

**Für die Veröffentlichung
bestimmt**

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

Netto Marken-Discount GmbH & Co. oHG, 93142 Maxhütte-Haidhof

Verfahrensbevollmächtigte:

EDEKA Verband kaufmännischer Genossenschaften e.V.,

New-York-Ring 6

22297 Hamburg

- Beteiligte -

wegen Prüfung eines Verstoßes gegen das Unter-Einstandspreis-Verbot hat die 9. Beschlussabteilung gem. § 32 Abs. 3 GWB i.V.m. § 20 Abs. 4 GWB am 25. Oktober 2007 beschlossen:

I.

Die Netto Marken-Discount GmbH & Co. oHG, Maxhütte-Haidhof, hat dadurch gegen das Verbot des nicht nur gelegentlichen Angebots unter Einstandspreis nach § 20 Abs. 4 GWB verstoßen,

dass sie innerhalb eines Zeitraumes von einem halben Jahr Waren des Lebensmitteleinzelhandelssortiments in mehr als drei Kalenderwochen unter Einstandspreis angeboten hat,

indem sie in der 50. Kalenderwoche des Jahres 2006 sowie in der 1.,2.,4. und 7. Kalenderwoche des Jahres 2007 Fruchtjoghurt, Schoko mit Sahne, Deutsche Markenbutter, Frischmilch und H-Milch unter dem Einstandspreis angeboten hat.

II.

Die Gebühr für diese Entscheidung wird festgesetzt auf

[...] €

(in Worten: [...] Euro).

Gründe:

A. Sachverhalt

I. Die Verfahrensbeteiligte Netto Marken-Discount und verbundene Unternehmen¹

1. **Netto Marken-Discount** GmbH & Co. oHG (Netto Marken-Discount) ist seit der Übernahme durch die EDEKA Zentrale AG & Co. KG, Hamburg (EDEKA Zentrale) von der ITM Entreprises S.A., Paris (ITME) im Jahr 2005² eine 100%ige Tochtergesellschaft der EDEKA Zentrale mit [...] mehr als 1.000 Filialen³. Netto Marken-Discount ist überwiegend im Süden und im Osten Deutschlands im Lebensmitteleinzelhandel tätig. Das Unternehmen erzielte im Jahr 2006 Umsatzerlöse in Höhe von 3,27 Mrd. €. Im Ausland wurden keine Umsätze erzielt.

Das Einkaufsvolumen von Netto Marken-Discount belief sich im Jahr 2006 auf [...] €. Netto Marken-Discount kauft ihre Waren in erster Linie allein, aber auch über den von der EDEKA Zentrale bundesweit organisierten Zentraleinkauf ein. Das vom Zentraleinkauf betroffene Volumen beträgt etwa [...] des Gesamtbeschaffungsvolumens der Netto Marken-Discount. Preiseinstiegsprodukte werden von Netto Marken-Discount ganz überwiegend unmittelbar mit den Herstellern sowie ergänzend durch die auf europäischer Ebene tätige Handelsorganisation ALIDIS/Agenor⁴ verhandelt. Durch den Vertrieb der von ALIDIS/Agenor verhandelten Preiseinstiegsprodukte erzielte Netto Marken-Discount einen Umsatz von [...] €.

2. Als Tochterunternehmen der **EDEKA Zentrale** gehört Netto Marken-Discount zu der ebenfalls im Lebensmittelhandel tätigen EDEKA Gruppe. Die EDEKA Gruppe umfasst die EDEKA Zentrale und die dazugehörigen regionalen Handelsgesellschaften (beide werden im Folgenden zusammenfassend als „EDEKA“ bezeichnet) sowie die den regionalen EDEKA Genossenschaften angehörenden Einzelhändler. Die derzeit annähernd 4.800 Kaufleute sind Mitglieder von zehn regionalen Genossenschaften, von denen jeweils eine oder mehrere Genossenschaften 50 % der Anteile an je einer der sieben regionalen Handelsgesellschaften

¹ Die nachfolgenden Angaben beruhen im Wesentlichen auf dem Geschäftsbericht der EDEKA 2006.

² Zum Zeitpunkt der Übernahme durch die EDEKA Zentrale firmierte Netto Marken-Discount unter Michael Schels & Sohn GmbH & Co. OHG, Maxhütte-Haidhof (Netto Schels). Der Zusammenschluss wurde vom Bundeskartellamt freigegeben, siehe BKartA, Beschluss vom 25. 08.2005 – EDEKA/Spar/Netto - Az. B9-27/05.

³ [...]

⁴ Die Alliance internationale de distributeurs ALIDIS S.A., Genf, (ALIDIS) und Agenor S.A., Genf („Agenor“) sind zwei schweizerische Unternehmen, die zusammen den organisatorischen Rahmen für eine Kooperation zwischen ITME, Centros comerciales ceco S.A., Elorrio, Spanien (EROSKI) und der EDEKA Zentrale in den Bereichen der grenzüberschreitenden Vermarktungsleistungen und der Einkäufe von Preiseinstiegsprodukten bilden.

direkt halten. Die Kaufleute betreiben als wirtschaftlich selbstständige Einzelhändler (SEH) derzeit mehr als 6.600 Märkte.

Die übrigen 50 % der Anteile an den regionalen Handelsgesellschaften werden von der EDEKA Zentrale gehalten, die wiederum im Eigentum der regionalen Genossenschaften steht. Die EDEKA Zentrale hält 100% der Anteile an der Marktkauf Holding GmbH, Bielefeld (Marktkauf) (bislang: AVA Allgemeine Handelsgesellschaft der Verbraucher AG). Die Marktkauf betreibt ihrerseits 186 Einzelhandelsgeschäfte in Form von SB-Warenhäusern und Verbrauchermärkten.⁵

Die regionalen Handelsgesellschaften sind für die Belieferung der SEH zuständig und führen derzeit selbst knapp 2.000 Regiemärkte.

Der Einkauf der sieben regionalen Handelsgesellschaften und der Marktkauf erfolgt in erster Linie regional. Einige Produkte, z.B. Obst und Gemüse, kaufen die SEH auch lokal ein. Das durch die regionalen und lokalen Einkäufe betroffene Beschaffungsvolumen beträgt etwa [...] Mrd. €. Für die übrigen, in der Regel großen Lieferanten haben die regionalen Handelsgesellschaften ihren gemeinsamen nationalen Einkauf über die EDEKA Zentrale organisiert. An diesem Zentraleinkauf sind neben Netto Marken-Discount auch Marktkauf, Netto Stavenhagen⁶ und die Globus SB Warenhaus Holding GmbH & Co. KG, Sankt Wendel (Globus) beteiligt⁷. Für die regionalen Handelsgesellschaften und die anderen am Zentraleinkauf beteiligten Unternehmen verhandelt die EDEKA Zentrale mit über [...] Markenartikelherstellern Produkte mit einem Einkaufsvolumen von ca. [...] €.

Im Bereich des internationalen Einkaufs ist die EDEKA Zentrale seit der Übernahme einer Drittelbeteiligung an ALIDIS im Jahr 2005 zusammen mit ITME und EROSKI Mitglied der Handelsorganisation ALIDIS/Agenor.⁸ Agenor verhandelt derzeit mit etwa [...] Markenartikelherstellern grenzüberschreitende Vermarktungsleistungen und holt Angebote für die Belieferung mit Preiseinstiegsprodukten von etwa [...] Herstellern ein. ALIDIS/Agenor repräsentiert auf der Grundlage des Verkaufsumsatzes der an der Kooperation beteiligten Handelsgesellschaften einen Einzelhandelsumsatz in Höhe von ca. 75 Mrd. € in zehn europäischen Ländern. Beteiligt sind insgesamt etwa 17.000 Geschäfte in Deutschland, Belgien, Bosnien-Herzegowina, Dänemark, Spanien, Frankreich, Polen, Portugal,

⁵ Die zur REWE-Group gehörende toom BauMarkt GmbH, Köln, hat kürzlich den überwiegenden Teil der rund 150 Baumärkte der Marktkauf erworben (BKartA, Freigabebeschluss vom 30.08.2007, Az. B9-59/07); [...].

