

Newsletter, 15. Dezember 2010

## BGH: Werbekostenzuschüsse dürfen auf einzelne beworbene Produkte umgelegt werden

**Die Drogeriemarkt-Kette Rossmann wurde am 9. November 2010 rechtskräftig vom Vorwurf des Verkaufs von Waren unter Einstandspreis freigesprochen. Der BGH hat die von der Generalstaatsanwaltschaft Düsseldorf eingelegte Rechtsbeschwerde ohne Angabe von Gründen verworfen. Damit läuft das derzeitige Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis im GWB nunmehr praktisch leer.**

### Verfahrensgang

#### *Bundeskartellamt*

Begonnen hatte das Verfahren gegen die Dirk Rossmann GmbH ("Rossmann") mit einer vom Bundeskartellamt im Juli 2005 eingeleiteten Untersuchung. Ausgelöst wurde diese Untersuchung durch eine Beschwerde des Markenverbandes e.V., der wiederum auf Initiative mehrerer namhafter Markenhersteller tätig wurde. Die Markenhersteller waren mit Rossmann über die Preiswerbung und die Abgabepreise uneinig. Das Bundeskartellamt entschied nach Abschluss seiner Untersuchungen im Februar 2007, dass ein Verstoß gegen § 20 Abs. 4 GWB gegeben sei, der es Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht verbietet, solche Wettbewerber durch den Verkauf unter Einstandspreis zu behindern. Das Bundeskartellamt war der Auffassung, dass Rossmann 55 Produkte in mehr als 250 Fällen zu Preisen angeboten hätte, die den Einstandspreis zum Teil deutlich unterschritten und verhängte ein Bußgeld gegen Dirk Rossmann sowie die Dirk Rossmann GmbH in Höhe von insgesamt EUR 300.000.

#### *OLG Düsseldorf*

Das OLG Düsseldorf sprach am 12. November 2009 sowohl Dirk Rossmann als persönlich Betroffenen als auch Rossmann als Nebenbe-

troffene vom Vorwurf des Verkaufs von Waren unter Einstandspreis frei.<sup>1</sup>

Ausgangspunkt des Vorwurfs des Bundeskartellamtes war die von Rossmann gewählte Verrechnungsmethode der von den Markenherstellern gewährten Werbekostenzuschüsse, die nach Auffassung des Bundeskartellamtes zu einem Verkaufspreis der Waren führte, der unter dem Einstandspreis lag. Der Hintergrund der Werbekostenzuschüsse gestaltete sich wie folgt: Einmal pro Jahr führten die Drogeriewarenhersteller und die Nebenbetroffene sogenannte Jahresgespräche, um die Konditionen für den Kauf (Rabatte, Boni, Skonti und Werbekostenzuschüsse) sowie Art und Umfang der Werbung zu vereinbaren. Die Werbekostenzuschüsse wurden dabei als Form der gezielten und individuellen Bezuschussung bestimmter produktbezogener Werbemaßnahmen und als eine finanzielle Beteiligung an den entstandenen Kosten gesehen. Dabei bewerteten die Hersteller diese Werbekostenzuschüsse offensichtlich als ein Instrument zur eigenen Umsatzförderung. Die Beweisaufnahme ergab ferner, dass den Drogeriewarenherstellern die Verrechnung der Werbekostenzuschüsse auf die Rechnungspreise (Einstandspreise) bekannt war und dass diese Vorgehensweise von keinem der Beteiligten in Frage gestellt wurde.<sup>2</sup> Zu Beginn der neunziger Jahre wurde die Praxis bei der Berechnung der Werbekostenzuschüsse umgestellt. Fortan wurden die Zuschüsse nicht mehr in Bezug auf bestimmte Werbeaktionen, sondern prozentual auf Basis des jährlichen Gesamtumsatzes der Drogeriemarktunternehmen mit den jeweiligen Herstellern berechnet.<sup>3</sup> Nichtsdestotrotz wurden die Werbekostenzuschüsse weiterhin als eine Maßnahme der Warenabsatzförderung verstanden, mit der nicht der Absatz eines gesamten Sortiments, sondern der Absatz bestimm-

<sup>1</sup> OLG Düsseldorf, VI-2 Kart 9/08 OWi.

<sup>2</sup> OLG Düsseldorf - Tz. 29/30.

