



Frankfurter Institut
Kleine Handbibliothek • Band 19

Der tiefgreifende Wandel der neunziger Jahre stellt alles bislang Gewohnte weltweit in Frage. Er legt zugleich die Schwächen unserer eigenen Gesellschaft und ihrer Einrichtungen bloß. In solcher Zeit ist beides geboten: kritische Rückschau und ein unverstellter, ordnender Blick nach vorn.

Die kleine Handbibliothek des Frankfurter Instituts geht dazu wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Grundfragen nach. Sie sucht – wissenschaftlich fundiert und allgemein verständlich – Antwort und Orientierung zu geben, damit wir die Veränderungen steuern und gestärkt aus ihnen hervorgehen können.

Wernhard Möschel

Rabattgesetz und Deregulierung

Mit einem Vorwort
von Juergen B. Donges

Wernhard Möschel, ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen, ist Mitglied der Monopolkommission, des Wissenschaftlichen Beirates beim Bundeswirtschaftsministerium, der Enquête-Kommission „Neue Medien“ des Deutschen Bundestages und des Wissenschaftlichen Beirates des Frankfurter Instituts (Kronberger Kreis). Der Autor gehörte ferner der Regierungskommission Fernmeldewesen (1985 - 1987) und dem erweiterten Technologierat beim Bundeskanzler (1995 - 1996) an.

Juergen B. Donges, Inhaber des Lehrstuhls für Wirtschaftliche Staatswissenschaften an der Universität Köln, ist Mitglied des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, des Wissenschaftlichen Beirates des Frankfurter Instituts (Kronberger Kreis) und war Vorsitzender der von der Bundesregierung eingesetzten Deregulierungskommission (1988 - 1991).

© November 1996

Frankfurter Institut – Stiftung Marktwirtschaft und Politik
Kaiser-Friedrich-Promenade 157, 61352 Bad Homburg

ISBN 3-89015-055-1

Inhalt

Deregulierungspolitik vorantreiben

Vorwort 7

Juergen B. Donges

Rabattgesetz und Deregulierung 11

Wernhard Möschel

I. Einführung 11

**II. Zur historischen Entstehung
des Rabattgesetzes** 13

**III. Zur Rechtslage in anderen EU-
Mitgliedsländern** 17

**IV. Die rechts- und wirtschaftspolitische
Ebene** 18

1. Rabattgesetz und Wettbewerb 18

2. Rabattgesetz und Verbraucherschutz 26

3. Rabattgesetz und Mittelstandsschutz 32

4. Sonstiges 35

V. Der europarechtliche Bezug 36

1. Freiheit des Warenverkehrs 36

2. Effet utile-Rechtsprechung 42

3. Sonstiges 44

VI. Diskussion differenzierender Vorschläge	47
1. Gesamtkonzept?	47
2. Begrenzte Korrekturen	48
3. Flankierende Regelungen	49
VII. Zusammenfassung in Thesen	52

Deregulierungspolitik vorantreiben

Juergen B. Donges

Die wirtschaftlichen Herausforderungen unserer Zeit sind so groß, daß seitens der Politik alles getan werden muß, um viele individuelle Initiativen, viel Risikobereitschaft und viele private Investitionen einschließlich Unternehmensneugründungen zu mobilisieren. Es bedarf hierzu guter gesamtwirtschaftlicher Rahmenbedingungen. Unter anderem darf der Wettbewerb nicht unnötig behindert, darf auf einzelnen Märkten nicht übermäßig reguliert werden. Vielmehr muß ein möglichst freier Marktzugang herrschen und der Gewerbe- und Vertragsfreiheit, die konstitutiv zur marktwirtschaftlichen Ordnung gehören, ist Respekt zu zollen. In Deutschland steht in dieser Hinsicht nicht alles zum besten, was sich schon daran zeigt, daß die Bundesregierung in ihren verschiedenen Aktionsprogrammen für mehr Wachstum und Beschäftigung immer wieder Deregulierungsbedarf konstatiert.

Deregulierung ist nicht aus Prinzip geboten, aber sehr wohl dort, wo wegen spezieller Regulierungen die Zuordnung der Produktionsfaktoren verzerrt wird, Verzögerungen im Strukturwandel eintreten, Produkt- und Verfahrensinnovationen unterbleiben, Fehlanreize für das Ausweichen in die Schattenwirtschaft gesetzt werden. Nicht zu rechtfertigen sind im übrigen spezielle Regulierungen, die die wirtschaftlichen Freiheitsrechte des einzelnen, die sich aus den Grundrechten der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 GG) und der freien Berufswahl und Berufsausübung (Art. 12 GG) herleiten, zu sehr einschränken. Anfang der neunziger Jahre hatte die Deregulierungskommission dargelegt, daß hierzu-

lande das Ausmaß regulierungsbedingter Fehlentwicklungen beachtlich sei, besonders im Dienstleistungsbereich. Die meisten Marktregulierungen sind ökonomisch nicht gut begründet und entspringen vor allem dem Wunsch partikularer Interessengruppen, vor Außenseiterkonkurrenz geschützt zu werden und Besitzstände zu wahren. Wer Waren und Dienste aus hochregulierten Bereichen bezieht, bezahlt dafür teuer und bekommt nicht unbedingt Erstklassiges. Inzwischen hat einiges an Deregulierung stattgefunden, nicht zuletzt im Zuge der Vollendung des europäischen Binnenmarktes. Man denke an die private Versicherungswirtschaft, den Luftlinienverkehr oder die Telekommunikation. Aber ohne die europarechtlichen Handlungszwänge wäre es noch schwerer geworden, den heftigen Widerstand der betroffenen Interessengruppen (der jeweiligen Unternehmensverbände und Gewerkschaften ebenso wie der ihnen nahestehenden Politiker aus allen Parteien) zu brechen. Das jahrelange Gezerre um die Liberalisierung der Laden-schlußzeiten war symptomatisch für die Verbissenheit, mit der Regulierungsanhänger an einer alten Regelung festhalten wollen, die sich längst überlebt hat und anderwärts seinesgleichen sucht. Daß das Rabattgesetz aus dem Jahre 1933 mit nur leichten, vom Bundesverfassungsgericht erzwungenen Veränderungen fortbesteht, ist ebenso bezeichnend für das, was Gary Becker und Armin Gutowski einmal so treffend die „Tyrannei des Status quo“ genannt haben.

