige Werbeaktionen darstellen wie Einführungspreise bei Geschäftseröffnung oder sporadische Sonder- oder Lockvogelangebote, werden nicht vom Verbotstatbestand erfasst.

Angebote, die kontinuierlich oder diskontinuierlich - etwa als Sonderaktionen jeweils zum Wochenende - über mindestens drei Wochen andauern, sind nicht mehr als "nur gelegentliche" Werbeaktionen einzustufen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sich das fragliche Angebot immer auf dasselbe Produkt bezieht. Auch auf Dauer angelegte Unter-Einstandspreis-Angebote, die sich auf wechselnde Artikel beziehen, haben eine vergleichbare Wirkung und erfolgen daher nicht nur gelegentlich. Allerdings müssen sich die wiederkehrenden Angebote auf denselben (räumlichen) Markt beziehen, denn sonst wirken sie sich auf verschiedene (mittelständische) Wettbewerber aus und behindern jeden einzelnen von ihnen "nur gelegentlich". Etwas anderes kann gelten, wenn ein und derselbe kleine oder mittlere Anbieter selbst auf unterschiedlichen räumlich relevanten Märkten tätig ist. Die auf diesen unterschiedlichen Märkten geltenden Unter-Einstandspreise eines marktmächtigen Anbieters können auch als nicht nur gelegentlich eingestuft werden.

3. Unter-Einstandspreise

Bei der Feststellung des Einstandspreises einer Ware geht das Bundeskartellamt vom Listenpreis des Lieferanten (ohne Mehrwertsteuer) aus, von dem alle preiswirksamen Konditionen abgezogen werden, die ihren rechtlichen Grund in den zwischen dem Lieferanten und dem Abnehmer geschlossenen Beschaffungsverträgen haben. Entsprechend den tatsächlichen Einkaufsgewohnheiten zählen hierzu die sog. Jahresvereinbarungen, die den allgemeinen (Konditionen-) Rahmen für die Beschaffung bzw. Belieferung darstellen, und die zusätzlichen im Laufe eines Jahres getroffenen Vereinbarungen, die im Zusammenhang mit einer konkreten Warenbestellung oder auch unabhängig davon erfolgen können. Grundsätzlich geht das Bundeskartellamt davon aus, dass alle zwischen dem Lieferanten und Abnehmer vereinbarten Konditionen dem Absatz der Waren des Herstellers/Lieferanten dienen und daher warenbezogen und preisrelevant sind, auch wenn sie nicht ausdrücklich auf die Förderung bestimmter Waren oder Sortimentsteile Bezug nehmen. Leistungen und Vergünstigungen von Lieferanten sind daher grundsätzlich auch unabhängig von

ihrer Bezeichnung als preisrelevant einzubeziehen. Soweit im Einzelfall erkennbar Zahlungen ohne Warenbezug geleistet werden, bleiben diese ebenso unberücksichtigt, wie nachträglich bzw. rückwirkend vereinbarte oder geleistete Vergütungen.

Der Einstandspreis ist mithin nicht identisch mit dem für eine konkrete Einzellieferung in Rechnung gestellten Preis (Rechnungspreis), der nur die soweit direkt zurechenbaren Abzüge (Skonto, Rabatt etc.) enthält. Alle weiteren Konditionen (wie Jahresboni, Werbekostenzuschüsse, Verkaufsförderungsentgelte, Umsatzvergütungen etc.) werden anteilig berücksichtigt. Dabei wird beispielsweise ein Jahresbonus als Rabatt auf den Jahresumsatz betrachtet und mit dem entsprechenden Prozentsatz vom Rechnungspreis der jeweiligen Waren abgezogen. Das gilt auch für den Fall, dass Vergütungen ausdrücklich nur für die Förderung eines einzelnen Produktes, für befristete Verkaufsaktionen oder für einzelne Vertriebslinien vereinbart wurden, damit eine unangemessene Manipulation der Einkaufspreise ausgeschlossen werden kann. Allerdings können derartige Zuordnungen von Fördermaßnahmen im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung Berücksichtigung finden.

Voraussetzung für die Einbeziehung von Vergütungen, die dem Grunde nach pauschal vereinbart, der Höhe nach jedoch erst am Ende des Vertragszeitraums bzw. der Bezugsperiode geleistet werden, ist, dass sie mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zum Zeitpunkt der Preisfestsetzung zu erwarten sind, der Kaufmann also sein Handeln nach dieser Erwartung ausrichten kann. Darüber hinaus sind ungewisse, etwa von der Steigerung des Jahresumsatzes abhängige Rabatte so lange unbeachtlich, bis deren Gewährung hinreichend wahrscheinlich ist.