⁶ Offene Handelsgesellschaft Netto Supermarkt mbH & Co., Stavenhagen.

⁷ Budnikowski und Kloppenburg nehmen bei Lebensmitteln (betroffen sind hier Süßwaren und Kaffee) nicht am Zentraleinkauf der EDEKA teil.

⁸ Zu ALIDIS/Agenor s.o. unter Ziffer A.I.1.

Rumänien und Serbien. Das Einkaufsvolumen, das die EDEKA Zentrale über die Handelsorganisation ALIDIS/Agenor abwickelt, erreicht derzeit ca. [...] €.⁹

Neben den SEH beliefern die regionalen Handelsgesellschaften noch 115 Cash & Carry Standorte.

Die Umsatzerlöse der EDEKA Zentrale beliefen sich im Jahr 2006 auf ca. [...] Mrd. € weltweit.¹⁰ Die regionalen Handelsgesellschaften werden von der EDEKA Zentrale nicht konsolidiert. Der Umsatz der EDEKA Gruppe betrug im Jahr 2006 insgesamt 37,17 Mrd. €, die fast ausschließlich in Deutschland erzielt wurden.¹¹

Die EDEKA Zentrale und die regionalen Handelsgesellschaften halten derzeit an über 40 Unternehmen Beteiligungen in Höhe von mindestens 50 %. Kooperationspartner der EDEKA Zentrale im Bereich Lebensmittel ist Globus, St. Wendel.¹² Seit der Übernahme der Spar Handels AG und der Netto Marken-Discount (damals: Netto Schels) im Jahr 2005¹³ ist die EDEKA Gruppe nicht nur nach Food-Umsätzen, sondern auch nach Gesamtumsätzen (Food und Non-Food) bundesweit Marktführer im Lebensmittelhandel.

II. Das beanstandete Verhalten

Das beanstandete Verhalten betrifft das Angebot verschiedener Produkte aus dem Lebensmittelsortiment der Netto Marken-Discount. Netto Marken-Discount hat im Rahmen mehrerer Aktionswochen (jeweils Montag bis Samstag) von Mitte Dezember 2006 bis Mitte Februar 2007 Milchprodukte zu den folgenden Preisen angeboten:

⁹ Vertriebliche Leistungen werden nach Angaben der Verfahrensbevollmächtigten für ein Umsatzvolumen von ca. [...] € verhandelt.

¹⁰ Erfasst sind die Umsätze aus Provisionsgeschäften sowie die Umsätze der EDEKA Zentrale, des EDEKA Verlages, der Marktkauf, der Netto Marken-Discount sowie der SPAR.

¹¹ Die Umsätze der EDEKA Gruppe im Ausland beliefen sich im Jahr 2006 auf 1,85 Mrd. € in Österreich und Dänemark sowie weitere [...] € in Russland. Im Jahr 2007 hat sich die EDEKA Gruppe aus ihren Aktivitäten in Österreich und Russland zurückgezogen.

¹² Die Kooperation mit Budnikowski und Kloppenburg beschränkt sich auf den Einkauf von Waren durch die EDEKA Zentrale, die zum Randsortiment des LEH gehören (Wasch-, Putz- und Reinigungsmittel, Hygieneartikel, Körperpflegemittel und Drogeriewaren).

¹³ Vgl. oben unter Ziffer A.I.1.

Kalenderwochen	Lieferanten	Produkte	Verkaufspreise (in Euro) ¹⁴	Verkaufsregionen
50/06	[...]	150 g Fruchtojoghurt 0,1%	0,12	Ponholz, Dettingen, Worms, Hodenhagen, Guteborn, Thiendorf
50/06	[...]	200 g Schoko mit Sahne	0,09	Ponholz, Dettingen, Worms
1/07	[...]	250 g Deutsche Markenbutter	0,65	Ponholz, Dettingen, Worms, Hodenhagen, Guteborn, Thiendorf
2/07	[...]	1 Liter Frischmilch 1,5 %	0,39	Ponholz
2/07	[...]	1 Liter Frischmilch 1,5 %	0,39	Dettingen, Worms
2/07	[...]	1 Liter Frischmilch 1,5 %	0,39	Hodenhagen, Guteborn, Thiendorf
4/07	[...]	1 Liter H-Milch 1,5 %	0,39	Guteborn
4/07	[...]	1 Liter H-Milch 1,5 %	0,39	Thiendorf
4/07	[...]	1 Liter H-Milch 1,5 %	0,39	Dettingen
7/07	[...]	250 g Deutsche Markenbutter	0,65	Ponholz, Dettingen, Worms, Hodenhagen, Guteborn, Thiendorf

Darüber hinaus hat Netto Marken-Discount in der 1., 12. und 36. Kalenderwoche des Jahres 2006 150 g Becher Fruchtojoghurt 0,1% [...] zu jeweils 15 Cent und in der 23. Kalenderwoche zu 19 Cent angeboten. Die genannten Verkaufsregionen Ponholz, (Gerstetten-) Dettingen, Worms, Hodenhagen, Guteborn und Thiendorf umfassen das gesamte Verkaufsgebiet der Netto Marken-Discount.

III. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben 6. März 2007 hat sich der Deutsche Bauernverband an das Bundeskartellamt mit der Bitte gewandt, zu überprüfen, ob Netto Marken-Discount bestimmte, von dem Bauernverband näher bezeichnete Milchprodukte unter dem Einstandspreis angeboten und damit gegen § 20 Abs. 4 GWB verstoßen hat. Mit Faxschreiben vom 16. März 2007 hat die Beschlussabteilung den EDEKA Verband kaufmännischer Genossenschaften e.V. (EDEKA Verband) gebeten, zu dem Schreiben des Deutschen Bauernverbandes unter

¹⁴ Verkaufspreis inklusive 7% Mehrwertsteuer.

Angabe der Namen der Lieferanten, der Rechnungspreise der Lieferanten, der über die Rechnungspreise hinaus vereinbarten Konditionen und der Verkaufsorte Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 26. April 2007 ist der EDEKA Verband dieser Bitte nachgekommen und hat darüber hinaus für Fruchtojoghurt 0,1% [...] und „Schoko mit Sahne“ [...] eine Aufstellung für das Jahr 2006 beigefügt. Mit Schreiben vom 14. Mai 2007 hat die Beschlussabteilung dem EDEKA Verband mitgeteilt, dass sie die Verkaufspraxis der Netto Marken-Discount näher prüfen werde. Zu dem Abmahnschreiben der Beschlussabteilung vom 26. Juni 2007 hat der EDEKA Verband, der in diesem Verfahren als Verfahrensbevollmächtigter der Netto Marken-Discount auftritt, mit Schreiben vom 10. August 2007 Stellung genommen.

B. Rechtliche Würdigung

Durch das unter Punkt A. geschilderte Angebot von Waren hat Netto Marken-Discount gegen das Unter-Einstandspreis-Verbot des § 20 Abs. 4 GWB verstoßen.

I. Zuständigkeit des Bundeskartellamtes

Das Bundeskartellamt ist gem. § 48 Abs. 2 GWB zuständig, da die Wirkungen des in Frage stehenden Verhaltens über ein Bundesland hinausgehen. Die betroffenen, oben genannten Angebote umfassen die von der Netto Marken-Discount eingerichteten Verkaufsregionen in (Ost-)Bayern (Region „Ponholz“), Baden-Württemberg und den westlichen Teil Bayerns (Region „Dettingen“), Rheinland-Pfalz und (Süd-)Hessen (Region „Worms“), Sachsen, den südlichen Teil Brandenburgs und den östlichen Teil Sachsen-Anhalts (Region „Thiendorf“), Thüringen und angrenzende Teile Sachsens und Sachsen-Anhalts (Region „Guteborn“) sowie Niedersachsen, Bremen und den Nordrand Nordrhein-Westfalens (Region „Hodenhagen“).¹⁵

¹⁵ [...].