Mit der vorliegenden Studie macht Wernhard Möschel einen neuen Versuch, die gebotene Deregulierungspolitik voranzutreiben. Es muß an allen Stellschrauben angesetzt werden, und das Rabattgesetz ist eine solche, eine eher kleine zwar, wenn man als Vergleich den Deregulierungsbedarf in der Stromwirtschaft, in der Landwirtschaft, im Steinkoh-

lenbergbau, im Wohnungswesen oder am Arbeitsmarkt heranzieht, aber eben nicht eine unwichtige. Denn auch durch das grundsätzliche Verbot der Rabattgewährung im Einzelhandel wird der Preiswettbewerb unnötig beschränkt. Jedermann weiß, daß besonders beim Kauf langlebiger und technisch hochwertiger Güter die Verbraucher Preisnachlässe fordern und häufig erwirken und daß die Verstöße gegen das Rabattgesetz nur schwer aufzudecken und zu ahnden sind. Und niemand wird ernsthaft behaupten wollen, daß das Rabattverbot ein unverzichtbares Instrument zum Schutze der Verbraucher (vor der Gefahr der Irreführung durch die Händler) und zum Schutze der kleinen und mittleren Unternehmen (vor Selbstausbeutung in Form ruinöser Rabattgewährung) sei und bleiben müsse. Das waren beim Erlaß des Gesetzes die zentralen Begründungen. Aber heute sind die Verbraucher in der Regel in der Lage und auch bereit, sich vor einer Kaufentscheidung über das Preis-Leistungsverhältnis der jeweiligen Güter ausreichend zu informieren, und in Sachen Mittelstandsschutz läuft das Rabattgesetz ohnehin ins Leere, weil es von vielen Einzelhändlern schlicht ignoriert wird. Nicht von ungefähr kommen die anderen EU-Mitgliedstaaten ohne ein ganz so weitgehendes Rabattverbot aus oder schränken die Preisgestaltungsmöglichkeiten im Einzelhandel nur weniger ein. Bei Lichte betrachtet, und das macht diese Studie deutlich, spricht alles dafür, das deutsche Rabattgesetz aufzuheben.

Rabattgesetz und Deregulierung

Wernhard Möschel

I. Einführung

Am 25. November 1933 wurde unter dem Druck der Wirtschaft und als Teil des Mittelstandsprogramms der NSDAP das Gesetz über Preisnachlässe, auch Rabattgesetz genannt, erlassen. In Österreich, wo es im Jahre 1940 zusammen mit dem übrigen deutschen Wettbewerbsrecht eingeführt worden war, wurde es im Jahre 1992 ersatzlos beseitigt. In Deutschland scheiterte ein entsprechendes Bemühen im Jahre 1994. Dieser Entwurf eines Rabattgesetzaufhebungsgesetzes stand an der Spitze eines weitgreifenden Deregulierungsprogramms. Insoweit wuchs ihm Symbolwert zu. Heterogene gesellschaftliche und politische Gruppierungen, denen aus unterschiedlichen Gründen die ganze Deregulierungsrichtung nicht paßte, verbündeten sich in dem Bestreben, das genannte Aufhebungsgesetz zu stoppen. Sie hatten Erfolg. In einsamer Abseitigkeit hält dieses Land an einem grundsätzlichen Verbot von Preisnachlässen im Geschäftsverkehr mit Endverbrauchern fest.

Ein ähnlicher Vorgang hätte sich beinahe bei dem Bestreben wiederholt, das deutsche Ladenschlußgesetz substantiell aufzulockern. Treffende Kritik hat in diesen Zusammenhängen von Lachnummern gesprochen. Dem könnte man folgen, wenn der Gegenstand nicht so ernst wäre: In Zeiten eines ebenso tiefgreifenden wie belastenden Strukturwandels mit einer völligen Neuorientierung in der internationalen Arbeitsteilung wäre in diesem Lande eine Entfesselung

aller Produktivkräfte geboten. Regulative Hemmnisse, deren Beibehaltung mehr Schaden anrichtet, als sie Nutzen stiftet, wären entschlossen zu beseitigen. Doch von Aufbruchstimmung keine Spur! Worauf man stößt, sind Reformverzagtheit und Reformblockade.

Vor diesem Hintergrund soll hier ein erneuter Anlauf um eine Aufhebung des Rabattgesetzes unternommen werden. Nach einem Blick auf die historische Entstehung des Gesetzes und die Rechtslage in den übrigen Mitgliedsländern der EU werden die einzelnen wettbewerbstheoretischen, wettbewerbspolitischen und rechtstatsächlichen Argumente auf den Prüfstand genommen. Ein europarechtlicher Bezug wird hergestellt. Schließlich werden differenzierende Vorschläge, von der begrenzten Abschaffung, einer Abschaffung mit flankierenden Regelungen bis hin zur ersatzlosen Totalabschaffung reichend, im einzelnen erörtert. Das Ergebnis kann schwerlich überraschen: Eine vollständige Beseitigung des gegenwärtigen Rabattgesetzes wäre die beste Lösung.

