

ORDNUNGSPOLITISCHE PERSPEKTIVEN

Nr 22

Einschränkungen der
Preisgestaltung im
Einzelhandel aus
wettbewerbsökonomischer
Perspektive

Justus Haucap,
Gordon J. Klein

Januar 2012

IMPRESSUM

DICE ORDNUNGSPOLITISCHE PERSPEKTIVEN

Veröffentlicht durch:

Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE), Universitätsstraße 1,
40225 Düsseldorf, Deutschland

Herausgeber:

Prof. Dr. Justus Haucap
Düsseldorfer Institut für Wettbewerbsökonomie (DICE)
Tel: +49(0) 211-81-15125, E-Mail: haucap@dice.hhu.de

DICE ORDNUNGSPOLITISCHE PERSPEKTIVEN

Alle Rechte vorbehalten. Düsseldorf 2012

ISSN 2190-992X (online) - ISBN 978-3-86304-622-4

Einschränkungen der Preisgestaltung im Einzelhandel aus wettbewerbsökonomischer Perspektive¹

Justus Haucap²

Gordon J. Klein

Januar 2012

Heinrich-Heine Universität Düsseldorf

Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE)

¹ Der vorliegende Aufsatz basiert auf einem Vortrag, den Justus Haucap auf dem Abschiedssymposium für Dieter Ahlert am 27. Januar 2011 an der Universität Münster gehalten hat und der im zugehörigen Tagungsband erscheint. Wir danken Ulrich Heimeshoff, Claudia Kaschka und Vanessa von Schlippenbach für Kommentare und Hinweise. Für alle verbleibenden Fehler sind die Autoren verantwortlich.

² Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Universitätsstr. 1, 40225 Düsseldorf, Tel. +49 211 8115494, Email: haucap@dice.hhu.de.

1. Einleitung

Sowohl in Deutschland als auch in vielen anderen Ländern (vgl. z. B. Competition Commission, 2008) hat die Konzentration im Handel, und hier insbesondere im Lebensmitteleinzelhandel, in den letzten Jahrzehnten deutlich zugenommen. Dem Bundeskartellamt zufolge vereinen die vier größten Handelsunternehmen in Deutschland inzwischen rund 85% des Absatzmarktes auf sich.³ Angesichts der fortschreitenden Konzentration werden weitere Fusionsvorhaben durch das Bundeskartellamt nun zunehmend skeptisch beurteilt. So musste *EDEKA* im Jahr 2011 einen Großteil seiner Übernahmepläne aufgeben, um schließlich einige Standorte des mittelständischen Lebensmitteleinzelhändlers *Ratio* übernehmen zu können.

Zugleich haben eine Reihe von Kartellverstößen auf Seiten von Konsumgüterherstellern (wie z. B. bei Kaffee, Schokolade oder Waschmitteln) den Verdacht genährt, dass der Handel eine Rolle bei der Organisation der Preisabsprachen gespielt haben könnte, indem diese als sog. Hub- and Spoke-Kartelle organisiert wurden. Am 14. Januar 2010 hat das Bundeskartellamt daher elf Unternehmen des Lebensmittelhandels, des Drogeriewaren- und Tierbedarfshandels sowie vier Hersteller von Konsumgütermarken durchsucht. Parallel wurden schriftlich Verfahren gegen weitere Handelsunternehmen eingeleitet. Im Kern geht es um den Verdacht vertikaler Preisabsprachen zwischen Markenherstellern und Einzelhändlern, die dazu dienen, auch horizontal ein Kartell in Bezug auf bestimmte Konsumgütermarken zu organisieren.

In der Folgezeit ist eine nicht unerhebliche Verunsicherung darüber entstanden, welche Formen der vertikalen Abstimmung als kartellrechtswidrig einzustufen sind und welche nicht. Unmittelbar relevant ist diese Frage für die betroffenen Unternehmen vor allem auch deswegen, weil sie nur dann eine Reduktion des Bußgelds erhalten können, wenn die Unternehmen keine erneuten Kartellrechtsverstöße begehen. Um diese Unsicherheit zu reduzieren, hat das Bundeskartellamt daher am 13. April 2010 den betroffenen Unternehmen eine vorläufige Bewertung bestimmter Geschäftspraktiken in Form einer Handreichung des Vorsitzenden der zuständigen 11. Beschlusskammer zukommen lassen (vgl. Bundeskartellamt, 2010). Im Kern geht es um die Frage, wann eine zulässige

³ http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/aktuelles/presse/2011_02_14.php

unverbindliche Preisempfehlung (UVP) des Herstellers in eine verbotene Preisbindung umschlägt. Das elfseitige Schreiben sollte also eine Hilfestellung für die Unternehmen sein, die bei den Ermittlungen mit dem Bundeskartellamt kooperieren. Ob dieses Ziel erreicht wurde, ist zumindest fraglich. Nach Darstellung der betroffenen Unternehmen hat sich die Verunsicherung bei den Unternehmen eher noch vergrößert. In jedem Fall hat das Schreiben nicht unerhebliche Proteste und Unmutsäußerungen provoziert (vgl. dazu exemplarisch Seidel, 2011).

Gut ein Jahr nach den o. g. Durchsuchungen, am 14. Februar 2011, gab das Bundeskartellamt dann öffentlich auch noch bekannt, dass es eine Sektoruntersuchung zu den Beschaffungsmärkten im Lebensmitteleinzelhandel eingeleitet habe. Nach § 32e GWB kann das Bundeskartellamt einen bestimmten Sektor detailliert untersuchen, wenn besondere Umstände vermuten lassen, dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist (sog. Sektoruntersuchung). Es handelt sich dabei (zunächst) nicht um Verfahren gegen bestimmte Unternehmen, sondern um eine allgemeine Branchenuntersuchung. Die Sektoruntersuchung des Lebensmittelhandels soll nun anhand von ausgewählten Produktgruppen feststellen, welche Nachfragemacht einzelne Handelsunternehmen besitzen. Genauer ausgedrückt soll ermittelt werden, ob und in welchem Ausmaß die führenden Handelsunternehmen auf der Nachfrageseite Vorteile gegenüber ihren Wettbewerbern genießen und welche Auswirkungen solche Vorteile auf den Wettbewerb auf den Absatzmärkten haben. Ob das Bundeskartellamt letztendlich in Folge der Sektoruntersuchung Verfahren gegen einzelne Unternehmen einleiten wird und wie sich die Sektoruntersuchung auf die o. g. Verfahren gegen Einzelhändler und MarkenproduktHersteller auswirkt, ist noch nicht klar.

In dem hier vorliegenden Beitrag soll keine kartellrechtliche Würdigung der Ereignisse vorgenommen werden, sondern eine dezidiert wettbewerbsökonomische Betrachtung insbesondere von Preisbindungen erfolgen, da explizite und implizite Preisbindungen im Fokus der aktuellen Debatte stehen. Es geht darum, welche Effekte Preisbindungen zwischen Herstellern und Händlern für den Wettbewerb auf den verschiedenen Marktstufen und letztlich auch für die Verbraucher haben. In der wettbewerbs- und institutionenökonomischen Literatur gibt es insbesondere zum Thema der vertikalen Beschränkungen

inzwischen eine durchaus umfangreiche Literatur, die ausführlich die pro- und anti-kompetitiven Wirkungen von vertikalen Absprachen würdigt (vgl. z. B. Verouden, 2008; Rey und Vergé, 2008). Auf diese Literatur greifen wir im Folgenden zurück. Darüber hinaus werden wir, gewissermaßen als *Ceterum censeo*, auf die Ineffizienz des Verbots von Verkäufen unter Einstandspreise hinweisen, welches ebenfalls die preisliche Gestaltungsfreiheit im Einzelhandel beschränkt.

Im Kern stellt sich der momentane Rechtsrahmen für die Preissetzung im Lebensmittel-einzelhandel so dar, dass sowohl vertikale Preisbindungen als auch Verkäufe unter Einstandspreisen heute weitgehend untersagt sind, obwohl beide Praktiken durchaus effizienzfördernde Wirkungen haben können. Daher wäre ein Abrücken von einem strikten per-se-Verbot in beiden Fällen geboten.