II. Verstoß gegen § 20 Abs. 4 GWB

1. Normadressateneigenschaft

Netto Marken-Discount ist Normadressatin des § 20 Abs. 4 GWB. Dem Verbot des § 20 Abs. 4 GWB unterliegen „Unternehmen“. Der Inhalt des in § 20 Abs. 4 GWB genannten Begriffs stimmt mit dem allgemeinen Unternehmensbegriff des GWB überein.¹⁶ Als Konzerntochter der EDEKA Zentrale ist Netto Marken-Discount im Verhältnis zu Dritten ein Unternehmen i.S.d. GWB.¹⁷ Allerdings kann Netto-Marken-Discount nicht isoliert als Normadressatin des § 20 Abs. 4 GWB betrachtet werden. Vielmehr müssen bei der Beurteilung der Marktwirkung des Verhaltens der Netto Marken-Discount auch die EDEKA Zentrale als Konzernmutter¹⁸ und die regionalen Handelsgesellschaften in die Betrachtung einbezogen werden. Aus wettbewerblicher Sicht sind die regionalen Handelsgesellschaften, die der EDEKA Verband selbst nicht zum EDEKA Konzern dazurechnet, jedenfalls Teil der EDEKA Gruppe, da die EDEKA Genossenschaften als Eigentümerinnen der EDEKA Zentrale sowohl über die EDEKA Zentrale (50 %) als auch direkt (weitere 50 %) an den regionalen Handelsgesellschaften beteiligt sind.¹⁹

2. Überlegene Marktmacht gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern

Als Tochterunternehmen der EDEKA Zentrale verfügt Netto Marken-Discount auf den betroffenen Märkten über überlegene Marktmacht i.S.d. § 20 Abs. 4 GWB.

Die Feststellung überlegener Marktmacht ist anhand eines Vergleichs mit den kleinen und mittleren Wettbewerbern zu treffen, denen das Unternehmen auf denselben sachlich und räumlich relevanten Märkten begegnet (vgl. BGH, Urteil vom 12.11.2002 - WalMart - WuW DE-R 1042, 1043). Der Vergleich umfasst Wettbewerber auf allen relevanten Märkten; er ist nicht auf Anbieter einzelner Waren bzw. Warengruppen oder gewerblicher Leistungen beschränkt, welche im konkret zu prüfenden Fall unter dem Einstandspreis angeboten werden.

¹⁶ Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., Rdn. 281 zu § 20 GWB.

¹⁷ Zu den Konzerngesellschaften siehe Zimmer in Immenga/Mestmäcker, a.a.O., Rdn. 49 zu § 1 GWB.

¹⁸ Im Bereich der strukturellen Wettbewerbsbeschränkungen ist die Betrachtung von Konzernunternehmen als Hauptanwendungsfall wettbewerblicher Unternehmenseinheiten durch die Verbundklausel ausdrücklich anerkannt (§ 36 Abs. 2 Satz 1 GWB).

¹⁹ Zur Berücksichtigung von verbundenen Unternehmen im Rahmen der Anwendung von Kartellvorschriften, vgl. Zimmer in Immenga/Mestmäcker, a.a.O., Rdn. 45 zu § 1 GWB.

2.1 Sachlich relevanter Markt

Sachlich relevanter Markt ist der Lebensmitteleinzelhandel (LEH). Das Bundeskartellamt grenzt diesen Markt in ständiger Verwaltungspraxis unter Einbeziehung aller Vertriebsstypen als Einzelhandel mit einem Lebensmittelsortiment in seiner typischen Zusammensetzung ab. Neben Nahrungs- und Genussmitteln sowie Körperpflege-, Wasch- und Reinigungsmitteln gehört dazu das gesamte typische Non-Food-Randsortiment, soweit es 20 % des Gesamtumsatzes eines Lebensmitteleinzelhändlers nicht wesentlich überschreitet (vgl. BGH, Urteil vom 12.11.2002 - WalMart- a.a.O., 1043 und OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2001 - WalMart - WuW DE-R 781, 786). Vertriebsformen des LEH sind Vollsortimenter (z.B. SB-Warenhäuser, Verbrauchermärkte, Supermärkte, Nachbarschaftsmärkte) und Discounter. Nach dem Ergebnis einer zur empirischen Absicherung der eigenen Verwaltungspraxis durchgeführten Marktumfrage des Bundeskartellamtes wechseln die Kunden des LEH häufig zwischen beiden Vertriebsformen. Discounter sind trotz ihres im Vergleich zu den Vollsortimentern deutlich geringeren Warenangebotes in der Lage, den Kunden ausreichende Ausweichmöglichkeiten zu bieten und damit den Verhaltensspielraum der Vollsortimenter zu begrenzen (vgl. BKartA, Beschluss vom 25.08.2005 - EDEKA/Spar/Netto - a.a.O.).

2.2 Räumlich relevanter Markt

Das Bundeskartellamt grenzt die LEH-Märkte in ständiger Verwaltungspraxis regional ab. Zu diesem Zweck hat das Bundeskartellamt das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland in ca. 345 durch Oberzentren definierte räumliche Märkte eingeteilt. Die Märkte umfassen jeweils das Gebiet in einem Umkreis von ca. 20 km (20 Autominuten) um das Oberzentrum, dem der Standort des betrachteten Lebensmittelgeschäftes zuzurechnen ist.

Netto Marken-Discount hat die hier in Frage stehenden Milchprodukte in den oben genannten Verkaufsregionen Pohnholz, Dettingen, Worms, Hodenhagen, Guteborn und Thiendorf angeboten. Die Ausdehnung der Verkaufsregionen, die jeweils mehrere räumlich relevante Märkte umfassen, wird anhand der Adressenliste der Filialen der Netto Marken-Discount deutlich, die der EDEKA Verband der Beschlussabteilung mit Schreiben vom 26. April 2007 übersandt hat. Bei Konzentration auf die größeren Städte umfassen die Verkaufsregionen jedenfalls die folgenden Städte:

Ponholz: Regensburg, Straubing, Landshut, Amberg;

Dettingen: München, Ingolstadt, Nürnberg, Augsburg, Tübingen, Bamberg;

Worms: Worms, Ludwigshafen, Mannheim, Frankfurt a.M., Hanau;

Hodenhagen: Hannover, Celle, Braunschweig, Wolfenbüttel, Salzgitter, Soltau, Bremen, Leer;

Guteborn: Erfurt, Chemnitz, Gera, Zwickau, Jena, Gera, Magdeburg;

Thiendorf: Dresden, Leipzig, Halle, Meißen, Zittau und Görlitz.

Da Netto Marken-Discount ausweislich der übersandten Adressenliste in ihren Verkaufsregionen stets mit einer hohen Anzahl von Filialen sowie flächendeckend in den größeren und kleineren Orten vertreten ist,²⁰ geht die Beschlussabteilung davon aus, dass Netto Marken-Discount in allen dort liegenden, von der Beschlussabteilung durch Oberzentren gekennzeichneten räumlich relevanten Märkten über Filialen verfügt. Dies trifft im Übrigen auch auf die EDEKA²¹ insgesamt zu. Angesichts von bundesweit etwa 2.000 EDEKA-Regiemärkten ist EDEKA jedenfalls bei Annahme einer gleichmäßigen Verteilung über das Bundesgebiet in allen durch Oberzentren gekennzeichneten Markträumen mit jeweils über 5 Regiemärkten vertreten. Hinzu kommen bundesweit die über 1.000 Filialen der Netto Marken-Discount und die 186 SB-Warenhäuser und Verbrauchermärkte der Marktkauf.