II. Zur historischen Entstehung des Rabattgesetzes

In einer Entscheidung vom 12. Januar 1912 hatte das Reichsgericht in Anlehnung an die Regierungsbegründung zum Entwurf des UWG von 1907 noch festgestellt: „Die Gewährung von Rabatt an den Käufer einer Ware entspricht uralten Geschäftsgewohnheiten und liegt namentlich dann, wenn es sich um die Gewährung von Vorteilen für geleistete Barzahlung handelt, sogar im Interesse sowohl des Handelsgewerbes wie des Publikums.“¹

Die Gewährung eines Abzuges vom üblichen Ladenpreis als Rabatt, so das Reichsgericht, bilde eine besondere Art der Preisstellung. Auf dieser Linie wurde noch in den Jahren 1932 und 1933 die Rabattgewährung „als ein gesundes Werbemittel, das den Konkurrenzkampf auf dem Gebiete der Preiswürdigkeit der Ware führt“, bezeichnet.²

Das Rabattgesetz von 1933 antwortete auf eine spezifische historische Situation und aus Wertvorstellungen heraus, die ebenso zeitgebunden waren.³

1 RGZ 78, S. 194, 198

2 *Gottschick*, Das Zugabeverbot in der Verordnung vom 9. März 1932, Berlin 1932, S. 33/34; hierzu auch *Reimer*, Das Gesetz über Preisnachlässe (Rabattgesetz), DJZ 1934, S. 120 f.

3 Hierzu *Dichtl/Brinkmann* u.a., Der Deregulierungsbedarf bei für die Wirtschaft relevanten Rechtsnormen, Beil. 12 zu Heft 35/1995 des Betriebsberaters, S. 9 mwN

Zur spezifischen historischen Situation gehörte eine weite Verbreitung von Rabattpraktiken. Rund ein Drittel des gesamten Einzelhandelsumsatzes soll davon erfaßt gewesen sein.⁴

Dies hing einmal damit zusammen, daß Rabatte zum wettbewerblichen Ausweichinstrument in einer horizontal wie vertikal vielfach durchkartellierten Wirtschaftsordnung geworden waren. Heute unterliegen Preiskartelle ebenso wie vertikale Preisbindungen in aller Regel einem per se-Verbot. Dies gilt nach §§ 1, 15 GWB auf der Ebene des deutschen Rechtes und nach Art. 85 Abs. 1 EG-Vertrag auf der Ebene des europäischen Rechts. Hinzu kamen Ausweichreaktionen auf die Zugabeverordnung vom 9. März 1932 bzw. vom 12. Mai 1933. Anstelle der verbotenen Zugaben wechselte man auf die Gewährung von Geld- und Warenrabatten über, die davon nicht erfaßt wurden. „Verschiedene Auswüchse“ in der Rabattgewährung, auf deren Bekämpfung sich das Gesetz nach seiner amtlichen Begründung beschränken sollte, waren damit selbst Folge einer Regulierung, ganz im Einklang mit dem, was man unter Ordoliberalen Ölflecktheorie zu nennen pflegt. Hinzu trat das Phänomen des organisierten Rabatts, wie es im Rahmen von Konsumvereinen besonders deutlich wurde. Mittelständische Einzelhändler folgten dem durch Rabattgewährung als Abwehrmaßnahme. Gleiches ließ sich beob-

4 Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 18. Aufl. München 1995, RabattG, vor § 1 Rdnr. 5; s. auch Begründung des Reichswirtschaftsministeriums zum Gesetz über Preisnachlässe (Rabattgesetz) vom 25. November 1993, Deutscher Reichsanzeiger und Preussischer Staatsanzeiger Nr. 284 vom Dienstag, den 5.12.1933, S. 4

achten als Antwort auf die Niedrigpreispolitik von Großvertriebsformen des Handels. Dort war Barzahlung üblich, bei vielen kleineren Einzelhändlern das sog. „Anschreiben“. Rabattgewährung sollte hier einen stärkeren Anreiz zur Barzahlung bieten. In beiden Reaktionen mochte man Elemente der Selbstausbeutung der kleineren Händler feststellen. Diese Phänomene sind innerhalb heutiger Vertriebsformen u.a. aufgrund zu hoher Transaktionskosten längst obsolet geworden.

Zeitgebundene Wertvorstellungen mag man aus der Absicht ablesen, die Rabattgewährung „entsprechend dem in ihr steckenden gesunden Kern auf den erzieherischen Grundgedanken zurückzuführen: Kein Preisnachlaß ohne Gegenleistung.“ Hierher gehört auch die weitere Idee, kleinere Geschäfts-, Gewerbe- und Handelsbetriebe vor einer Minderung ihres Rohgewinns durch eine „zum Teil wilde Steigerung der Preisnachlaßhöhe“ schützen zu sollen.⁵

Paternalistisches Denken und strukturkonservierender Mittelstandsschutz müssen in einer wettbewerblich geordneten Wirtschaft notwendig Fremdkörper bleiben.

Nicht zu verkennen ist: Das Rabattgesetz hat in der Anwendungspraxis der vergangenen Jahrzehnte eine Verschiebung seiner Schutzrichtung weg von der Beschränkung des Preiswettbewerbs auf der Händlerebene hin zu einem vorgebliehen Verbraucherschutz vollzogen.⁶

Doch dürfte diese kurze Reminiszenz gezeigt haben: Jene Gründe, die zur historischen Entstehung des Rabattgesetz-

5 Siehe amtliche Begründung (Fn. 4)

6 Grundlegend BGHZ 27, S. 369, 371 Elektrogeräte

zes geführt haben, sind für die Entscheidungssituation eines heutigen Gesetzgebers nicht mehr tragfähig. Schon vor 30 Jahren meinte Wolfgang Hefermehl in einer bekannten Anmerkung zu jener Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, mit welcher das für Warenhäuser geltende Barabbattverbot des früheren § 6 RabattG für nichtig erklärt wurde: „Das Rabattgesetz ... paßt zumindest in seiner derzeitigen Gestaltung nicht in eine Wettbewerbswirtschaft ... Bei Gegnern und Befürwortern eines Rabattgesetzes besteht wohl kein Zweifel, daß ein Gesetz dieses Inhalts heute nicht mehr erlassen würde. Das Weiterbestehen des wirtschaftspolitisch so fragwürdig gewordenen Gesetzes beruht allein auf dem Beharrungsprinzip.“⁷

7 GRUR 1967, S. 608; s. auch *P. Ulmer*, Rabattgesetz und Wettbewerbsordnung, in Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1971, S. 201 f.