<sup>3</sup> OLG Düsseldorf - Tz. 31.

ter, nämlich der beworbenen Produkte, gefördert werden sollte.<sup>4</sup> Die Nebenbetroffene behielt somit ihre bisherige Praxis bei und kalkulierte ihre Einstandspreise wie folgt: Zunächst berechnete sie den anteiligen Werbekostenzuschuss des jeweiligen Produktes. Anschließend zog sie den errechneten Betrag vom Rechnungspreis des bewerbenden Produktes ab und ermittelte unter Berücksichtigung der sonstigen Rabatte, Boni, Skonti, Palettenvergütung etc. den Einstandspreis.<sup>5</sup> Auf dieser Grundlage wurde der Endverbraucherpreis in der Weise ermittelt, dass der von den Mitarbeitern beobachtete Wettbewerberpreis der Konkurrenten regelmäßig unterschritten wurde, aber gleichwohl oberhalb des Einstandspreises lag.

Das OLG Düsseldorf stellte in seiner Entscheidung fest, dass *"der Einstandspreis der am (Beschaffungs-) Markt vom Hersteller / Lieferanten verlangte und vom Hersteller bezahlte Preis für die Beschaffung der Ware ist (der Kaufpreis einschließlich der vom Händler aufgewandten Transportkosten, sofern er diese zu tragen hat). Den Kaufpreis zu bestimmen ist Sache des Herstellers oder Lieferanten der Ware"*.<sup>6</sup> Das OLG kam auf Basis der Beweisaufnahme schließlich zu dem Ergebnis, dass *"die Nebenbetroffene die seit den siebziger Jahren von Drogeriewarenherstellern gewährten Werbekostenzuschüsse mindestens kraft stillschweigender Billigung der Hersteller dazu verwenden durfte, deren Rechnungspreise bei den im Rahmen von Werbeaktionen beworbenen Produkte abzusenken."*<sup>7</sup> Die Werbekostenzuschüsse sollte also wie Mengerabatte im Wettbewerb preiswirksam einsetzbar sein und die Rechnungspreise (Einstandspreise) der bei den Herstellern bezogenen Drogeriewaren mindern.<sup>8</sup>

### *Bundesgerichtshof*

Da der BGH die Rechtsbeschwerde am 9. November 2010 ohne Angabe von Gründen verworfen hat, wird die Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf vollumfänglich bestätigt.

### **Kommentar**

Das OLG Düsseldorf hat zurecht in seiner Beweisaufnahme festgestellt, dass die Werbekostenzuschüsse für die Markenartikelhersteller einen Zwiespalt darstellen. Einerseits sind

die Markenartikelhersteller an einer Absatzförderung durch Aktionspreise interessiert, andererseits sind sie bestrebt, die Endverbraucherpreise bei Markenwaren nicht unter ein bestimmtes "strategisches Preisniveau" sinken zu lassen. Es bleibt abzuwarten, ob es bereits im Rahmen der 8. GWB-Novelle zu einer Evaluierung der befristeten Regelung der Preismisbrauchsnovelle vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung geben wird. Während in der Politik nach dem BGH-Beschluss teilweise Stimmen laut wurden, die im Interesse von Markenherstellern einen Handlungsbedarf sahen, hält sich das Bundeskartellamt bisher bedeckt.

#### **Commeo LLP**

Rechtsanwälte und Notar

Werfthaus  
Speicherstraße 55  
60327 Frankfurt am Main

Tel. + 49 69 659990-0  
Fax + 49 69 659990-199

[www.commeo-law.com](http://www.commeo-law.com)

**Dr. Jörg-Martin Schultze, LL.M.**  
[jorg-martin.schultze@commeo-law.com](mailto:jorg-martin.schultze@commeo-law.com)

**Dr. Dominique S. Wagener, LL.M.**  
[dominique.wagener@commeo-law.com](mailto:dominique.wagener@commeo-law.com)

**Dr. Stephanie Pautke, LL.M.**  
[stephanie.pautke@commeo-law.com](mailto:stephanie.pautke@commeo-law.com)

**Dr. Johanna Kübler**  
[johanna.kuebler@commeo-law.com](mailto:johanna.kuebler@commeo-law.com)

**Isabel Oest, LL.M.**  
[isabel.oest@commeo-law.com](mailto:isabel.oest@commeo-law.com)

**Josefa F. Peter, LL.B./LL.M.**  
[josefa.peter@commeo-law.com](mailto:josefa.peter@commeo-law.com)

Diese Veröffentlichung wurde ausschließlich zu Informationszwecken erstellt. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und stellt keine Rechtsberatung dar. Jegliche Haftung im Zusammenhang mit der Nutzung der Informationen sowie ihrer Richtigkeit wird ausgeschlossen.

<sup>4</sup> OLG Düsseldorf - Tz. 31.

<sup>5</sup> OLG Düsseldorf - Tz. 45.

<sup>6</sup> OLG Düsseldorf - Tz. 89.

<sup>7</sup> OLG Düsseldorf - Tz. 77.

<sup>8</sup> OLG Düsseldorf - Tz. 90.