2.3 Marktverhältnisse auf den sachlich und räumlich betroffenen Märkten

Für die Beurteilung des Bestehens überlegener Marktmacht i.S.d. § 20 Abs. 4 Satz 1 GWB ist eine Gesamtbetrachtung der für die Marktposition eines Unternehmens relevanten Ressourcen im Verhältnis zu den auf denselben sachlich und räumlich relevanten Märkten tätigen kleinen und mittleren Unternehmen erforderlich.²² Ausschlaggebend ist der Vergleich derjenigen Messkriterien, die für die Fähigkeit zu Angeboten unter dem jeweiligen Einstandspreis wesentlich sind, d.h. in erster Linie die Finanzkraft, die Sortimentsbreite und der Zugang zu den Beschaffungsmärkten. Für die Bestimmung der überlegenen Marktmacht kommt es nicht auf die Marktanteile der in den betroffenen Märkten tätigen Unternehmen an. Eine überlegene Marktmacht ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass Unternehmen mit vergleichbar hohen oder höheren Marktanteilen

²⁰ Verkaufsregion Ponholz: [...] Filialen, Dettingen: [...] Filialen, Worms: [...] Filialen, Hodenhagen: [...] Filialen, Guteborn: [...] Filialen, Thiendorf: [...] Filialen.

²¹ Unter der Bezeichnung „EDEKA“ sind die EDEKA Zentrale und die regionalen Handelsgesellschaften erfasst, s.o. unter Ziffer I.2.

²² Markert in Immenga/Mestmäcker, a.a.O., Rdn. 286 zu § 20 GWB.

auf den jeweils relevanten Märkten tätig sind (BGH, Urteil vom 12.11.2002 - WalMart - a.a.O. 786 f.).

Auf den hier betroffenen sachlich und räumlich relevanten Märkten sind auch kleinere und mittlere Wettbewerber tätig. Für die Abgrenzung, welche Wettbewerber auf dem relevanten Markt als kleine und mittlere Unternehmen anzusehen sind, kommt es allein auf das Verhältnis der Größe dieser Unternehmen zur Größe der anderen auf dem Markt tätigen Wettbewerber an. Eine feste Obergrenze besteht nicht.²³ In einem Markt, auf dem auch Umsatzmilliardäre tätig sind, können Unternehmen mit 100 Mio. € Jahresumsatz als mittlere Unternehmen angesehen werden (vgl. Merkblatt des Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten für kleine und mittlere Unternehmen [Stand 2007]). Im deutschen Lebensmittelhandel erreichte die EDEKA Gruppe im Jahr 2006 mit einem Umsatz von insgesamt 37,17 Mrd. € die höchsten Umsätze. Bei Food-Umsätzen erreichte sie Umsätze in Höhe von über 30 Mrd. €; es folgten Rewe mit über 22 Mrd. €, Schwarz (Kaufland, Lidl) mit über 19 Mrd. € und Aldi mit über 18,5 Mrd. €.²⁴ Die EDEKA Zentrale allein verfügte über einen Umsatz von [...] Mrd. €. Demgegenüber können jedenfalls Lebensmittelhändler mit einem Jahresumsatz von 100 Mio. € und weniger als kleine und mittlere Unternehmen angesehen werden. Von den etwa 300 größten deutschen Lebensmittelhändlern nennt M+M Eurodata „TOP Firmen 2005“ über 150 Unternehmen, deren Umsätze unter 100 Mio. € liegen. Darüber hinaus gibt es bundesweit eine Vielzahl kleinerer Händler, die mit Waren des LEH-Sortiments Handel betreiben.²⁵ Angesichts der sich über das gesamte Bundesgebiet erstreckenden gleichmäßigen Versorgung der deutschen Bevölkerung auch durch kleinere Händler kann kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass Netto Marken-Discount auf allen betroffenen LEH-Märkten, zumindest jedoch auf der Mehrzahl der betroffenen Märkte, jedenfalls ein kleiner oder mittlerer Wettbewerber gegenüber steht.

Gegenüber den kleinen und mittleren Unternehmen mit Umsätzen von 100 Mio. € und weniger verfügt EDEKA über überlegene finanzielle Ressourcen. Als größter deutscher Lebensmittelhändler, der sowohl zentral für seine regionalen Handelsgesellschaften und seine Kooperationspartner als auch auf Ebene der Regionen durch die regionalen Handelsgesellschaften Waren beschafft, verfügt EDEKA ebenfalls über einen überlegenen Zugang zu den Beschaffungsmärkten. Hinzu kommt, dass EDEKA mit den EDEKA-

²³ Vgl. Markert in Immenga/Mestmäcker, a.a.O., Rdn. 285 zu § 20 GWB m.w.N.

²⁴ TOP 30 - Die größten Handelsunternehmen der Branche 2006 von Trade Dimensions und Lebensmittel Zeitung, veröffentlicht in der LZ vom 16. März 2007, Seite 56.

²⁵ Die Umsatzsteuerstatistik 2005 weist unter der Wirtschaftsgliederung 52.11 „Einzelhandel mit Waren verschiedener Art, Hauptrichtung Nahrungsmittel usw.“ insgesamt 30.330 Steuerpflichtige (mit mehr als 17.500 Euro Jahresumsatz) aus.

Fleischwerken, den EDEKA-Backwarenbetrieben und dem EDEKA-Fruchtkontor²⁶ über eigene Produktionsstätten verfügt. Darüber hinaus ist EDEKA über die Einkaufs- und Vermarktungskoooperation ALIDIS/Agenor, die gemessen an dem Verkaufsumsatz der beteiligten Handelspartner zu den zehn größten europäischen Einkaufskooperationen zählt, zusammen mit dem französischen Einzelhandelsunternehmen ITME und der spanischen EROSKI-Gruppe auf europäischer Ebene präsent. Da Netto Marken-Discount am Zentraleinkauf der EDEKA teilnimmt, profitiert sie von allen Beschaffungsaktivitäten der EDEKA. Unerheblich ist insofern, dass das Volumen der über den EDEKA-Zentraleinkauf für Netto Marken-Discount beschafften Waren derzeit nur [...] des Gesamtbeschaffungsvolumens der Netto Marken-Discount ausmacht. Als Tochterunternehmen der EDEKA Zentrale kann Netto Marken-Discount jederzeit das Volumen der über den EDEKA Zentraleinkauf beschafften Waren erhöhen. Von einer gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen deutlich höheren Sortimentsbreite der von EDEKA angebotenen Waren kann schon deshalb ausgegangen werden, weil EDEKA für alle im LEH üblichen Vertriebsformen (angefangen bei SB-Warenhäusern, Verbrauchermärkten, Supermärkten über Discountgeschäften bis zu Bäckereifachgeschäften, Fleischfilialen und Getränkemärkten)²⁷ Waren einkauft bzw. selbst herstellt und über einen uneingeschränkten Zugang zu den Beschaffungsmärkten verfügt. Netto Marken-Discount kann die ihr - über den Zentraleinkauf der EDEKA - ebenfalls zur Verfügung stehende Sortimentsbreite jederzeit dazu nutzen, unterschiedliche Waren als Lockvogelangebote einzusetzen. Auf diese Weise kann Netto Marken-Discount die Kundenzahlen in ihren Geschäften erhöhen und mittels der dadurch erzielten zusätzlichen Umsätze Verluste ausgleichen, die sie durch den Verkauf von Waren zu Unter-Einstandspreisen macht. Unschädlich für die Annahme einer unter Einbeziehung der EDEKA anzunehmenden überlegenen Marktmacht der Netto-Marken-Discount ist die Tatsache, dass andere vergleichbar große Lebensmittelhändler, wie Rewe, Metro oder Aldi, ebenfalls über eine überlegene Marktmacht gegenüber kleinen und mittleren Lebensmittelhändlern verfügen dürften. Ebenfalls unbeachtlich kann bleiben, dass auch kleine und mittlere Wettbewerber durch Einkaufskooperationen einen vergleichbar guten Zugang zu den Beschaffungsmärkten haben können, da sie jedenfalls nicht über eine vergleichbare Finanzkraft und Sortimentsbreite wie die EDEKA verfügen.