III. Zur Rechtslage in anderen EU-Mitgliedsländern

Andere EU-Mitgliedsländer kennen keine Gesetze, die dem deutschen Rabattgesetz voll entsprechen würden. Es gibt nur partielle Regelungen. Diese haben aber kein generelles Verbot zum Ausgangspunkt. So sind in Frankreich bei allgemeinen Rabattankündigungen formelle Voraussetzungen zu erfüllen. Sie haben zum Ziel, eine korrekte Information des Verbrauchers sicherzustellen. In Belgien sind Rabattmarkensysteme geregelt. Luxemburg verbietet Sonderpreise für Mitglieder von Gruppen oder Vereinigungen. In Dänemark ist es vorgeschrieben, daß Rabatte, die nur bestimmten Gruppen gewährt werden, auf einem Schild am Ladeneingang bekanntzumachen sind. Verbreitet sind nur Zugabeverbote, die freilich sehr differenziert ausfallen und zum Teil beträchtlichen Spielraum lassen. Großbritannien, Irland und Portugal kennen nicht einmal solche. Unrichtig ist die gelegentlich zu vernehmende These, diese Rechtsordnungen würden ein nicht vorhandenes Rabattverbot durch andere Rechtsgrundlagen miterfassen oder auffangen. Dies trifft nur für eng umrissene Verhaltensweisen wie z.B. irreführende Werbung u.ä. zu, gilt aber keineswegs als allgemeines Prinzip. Wie so häufig im Bereich des UWG und der zugehörigen Nebengesetze zeichnet sich das deutsche Recht innerhalb der EU vielmehr durch eine „ungewöhnliche Gipfellage“ (Schricker) aus. Benutzt man diese Gesetze, namentlich in ihrer Konkretisierung durch die Rechtsprechung, als Erkenntnisquelle dafür, welches Bild sich Deutsche von ihren Landsleuten machen, so ist das Resultat eher erschreckend. Leitbild ist nicht der mündige Verbraucher, sondern, wie im sog. Bocksbeutelverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof einmal vorgetragen wurde, die Vorstellung eines „pathologischen Schwachkopfes“.

IV. Die rechts- und wirtschaftspolitische Ebene

Eine nicht mehr tragfähige historische Begründung und Skepsis, die sich aus der Abwesenheit vergleichbarer Regelungen im Ausland nährt, erlauben kein abschließendes Urteil über die Sinnfälligkeit des gegenwärtigen Rabattgesetzes. Diesbezüglich sind seine tatsächlichen Wirkungen auf den Prüfstand zu nehmen und mit den damit verfolgten normativen Zwecken zu konfrontieren. Soweit es sich dabei um Werturteile handelt, stößt eine Diskussion unausweichlich auf Grenzen. An zwei Maßstäben kann man sich freilich orientieren: Eine Konsistenz der Wertungen, eine Widerspruchsfreiheit in den verfolgten Zielen sollte gewährleistet bleiben. In der Sprache des Rechts steckt dieser Gedanke im Schlagwort von der Einheit der Rechtsordnung. Überdies sollte das eingesetzte Mittel geeignet sein, das erstrebte Ziel zu erreichen, mindestens dazu beizutragen, und es sollte in dem Sinne erforderlich sein, daß es keine weniger schädlichen oder drittbelastenden Instrumente gibt. Dies sind Facetten eines Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Drei übergreifende Gesichtspunkte sind zu erkennen: Das Rabattgesetz im Zusammenhang des Wettbewerbs, namentlich des Preiswettbewerbs, des Verbraucherschutzes und – der Gesetzesentstehung noch am nächsten – des Mittelstandsschutzes.

1. Rabattgesetz und Wettbewerb

Die Rabattgewährung ist ein Unterfall des Preiswettbewerbs.

a) *Beschränkung des Preiswettbewerbs*

Vereinbaren Unternehmen, daß sie eine Rabattgewährung zurückweisen oder eine solche auf eine bestimmte Marge begrenzen, so läge ein nach § 1 GWB unzulässiges Kartell vor. Das Rabattgesetz bewirkt in seinem Anwendungsbereich die genau gleichen Kartellfolgen. Wirkungen verändern sich nicht dadurch, daß ihr Urheber ein Gesetzgeber ist. Dies gilt selbst dann, wenn man idealtypisch von einem Gesetzgeber ausgeht, der sich dem Gemeinwohl verpflichtet sieht und nicht so sehr Interessenverbänden und Wählergruppierungen. Im Sinne des hier angelegten Prüfmaßstabes stoßen wir auf eine deutliche Inkonsistenz der Wertungen. § 3 GWB ermöglicht zwar unter engen Voraussetzungen eine Legalisierung sog. Rabatkkartelle. Doch herrscht heute Einigkeit, daß diese Vorschrift wettbewerbspolitisch verfehlt ist und in zunehmend oligopolistisch geprägten Märkten den möglichen Preiswettbewerb weiter dämpft. Folgerichtig ist in der gegenwärtig erwogenen 6. Novellierung des GWB vorgesehen, § 3 GWB ersatzlos zu streichen.