Der Rest unseres Beitrags ist nun wie folgt gegliedert: Im nächsten Abschnitt werden wir auf die Logik vertikaler Beschränkungen ganz allgemein eingehen, bevor in Abschnitt 3 explizit die Vor- und Nachteile vertikaler Preisbindungen analysiert werden. Im Wesentlichen geht es dabei um effizienzsteigernde Maßnahmen einerseits und marktmachterhaltende oder kartellierende Auswirkungen andererseits. In Abschnitt 4 werden wir die wettbewerbspolitischen Implikationen unserer Analyse erörtern, bevor in Abschnitt 5 das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreisen, wie es in §20 Abs. 4 GWB momentan geregelt ist, diskutieren. Der Beitrag endet mit unserem Fazit in Abschnitt 6.

2. Vertikale Beschränkungen

Einführende Lehrbücher in die mikroökonomische Theorie abstrahieren oftmals von der Komplexität von Verträgen und analysieren Märkte vereinfachend im Modell vollkommener Information. Das juristische Korollar zum ökonomischen Modell des vollkommenen Marktes ist das Konstrukt des vollständigen Vertrages (vgl. Richter und Furubotn, 2010). Der Taxonomie von Macneil (1974) folgend sind bei einem „klassischen Vertrag“ alle Eventualitäten vertraglich geregelt. Alle Informationen sind in den angebotenen Preis-Mengen-Kombinationen enthalten, jeder Handel ist einzig und allein preisgesteuert, da es – per Annahme – keinerlei Informationsprobleme gibt. Käufer und Verkäufer sind in einer solchen Konstellation nicht auf langfristige Vertragsbeziehungen angewiesen. In einer

solchen Welt erregen komplexere Vertragskonstruktionen natürlich Verdacht, weil es eigentlich keine Notwendigkeit für sie gibt.

Die Realität ist jedoch oftmals durch eher „komplexe Verträge“ charakterisiert, die auf langfristige Geschäftsbeziehungen ausgelegt sind (vgl. Wey, 2011; Rey und Vergé 2008). In diesen Verträgen sind nicht nur Preise und Mengen spezifiziert, sondern zahlreiche andere Parameter. In Verträgen zwischen Produktherstellern und Händlern sind das typischerweise z. B. Zahlungsziele, Werbekostenzuschüsse, Regalmieten, usw. (vgl. Wey, 2011). Wenn in Verträgen zwischen Akteuren auf vor- und nachgelagerten Stufen einer Wertschöpfungskette (also z. B. Herstellern und Händlern) die Wettbewerbsfreiheit einer Vertragsseite eingeschränkt wird, so spricht die wettbewerbsökonomische Literatur von vertikalen Beschränkungen (vgl. z. B. Motta 2004). Diese Beschränkungen begrenzen die Wahl der Wettbewerbsparameter für mindestens einen Vertragspartner (vgl. Verouden, 2008; Rey und Vergé, 2008). Vertikale Beschränkungen gehen über reine Empfehlungen wie z. B. unverbindliche Preisempfehlungen hinaus, da sie einen verbindlichen Charakter haben (vgl. Verouden, 2008; Rey und Vergé, 2008). Typische Beispiele für Vertikalbeschränkungen sind Preisbindungen der zweiten Hand, Exklusivverträge verschiedener Art, die z. B. exklusive Vertriebsrechte einräumen, Verträge über selektive Vertriebsformen oder Franchiseverträge (für eine Übersicht und detailliertere Abhandlung siehe Motta, 2004, oder Rey und Vergé, 2008).

Wichtig ist zunächst festzuhalten, dass vertikale Beschränkungen sich von horizontalen Vereinbarungen unterscheiden, welche von Unternehmen getroffen werden, die auf derselben Wertschöpfungsstufe tätig sind, also eigentlich im direkten Wettbewerb miteinander stehen (vgl. Motta, 2004). Während horizontale Absprachen zumeist (wenn auch nicht immer) direkt den Wettbewerb aushebeln bzw. reduzieren, ist dies bei vertikalen Vereinbarungen nicht der Fall, da die vertragschließenden Parteien nicht in Konkurrenz zueinander stehen. Somit ist eine Schädigung dritter Parteien (z. B. der Endverbraucher) bei vertikalen Beschränkungen – anders als bei horizontalen Absprachen – nicht direkt ersichtlich. Eine Einschränkung der Vertragsfreiheit zwischen Unternehmen auf verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette zu begründen, ist somit ungleich schwieriger.

Zu bedenken ist weiterhin, dass Unternehmen, die auf unterschiedlichen Stufen der Wertschöpfungskette agieren und in einer Lieferbeziehung zueinander stehen, anders als Unternehmen, welche sich im direkten Wettbewerb miteinander befinden, Verträge notwendigerweise schließen müssen, um ihre Lieferbeziehungen zu regeln. Ein Eingriff in diese Vertragsverhältnisse ist daher aus ordnungspolitischer Sicht in besonderer Weise begründungspflichtig.

Um zu eruieren, inwiefern vertikale Vertragsbeziehungen regulierungsbedürftig sind, ist die Frage zu beantworten, warum Unternehmen unter welchen Bedingungen überhaupt hochgradig komplexe Verträge abschließen. Was bewegt die Vertragspartner von einem „klassischen Vertrag“ à la Macneil (1974) und dem Modell reiner Spotmarktgeschäfte abzurücken, bei dem Zahlung und Warenübergabe nahezu simultan erfolgen und lediglich Preis und Menge Vertragsgegenstand sind? Warum werden komplexe Verträge langwierig ausgehandelt und abgeschlossen? Wie fast immer in der Ökonomik gibt es zwei alternative, konkurrierende Ansätze zur Erklärung von Institutionen bzw. von institutionellen Arrangements wie eben nicht standardmäßigen Verträgen: Macht und Effizienz. Der traditionelle Ansatz zur Erklärung von „ungewöhnlichen“ Verträgen beruht auf der Idee, dass die Verträge dazu dienen, Marktmacht auszudehnen oder zu erhalten. Im konkreten Kontext besteht die Idee darin, dass vertikale Beschränkungen dazu dienen, entweder Marktmacht durch vertikale Marktabschottung aufrecht zu erhalten (z. B. durch exklusive Vertriebsformen) oder indirekt die Bildung horizontaler Kartelle durch eine Koordination mit Hilfe von Vertikalvereinbarungen zu fördern. Im Gegensatz dazu betont die eher institutionenökonomisch geprägte Literatur die möglichen Effizienzwirkungen komplexer vertikaler Vereinbarungen. Konkret geht es um Transaktionskostensparnisse und das Überwinden von Koordinationsproblemen, welche anderenfalls bestimmte Formen des Marktversagens hervorrufen würden.

Die Wettbewerbspolitik steht somit vor einem schwierigen Unterscheidungsproblem: Zum einen können vertikale Beschränkungen Ausdruck einer (missbräuchlichen) Ausübung von Marktmacht sein, zum anderen können vertikale Beschränkungen aber auch die Effizienz in der Bereitstellung von Gütern und Dienstleistungen erhöhen (vgl. Motta, 2004; Lafontaine und Slade, 2008; Rey und Vergé, 2008; Verouden, 2008; Schwalbe, 2011). Ist das primäre

Motiv für den Abschluss von Vertikalvereinbarungen mit Bindungsklauseln die Ausdehnung bzw. der Erhalt von Marktmacht oder die Bildung horizontaler Kartelle, so ergeben sich in aller Regel Ineffizienzen, d.h. es entstehen Wohlfahrtsverluste. Im Gegensatz dazu können komplexe Vertragskonstrukte aber eben auch die Gesamtwohlfahrt durch Effizienzsteigerungen erhöhen (vgl. z. B. Telser, 1960; Marvel und McCafferty, 1984; Williamson, 1985, 1996, sowie eine Übersicht von Lafontaine und Slade, 2008). Die beiden Sichtweisen bzw. Beweggründe für einen Vertragsschluss haben diametral entgegengesetzte Konsequenzen für die wettbewerbspolitische Beurteilung und Behandlung. Während Effizienzsteigerungen positiv bewertet werden sollten, sind Beschränkungen, welche dem Ausbau oder dem Erhalt von Marktmacht dienen sollen, tendenziell kritisch zu betrachten.