²⁶ Siehe dazu EDEKA-Geschäftsbericht 2006.

²⁷ Es handelt sich um Vertriebsformen der EDEKA, vgl. M+M Eurodata, TOP Firmen 2005.

3. Angebot von Waren unter Einstandspreis

Bei der Feststellung des Einstandspreises einer Ware geht das Bundeskartellamt vom Listenpreis des Lieferanten ohne Mehrwertsteuer (sog. Netto-Einstandspreis) aus, von dem alle preiswirksamen Konditionen abgezogen werden, die ihren rechtlichen Grund in den zwischen dem Lieferanten und dem Abnehmer geschlossenen Beschaffungsverträgen haben (sog. Netto/Netto-Einstandspreis). Preiswirksame Konditionen können sich auf bestimmte Einzellieferungen beziehen oder Teil des allgemeinen Konditionenrahmens für die Beschaffung bzw. Belieferung sein, wie beispielsweise Jahresboni, Werbekostenzuschüsse oder Umsatzvergütungen (vgl. Bekanntmachung des Bundeskartellamtes Nr. 124/2003, Seite 4, veröffentlicht unter www.bundeskartellamt.de). Eine Ware wird unter dem Einstandspreis angeboten, wenn der Verkaufspreis abzüglich Mehrwertsteuer (sog. Netto-Verkaufspreis) unter dem Netto/Netto-Einstandspreis liegt.

Aus der nachfolgenden Tabelle ergeben sich die *Rechnungspreise* der Lieferanten (Listenpreise abzüglich der für konkrete Einzellieferungen in Rechnung gestellten Abzüge, wie Skonto und Rabatte), die Rechnungspreise der Lieferanten nach Abzug der preiswirksamen Konditionen (*Netto/Netto Einstandspreise*) sowie die *Bruttoverkaufspreise* der Netto Marken-Discount und die daraus errechneten *Nettoverkaufspreise*.²⁸ Die Rechnungspreise und die Konditionenabzüge ergeben sich aus den Lieferantenechnungen, die der Beschlussabteilung mit Schreiben des EDEKA Verbandes vom 8. Juni 2007 in Kopie übersandt wurden. Die Bruttoverkaufspreise der Netto Marken-Discount beruhen ebenfalls auf den Angaben des EDEKA Verbandes (Schreiben vom 26. April 2007). Gegenstand der preiswirksamen Konditionen waren [...].²⁹ Die Angaben der von der Beschlussabteilung ebenfalls befragten Lieferanten zu den Netto/Netto-Einstandspreisen weichen teilweise – allerdings geringfügig – von den Angaben des EDEKA Verbandes ab und sind in den Fußnoten vermerkt. Für die Feststellung, dass es sich bei den verfahrensgegenständlichen Angeboten um Angebote zu Unter-Einstandspreisen handelt, sind diese Abweichungen nicht erheblich.

²⁸ Die Netto-Verkaufspreise wurden errechnet anhand der Division der Bruttoverkaufspreise durch den Faktor 1,07.

²⁹ Die (Netto-) Rechnungspreise abzüglich der jeweiligen [...] entsprechen demnach den jeweiligen (Netto/Netto-) Einstandspreisen.

Datum (KW)	Lieferant	Produkt	Rechnungspreis ³⁰	Netto/Netto-Einstandspreis ³¹	Bruttoverkaufspreis	Nettoverkaufspreis	Differenz netto	Verkaufsregionen
50/06	[...]	150g Fruchtojoghurt 0,1%	[...]	[...]	0,12	[...]	[...]	Ponholz, Dettingen, Worms, Hodenhagen, Guteborn, Thiendorf
50/06	[...]	200 g Schoko mit Sahne	[...]	[...]	0,09	[...]	[...]	Ponholz, Dettingen, Worms
1/07	[...]	250 g Dt. Markenbutter	[...]	[...]	0,65	[...]	[...]	Ponholz, Dettingen, Worms, Hodenhagen, Guteborn, Thiendorf
2/07	[...]	1 Liter Frischmilch 1,5 %	[...]	[...]	0,39	[...]	[...]	Ponholz
2/07	[...]	1 Liter Frischmilch 1,5 %	[...]	[...]	0,39	[...]	[...]	Dettingen, Worms
2/07	[...]	1 Liter Frischmilch 1,5 %	[...]	[...]	0,39	[...]	[...]	Hodenhagen, Guteborn, Thiendorf
4/07	[...]	1 Liter H-Milch 1,5 %	[...]	[...]	0,39	[...]	[...]	Guteborn
4/07	[...]	1 Liter H-Milch 1,5 %	[...]	[...]	0,39	[...]	[...]	Thiendorf
4/07	[...]	1 Liter H-Milch 1,5 %	[...]	[...]	0,39	[...]	[...]	Dettingen
7/07	[...]	250 g Dt. Markenbutter	[...]	[...]	0,65	[...]	[...]	Ponholz
7/07	[...]	250 g Dt. Markenbutter	[...]	[...]	0,65	[...]	[...]	Guteborn
7/07	[...]	250 g Dt. Markenbutter	[...]	[...]	0,65	[...]	[...]	Hodenhagen
7/07	[...]	250 g Dt. Markenbutter	[...]	[...]	0,65	[...]	[...]	Worms
7/07	[...]	250 g Dt. Markenbutter	[...]	[...]	0,65	[...]	[...]	Dettingen
7/07	[...]	250 g Dt. Markenbutter	[...]	[...]	0,65	[...]	[...]	Thiendorf

³⁰ Die in der Tabelle aufgeführten Preisangaben sowie die Angaben in der Spalte „Differenz netto“ sind Angaben in Euro.

³¹ Die von den (Netto-)Rechnungspreisen abzuziehenden Konditionen [...] sind in den der Beschlussabteilung mit Schreiben des EDEKA Verbandes vom [...] in Kopie übersandten Rechnungen der Lieferanten vermerkt.

Ausweislich der Tabelle hat Netto Marken-Discount in der 50. Kalenderwoche 2006 Fruchtojoghurt 0,1% sowie Schoko mit Sahne, im Jahr 2007 in der 1. und 7. Kalenderwoche Deutsche Markenbutter, in der 2. Kalenderwoche Frischmilch und in der 4. Kalenderwoche H-Milch zu (Netto-) Verkaufspreisen angeboten, die unterhalb ihrer Netto/Netto-Einstandspreise lagen. Die jeweiligen Netto-Verkaufspreise für 250 g Deutsche Markenbutter und für die 200 g Becher Schoko mit Sahne lagen ca. [...] Cent unter den jeweiligen Netto/Netto-Einstandspreisen, für 1 Liter H-Milch sowie für Fruchtojoghurt 0,1% ca. [...] Cent und für 1 Liter Frischmilch ca. [...] Cent unter den jeweiligen Netto/Netto-Einstandspreisen.