Dem wird entgegengehalten, das Rabattgesetz hindere kein Unternehmen an der freien Festsetzung seiner Preise und deren jederzeitigen Abänderbarkeit. Verboten sei lediglich die Bildung eines von diesen Preisen im Einzelfall abweichenden individuellen Ausnahmepreises. Dies ist auch von achtenswerter Seite zu hören, z.B. vom Bundesgerichtshof in einer Stellungnahme zum gescheiterten Entwurf des Jahres 1994 über eine Aufhebung des Rabattgesetzes.⁸

8 Vgl. Rabattgesetz/BGH widerspricht der Bundesregierung, Rabattwettbewerb wäre ein Beitrag zur Inflation, Handelsblatt vom 22. April 1994, S. 8

Dies verkennt die wettbewerbliche Bedeutung, die in bestimmten Marktstrukturen gerade Preisnachlässe im Einzelfall als Aktionsparameter haben. In Märkten mit hoher Transparenz und Reaktionsverbundenheit der Konkurrenten haben wir eine strukturelle Tendenz zur Dämpfung des Preiswettbewerbs: Aggressiver vorstoßender Preiswettbewerb lohnt sich in der Regel nicht. Es kommt zu sofortigen Anpassungsaktionen der Mitbewerber. Ein höherer Absatz und die damit angestrebte Kostendegression wird nicht erreicht. Alle Anbieter stehen sich nach einer solchen „Preis-senkungsrunde“ nur schlechter. Das Phänomen ist unstrittig: „Der Einbruch in Marktverhältnisse, die durch erstarrten Preiswettbewerb gekennzeichnet sind, wie Preisführerschaft oder Parallelverhalten in Oligopolen, standardisierte Kalkulationsmethoden, Listenpreise udgl., erfolgt erfahrungsgemäß durch stillschweigende Preisnachlässe im Einzelfall, die auf die Dauer das gesamte Preisniveau in Bewegung bringen können.“⁹

Der Ausschluß solchen Wettbewerbs durch Marktinformationsverfahren gilt folgerichtig als Verstoß gegen das Kartellverbot des § 1 GWB. Erneut stoßen wir auf einen Wertungswiderspruch: Was im GWB, gerne als „Grundgesetz der Wirtschaft“ apostrophiert, zu den hehren Gütern der Nation zählt, wird im UWG und seinen Nebengesetzen, hier dem Rabattgesetz, als unerwünscht bekämpft. Damit stimmt rechtstatsächlich überein, daß Rabattgewährungen gegenüber dem Endverbraucher am ehesten bei den sog. Haushalts-Investitionsgütern vorkommen. Automobile, Möbel, hochwertige Produkte der Unterhaltungselektronik

9 *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln usw. 1983, Rdnr. 619; ausführlich *Aicher/Lessiak*, Rabattgesetz contra Wettbewerb, Wien 1989, S. 57ff.

sind die typischen Beispiele. In diesen Bereichen wird das Rabattgesetz denn auch in hohem Maße mißachtet.¹⁰

Nach einer im Auftrag der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände e.V. von Emnid durchgeführten Repräsentativuntersuchung haben bereits 40% aller westdeutschen Verbraucher positive Erfahrungen im Aushandeln von Rabatten gesammelt, welche die bislang erlaubten 3% übersteigen.¹¹

Damit stimmt die Beobachtung überein, daß bei den Massengütern des täglichen Bedarfs, namentlich im Lebensmittel Einzelhandel, individuelle Rabatte nicht vorkommen. Dies belegen insbesondere die Erfahrungen in den Ländern, in denen anders als in Deutschland Rechtsgründe einer Rabattgewährung in solchem Falle nicht entgegenstehen. Der Grund dafür ist einleuchtend: Die Transaktionskosten für solchen Einsatz eines Wettbewerbsparameters sind zu hoch. Bei Selbstbedienungsläden ist ein Aushandeln von Preisnachlässen im Einzelfall schon gar nicht darstellbar. Selbst von standardisierten Systemen wie den früheren Markenheften ist man abgekommen: Ein Abzug, der nicht individuell ausgehandelt ist, sondern generell vorgenommen wird, läßt sich einfacher gleich als allgemeine Preissenkung durchführen.

Ein weiterer Wertungswiderspruch ergibt sich aus einer Kombination des Rabattgesetzes mit der kartellrechtlich

10 Hierzu *Dichtl/Brinkmann* u.a. (Fn. 3), S. 16 - 17

11 Stellungnahme der AgV in der öffentlichen Anhörung vom 20. April 1994 zum Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung des RabattG

grundsätzlich zulässigen Verwendung von unverbindlichen Preisempfehlungen. Das Rabattgesetz wird hier in typischen Sachlagen zum Ersatz für die seit 1973 nach § 15 GWB verbotene vertikale Preisbindung. Die Erosion eines in hohem Maße transparenten Preisniveaus, wie dies bei Luxusartikeln und bei technisch hochwertigen Gütern weitgehend zutrifft, durch verdeckte Preisnachlässe im Einzelfall wird verhindert bzw. behindert.

b) Behinderungen im Dienstleistungssektor

Die hier zurückgewiesene Fehleinschätzung des Rabattwettbewerbs erstreckt sich auch auf den Dienstleistungssektor. Das Verbot der Rabattgewährung gilt nicht nur für den historisch im Vordergrund stehenden Handel, sondern auch für Fluggesellschaften, Kreditkartenunternehmen, Reisebüros, Werbeagenturen und ähnliche Dienstleister. Das Rabattgesetz, auch die Zugabeverordnung, behindern hier die Entwicklung neuartiger Marketingstrategien.

Programme nach Art der Miles and More der Lufthansa AG oder der Membership Miles von American Express geraten in ein juristisches Zwielflicht, dessen Klärung Jahre beansprucht. Entsprechende Investitionen werden beeinträchtigt. Man mag dies in einem Land wie Deutschland, dessen Dienstleistungskultur im internationalen Vergleich wenig entwickelt scheint, geringschätzen. Solche eher rückwärts gerichtete als zukunftsorientierte Attitüde hat freilich ihren Preis. Bedenkt man, daß das produzierende Gewerbe in der Bundesrepublik seit den 70er Jahren kontinuierlich Arbeitsplätze abbaut und diese letztlich nur im Dienstleistungssektor aufgefangen werden können, so wird deutlich: Ein benign neglect mit Bezug auf dort bestehende Hemmnisse ist wahrhaftig nicht angezeigt.