Wichtig ist allerdings anzumerken, dass aus einer rein wohlfahrtsökonomischen Betrachtung, die Ausübung von Macht in bilateralen Verhandlungen unproblematisch ist, solange die Machtausübung nicht zu Lasten unbeteiligter Dritter (wie z. B. Wettbewerbern oder Endkunden) geht (vgl. Inderst und Wey, 2008; Wey, 2011). Anders ausgedrückt, ist gemäß der ökonomischen Theorie eine hohe Verhandlungsmacht einer Vertragspartei solange unproblematisch, wie nur die Verteilung der Tauschrenten zwischen den Vertragsparteien, auch bei einseitigen Aneignungen, und nicht eine Verringerung der Gesamtrente betroffen ist. Typischerweise führen solche Vertragskonstruktionen stattdessen zu einer Erhöhung der Tauschrente durch die Realisation von Effizienzgewinnen (vgl. Wey, 2011). Ein ökonomisches Problem entsteht erst, wenn die Beschränkung dazu führt, dass Marktmacht zu Lasten Dritter ausgeübt wird (vgl. Inderst und Wey, 2008; Wey, 2011).

Anzumerken ist jedoch, dass das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nach herrschender rechtswissenschaftlicher Auffassung keineswegs nur eine Effizienzperspektive einnimmt. Das GWB hat auch eine stark verteilungspolitische Perspektive. Besonders deutlich wird dies im Fall des Ausbeutungsmissbrauchs. Die Ausbeutung von Vertragspartnern ist selbst dann untersagt, wenn keinerlei Ineffizienzen durch eine bestimmte Praxis hervorgerufen werden. Missbräuchlich überhöhte Preise werden zwar oftmals auch mit allokativen Ineffizienzen verbunden sein – bei einem Missbrauch von Nachfragemacht ist dies jedoch weitaus weniger klar. Und selbst bei missbräuchlich überhöhten Preisen (z. B. in der Wasserwirtschaft) ist nicht unbedingt klar, ob dies bei mehrteiligen Tarifen allokativ

Ineffizienzen impliziert. Dem Gesetzgeber geht es beim Ausbeutungsmisbrauch auch um eine irgendwie „angemessene“ Verteilung von Tauschrenten zwischen den Vertragsparteien. Ein weiteres Ziel ist der Schutz kleinerer und mittelständischer Unternehmen, selbst wenn diese ineffizient wirtschaften, z. B. weil sie Größenvorteile nicht realisieren oder bestimmte Standards nicht gewährleisten können. Dies wird besonders deutlich in §20 Abs. 4 GWB, welcher nicht nur marktbeherrschende Unternehmen adressiert, sondern regelt, dass „Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht (...) ihre Marktmacht nicht dazu ausnutzen [dürfen], solche Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern.“

Als Ökonom mag man diese Gemengelage an verschiedenen Zielen, die unvermeidliche Konflikte birgt, bedauern und auch anprangern – das Bundeskartellamt ist als exekutive Behörde jedoch ebenso wie die Rechtsprechung an bestehende Gesetze und den Willen des demokratischen Gesetzgebers gebunden und kann sich nicht einfach darüber hinwegsetzen. Dies wird in der akademischen Debatte insbesondere von Ökonomen bei der Kritik an Wettbewerbsbehörden und Jurisprudenz bisweilen übersehen. Weder Kartellbehörden noch Gerichte sind frei in ihren Entscheidungen, sich allein an dem Kriterium der ökonomischen Effizienz zu orientieren und sich damit über den Willen des demokratischen Gesetzgebers hinwegzusetzen, nur weil Ökonomen dies für sinnvoll halten. Dies ist bei der folgenden Erörterung der Auswirkung von Preisbindungen stets zu bedenken.

3. Preisbindungen

3.1 Definition und Motivation von Preisbindungen

Eine vertikale Beschränkung von besonderer Bedeutung ist die Preisbindung der zweiten Hand, zu englisch: Resale Price Maintenance (RPM). Hierbei setzt der Hersteller eines Produktes oder einer Dienstleistung neben dem Herstellerabgabepreis gleichermaßen den Endpreis des Produktes fest. Zu unterscheiden ist bei den Endpreisen zwischen Mindestpreisen, Höchstpreisen und Festpreisen, welche Hersteller und Händler vereinbaren. In Deutschland ist die Preisbindung der zweiten Hand mit Ausnahme von Druckerzeugnissen wie Zeitungen, Zeitschriften und Büchern einem Per-se-Verbot belegt. Dem liegt die Abwägung zugrunde, dass die Freiheit des Händlers, seine Preise selbst festzulegen, wichtiger ist als die Freiheit des Händlers, einen Vertrag zu schließen, in dem er auf dieses

Recht verzichtet. Aus ökonomischer Perspektive gibt es allerdings wenig überzeugende Gründe für ein striktes Per-se-Verbot. Aus Effizienzgründen wäre eine differenziertere Regel besser geeignet, die am Markt generierten Tauschrenten zu maximieren und so den Wohlstand zu erhöhen. Warum ist das so?

Wie alle vertikale Beschränkungen kann auch die Preisbindung der zweiten Hand sowohl durch Effizienzerwägungen motiviert sein als auch durch die Absicht, Marktmacht zu erhalten oder (horizontale) Kartelle zu bilden.⁴ Während die Effizienzargumente sich darauf stützen, Preisbindungen als Mechanismen zu erklären, die bestimmte Formen des Marktversagens zu überwinden helfen, gehen die Machtargumente davon aus, dass Preisbindungen entweder eine marktverschließende Wirkung entfalten oder aber die Kartellbildung fördern.

3.2 Erklärungen von Preisbindungen, die sich auf Marktmacht stützen

Die Erklärung von Preisbindungen als Instrument zur Kartellierung oder Marktabschottung ist die ältere der beiden Ansätze in der ökonomischen Literatur (vgl. z. B. Comanor, 1985). So argumentiert z. B. Motta (2004), dass Mindestpreisbindungen ein Instrument sein können, um ein etwaiges Selbstbindungsproblem des Herstellers gegenüber den vertreibenden Händlern zu lösen. Die Vorstellung ist die, dass Hersteller und Händler sukzessive miteinander verhandeln und der Hersteller nach Abschluss des ersten Vertrages mit einem Händler bereit ist, dem nächsten Händler großzügigere Rabatte zu gewähren. Dadurch würde der Intra-Brand-Wettbewerb tendenziell intensiver. Sind die Endkundenpreise jedoch durch Vertikalvereinbarungen gebunden, so lässt sich die Intensität des Wettbewerbs auf der Endkundenstufe auch durch Rabatte an später kontrahierende Händler nicht intensivieren. Der Hersteller kann dem ersten Händler dann glaubwürdig Monopolgewinne auf der Handelsstufe zusichern, so die Logik dieses Modells (vgl. Motta, 2004). Der Intra-Brand Wettbewerb zwischen Händlern reduzieren, die ein identisches Markenprodukt vertreiben, wird dann reduziert (vgl. Rey und Vergé, 2008, 2010). Anzumerken ist allerdings, dass für den Zweck, den Intra-Brand-Wettbewerb zu mildern, keine Preisbindung der zweiten Hand erforderlich ist. Vielmehr kann derselbe Effekt auch wirksam durch Exklusivverträge erreicht werden (vgl. Motta, 2004). Aus wettbewerbspolitischer Perspektive

⁴ Aus ökonomischer Perspektive ist es wenig sinnvoll, von vertikalen Kartellen zu sprechen, da die kartellierenden Unternehmen ohnehin in keiner Konkurrenzbeziehung zueinander stehen.

ist das theoretische Modell der Preisbindung als Selbstbindungsinstrument daher interessant, aber auch von sehr restriktiven Annahmen gekennzeichnet. Insbesondere wird nicht beachtet, dass Händler und Hersteller wiederholt aufeinander treffen. Für die wettbewerbspolitische Praxis ist das Modell aus unserer Sicht aber kaum relevant, insbesondere nicht in Bezug auf den Lebensmitteleinzelhandel, der durch sehr viel andere Eigenschaften charakterisiert ist wie z. B. die erheblichen Komplementaritäten zwischen Produkten verschiedener Hersteller.

Ein zweites Argument gegen Preisbindungen der zweiten Hand beruht auf der Möglichkeit, dass insbesondere Mindestpreisbindungen eine Kartellierung auf Handels- und/oder Herstellerebene im Inter-Brand-Wettbewerb bewirken können (vgl. Jullien und Rey, 2007; Schwalbe, 2011)⁵ oder auch direkt den Inter-Brand Wettbewerb reduzieren (vgl. Rey und Vergé, 2010; Schwalbe, 2011). Hersteller können sich, gemäß dieser Literatur, einfacher koordinieren, da sie die Hoheit über die gesamte Wertschöpfungskette haben (vgl. Jullien und Rey, 2007; Rey und Vergé 2008). Allerdings ist anzumerken, dass eine vertikale Beschränkung nicht mit einer Kartellierung gleichgesetzt werden kann. Vielmehr ist eine vertikale Beschränkung immer nur ein *Hilfsmittel* für eine horizontale Kartellierung. Letztere entsteht nicht automatisch, vielmehr müssen bestimmte, relativ spezielle Bedingungen erfüllt sein, damit eine Vertikalbeschränkung zu einer horizontalen Kartellbildung führt. Eben dies ist wie bereits erwähnt ein wichtiger Unterschied zu horizontalen Absprachen.