Im Ergebnis bedeutet das, dass alle Konditionen einbezogen werden, unabhängig davon, auf welche Weise (z. B. aufgrund von nicht missbräuchlich genutzter Nachfragemacht) sie zustande gekommen sind. Nicht abzusetzen sind allerdings solche (Vorzugs-) Konditionen, die rechtswidrig erlangt worden sind, wobei die Rechtswidrigkeit festgestellt oder evident sein muß. Darüber hinaus kann die Zulässigkeit von vereinbarten und tatsächlich

gewährten Konditionen im Rahmen von Verfahren nach § 20 Abs. 4 Satz 2 nicht gesondert geprüft werden.

Die Zahlungen von Lieferanten, die für den Abnehmer nur durchlaufende Posten darstellen und an diesen auch nicht teilweise zurückfließen, ihn also nicht bereichern, weil sie für konkrete Leistungen Dritter (Zeitungsanzeigen, Speditionsleistungen etc.) erfolgen, gehen nicht in den Einstandspreis ein. Auch anteilige Gemeinkosten der Beschaffung werden nicht in den Einstandspreis eingerechnet.

Zum Einstandspreis zählen hingegen die der konkreten Warenlieferung unmittelbar zurechenbaren Nebenkosten der Beschaffung (Verpackung, Transport, Fracht, Versicherung u. ä.), sofern der Abnehmer sie trägt.

Liegt der so bestimmte Einstandspreis über dem Angebotspreis der entsprechenden Ware (nach Abzug der darin enthaltenen Mehrwertsteuer), ist das Tatbestandsmerkmal des Angebots zu Unter-Einstandspreisen erfüllt.

Dies gilt stets auch dann, wenn ein konstanter Angebotspreis von einem sich erhöhenden Einstandspreis überschritten wird. In diesem Fall wäre grundsätzlich der Angebotspreis so weit zu erhöhen, dass er den neuen Einstandspreis nicht mehr unterschreitet. Gleichwohl kann hier im Einzelfall bei überraschenden Preiserhöhungen das kurzzeitige Beibehalten des Angebotspreises sachlich gerechtfertigt sein, sofern es sich nur um die Überbrückung bis zur Erschließung einer neuen Bezugsquelle handelt.

4. Sachliche Rechtfertigung

Das nicht nur gelegentliche Angebot unter Einstandspreis durch marktmächtige Unternehmen stellt grundsätzlich eine unbillige Behinderung dar, es sei denn, es ist (im Einzelfall) sachlich gerechtfertigt. Dabei obliegt dem Normadressaten die Darlegungs- und Beweislast, allerdings ist dadurch das Bundeskartellamt nicht von seiner Amtsermittlungspflicht entbunden.

Für die Prüfung der sachlichen Rechtfertigung ist von einer umfassenden Abwägung der Interessen der betroffenen Unternehmen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB auszugehen. Abzuwägen ist das Schutzinteresse von mittelständischen Einzelhändlern gegen Behinderungen überlegener Wettbewerber und das Interesse dieser Unternehmen, durch geeignete Maßnahmen, etwa auch durch ihre Preisgestaltung, die eigenen Wettbewerbschancen zu verbessern. Für die Abwägung spielt auch die Zielrichtung (z. B. Verdrängungsabsicht) und das Ausmaß der Beeinträchtigung der Wettbewerbsbedingungen insofern eine Rolle, als eine sachliche Rechtfertigung bei Verdrängungsabsicht und einer nachhaltigen Gefährdung wettbewerblicher Marktstrukturen ausgeschlossen sein dürfte. Bei der Einbeziehung des Ausmaßes der Beeinträchtigung ist allein auf die Wirkungen gegenüber den kleinen und mittleren Wettbewerbern abzustellen, die als wichtiger Wettbewerbsfaktor vor Verdrängung geschützt werden sollen. Die Prüfung der sachlichen Rechtfertigung erfordert mithin eine Würdigung der Gesamtumstände des Einzelfalls, einschließlich von Zweifelsfragen, die im Zusammenhang mit der Feststellung der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen bestehen. Einzelfaktoren, die in die Gesamtbetrachtung einfließen, werden für sich allein in der Regel keine sachliche Rechtfertigung begründen.

Als sachliche Rechtfertigung kommen in erster Linie betriebswirtschaftliche Notlagen in Betracht. Hierzu zählen der physische, technische oder modebedingte "Verderb" von Waren, aber auch das Angebot bei drohender Insolvenz oder im Zuge der Liquidation des Geschäfts (soweit diese Angebote überhaupt nicht nur gelegentlich erfolgen). In begrenztem Umfang kann auch für eine Einführungsphase der Neueintritt eines Unternehmens in einen Markt eine sachliche Rechtfertigung darstellen. Ein Neueintritt eines Unternehmens liegt jedoch bei bloßem Inhaberwechsel, etwa durch Unternehmensübernahme oder durch Unternehmenszusammenschluss, nicht vor.