c) *Beschränkung des Werbewettbewerbs*

Schließlich wird in diesem Zusammenhang die Funktion von Rabattwettbewerb als Instrument der Werbung verkannt. Dies bezieht sich auf Rabattankündigungen, die wirtschaftlich im Kern eine Ausprägung sog. Aufmerksamkeitswerbung darstellen. Das Rabattgesetz behindert hier die Entwicklung innovativer Vertriebsformen, auch in Verbindung mit Aktionswochen und anderen Sonderveranstaltungen. Angewiesen auf solche Werbeformen ist namentlich der Direktvertrieb, der den Zugang zum Verbraucher nicht über den stationären Einzelhandel findet. Die wettbewerbspolitisch entscheidend wichtige Offenheit der Märkte ist dadurch tangiert. Anders gewendet: Einmal mehr werden die *beati possidentes* geschützt. Dabei ist einzuräumen: Wie immer im Zusammenhang der Werbung entsteht die Aufgabe, zwischen erwünschter Informations- und/oder Aufmerksamkeitswerbung einerseits und unerwünschter Irreführung andererseits zu trennen. Doch in dieser Richtung verfügt das deutsche UWG über ein breites Arsenal von Zugriffsmöglichkeiten. Ein Totalverbot nach Art eines sich als Formaltatbestand verstehenden Rabattgesetzes wäre von diesem Anliegen her völlig überzogen und damit unverhältnismäßig. Dies belegen allein schon die rechtsvergleichenden Erfahrungen.

d) *Diskriminierung*

Die traditionelle Skepsis gegenüber Rabattwettbewerb schlüpft gelegentlich in das Kleid eines Plädoyers gegen ungerechtfertigte Diskriminierungen. In der genannten Stellungnahme des BGH heißt es eher exemplarisch: „Das RabattG wirkt damit im Interesse der Verhinderung einer

Ungleichbehandlung des einzelnen Verbrauchers als allgemeines Diskriminierungsverbot zugunsten aller.¹²

Er müßte es besser wissen. Erneut ergibt sich ein gravierender Wertungswiderspruch zu grundlegenden Strukturen des GWB. In bewußter Überwindung wettbewerbspolitischer Fehlkonzepte, wie sie dem Diskriminierungsverbot des Art. 60 EGKS-Vertrag auf den europäischen Stahlmärkten oder den Diskriminierungsverboten des Robinson-Patman Act in den USA zugrundeliegen, hat der deutsche Gesetzgeber ein allgemeines Diskriminierungsverbot verworfen und bis heute daran zu Recht festgehalten.¹³

Ein generelles Diskriminierungsverbot ist nicht geeignet, zwischen wettbewerbsfördernden und wettbewerbsbeschränkenden Diskriminierungen zu unterscheiden. Eine solche Regelung würde gegenüber anderen Lösungsoptionen nur Schaden anrichten. Der GWB-Gesetzgeber hat dies auf zweifache Weise vermieden. § 26 Abs. 2 - 4 GWB wendet sich nur an Unternehmen, die – abgekürzt formuliert – über eine besondere Machtstellung als Anbieter oder Nachfrager verfügen. Solche Unternehmen sollen über zusätzliche Verhaltensanforderungen in eine Wettbewerbsordnung integriert werden. Zudem sind selbst solchen Unternehmen Diskriminierungen nur dann untersagt, wenn sie „ohne sachlich gerechtfertigten Grund“ erfolgen. Dies verweist auf den Weg der Einzelfallprüfung bzw. der typologisierenden Fallgruppenbildung. Dahinter steht die Einsicht, daß auch in der Hand marktmächtiger Unternehmen Diskri-

12 AaO (Fn. 8)

13 Im einzelnen *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (Fn. 9), Rdnr. 619 f. mit zahlreichen Nachweisen

minierungen nicht per se, ja noch nicht einmal regelmäßig wettbewerbsbeschränkend wirken.

Ein Rückgriff auf ein solches Konzept im Zusammenhang des Rabattgesetzes atmet den Geist ebenso geordneter wie statischer Zunftverhältnisse, in denen den Beteiligten eine „auskömmliche Nahrung“ zur Verfügung gestellt wird.

e) Preiserhöhungsszenario

Gelegentlich wird die Funktionsfähigkeit von Rabattwettbewerb mit dem Zeichnen eines Preiserhöhungsszenarios in Frage gestellt: Der Kaufmann müsse seine Preise zunächst höher als erforderlich festsetzen, um sie später im Einzelverkaufsgespräch wieder nachlassen zu können. Gar Inflationstendenzen werden beschworen. Selbst „das alte Mütterchen“ wird bemüht, welches zugunsten des Pfiffigen und Redegewandten draufzahle.¹⁴

Soweit solches Mondpreisargument mit den geringen Umsatzrenditen im deutschen Einzelhandel begründet wird, ist dies schlüssig nur auf der Basis einer allgemeinen Rabattankündigung, gerade nicht auf der Basis eines Preisnachlasses im Einzelfall. Sonst würde man Umsatzrendite mit Eigenkapitalrendite verwechseln, die sehr viel höher zu sein pflegt, gerade im Handel mit seinem häufigen Umschlag des eingesetzten Kapitals. Falls dabei an Güter des täglichen Bedarfs, insbesondere an Lebensmittel gedacht ist, scheiden Rabattgewährungen hier aus anderen Gründen,

14 Ein bißchen Theater, Spiegel Nr. 5/1996, S. 92, 93 unter Hinweis auf *H. Tessar*, Geschäftsführer des Hauptverbandes des Deutschen Einzelhandels

nämlich zu hohen Transaktionskosten, ohnehin in aller Regel aus.