3.3. Erklärungen von Preisbindungen, die sich auf Effizienzerwägungen stützen

Während vertikale Preisbindungen also einerseits eine kartellierende Wirkung entfalten können, sind andererseits, wie schon erwähnt, auch effizienzsteigernde Effekte möglich. So können insbesondere Höchstpreisbindungen das Problem des doppelten Preisaufschlags verhindern oder mildern (vgl. Spengler, 1950, sowie die detaillierte Abhandlung in Motta, 2004). Doppelte Preisaufschläge entstehen, wenn auf verschiedenen Ebenen einer Wertschöpfungskette unvollständiger Wettbewerb herrscht. Wie erstmals Spengler (1950) gezeigt hat, führt Marktmacht auf nacheinander gelagerten Stufen der Wertschöpfungskette dazu, dass auf jeder Stufe eine Marge (oder ein Deckungsbeitrag) auf

⁵ Jullien und Rey (2007) argumentieren im Rahmen eines theoretischen Modells, dass durch die Preisbindung der zweiten Hand Abweichungen von einem etwaigen kollusiven Verhalten besser erkannt werden können und somit eine Koordination unter den Kartellanten leichter wird (vgl. auch die Zusammenfassung des Modells in Rey und Vergé, 2008).

die variablen Kosten aufgeschlagen wird. Im Gegensatz dazu würde ein integriertes Unternehmen nur einmal eine Marge auf die variablen Kosten aufschlagen, sodass der Endpreis bei einem integrierten Anbieter geringer wäre. Je stärker die Arbeitsteilung ausgeprägt ist, desto häufiger wird also an verschiedenen Stellen eine Marge aufgeschlagen – es kommt zum Problem der doppelten bzw. vielfachen Margenbildung, welches die Preise in die Höhe treibt. Dieses Problem ließe sich zwar theoretisch durch elaborierte mehrteilige Tarife lösen (vgl. Schwalbe, 2011), doch ist dazu ein solches Ausmaß an Informationen über Kosten- und Nachfrageverläufe notwendig, dass eine vollständige Lösung des Problems zwar theoretisch denkbar, praktisch aber unrealistisch ist.

Diese Sichtweise teilt auch die Europäische Kommission, die das Problem der doppelten Margenbildung bereits in einigen Fusionsvorhaben berücksichtigt und das Abstellen mehrfacher Preisaufschläge in einigen Fusionsverfahren daher als Effizienzeinwand akzeptiert hat (vgl. Röller, 2010). Ohne Unternehmenszusammenschlüsse lässt sich das Problem prinzipiell durch vertikale Höchstpreisbindungen lösen. Allerdings sind Preisbindungen nicht die einzige Möglichkeit, die doppelte Margenbildung zu verhindern. Auch durch Rabatte oder mehrteilige Tarife kann dies prinzipiell erreicht werden, sodass vertikale Preisbindungen nicht zwingend notwendig sind, um die alloкатive Effizienz der Güterdistribution zu steigern (vgl. Rey und Tirole, 1986; Rey und Vergé, 2008; Schwalbe, 2011).⁶

Telser (1960) gibt eine zweite, prominente, Idee für potentielle Effizienzvorteile vertikaler Preisbindung an. Sofern Händlern bestimmte Mindestpreise oder sogar Festpreise vorgegeben sind, verschiebt sich der Wettbewerb auf dieser Stufe der Güterdistribution weg vom Parameter „Preis“ hin auf andere Wettbewerbsparameter wie etwa den Standort, den angebotenen Service, die Vielfalt der angebotenen Produkte, die Beratung, die Öffnungszeiten oder anderes. Mindestpreise reduzieren dann zwar den Preiswettbewerb, nicht aber die Wettbewerbsintensität an sich. Der Wettbewerb wird „lediglich“ in andere Bahnen gelenkt. Dies kann insbesondere dann durchaus auch volkswirtschaftlich wünschenswert sein, wenn anderenfalls ein suboptimal niedriges Level an Service oder Beratung angeboten wird (vgl. Mathewson und Winter, 1984, 1998). Besonders bei

⁶ Siehe diesbezüglich auch Rey und Vergé (2008), die auf Rey und Tirole (1986) verweisen.

beratungsintensiven Produkten besteht nämlich die Gefahr, dass Nachfrager sich in einem Geschäft beraten lassen, dann aber das Produkt bei einem Discounter oder über das Internet kaufen. Weil sich Beratungsleistungen aus diversen Gründen oftmals nicht separat verkaufen lassen, können Händler mit einem hohem Beratungs- und Service-Level dann ggf. langfristig nicht am Markt bestehen, wenn Discounter und Internethändler auf Beratungsleistungen anderer Händler trittbrettfahren und Nachfrager gute Beratungsleistungen nicht hinreichend honorieren. In solchen Situationen kann es sinnvoll sein, durch Mindestpreisbindungen den Wettbewerb stärker in Richtung Service und Beratung zu lenken.

Anzumerken ist jedoch dreierlei: Erstens bietet eine Mindestpreisbindung keinerlei Garantie dafür, dass sich der Wettbewerb in Richtung Service und Beratung verschiebt. Ebenso ist denkbar, dass der Wettbewerb sich auf andere Parameter verlagert wie etwa die Standortwahl oder Gratis-Zugaben, die dann doch wie Preissenkungen wirken. Der deutsche Apothekenmarkt ist dafür ein Paradebeispiel. Hier scheinen sich Preisbindungen vor allem darin niederzuschlagen, dass der Wettbewerb vor allem über attraktive Standorte geführt wird und nicht über eine intensivere Beratung (vgl. Haucap et al., 2012). Zweitens können Mindestpreisbindungen auch ein überoptimal hohes Servicelevel induzieren (vgl. Winter, 1993). Und drittens lässt sich das angebotene Niveau an Service und Beratung auch durch andere Formen der Vertikalvereinbarung steigern wie z. B. durch Exklusivverträge (vgl. Mathewson und Winter, 1994; Lafontaine und Slade, 2008; Schwalbe, 2011). Das letzte Argument hat für den Lebensmitteleinzelhandel allerdings nur begrenzte Relevanz, da Exklusivverträge aufgrund der durch die Neigung zum One-Stop-Shopping entstehenden Komplementaritäten zwischen verschiedenen Produkten nicht wirklich interessant und daher auch äußerst unüblich sind.

Für die Einordnung, wie relevant das hier vorgebrachte „Service-Argumentes“ im Kontext des deutschen Lebensmitteleinzelhandels ist, muss berücksichtigt werden, dass die allermeisten Produkte des Lebensmitteleinzelhandels nicht besonders beratungsintensiv sind. Eine Beratung in deutschen Supermärkten ist eher unüblich, sieht man von der Fleisch- und Käsetheke einmal ab. Bei Fleisch und Käse jedoch taucht das oben beschriebene Trittbrettfahrerverhalten auch nicht auf, da Kunden sich kaum in einem Supermarkt bzgl. ihrer Fleisch- und Käseauswahl beraten lassen, um dann diese Produkte im Discount zu

erwerben. Bei anderen beratungsintensiven Produkten des Lebensmitteleinzelhandels wie etwa Wein und Spezialitäten haben sich spezialisierte Geschäfte für diejenigen Kunden herausgebildet, die eine Beratung wünschen, während Kunden ohne Beratungswunsch auch im Supermarkt relativ günstige Weine erhalten können. Alles in allem mag das „Service-Argumentes“ somit eine gewisse Berechtigung bei bestimmten Produkten des Einzelhandels haben, für den Bereich des Lebensmitteleinzelhandels entfaltet es jedoch keinerlei Schlagkraft.