Ferner sind die gemeinsamen Interessen des Handelsunternehmens und seiner Lieferanten an einer Verkaufsförderung bestimmter Produkte durch

produktbezogene Boni und Sondervergütungen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Werden entsprechende Maßnahmen vereinbart, ohne dass die damit gewährten Vergütungen in vollem Umfang in den Einstandspreis einfließen, kann die Unterschreitung des oben unter Ziffer 3 eng definierten Einstandspreises gerechtfertigt sein. Dies gilt auch für Anreizkonditionen wie Steigerungsboni u. ä., die zum Zeitpunkt des Angebots nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststanden und daher in die Berechnung des Einstandspreises nicht einzubeziehen waren.

Der Eintritt in (niedrige) Wettbewerbspreise stellt für sich allein noch keine sachliche Rechtfertigung dar. Anzuerkennen ist zwar das grundsätzlich bestehende Recht, Abwehrmaßnahmen gegen aggressive Preispraktiken von Konkurrenten zu ergreifen. Jedoch ist bei der umfassenden Interessenabwägung vor allem auf die Wettbewerbssituation der von § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB geschützten kleinen und mittleren Unternehmen abzustellen.

Deswegen ist eine Rechtfertigung nahezu ausgeschlossen, wenn es sich bei den Wettbewerbspreisen um rechtswidrige Unter-Einstandspreise von anderen Normadressaten handelt. Denn in diesem Fall würde sich ansonsten die Behinderungswirkung zu Lasten der kleinen und mittleren Wettbewerber noch weiter verschärfen. Eine Rechtfertigung ist auch dann im Regelfall ausgeschlossen, wenn es sich bei den Wettbewerbspreisen um rechtmäßige Übereinstandspreis-Angebote von anderen Normadressaten mit besseren Einkaufskonditionen handelt. Denn auch in diesem Fall setzt der Normadressat entgegen der gesetzgeberischen Absicht seine Größenvorteile zu Lasten der kleinen und mittleren Wettbewerber ein (selbst wenn seine Maßnahme seiner Intention nach auf den anderen Normadressaten abzielt). Beim Einsteigen auf die Preise von anderen Normadressaten wird folglich eine sachliche Rechtfertigung nur in Ausnahmefällen denkbar sein, z.B. bei der Gefahr unzumutbar starker Umsatzeinbrüche.

Im Einzelfall zu prüfen ist die sachliche Rechtfertigung in den – eher theoretischen – Fällen, in denen ein Normadressat von rechtmäßigen Unter-Einstandspreisen kleiner und mittlerer Wettbewerber unterboten wird. Auch dabei wird der Normadressat die Vorstöße einzelner hinzunehmen haben.

Nur wenn diese ein gewisses Ausmaß erreichen, könnte ggf. ein Einsteigen im Hinblick auf die jeweils betroffenen Produkte zulässig sein.

Schließlich kommt eine sachliche Rechtfertigung in Betracht, wenn sich der Einstandspreis überraschend erhöht und den bisherigen Angebotspreis überschreitet. Auch in diesem Falle ist das Angebot jedoch im Regelfall nur für einen kurzen Zeitraum bis zur Erschließung einer neuen Bezugsquelle gerechtfertigt. Bei der Bemessung dieses Zeitraums ist ferner zu berücksichtigen, ob die Erhöhung des Einstandspreises allein auf einer Entscheidung des Lieferanten beruht oder ob Dritte wettbewerbswidrig auf den Einstandspreis Einfluss genommen haben.

C. Vorbehalt

Diese Überlegungen zur Anwendung des Verbots des Angebots unter Einstandspreisen basieren auf den Erfahrungen der bisherigen Rechtspraxis zum Verbot der unbilligen Behinderung und auf der noch jungen Fallpraxis zu der neuen Vorschrift des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB sowie der hierzu ergangenen Rechtsprechung. Im Lichte neuer Erkenntnisse, insbesondere in weiteren Verfahren, werden diese Überlegungen weiterzuentwickeln sein. Es versteht sich von selbst, dass eine abschließende Feststellung des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls möglich ist. Hierbei sind dann auch spezifische Verhältnisse einzelner Wirtschaftsbereiche zu beachten.

Bonn, den 4. August 2003

Bundeskartellamt

- Der Präsident -

Dr. Böge