Wichtiger ist dies: Ein Kaufmann, der ein überhöhtes Preisangebot ansetzt, um sich Spielräume für individuelle Abweichungen nach unten im Einzelgespräch zu verschaffen, würde ganz unvernünftig handeln. Solche Preisangabe müßte prohibitiv wirken, damit den Zugang zum potentiellen Kunden nachhaltig erschweren. Solches Verhalten ist nur dann zu erwarten, wenn man nicht nur den durchschnittlichen Verbraucher für ein betreuungsbedürftiges Wesen hält – immerhin hat die Rechtsprechung die Kategorie des „täglichen Bedarfs“ im Sinne des Rabattgesetzes bis auf Motorboote, Omnibusse und Minigolfanlagen ausgedehnt –, sondern auch noch den Kaufmann selbst als tendenziell töricht einstuft. Werden Preisangaben zusammen mit Rabattankündigungen verwandt, wirkt das letztlich ohnehin wie eine Auszeichnung mit einem Nettopreis. Dies gilt für einen Verbraucher, der die Grundrechenarten beherrscht. Man sollte dies für die deutschen Verhältnisse unterstellen dürfen. Richtig ist nur, daß das Anliegen, Irreführungen des Verbrauchers zu vermeiden, unberührt bleibt. Andernfalls wäre die Freiheit seines Handelns als das Grundelement jeder marktlichen Ordnung beeinträchtigt. Doch dies ist eine generelle Aufgabe, nicht eine rabattspezifische.

2. Rabattgesetz und Verbraucherschutz

Mit letzterem wird der Übergang vollzogen zur zweiten, heute im Vordergrund stehenden Schutzrichtung des Rabattgesetzes, dem Verbraucherschutz. Das Rabattgesetz diene der Preiswahrheit, Preisklarheit und der Lauterkeit des geschäftlichen Verkehrs, indem es sich gegen ein Preisgebaren richte, das gegenüber dem Kunden durch Elemente

der Irreführung, des übertriebenen Anlockens und der „Bestechlichkeit“ bestimmt sei.¹⁵ Führt man diese eher feuilletonistische Sprechweise auf ihren harten Kern zurück, so geht es um drei Gesichtspunkte: Erhaltung von Preistransparenz, Abwehr von Ungleichbehandlungen, Schutz vor Irreführung, übertriebenem Anlocken u.ä.. Unter dem Aspekt der Funktionsfähigkeit von Rabattwettbewerb war davon bereits die Rede.

a) Preistransparenz für den Verbraucher

Preiswahrheit und Preisklarheit sind Suggestivbezeichnungen, die in Deutschland positiv besetzt sind. Dies macht eine genauere Besinnung auf ihre ökonomischen Wirkungen nicht überflüssig. Preistransparenz ist bekanntlich eine Bedingungsannahme aus dem Modell der vollkommenen Konkurrenz. Dieses hat mit der Realität wenig zu tun. Wichtiger ist die schon alte Einsicht, daß eine Annäherung an dieses Modell wettbewerblich unter bestimmten Voraussetzungen kontraproduktiv sein kann. Oben wurde in Erinnerung gebracht: Herstellung von Markttransparenz kann als Unterbindung von Geheimwettbewerb im Einzelfall zum Kartellersatz werden.¹⁶

So gilt denn auch die sog. Preisangabenverordnung nur im Geschäftsverkehr mit den Letztverbrauchern, dagegen nicht im gesamten Rest der Wirtschaft. Daran wird deutlich, daß in unserem Zusammenhang Preistransparenz in der Tat nur unter Verbraucherschutzaspekten erheblich ist. Man kann die Preisangabenverordnung als Garant für Preiswahrheit und Preisklarheit mit einer Informationsasymmetrie begrün-

15 Vgl. die Stellungnahme des BGH (Fn. 8)

16 Vgl. oben IV. 1. a) Beschränkung des Preiswettbewerbs

den, die zu Lasten des Endverbrauchers bestehe: Ein Anbieter als Professional ist regelmäßig über Qualität und Preiswürdigkeit seiner eigenen Waren besser informiert als ein Kunde. Doch diese Argumentation bleibt ungenau. Die durch die Preisangabenverordnung hergestellte Preistransparenz hindert den Anbieter nicht an der Festsetzung beliebiger Preise. Ein Ausnutzen der geltend gemachten Asymmetrie in der Information wird folglich gar nicht tangiert. Der wettbewerbspolitisch erhebliche Punkt ist ein anderer: Die Pflicht zur Preisangabe hindert den Händler daran, im Einzelfall zu Lasten eines individuellen Kunden überhöhte Preisforderungen zu stellen. Er müßte ein generell überhöhtes und damit ein prohibitiv wirkendes Preisniveau fordern. Mit anderen Worten: Die Pflicht zur Preisauszeichnung gewährleistet, daß auch ein unbedarfter oder auch nur desinteressierter Kunde in den Genuß von Preis- und mittelbar damit auch von Qualitätswettbewerb kommt. Diese legislative Zielsetzung muß hier nicht in Frage gestellt werden. Sie hat nur mit dem geltenden Rabattgesetz wenig bis nichts zu tun. Dies gilt zunächst, was in diesem Zusammenhang eher unwichtig ist, schon normativ. Denn § 1 Abs. 1 Satz 1 Preisangabenverordnung läßt Rabattgewährungen gerade unberührt. Ein Zusammenhang mit dem Rabattgesetz bestünde nur, wenn man hier nach einer Aufhebung des Gesetzes einem Mondpreisargument folgend mit einer generellen Anhebung der Preise zu rechnen hätte. Dies wurde bereits oben unter dem Aspekt funktionsfähigen Rabattwettbewerbs zurückgewiesen.¹⁷

In Österreich, wo sich im Jahre 1992 bei der Beseitigung des Rabattgesetzes solche Reaktion hätte beobachten las-

17 Vgl. oben IV. 1. e) Preiserhöhungsszenario

sen müssen, konnte davon keine Rede sein. Wenn diese Vermutung begründet wäre, dann würde auch jetzt schon unter der Geltung des Rabattgesetzes nichts die Anbieter daran hindern können, einvernehmlich zur Erhöhung ihrer Gewinnspannen die Preise hochzusetzen. Mit der Realität haben solche Erwartungen nichts zu tun.