Ein weiteres Effizienzargument für vertikale Preisbindungen ist die Reduktion der Suchkosten für den Verbraucher (vgl. Stigler, 1961). Sofern alle Händler denselben Preis verlangen (wie z. B. im Buchhandel), können sich die Nachfrager die Suche nach einem günstigen Preis sparen. Die preisbezogenen Suchkosten entfallen somit. Wenn die Suchkosten ansonsten relativ hoch sind, so kann eine vertikale Preisbindung dazu führen, dass der vom Verbraucher getragenen Gesamtpreis, der sich aus Produktpreis plus Suchkosten zusammensetzt, insgesamt verringert werden (vgl. Stigler, 1961). Dieses Argument, das man analog auf horizontale Preisabsprachen anwenden könnte, basiert jedoch bestenfalls auf einem Effekt zweiter oder dritter Ordnung und sollte dementsprechend in der wettbewerbspolitischen Praxis kein starkes Gewicht erhalten.

Das vierte und letzte Argument, das als eine Art Effizienzverteidigung für Vertikalpreisbindungen ins Feld geführt wird, basiert auf der Annahme, dass zu niedrige Preise das Image eines Produktes zum Schaden der Verbraucher selbst nachhaltig zerstören. Insbesondere von Branchenvertretern wird argumentiert, dass ein „Verramschen“ des Produktes das Markenimage zum Leidwesen der Verbraucher nachhaltig zerstören würde. Auch seitens der Politik wird wiederholt gefordert, dass Lebensmittel nicht „verramscht“ werden dürfen, ohne dass jedoch wirklich klar ist, warum Preissenkungen bei Lebensmitteln unerwünscht sind.⁷ Oftmals scheint der Forderung die doch sehr naive Vorstellung zugrunde zu liegen, dass höhere Endkundenpreise automatisch höhere Erzeugerpreise induzieren.

Ökonomisch betrachtet ist das Modell, das diesem Gedanken am ehesten nahe kommt, das von Marvel und McCafferty (1984), die zeigen, dass ein bestimmter Mindestpreis auch als

⁷ So z. B. Volker Kauder (<http://bit.ly/z4jbvb>) oder Matthias Platzeck (<http://bit.ly/y3b0UM>).

Qualitätssignal wirken kann und niedrige Preise mit minderer Qualität assoziiert werden.⁸ Marvel und McCafferty (1984) demonstrieren in ihrem theoretischen Modell, dass eine Qualitätszertifizierung durch eine Preisbindung erleichtert werden kann. Das Imageargument mag zwar für bestimmte Artikel wie Statusprodukte eine gewisse Bedeutung haben, ist aber aus wettbewerbsökonomischer Perspektive nicht wirklich überzeugend (vgl. Motta, 2004).⁹ Vor allem bleibt die Frage offen, warum eine Mindestpreisbindung notwendig ist, da durch den Herstellerabgabepreis ja bereits eine untere Grenze für den Endverkaufspreis existiert – es sei denn, ein Händler beabsichtigt dauerhaft Verluste mit dem Verkauf eines Produktes zu machen. Und selbst wenn dies aufgrund von Komplementaritäten denkbar ist, so lässt sich der Endverkaufspreis doch nichtsdestotrotz stets durch ein Anheben des Herstellerabgabepreises nach oben korrigieren, sollte der Endverkaufspreis dem Hersteller aus Imagegründen zu niedrig sein. Um eine befürchtete „Verramschung“ eines Markenartikels zu vermeiden, stehen dem Hersteller zudem weitere Instrumente wie die Wahl selektiver Vertriebskanäle zur Verfügung. Die Begründung, Preisbindungen seien notwendig, um eine für den Verbraucher schädliche Verramschung zu verhindern, kann also nicht ansatzweise überzeugen.

3.4 Zwischenfazit

Als Zwischenfazit lässt sich zunächst festhalten, dass vertraglich vereinbarte Höchstpreise aus ökonomischer Sicht tendenziell unproblematisch sind. Sie dienen nicht der Kartellierung, können aber helfen, das Problem der mehrfachen Margenbildung zu mildern. Daher sind Höchstpreisbindungen tendenziell effizienzsteigernd. Diese Sichtweise wird auch in den Richtlinien der Europäischen Kommission reflektiert, welche Höchstpreise wesentlich generöser behandeln als Mindest- und Festpreise.

Die Beurteilung ist bei Mindest- und Festpreisen ist nämlich auch aus ökonomischer Sicht deutlich anders. Eine pauschale wettbewerbspolitische Beurteilung ist hier kaum möglich, vielmehr hängt die Beurteilung von Mindest- und Festpreisbindungen auch vom Ausmaß des Inter-Brand-Wettbewerbs ab. Ist der Inter-Brand-Wettbewerb sehr ausgeprägt, d.h. gibt es viele konkurrierende Anbieter, so ist das Interesse der Anbieter eher gering, den Intra-

⁸ Siehe auch die ausführliche Diskussion des Modells von Marvel und McCafferty (1984) im Hinblick auf Qualitätszertifizierung in Motta 2004.

⁹ Motta (2004) räumt dem Argument der Qualitätszertifizierung insb. für Luxusprodukte eine gewisse Plausibilität ein, betont aber, dass diese nur für eine kleine Anzahl von Produktgruppen relevant sein kann.

Brand-Wettbewerb einzuschränken, wenn dies nicht zugleich Effizienzvorteile hat (vgl. Motta, 2004). Bei starkem Wettbewerb zwischen Herstellern profitieren diese, ceteris paribus, schließlich von geringeren Endverbraucherpreisen und höheren Absatzmengen. In einer solchen Situation intensiven Inter-Brand Wettbewerbs sind vertikale Beschränkungen weniger kritisch zu sehen als bei weniger intensivem Inter-Brand Wettbewerb (vgl. Rey und Vergé 2008). Ist der Inter-Brand Wettbewerb jedoch nur schwach ausgeprägt, so sind Mindest- und Festpreisbindungen kritischer zu sehen.

Zu bedenken ist bei alledem schließlich auch, dass es nicht optimal sein kann, Werbemaßnahmen für eine Marke und Endkundenpreise strikt unabhängig voneinander festzulegen, da beide Aktionen die Endkundennachfrage beeinflussen. Dies lässt sich exemplarisch am Beispiel von Aktionspreisen zeigen. Durch gezielte Marketingaktionen wie z. B. Sonderangebote, die mit gleichzeitigen Werbeaktionen verknüpft sind, lässt sich kurzfristig die Nachfrage stark erhöhen und die Aufmerksamkeit für ein Produkt steigern. Dürfte nun der Hersteller nicht mit dem Hanel über Aktionspreise und Sonderangebote sprechen – was schon aufgrund der Lagerplanung kaum möglich sein dürfte –, so würde dies den Wettbewerb zwischen Herstellern sicher stärker bremsen als eine vertikale Koordination entlang der Wertschöpfungskette.

4. Wettbewerbspolitische Implikationen

Wie deutlich geworden ist, haben vertikale Preisbindungen aus einer Effizienzperspektive heraus Vor- und Nachteile. Wie stark die Vor- und Nachteile zu gewichten sind, hängt stark von den speziellen Umständen ab. Ein Per-se-Verbot ist in einer solchen Situation sicherlich ineffizient und selbst bei Berücksichtigung der anderen Schutzziele des GWB wie das der Wettbewerbsfreiheit, der Verteilungsgerechtigkeit und des Schutzes des Mittelstandes problematisch.¹⁰ Zu bedenken ist, dass vertikale Preisbindungen anders als horizontale Absprachen nicht automatisch zu weniger Wettbewerb oder höheren Preisen führen. Das Gegenteil kann sogar der Fall sein. Es gilt daher zu zeigen, wem eigentlich welcher Schaden durch eine Vertikalvereinbarung entsteht. Bei der Bewertung von vertikalen Beschränkungen bedarf es somit einer differenzierten Abwägung der Folgen. Es muss dargelegt werden, wo ein möglicher Schaden auftritt und wer der explizit geschädigte ist.

¹⁰ Dies ist nicht als Kritik am Bundeskartellamt zu verstehen, da dies an das GWB und die darauf aufbauende Rechtsprechung gebunden ist.