Bei allen Unterschreitungen der Einstandspreise – auch bei den [...] Cent-Unterschreitungen - handelt es sich um Unter-Einstandspreis-Angebote i.S. d. § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB. Auf das Ausmaß der Unterschreitung des Einstandspreises kommt es insoweit nicht an (vgl. Schultz in Langen/ Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 10. Aufl., Rdn. 252 zu § 20 GWB). Das Verbot des § 20 Abs. 4 GWB setzt nicht voraus, dass das Anbieten von Waren unter Einstandspreis im Einzelfall zu einer spürbaren Beeinträchtigung der Wettbewerbsverhältnisse führt. Vielmehr wird die Eignung zur Beeinträchtigung der Wettbewerbsverhältnisse unwiderleglich vermutet. Der Gesetzgeber hat das Verbot zu Unter-Einstandspreisen als Regelbeispiel für eine unbillige Behinderung kleiner und mittlerer Unternehmen eingefügt und knüpft daher an nicht nur gelegentliche Unter-Einstandspreis-Angebote eines marktmächtigen Unternehmens die gesetzliche Vermutung, dass dieses damit eine Strategie zu Lasten der geschützten Gruppe von Wettbewerbern unter Einsatz seiner überlegenen Marktmacht betreibt (vgl. BGH, Urteil vom 12.11.2002 – WalMart – WuW DE-R 1042, 1045 und 1049 f.).

Rechnet man die Spanne, die der jeweilige (Netto-) Verkaufspreis unter dem jeweiligen (Netto/Netto-) Einstandspreis lag, in Prozent um, kommt man zu folgenden Ergebnissen: Die Verkaufspreise in der 50. Kalenderwoche 2006 lagen im Fall des Angebotes von Schoko mit Sahne immerhin knapp [...] % unter dem Einstandspreis und im Fall des Angebotes von Bauer-Fruchtojoghurt über [...] % unter dem Einstandspreis. In den Fällen der Unter-Einstandspreis-Angebote Deutscher Markenbutter lag der Verkaufspreis ca. [...] % unter den jeweiligen Einstandspreisen, in den Fällen der Unter-Einstandspreis-Angebote von H-Milch lag der Verkaufspreis ca. [...] % und in den Fällen der Unter-Einstandspreis-Angebote von Frischmilch ca. [...] % unter den jeweiligen Einstandspreisen.

Die Feststellung, dass Netto Marken-Discount die verfahrensgegenständlichen Waren zu Unter-Einstandspreisen angeboten hat, wird vom EDEKA Verband nicht bestritten.

4. Nicht nur gelegentlich

Entgegen der Auffassung des EDEKA Verbandes hat Netto Marken-Discount die o.g. Milchprodukte „nicht nur gelegentlich“ angeboten.

4.1 Auslegung des Tatbestandsmerkmals

Das Bundeskartellamt hat das in § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB enthaltene Tatbestandsmerkmal in seiner Bekanntmachung Nr. 124/2003 ausgelegt. Danach fallen unter das Unter-Einstandspreis-Verbot nur auf Dauer angelegte Unter-Einstandspreis-Angebote. Einzelaktionen, die ihrem Wesen nach eher kurzfristige Werbeaktionen darstellen, wie Einführungspreise bei Geschäftseröffnung oder sporadische Sonder- oder Lockvogelangebote, werden nicht vom Verbotstatbestand erfasst. Angebote, die kontinuierlich oder diskontinuierlich – etwa als Sonderaktion 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 sachlichen und räumlichen Markt beziehen. Ansonsten wirken sie sich auf verschiedene (kleine und mittlere) Wettbewerber aus und behindern jeden einzelnen von ihnen „nur gelegentlich“.

Entgegen der Auffassung des EDEKA Verbandes kommt es für das Tatbestandsmerkmal „nicht nur gelegentlich“ nicht auf das zahlenmäßige Verhältnis der zu unter Einstandspreis angebotenen Waren zu der Gesamtzahl der angebotenen Waren an (hier das Angebot der Netto Marken-Discount von bestimmten Milchprodukten „bei Gelegenheit“ des Angebots von Waren des gesamten LEH-Sortiments). Würde man der Auffassung des EDEKA Verbandes folgen, so bliebe unberücksichtigt, dass sich das Unter-Einstandspreis-Verbot stets auf den gesamten sachlich relevanten Markt bzw. wechselnde Produkte desselben sachlich relevanten Marktes bezieht und nicht nur auf die Waren, die im konkreten Einzelfall zu Unter-Einstandspreisen angeboten werden (vgl. BGH, Urteil vom 12.11.2002 - WalMart - a.a.O., 1043).

4.2 Die Angebote

Die zeitliche und räumliche Verteilung der Unter-Einstandspreis-Angebote der Netto Marken-Discount ist aus der nachfolgenden Tabelle ersichtlich:

Kalenderwochen	Produkte	Verkaufsregionen
50/06	Joghurt	alle
50/06	Schoko mit Sahne	Dettingen, Ponholz, Worms
1/07	Markenbutter	alle
2/07	Frischmilch	alle
4/07	H-Milch	Dettingen, Guteborn, Thiendorf
7/07	Markenbutter	alle

Ausweislich der vorstehenden Tabelle hat Netto Marken-Discount ab der 50. Kalenderwoche 2006 bis einschließlich der 7. Kalenderwoche 2007 verschiedene Milchprodukte – Joghurt, Schoko mit Sahne, Milch und Markenbutter – teilweise jeweils mehrfach für jeweils eine Woche zu Unter-Einstandspreisen verkauft. Der Verkauf zu Unter-Einstandspreisen erfolgte regelmäßig in sämtlichen Verkaufsregionen der Netto Marken-Discount, in allen Fällen jedoch zumindest in der Verkaufsregion Dettingen.

Innerhalb des o.g. Zeitraumes, der insgesamt zehn Wochen umfasst, wurden die betroffenen Milchprodukte nach den der Beschlussabteilung vorliegenden Angaben jedenfalls in Dettingen während der Hälfte der Zeit (in fünf Wochen Kalenderwochen) unter dem Einstandspreis angeboten. Die Unter-Einstandspreis-Angebote wurden zwei Mal durch jeweils zweiwöchige „Pausen“ (51. und 52. KW 06 sowie 5. und 6. KW 07) und ein Mal durch eine einwöchige „Pause“ (3. KW 07) unterbrochen. Bezieht man alle Verkaufsregionen der Netto Marken-Discount in die Betrachtung ein, hat Netto Marken-Discount in einem Zeitraum von zehn Wochen in vier Kalenderwochen Milchprodukte unter dem Einstandspreis angeboten. Der Zeitraum von zehn Wochen wurde ein Mal zwei Wochen (51. und 52. KW 06) und ein Mal vier Wochen (3. bis 6. KW 07) unterbrochen.

4.3 Die nicht-nur-Gelegentlichkeit der Angebote

Die Unter-Einstandspreis-Angebote der Netto Marken-Discount waren für jeweils einen Artikel auf jeweils eine Kalenderwoche beschränkt. Allerdings hat Netto Marken-Discount die jeweils einwöchigen Werbeaktionen nachweislich mehrfach - verteilt über einen Zeitraum von zehn Wochen - durchgeführt. Damit hat Netto Marken-Discount Waren „nicht nur gelegentlich“ zu Unter-Einstandspreisen angeboten.

Die Bekanntmachung des Bundeskartellamtes Nr. 124/2003 führt aus, dass Angebote, die - kontinuierlich oder diskontinuierlich - über mindestens drei Wochen andauern, jedenfalls nicht mehr als „nur gelegentliche“ Werbeaktionen einzustufen sind. Die in der Bekanntmachung enthaltenen Grundsätze stellen auch klar, dass es nicht darauf ankommt, dass sich die fraglichen Angebote stets auf dasselbe Produkt beziehen. Weiterhin wird - auch nach diesen Grundsätzen - nicht vorausgesetzt, dass sich jede einzelne Werbeaktion kontinuierlich über einen mehrwöchigen Zeitraum erstreckt. Auch kurzfristige Angebote fallen unter das Kriterium „nicht nur gelegentlich“, wenn sie - mit Unterbrechungen - über einen längeren Zeitraum fortgeführt werden. Wenn die beanstandete Preissetzung - wie hier - während eines Zeitraumes von zehn Wochen in insgesamt vier bzw. fünf Kalenderwochen fortgeführt wird, handelt es sich nicht mehr um „nur gelegentliche“ Einzelaktionen.

