

Brauchen wir eine Missbrauchskontrolle von Unternehmen mit  
nur relativer oder überlegener Marktmacht?  
Novellierung der allgemeinen Missbrauchskontrolle

*Florian Wagner-von Papp*

*Übersicht*

A. Einführung	96
I. Überblick	97
II. Zusammenfassung in Thesen	98
B. Die Neuordnung der Vorschriften (These 1)	104
C. Inhaltliche Änderungen	106
I. Wiederbelebung der befristeten und zum 1.1.2013 ausgelaufenen Regelungen des Preismissbrauchsbekämpfungsgesetzes 2007	106
II. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB: Unbillige Behinderung oder ungerechtfertigte Diskriminierung (These 2)	107
III. Anhebung der Marktanteilsschwelle für die Einzelmarktbeherrschungsvermutung (These 3)	109
1. Überhaupt eine marktanteilsbezogene Vermutung?	109
a) Vom Sinn einer Marktbeherrschungsvermutung	109
b) Marktanteilsbezogenheit der Vermutung	112
2. Fehlerkosten der 40%-Schwelle gegenüber der 1/3-Schwelle	116
D. Die vertane Chance: Perpetuierung des Überkommenen (Thesen 4-12)	118
I. Notwendigkeit der Hinterfragung des Sinns des § 20 GWB	118
II. Das Verbot des Angebots unter Einstandspreisen (These 6)	119
1. Untereinstandspreise als Quasi-Kampfpreise	121
2. Verbot des Verkaufs unter Einstandspreisen zur Begrenzung von Nachfragemacht?	127
3. Verbot des Verkaufs unter Einstandspreisen als Schutz von KMU-Wettbewerbern	129
4. Fortführung des Verbots trotz Sinnlosigkeit und Schädlichkeit aus politischen Gründen	131
III. Preis-Kosten-Scheren (These 7)	136
1. Die Preis-Kosten-Schere in der Hand von Marktbeherrschern	136
2. Preis-Kosten-Scheren bei nicht marktbeherrschenden Unternehmen	139
3. Einige relativierende Aspekte	142

IV. Das Anzapfverbot (These 8)	143
V. Das allgemeine Verbot unbilliger Behinderung und ungerechtfertigter Diskriminierung (Thesen 9-12)	149
E. Ausblick	154

### A. Einführung

George J. Stigler hat einmal eine – nicht ganz ernst gemeinte – Liste von häufig gehörten Kommentaren auf Konferenzen aufgestellt.<sup>1</sup> Einer dieser Kommentare lautet: „Your paper contains much that is new and much that is good.“<sup>2</sup> In der expliziteren Variante wird hinzugefügt: „But that which is good is not new, and that which is new is not good.“<sup>3</sup> Auf den vorliegenden Beitrag mag diese vernichtende Kritik zutreffen.<sup>4</sup> Die Änderungen

---

1 George J. Stigler, The Conference Handbook, Journal of Political Economy 85 Nr. 2 (April 1977), 441.

2 Ibid., 442.

3 So eine Buchkritik, kolportiert von George Cary Eggleston (Recollections of a Varied Life, 1910, S. 206).

4 Insbesondere ist die unten vorgetragene Kritik am Untereinstandspreisverbot und am Anzapfverbot keineswegs neu, auch wenn sie vom Gesetzgeber nicht zur Kenntnis genommen wird. Vor allem die Monopolkommission hat sich mehrfach in ähnlicher Weise zu diesen Verboten geäußert, z.B. in *Monopolkommission*, Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB, Sondergutachten 47, 2007 (im Folgenden: SG 47), Tz. 54-72 (zum Untereinstandspreisverbot), 73-99 (zum Anzapfverbot); *dies.*, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Sondergutachten 63, 2012 (im Folgenden: SG 63), Tz. 79-82 (zum Anzapfverbot), 83-85 (zum Untereinstandspreisverbot), bekräftigt in *dies.*, Stärkung des Wettbewerbs in Handel und Dienstleistungen, XIX. Hauptgutachten 2010/2011, 2012, BT-Drs. 17/10365, Tz. 169 und ausgeführt in Tz. 1184-1188 (Untereinstandspreisverbot) sowie Tz. 1178-1183 (Anzapfverbot); siehe bereits *dies.*, Marktöffnung umfassend verwirklichen, XII. Hauptgutachten 1996/1997, BT-Drs. 13/11291, Tz. 99. Die scharfe Kritik am Verbot des Angebots unter Einstandspreises ist, soweit ich sehen kann, in der Fachliteratur – abgesehen von bezahlten Gutachten für Lobbygruppen – fast einstimmig (s. Nils Krause/Sebastian Oppolzer, Anwendungsprobleme des § 20 IV GWB hinsichtlich des Verkaufs unter Einstandspreis, WuW 2000, 17 ff.; positivistisch Helmut Köhler, „Verkauf unter Einstandspreis“ im neuen GWB, BB 1999, 697 (das Zurückziehen auf den Grundsatz „Auctoritas non veritas facit legem“ deutet jedenfalls nicht auf eine tiefere Überzeugung der Sinnhaftigkeit der Norm); weitestgehend ohne normative Bewertung auch Berit R. Block,