Ein erster Leitsatz zur Beurteilung vertikaler Beschränkungen sollte von der Frage ausgehen, ob ein hypothetischer vertikaler Zusammenschluss zwischen den beiden vertragsschließenden Unternehmen freigegeben würde. Wäre dies der Fall, so ist es problematisch, eine vertikale Preisbindung zu ahnden, da die vertikale Integration zweier Unternehmen strukturell eine stärkere Beeinträchtigung des Wettbewerbs darstellt, die auch viel schwieriger wieder aufzulösen ist, als eine Vertikalvereinbarung. Als Beispiel sei die Volkswagen Retail GmbH genannt, welche 2006 die Autohäuser der Glöckler Gruppe in Frankfurt, Hanau, Langen und Neu-Isenburg übernommen hat sowie die Autohäuser der Eduard Winter Gruppe in Berlin und 2007 auch das ehemalige Volkswagen Autohaus Kutger & Rudolph in Maintal. Die Volkswagen Retail GmbH ist inzwischen ein Unternehmensverbund von über 70 Autohäusern in Deutschland und eine 100%ige Tochter von Volkswagen. Dadurch hat Volkswagen nun direkten Durchgriff auf die Endkundenpreise, während eine Preisbindung der zweiten Hand per se verboten gewesen wäre, wären die Autohäuser unabhängig geblieben.

Fraglich ist auch, was geschehen würde, wenn Handel und Hersteller die Vertragslaufzeiten drastisch verkürzen würden? Wäre eine hypothetische Verkürzung der Vertragslaufzeiten untersagt, weil es dann quasi automatisch permanent zu Nachverhandlungen käme? Gerade diese Nachverhandlungen werden aktuell vom Bundeskartellamt (2010) als potenzielles Mittel zur vertikalen Preiskoordinierung gesehen. Wie aber würde das Kartellamt eine Verkürzung der Vertragszeiträume adressieren, wenngleich diese für die Branche mit hohen Transaktionskosten verbunden wären? Würde sodann eine Regulierung der Vertragslaufzeiten erfolgen, um „Nachverhandlungen“ zu unterbinden?

Wie schließlich würde das Bundeskartellamt reagieren, wenn Supermärkte – wieder hypothetisch – ihr Geschäftsmodell vollständig umstellen würden, und Ware nur noch gegen eine Kommission auf Rechnung dritter verkaufen würden, also quasi als Handelsvertreter agieren. In einem solchen Fall hätten die Hersteller direkten Zugriff auf die Endkundenpreise, da die Supermärkte – ähnlich wie Tankstellenpächter – die Ware nicht mehr selbst kaufen würden, sondern nur noch als Kommissionäre oder Handelsvertreter tätig wären. Könnte ein solches Geschäftsmodell untersagt werden, weil es dieselben Effekte entfaltet wie eine vertikale Preisbindung? Nach Art. 1 lit. f) der Gruppenfreistellungsverordnung 330/2010 vom

20. April 2010 gelten auch Handelsvertretervereinbarungen als Vertikalvereinbarungen im Sinne der Verordnung. Allerdings ist nach Rechtsprechung des EuGH für das Verbot der vertikalen Preisbindung bislang entscheidend, ob der Handelsvertreter auch Risiken des Geschäfts übernimmt. Noch schwieriger dürfte die Beurteilung sein, wenn ein Vertriebsangestellter Risiken des Vertriebs teilweise übernimmt, z. B. aufgrund einer erfolgsorientierten Entlohnung.

Wie sich zeigt, bringt ein Per-se-Verbot von vertikalen Preisvereinbarungen eine Reihe von Problemen und auch Inkonsistenzen in der Behandlung verschiedener Geschäftsmodelle (vertikale Integration, Kommissionsgeschäfte, kürzere Vertragslaufzeiten) mit sich, die sachlich zunächst wenig gerechtfertigt erscheinen. Als Alternative zu einem generellen Verbot von vertikalen Preisbindungen als Kernbeschränkung wären daher „Safe Harbour“ Lösungen vernünftig, so wie sie auch in der Richtlinie der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen vom 10. Mai 2010 (SEK (2010) 411 endg.) allgemein für die in der Gruppenfreistellungsverordnung 330/2010 vom 20. April 2010 festgelegten Arten von Vertikalbeschränkungen angelegt sind. Allerdings erstrecken sich diese Freistellungen nicht auf die Preisbindung der zweiten Hand. Aus ökonomischer Sicht erscheint der vollständige Ausschluss von Preisbindungen übertrieben.

Des Weiteren könnten vertikale Preisbindungen, statt nach §1 GWB bzw. Artikel 101 Abs. 1 AEUV (fast vollständig, wenn auch nicht ganz) als Kernbeschränkung per se untersagt zu werden, in den Bereich der Missbrauchsaufsicht fallen. Für vertikale Preisbindungen sollte dann eine widerlegbare Vermutung des Missbrauchs gelten, sofern Hersteller und Händler (auch kumulativ) bestimmte Marktanteilsschwellen überschreiten.

5. Verbot des Verkaufs zu Untereinstandspreisen

Während die Gestaltungsfreiheit bei Endkundenpreisen durch das Verbot der vertikalen Preisbindung vor allem nach oben eingeschränkt ist (da vor allem Mindest- und Festpreise per se untersagt sind), regelt §20 Abs. 4 GWB, dass „Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht [...] ihre Marktmacht nicht dazu ausnutzen [dürfen], solche Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern. Eine unbillige Behinderung im Sinne des Satzes 1 liegt insbesondere vor, wenn ein

Unternehmen (1) Lebensmittel im Sinne des § 2 Abs. 2 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches unter Einstandspreis oder (2) andere Waren oder gewerbliche Leistungen nicht nur gelegentlich unter Einstandspreis oder (3) von kleinen oder mittleren Unternehmen, mit denen es auf dem nachgelagerten Markt beim Vertrieb von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb steht, für deren Lieferung einen höheren Preis fordert, als es selbst auf diesem Markt anbietet, es sei denn, dies ist jeweils sachlich gerechtfertigt.“ Durch diese Norm wird also die Gestaltungsfreiheit bei der Preissetzung nach unten eingeschränkt.

Zu Recht steht diese Norm in der aktuellen GWB-Novelle nun abermals auf dem Prüfstand. Die Monopolkommission fordert schon lange, einem *Ceterum censeo* gleichend, das Verbot von Verkäufen unter Einstandspreisen aufzuheben. Die Vorschriften des §19 GWB sind ausreichend, um einen etwaigen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Verdrängungspreiswettbewerb zu unterbinden.

Problematisch ist das viel zu strikte Verbot des Verkaufs von Produkten unter Einstandspreisen vor allem aus drei Gründen: Erstens gibt es zahlreiche Gründe, warum Produkte in verschiedenen Situationen zu nicht-kostendeckenden Preisen verkauft werden (vgl. z. B. Haucap und Kruse, 2004). Im Einzelhandel sind dies insbesondere Komplementaritäten, welche durch die Neigung zum One-Stop-Shopping entstehen. So kann es aus Perspektive eines Händlers sinnvoll sein, insbesondere schnelldrehende Produkte wie z. B. Milch, die von vielen Kunden bei nahezu jedem Einkauf erworben werden und daher eine hohe Aufmerksamkeit erfahren, besonders günstig anzubieten und eine höhere Marge bei langsam drehenden Artikel zu kalkulieren, auf deren Preise die Verbraucher weniger achten. Eine solche Preispolitik hat nichts mit einer Verdrängungstaktik zu tun und ist auch nicht wettbewerbswidrig. Solange der typische gesamte Warenkorb eines durchschnittlichen Kunden nicht unterhalb der Summe der Einstandspreise verkauft wird, besteht aus wettbewerbsökonomischer Sicht keinerlei Problem, selbst wenn Milch in diesem Fall „verramscht“ werden mag, um die Kunden in den Supermarkt zu locken.

Zweitens ist das Verbot, spätestens seit dem Urteil des OLG Düsseldorf vom 12.11.2009 (Az. VI-2 Kart 9/08 OWi) im Fall Rossmann, kaum noch praktisch durchsetzbar. Das OLG

Düsseldorf hatte in dem Fall entschieden, dass Werbekostenzuschüsse bei der Prüfung, ob beworbene Produkte unter Einkaufspreis verkauft werden, ausschließlich für die beworbenen Produkte einkaufspreismindernd zugerechnet werden können, selbst wenn die Werbekostenzuschüsse nach dem Gesamtumsatz des Händlers mit dem Hersteller berechnet werden.

Und drittens ist festzuhalten, dass die in der Politik in Teilen verbreitete Auffassung, das Verbot würde in irgendeiner Weise den Herstellern (z. B. Milchbauern) helfen, irrig ist. Ohne dass ökonomisch überhaupt klar ist, warum das Verbot den Herstellern überhaupt helfen sollte, ist eher zu erwarten, dass das strikte Verbot von Verkäufen unter Einstandspreisen eher dazu führt, dass der Verhandlungsdruck auf die Erzeuger bei einem solchen Verbot noch größer wird, eben um die Endkundenpreise nicht erhöhen zu müssen.