Das Tatbestandsmerkmal „nicht nur gelegentlich“ ist auch erfüllt, wenn man die allgemeinen Auslegungsregeln berücksichtigt.

Die Regierungsbegründung zu § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB verwendet für das „nicht nur gelegentliche“ Angebot zu Unter-Einstandspreisen den Begriff des „systematischen Unter-Einstandspreis-Verkaufs“ (vgl. BTDrucks. 13/9720, Seite 37). Letztlich wendet sich die Regelung gegen eine bestimmte Unternehmensstrategie. Von einem nicht mehr gelegentlichen Verkauf zu Unter-Einstandspreisen kann deshalb gesprochen werden, wenn die Einzelfälle eine solche Häufigkeit oder Dauer annehmen, dass darin eine bestimmte Praxis des wettbewerblichen Verhaltens zum Ausdruck kommt (vgl. Schultz in Langen/Bunte, a.a.O., Rdn. 250 zu § 20 GWB unter Hinweis auf OLG Frankfurt/a.M., 28.03.2000 - Fernsehzeitschriften - 11 U [Kart] 78/99). Maßgeblich ist die Sichtweise der Marktgegenseite.

Die regelmäßige Wiederkehr der Unter-Einstandspreis-Angebote der Netto Marken-Discount (vier bis fünf Wochen innerhalb eines Zeitraumes von insgesamt zehn Wochen) war geeignet, bei den Kunden den Eindruck entstehen zu lassen, dass die Waren des angebotenen LEH-Sortiments über einen längeren Zeitraum insgesamt sehr günstig

waren. Hinzu kommt, dass es sich bei den von Netto Marken-Discount zu Unter-Einstandspreisen angebotenen Waren um - verschiedene - Eckartikel, wie Milch und Butter, oder zumindest um regelmäßig stark nachgefragte Produkte, wie z.B. Joghurt, handelte. Diese Produkte verfügen über eine Signalwirkung und sind daher besonders geeignet, bei den Kunden den Eindruck günstiger Preise - auch für die übrigen Waren des LEH-Sortiments - entstehen zu lassen.

4.4 Der Zeitraum

Die von Netto Marken-Discount angebotenen Waren wurden auch deshalb – nicht nur gelegentlich – zu Unter-Einstandspreisen angeboten, weil diese Waren in mehr als drei Kalenderwochen innerhalb eines halben Jahres angeboten wurden. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes liegt ein Verstoß gegen das „nicht nur gelegentliche“ Anbieten von Waren zu Unter-Einstandspreisen jedenfalls dann vor, wenn Waren in mehr als drei Kalenderwochen innerhalb eines halben Jahres zu Unter-Einstandspreisen angeboten werden. Hierbei berücksichtigt das Bundeskartellamt, dass das kartellrechtliche Unter-Einstandspreis-Verbot sich nur gegen systematische Unter-Einstandspreis-Angebote wendet, durch die eine bestimmte Praxis wettbewerblichen Verhaltens zum Ausdruck kommt.

Zumindest ein Zeitraum, in dem bei Betrachtung eines halben Jahres Waren des LEH-Sortiments in mehr als drei Kalenderwochen zu Unter-Einstandspreisen angeboten werden, ist geeignet, bei den Kunden den Eindruck dauerhaft niedriger Preise zu erwecken. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Waren kontinuierlich oder diskontinuierlich zu Unter-Einstandspreisen angeboten werden. Ausgeschlossen sind beispielsweise auch Unter-Einstandspreis-Angebote in der jeweils ersten oder letzten Kalenderwoche eines Monats oder jeweils an den Wochenenden, wenn diese Angebote in mehr als drei Kalenderwochen gemacht werden. Die hier betroffenen Waren des LEH-Sortiments werden wegen ihres täglichen Bedarfs in der Regel täglich oder zumindest wöchentlich eingekauft. Unter-Einstandspreis-Angebote dieser Waren, die - wie hier - in mehr als in drei Kalenderwochen innerhalb eines halben Jahres gemacht werden, sind wegen des überschaubaren zeitlichen Abstandes derartiger Angebote geeignet, den Eindruck von Dauerniedrigpreisen zu erwecken.

Entgegen der Ansicht des EDEKA Verbandes kommt es nicht darauf an, ob die Kunden der Netto Marken-Discount im vorliegenden Fall tatsächlich den Eindruck dauerhafter Niedrigpreise gewonnen haben. Ausreichend ist, dass jedenfalls das Verhalten der Netto

Marken-Discount auf Angebote zu niedrigen Preisen schließen ließ, die sich - regelmäßig wiederkehrend - über einen längeren Zeitraum erstreckten.

5. Keine sachliche Rechtfertigung

Das nicht nur gelegentliche Anbieten unter Einstandspreis war auch nicht sachlich gerechtfertigt. Für die Prüfung der sachlichen Rechtfertigung ist das Interesse der kleinen und mittleren Wettbewerber am Schutz vor ungerechtfertigter Behinderung mit dem Interesse des marktstarken Unternehmens abzuwägen, seine Marktstellung durch Preismaßnahmen zu verbessern. Als sachliche Rechtfertigung kommen in erster Linie betriebswirtschaftliche Notlagen in Betracht oder die gemeinsamen Interessen des Handelsunternehmens und seiner Lieferanten an einer Verkaufsförderung bestimmter Produkte.³² Derartige Umstände hat der EDEKA Verband für Netto Marken-Discount nicht dargelegt.

Netto Marken-Discount kann auch nicht geltend machen, dass sie mit ihren Unter-Einstandspreis-Angeboten für Milchprodukte nur auf die Niedrigpreisstrategien ihrer Wettbewerber – insbesondere Aldi und Penny – reagiert habe. Soweit es sich bei den Wettbewerbspreisen um rechtswidrige Unter-Einstandspreise gehandelt haben sollte, ist eine sachliche Rechtfertigung ohnehin ausgeschlossen. Ansonsten würde sich die Behinderungswirkung zu Lasten kleiner und mittlerer Wettbewerber noch weiter verschärfen. Selbst bei dem Einsteigen auf rechtmäßige Über-Einstandspreise von Wettbewerbern mit besseren Einkaufskonditionen ist im Interesse des Schutzes kleiner und mittlerer Wettbewerber eine sachliche Rechtfertigung nur in Ausnahmefällen denkbar, z.B. bei der Gefahr unzumutbar starker Umsatzeinbrüche (Bekanntmachung des Bundeskartellamtes Nr. 124/2003, a.a.O., Rdn. 4 in Übereinstimmung mit BGH, Urteil vom 12.11.2002 - WalMart - a.a.O., 1047). Auch darf es dem Normadressaten nicht möglich gewesen sein, das Eingreifen behördlichen oder gerichtlichen Rechtsschutzes abzuwarten (BGH, Urteil - WalMart - a.a.O., 1047). Derartige Umstände hat der EDEKA Verband nicht dargelegt.

³² Bekanntmachung des Bundeskartellamtes Nr. 124/2003, a.a.O., Rdz. 4.

III. Ermessen gemäß § 32 GWB

1. Aufgreifermessen

Der vorliegende Beschluss setzt für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „nicht nur gelegentlich“ in § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB einen Maßstab. Da alle Waren des Lebensmittelassortiments - und nicht nur Lebensmittel im Sinne des § 2 Abs. 2 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches – umfasst sind, bleibt die Auslegung auch dann von Bedeutung, falls Unter-Einstandspreis-Verkäufe von Lebensmitteln künftig generell verboten werden sollten, d.h. auch dann, wenn die Unter-Einstandspreis-Verkäufe nur gelegentlich erfolgen.³³

2. Feststellung gemäß § 32 Abs. 3 GWB

2.1 Maßnahme

Die Maßnahme einer Feststellung nach § 32 Abs. 3 GWB folgt in Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens des Bundeskartellamtes. Nach § 32 Abs. 3 GWB kann die Kartellbehörde eine in der Vergangenheit liegende Zuwiderhandlung auch noch dann feststellen, wenn diese beendet ist. Voraussetzung für die Feststellung ist ein berechtigtes Interesse auf Seiten der Kartellbehörde, insbesondere im Fall der Gefahr von Wiederholungen. Der BGH hat eine Wiederholungsgefahr in der Person des Adressaten für den Fall bejaht, dass der Adressat für sich in Anspruch nimmt, sich rechtmäßig zu verhalten (vgl. BGH, Beschluss vom 24.09.2002 - Konditionenanpassung - a.a.O., 986 f.).

Adressat der Feststellungsverfügung ist Netto Marken-Discount. Netto Marken-Discount hat über einen Zeitraum von jedenfalls zehn Wochen - ab der 50. KW 2006 bis einschließlich der 7. KW 2007 - mit geringen Unterbrechungen Milchprodukte zu Unter-Einstandspreisen angeboten. Anhaltspunkte dafür, dass Netto Marken-Discount auf wiederkehrende Angebote zu Unter-Einstandspreisen künftig verzichten wird, sind nicht ersichtlich. Vielmehr hat der EDEKA Verband zur Rechtfertigung des Verhaltens der Netto Marken-Discount im Rahmen dieses Verfahrens selbst darauf verwiesen, dass die Unter-Einstandspreis-Angebote der Netto Marken-Discount nicht gegen das kartellrechtliche Unter-Einstandspreis-Verbot verstießen, weil die Angebote sich jeweils über eine Woche, nicht jedoch über jeweils drei Wochen erstreckten.

³³ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels, BTDrucks. 16/5847, 27.06.2007, Seite 5.

Eine Wiederholung der geschilderten Praxis durch Netto Marken-Discount ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Preise für einzelne Produkte des LEH-Sortiments – insbesondere für Milchprodukte – zwischenzeitlich gestiegen sind.

Angesichts der in der Lebensmittelbranche immer noch verbreiteten Strategie, Waren dauerhaft zu Niedrigpreisen anzubieten, kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass andere Lebensmitteleinzelhändler gegen das Unter-Einstandspreis-Verbot verstoßen. Auch deshalb besteht ein berechtigtes Interesse, die Zuwiderhandlung festzustellen.

2.2 Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Maßnahme

Die Feststellungsverfügung des Bundeskartellamtes ist erforderlich und verhältnismäßig.

2.2.1 Die Feststellung ist erforderlich, um den Anwendungsbereich des § 20 Abs. 4 GWB weiter zu klären und künftige Zuwiderhandlungen zu vermeiden.

Entgegen der Auffassung des EDEKA Verbandes nicht erheblich ist das Zahlenverhältnis zwischen den von Netto Marken-Discount zu Unter-Einstandspreisen angebotenen Produkten zu der Gesamtzahl der angebotenen Produkte bzw. der Produkte, die zu derselben Produktgruppe gehören. Der vom EDEKA Verband erhobene Einwand, Netto Marken-Discount habe im Jahr 2007 nur drei (Butter, Frischmilch, H-Milch) von insgesamt knapp [...] der von EDEKA in Deutschland gehandelten Milchprodukte³⁴ zu Unter-Einstandspreisen angeboten, lässt unberücksichtigt, dass bereits einzelne zu Unter-Einstandspreisen angebotene Produkte kleine und mittlere Wettbewerber auf Grund der von Niedrigpreisen ausgehenden Sogwirkung unbillig behindern können. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich das Angebot - wie im vorliegenden Fall - auf Eckartikel oder zumindest häufig gekaufte Waren erstreckt.

Das Einschreiten des Bundeskartellamtes ist auch deshalb erforderlich und angemessen, weil auf den kleinen und mittleren Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels ohnehin ein starker Preisdruck lastet, der durch Unter-Einstandspreis-Angebote von Unternehmen

³⁴ Zahlenangabe der Verfahrensbevollmächtigten unter Hinweis auf CAT*Com A.C.Nielsen (4.583 Produkte).

mit überlegener Marktmacht noch verstärkt wird. Dem Bundeskartellamt ist aus zahlreichen Eingaben, Presseartikeln und eigenen Fällen (z.B. EDEKA/Spar/Netto, Az. B9-27/05) bekannt, dass beim Lebensmittelabsatz signifikanter Preiswettbewerb herrscht und die Gewinnmargen im LEH i.d.R. niedriger sind als in anderen europäischen Ländern.

2.2.2 Die Maßnahme des Bundeskartellamtes ist gegenüber dem festgestellten Verstoß auch verhältnismäßig.

Nicht auf Dauer angelegte Unter-Einstandpreis-Angebote, wie beispielsweise kurzfristige Werbeaktionen, bleiben weiterhin möglich und bieten damit einen ausreichenden Spielraum für die Preissetzung.

C. Kostenentscheidung

Ein Verwaltungsverfahren nach § 32 GWB ist gemäß § 80 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB gebührenpflichtig. Die Kartellbehörde kann für ein solches Verfahren gemäß § 80 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 GWB Gebühren bis zu 25.000,- Euro erheben. Ist der personelle oder sachliche Aufwand der Kartellbehörde unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Werts des Verfahrens im Einzelfall außergewöhnlich hoch, kann die Gebühr gemäß § 80 Abs. 2 S. 3 GWB bis auf 50.000,- Euro erhöht werden. Die Höhe der Gebühr bestimmt sich gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 GWB nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Kartellbehörde unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung, die der Gegenstand des Verwaltungsverfahrens hat.

Die Beschlussabteilung hat die Gebühr unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles und in Ausübung ihres pflichtgemäßen Ermessens auf [...] Euro festgesetzt. Die wirtschaftliche Bedeutung des Falles ist [...]. Zwar hat das Bundeskartellamt nur die Preise von wenigen Angeboten aus dem Warensortiment der Netto Marken-Discount untersucht und bei diesen Angeboten kartellrechtswidrige Unter-Einstandspreise festgestellt. Der Beschluss erstreckt sich jedoch auf alle Waren, die Netto Marken-Discount auf dem sachlich relevanten Markt - hier dem LEH - angeboten hat. Der personelle und sachliche Aufwand der Kartellbehörde kann ebenfalls als [...] betrachtet werden. Die Festsetzung der Gebühr auf [...] Euro ist damit angemessen und sachgerecht. Kostenschuldnerin ist die Beteiligte gemäß § 80 Abs. 6 S. 1 Nr. 2 GWB.

Die Beteiligte wird aufgefordert den Betrag von [...] Euro innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Beschlusses unter Angabe des **Kassenzeichens [...]** und des Datums des Beschlusses auf das Konto der

Bundeskasse Trier
bei der Deutschen Bundesbank - Filiale Saarbrücken-
BLZ : 590 000 00
Kto.-Nr.: 590 010 20
IBAN: DE81 5900 0000 0059 0010 20
BIC-Code: MARKDEF 1590

zu überweisen.

Bitte beachten Sie, dass Ihre Zahlung ohne Angabe des Kassenzeichens nicht bearbeitet werden kann.

D. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit Zustellung des Beschlusses beginnenden Frist von einem Monat beim Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.

Die Beschwerde ist durch einen beim Bundeskartellamt oder beim Beschwerdegericht einzureichenden Schriftsatz zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung des angefochtenen Beschlusses und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die - gegebenenfalls auch neuen - Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Dr. Ruppelt

Lagemann

Dr. Pfeil-Kammerer