Das strikte Verbot von Verkäufen unter Einstandspreisen ist daher aus ökonomischer Sicht heraus als sehr problematisch einzuschätzen. In Bezug auf den Lebensmitteleinzelhandel stellt auch das Sondergutachten 47 der Monopolkommission (2007) über Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel fest, dass *„das Per-se-Verbot von Angeboten unter Einstandspreis (...) ordnungspolitisch problematisch [ist]. Untereinstandsangebote stellen vor allem ein Marketinginstrument dar, das dem Endverbraucher in Form besonders günstiger Preise zugutekommt.“* Darüber hinaus führt die Monopolkommission (2007) aus, dass *„kleinere Handelsunternehmen (...) durch das Verbot von Untereinstandspreisen nicht vor Preiswettbewerb geschützt werden [können]. Mit § 20 Abs. 4 GWB wird in erster Linie der Preiswettbewerb der großen Handelsunternehmen untereinander reduziert, was zu höheren Endverbraucherpreisen führt.“* Diese klaren Aussagen beziehen sich direkt auf die Situation im Lebensmitteleinzelhandel. Dort ist ein Verdrängungswettbewerb durch Untereinstandspreise ohnehin unwahrscheinlich.

Das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreisen ist zusammenfassend aus ökonomischer Sicht als äußerst problematisch zu betrachten, da es den Wettbewerb nicht schützt, sondern – ganz im Gegenteil – ihn sogar verringert. Darüber hinaus sind auch keine Schädigungen der Verbraucher durch diese Verkäufe zu erwarten, sodass aus ökonomischer Sicht nichts für dieses Verbot spricht.

6. Fazit

Der vorliegende Beitrag hat sich mit Einschränkungen der Preisgestaltung im Einzelhandel aus einer wettbewerbsökonomischen Perspektive befasst. Dabei geht es zum einen um das sehr strikte Verbot der vertikalen Preisbindung, welches die Preissetzung vor allem nach oben begrenzen soll, da es primär Mindest- und Festpreise betrifft. Zum anderen geht es um das Verbot des Verkaufs zu Untereinstandspreisen, welches die Preissetzung nach unten begrenzt. Beide Verbote sind in ihrer Striktheit ökonomisch nicht gerechtfertigt.

Was die vertikale Preisbindung betrifft, so gibt es – wie fast immer in der modernen Ökonomik, wenn komplexe institutionelle Arrangements analysiert werden – zwei mögliche Erklärungen dafür, dass Händler bereit sind, die Freiheit über ihre Preisgestaltung aufzugeben: Macht und Effizienz. Aus einer reinen Effizienzperspektive heraus haben vertikale Preisbindungen somit Vor- und Nachteile. Wie stark die Vor- und Nachteile zu gewichten sind, hängt stark von den speziellen Umständen ab. Ein Per-se-Verbot ist in einer solchen Situation sicherlich ineffizient und selbst bei Berücksichtigung der anderen Schutzziele des GWB wie das der Wettbewerbsfreiheit, der Verteilungsgerechtigkeit und des Schutzes des Mittelstandes problematisch. Zu bedenken ist, dass vertikale Preisbindungen anders als horizontale Absprachen nicht automatisch zu weniger Wettbewerb oder höheren Preisen führen. Das Gegenteil kann sogar der Fall sein. Es gilt daher zu zeigen, wem eigentlich welcher Schaden durch eine Vertikalvereinbarung entsteht. Bei der Bewertung von vertikalen Beschränkungen bedarf es somit einer differenzierten Abwägung der Folgen. Es muss dargelegt werden, wo ein möglicher Schaden auftritt und wer der explizit Geschädigte ist.

Ein Per-se-Verbot von vertikalen Preisvereinbarungen bringt daher eine Reihe von Problemen und auch Inkonsistenzen in der Behandlung verschiedener Geschäftsmodelle (vertikale Integration, Kommissionsgeschäfte, kürzere Vertragslaufzeiten) mit sich, die sachlich zunächst wenig gerechtfertigt erscheinen. Als Alternative zu einem generellen Verbot von vertikalen Preisbindungen als Kernbeschränkung wären daher „Safe Harbour“ Lösungen vernünftig, so wie sie auch in der Richtlinie der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen vom 10. Mai 2010 (SEK (2010) 411 endg.) allgemein für die in der

Gruppenfreistellungsverordnung 330/2010 vom 20. April 2010 festgelegten Arten von Vertikalbeschränkungen angelegt sind. Allerdings erstrecken sich diese Freistellungen nicht auf die Preisbindung der zweiten Hand. Aus ökonomischer Sicht erscheint der vollständige Ausschluss von Preisbindungen übertrieben.

Des Weiteren könnten vertikale Preisbindungen, statt nach §1 GWB bzw. Artikel 101 Abs. 1 AEUV (fast vollständig, wenn auch nicht ganz) als Kernbeschränkung per se untersagt zu werden, in den Bereich der Missbrauchsaufsicht fallen. Für vertikale Preisbindungen sollte dann eine widerlegbare Vermutung des Missbrauchs gelten, sofern Hersteller und Händler (auch kumulativ) bestimmte Marktanteilsschwellen überschreiten.

Das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreisen, welches die Gestaltungsfreiheit bei der Preissetzung ebenfalls einschränkt, ist schließlich aus ökonomischer Sicht als völlig verfehlt zu betrachten, da es den Wettbewerb nicht schützt, sondern – ganz im Gegenteil – ihn sogar verringert. Im Zuge der anstehenden GWB-Novelle sollte dieses strikte Verbot abgeschafft werden.

7. Literatur

- Bundeskartellamt (2010), Vorläufige Bewertung von Verhaltensweisen in Verhandlungen zwischen Herstellern von Markenartikeln, Großhändlern und Einzelhandelsunternehmen zum Zwecke der Konkretisierung der Kooperationspflichten, *Wirtschaft und Wettbewerb* 60, 786-791.
- Comanor, W. (1985), Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy, *Harvard Law Review* 98, 983-1002.
- Competition Commission (2008), The Supply of Groceries in the UK Market Investigation, Competition Commission: London, http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf.
- Deneckere, R., Marvel, H. und J. Peck (1996), Demand Uncertainty, Inventories, and Resale Price Maintenance, *Quarterly Journal of Economics* 111, 885-914.
- Haucap, J. und J. Kruse (2004), Verdrängungspreise auf Telekommunikationsmärkten?, *Perspektiven der Wirtschaftspolitik* 5, 337-361.
- Haucap, J., Coenen, M., Herr, A. und B. Kuchinke (2012), *Der deutsche Apothekenmarkt: Reformoptionen für eine effiziente und nachhaltige Versorgung*, Nomos Verlag: Baden-Baden.
- Inderst, R. und C. Wey, (2008), Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungs-theoretischer Sicht, *Perspektiven der Wirtschaftspolitik* 9, 465-485.
- Jullien, B. und P. Rey (2007), Resale Price Maintenance and Collusion, *RAND Journal of Economics* 38, 983-1001.
- Lafontaine, F. und M. Slade (2008), Exclusive Contracts and Vertical Restraints, in P. Buccirossi (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press: Cambridge, 391-415.
- Macneil, I.R. (1974), The Many Futures of Contract, *Southern California Law Review* 47, 691-816.
- Marvel, H. und S. McCafferty (1984), Resale Price Maintenance and Quality Certification, *Rand Journal of Economics* 15, 340-359.
- Mathewson, F. und R. Winter (1984), An Economic Theory of Vertical Restraints, *RAND Journal of Economics* 15, 27-38.
- Mathewson, F. und R. Winter (1994), Territorial Restrictions in Franchise Contracts, *Economic Inquiry* 32, 181-192.
- Mathewson, F. und R. Winter (1998), The Law and Economics of Resale Price Maintenance, *Review of Industrial Organization* 13, 57-84.
- Monopolkommission (2007), *Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB*, Nomos Verlag: Baden-Baden.
- Motta, M. (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press: Cambridge.
- Rey, P. und J. Tirole (1986), The Logic of Vertical Restraints, *American Economic Review* 76, 921-939.
- Rey, P. und T. Vergé (2008), The Economics of Vertical Restraints, in P. Buccirossi (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press: Cambridge, 353-391.

- Rey, P. und T. Vergé (2010), Resale Price Maintenance and Interlocking Relationships, *Journal of Industrial Economics* 58, 928-961.
- Richter, R. und E. Furubotn (2010), *Neue Institutionenökonomik*, 4. Auflage, Mohr Siebeck: Tübingen.
- Röller, L.H. (2010), Efficiencies in EU Merger Control: Do They Matter?, in: H.J. Ramser und M. Stadler (Hrsg.), *Marktmacht*, Wirtschaftswissenschaftliches Seminar Ottobeuren, Band 39, Mohr Siebeck: Tübingen, S. 185-200.
- Schwalbe, U. (2011), Preisgestaltung in vertikalen Strukturen: Preisbindung und Preisempfehlung aus ökonomischer Sicht, *Wirtschaft und Wettbewerb* 61, 1197-1216.
- Seidel, H. (2011), Kartellamt eröffnet Jagd auf Lebensmittelhändler, *Die Welt* vom 10.2.2011, online verfügbar unter: <http://www.welt.de/wirtschaft/article12501900/Kartellamt-eroeffnet-Jagd-auf-Lebensmittelhaendler.html>
- Spengler, J. (1950), Vertical Integration and Antitrust Policy, *Journal of Political Economy* 58, 347-352.
- Stigler, G. J. (1961), The Economics of Information, *Journal of Political Economy* 69, 213-225.
- Telser, L. (1960), Why Should Manufacturers Want Fair Trade?, *Journal of Law and Economics* 3, 86-108.
- Verouden, V. (2008), Vertical Agreements: Motivation and Impact, in: American Bar Association (Hrsg.), *Issues in Competition Law and Policy*, Vol. 3, American Bar Association: Chicago, 1813-1840.
- Wey, C. (2011), Nachfragemacht im Handel, erscheint in: FIW-Schriftenreihe 236, *Schwerpunkte des Kartellrechts 2009/2010: Referate des 37. und 38. FIW-Seminars*, Carl Heymanns Verlag: Köln, S. 149-160.
- Williamson, O.E. (1985), *The Economic Institutions of Capitalism*, The Free Press: New York.
- Williamson, O. E. (1996), *The Economics of Governance*, Oxford University Press: Oxford.
- Winter, R. (1993): Vertical Control, and Price Versus Nonprice Competition, *Quarterly Journal of Economics* 108, 61-76.

BISHER ERSCHIENEN

- 22 Haucap, Justus und Klein, Gordon J., Einschränkungen der Preisgestaltung im Einzelhandel aus wettbewerbsökonomischer Perspektive, Januar 2012.
- 21 Wey, Christian, Nachfragemacht im Handel, Dezember 2011.
Erscheint in: FIW-Schriftenreihe 236, Schwerpunkte des Kartellrechts 2009/2010: Referate des 37. und 38. FIW-Seminars, Carl Heymanns Verlag: Köln 2011, S. 149-160.
- 20 Smeets, Heinz-Dieter, Staatschuldenkrise in Europa - Ist die Finanzierung der Schuldnerländer alternativlos?, November 2011.
- 19 Haucap, Justus, Steuern, Wettbewerb und Wettbewerbsneutralität, Oktober 2011.
Erscheint in: Perspektiven der Wirtschaftspolitik (2012).
- 18 Bräuninger, Michael, Haucap, Justus und Muck, Johannes, Was lesen und schätzen Ökonomen im Jahr 2011?, August 2011.
- 17 Coenen, Michael, Haucap, Justus, Herr, Annika und Kuchinke, Björn A., Wettbewerbspotenziale im deutschen Apothekenmarkt, Juli 2011.
Erschienen in: ORDO - Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft 63 (2011), S. 205-229.
- 16 Haucap, Justus und Wenzel, Tobias, Wettbewerb im Internet: Was ist online anders als offline?, Juli 2011.
Erschienen in: Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 60 (2011), S. 200-211.
- 15 Gersdorf, Hubertus, Netzneutralität: Regulierungsbedarf?, Juli 2011.
Erschienen in: Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, 60 (2011), S. 187-199.
- 14 Kruse, Jörn, Ökonomische Grundlagen des Wettbewerbs im Internet, Juli 2011.
Erschienen in: Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 60 (2011), S. 175-186.
- 13 Coenen, Michael, Haucap, Justus und Herr, Annika, Regionalität: Wettbewerbliche Überlegungen zum Krankenhausmarkt, Juni 2011.
Erschienen in: J. Klauber et al. (Hrsg.), Krankenhausreport 2012, Schattauer: Stuttgart 2012, S. 149-163.
- 12 Stühmeier, Torben, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger: Eine ordnungspolitische Analyse, Juni 2011.
Erscheint in: Zeitschrift für Wirtschaftspolitik.
- 11 Haucap, Justus und Coenen, Michael, Mehr Plan- als Marktwirtschaft in der energiepolitischen Strategie 2020 der Europäischen Kommission, April 2011.
Erschienen in: D. Joost, H. Oetker & M. Paschke (Hrsg.), Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag, Verlag C. H. Beck: München 2011, S. 721-736.
- 10 Göddeke, Anna, Haucap, Justus, Herr, Annika und Wey, Christian, Stabilität und Wandel von Arbeitsmarktinstitutionen aus wettbewerbsökonomischer Sicht, März 2011.
Erschienen in: Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung, 44 (2011), S. 143-154.
- 09 Haucap, Justus, Steuerharmonisierung oder Steuerwettbewerb in Europa?, Dezember 2010.
Erschienen in: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, 64 (2011), S. 25-28.

- 08 Haucap, Justus, Eingeschränkte Rationalität in der Wettbewerbsökonomie, Dezember 2010.
Erschienen in: H. Michael Piper (Hrsg.), Neues aus Wissenschaft und Lehre. Jahrbuch der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf 2010, Düsseldorf University Press: Düsseldorf 2011, S. 495-507.
- 07 Bataille, Marc und Coenen, Michael, Zugangsentgelte zur Infrastruktur der Deutsche Bahn AG: Fluch oder Segen durch vertikale Separierung?, Dezember 2010.
Erschienen in: Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 60 (2011), S. 370-388.
- 06 Normann, Hans-Theo, Experimentelle Ökonomik für die Wettbewerbspolitik, Dezember 2010.
Erschienen in: H. Michael Piper (Hrsg.), Neues aus Wissenschaft und Lehre. Jahrbuch der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf 2010, Düsseldorf University Press: Düsseldorf 2011, S. 509-522.
- 05 Baake, Pio, Kuchinke, Björn A. und Wey, Christian, Wettbewerb und Wettbewerbsvorschriften im Gesundheitswesen, November 2010.
Erschienen in: Björn A. Kuchinke, Thorsten Sundmacher, Jürgen Zerth (Hrsg.), Wettbewerb und Gesundheitskapital, DIBOGS-Beiträge zur Gesundheitsökonomie und Sozialpolitik, Universitätsverlag Ilmenau 2010, S. 10-22.
- 04 Haucap, Justus, Heimeshoff, Ulrich und Stühmeier, Torben, Wettbewerb im deutschen Mobilfunkmarkt, September 2010.
Erschienen in: Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, 60 (2011), S. 240-267.
- 03 Haucap, Justus und Coenen, Michael, Industriepolitische Konsequenzen der Wirtschaftskrise, September 2010.
Erschienen in: Theresia Theurl (Hrsg.), Wirtschaftspolitische Konsequenzen der Finanz- und Wirtschaftskrise, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Band 329, Duncker & Humbolt: Berlin 2010, S. 57-84.
- 02 Haucap, Justus, Heimeshoff, Ulrich und Uhde, Andre, Zur Neuregulierung des Bankensektors nach der Finanzkrise: Bewertung der Reformvorhaben der EU aus ordnungspolitischer Sicht, September 2010.
Erschienen in: Albrecht Michler, Heinz-Dieter Smeets (Hrsg.), Die aktuelle Finanzkrise: Bestandsaufnahme und Lehren für die Zukunft, Lucius & Lucius: Stuttgart 2011, S. 185 -207.
- 01 Haucap, Justus und Coenen, Michael, Regulierung und Deregulierung in Telekommunikationsmärkten: Theorie und Praxis, September 2010.
Erschienen in: Stefan Bechtold, Joachim Jickeli, Mathias Rohe (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb: Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Nomos Verlag: Baden-Baden 2011, S. 1005-1026.

Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

**Düsseldorfer Institut für
Wettbewerbsökonomie (DICE)**

Universitätsstraße 1_ 40225 Düsseldorf
www.dice.hhu.de