Auch in abgeschwächter Form besteht kein Zusammenhang mit dem Rabattgesetz. Gemeint ist damit die These, ohne grundsätzliches Rabattverbot könne eine Preisauszeichnung keine verlässliche kalkulatorische Grundlage mehr sein. Sie sei dann nur noch Verhandlungsbasis, Ausgangspunkt für Rabattgespräche und ggf. für andere Erörterungen geldwerter Vergünstigungen. Soweit diese These auf ein Preiserhöhungsszenario abstellt, wurde sie bereits verworfen. Soweit sie Rabattankündigungen, bezogen auf einen Grundpreis, im Auge hat, handelt es sich, wie ebenfalls schon bemerkt wurde, um die Angabe eines Nettopreises, im übrigen um eine Form der Aufmerksamkeitswerbung.¹⁸

b) Abwehr von Ungleichbehandlungen

Verbraucherschutz im Sinne einer Abwehr von Ungleichbehandlungen kann keine Zielsetzung sein, die mit den einem Wettbewerbssystem zugrundeliegenden Wertungen konsistent wäre. Dies wurde bereits begründet.¹⁹

Angesichts der durchaus unterschiedlichen Preiselastizitäten der Nachfrage würde solche Gleichbehandlung nur die Präferenzen der Nachfrager verfehlen, die Zahl der Trans-

¹⁸ Vgl. oben IV. 1. e) Preiserhöhungsszenario

¹⁹ Vgl. oben IV. 1. d) Diskriminierung

aktionen reduzieren und damit letztlich zu Wohlfahrtsverlusten führen. Überdies wird diese hier als inkonsistent bezeichnete Zielsetzung in der Rechtswirklichkeit nicht erreicht: Bei jenen Haushalts-Investitionsgütern, bei denen es am ehesten zu individuellen Preisnachlässen kommt, wird das Rabattgesetz in hohem Maße mißachtet.²⁰

Es ist eine verschleiende Terminologie, wenn dem gewitzten und robusten Verbraucher der weniger gewitzte gegenübergestellt wird. In der Realität geht es um die Entgegensetzung des Verbrauchers, der sich – bei gegebener Rechtslage – an fremder Gesetzesverletzung beteiligt, gegenüber demjenigen, der davon Abstand nimmt. Dieser Ist-Zustand bildet keine attraktivere Option.

Ungleichbehandlungen zwischen verschiedenen Verbrauchern können nach einer Aufhebung des Rabattgesetzes in der Variante auftreten, daß es zu einer gewissen Renaissance früherer Rabattvereine kommt. In der Sache handelt es sich um eine Bündelung von Nachfrage, die nur deshalb nicht vom Kartellverbot des § 1 GWB bzw. dem Verbot der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen nach § 25 Abs. 1 GWB erfaßt wird, weil Verbraucher keine Unternehmen im Sinne dieser Vorschriften sind. Hält man dies für unerwünscht, empfiehlt sich – etwa nach luxemburgischem Muster –²¹ eine Unterbindung einer Rabattankündigung bzw. -gewährung an solche Gruppierungen.

20 Eingehend *Dichtl/Brinkmann* u.a. (Fn. 3), S. 13 - 14

21 vgl. Art. 17 lit. 1) des Gesetzes vom 27. November 1986 in der Fassung vom 14. Mai 1992 zur Regelung gewisser Handelspraktiken und zur Sanktionierung des unlauteren Wettbewerbs, abgedruckt in GRUR Int. 1994, S. 144 - 147

c) *Irreführung, übertriebenes Anlocken*

Der dritte Aspekt des Verbraucherschutzes, Irreführung, übertriebenes Anlocken und ähnliche Formen unlauteren Verhaltens zu vermeiden, hat gerade in einer auf Handlungsfreiheiten beruhenden Wettbewerbsordnung seine Berechtigung.²²

Richtig ist auch: Man sollte sich diesen Gefährdungslagen im Zusammenhang des Rabattgesetzes nicht blauäugig nähern. Doch bleiben Differenzierungen geboten: Zunächst wird von diesem Anliegen die Rabattgewährung selbst, der individuelle Preisnachlaß, gar nicht berührt. Worum es geht, sind Rabattankündigungen und andere Ausprägungen der Werbung. Das genannte Schutzanliegen ist daher ein generelles und sollte folglich auch mit den allgemeinen Instrumenten, etwa den §§ 1 und 3 UWG, kontrolliert werden. Das gegenwärtige grundsätzliche Verbot jeglicher Rabattgewährung wirkt insoweit wie ein extrem nach vorne verlagerter Gefährdungstatbestand. Es mag offenbleiben, ob frühere Generationen im überkommenen UWG-rechtlichen Sinne betreuungsbedürftig waren. Aus der stärker zukunftsorientierten Sicht des mündigen Verbrauchers, von dem als Souverän ja alle Staatsgewalt ausgeht, erscheint dies sowohl der Eingriffsintensität als auch der Breitenwirkung nach als überzogen und damit als unverhältnismäßig. Der Blick über den Zaun sollte dafür Beleg genug sein. Der rigide deutsche Sonderweg wirkt nur noch komisch.

22 Vgl. schon oben IV. 1. e) Preiserhöhungsszenario

3. Rabattgesetz und Mittelstandsschutz

a) *Verblichenes*

Überlegungen des Mittelstandsschutzes standen bei der Verabschiedung des Rabattgesetzes im Jahre 1933 im Vordergrund. Die realen Verhältnisse und die dem Gesetz zugrundeliegende Philosophie waren zeitgebunden und geben heute keine Orientierung mehr.²³

Dies gilt namentlich für Vorschriften von der Art des früheren § 6 RabattG, der später vom Bundesverfassungsgericht wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz für nichtig erklärt wurde.²⁴ Das darin enthaltene Barrabattverbot für Warenhäuser richtete sich gegen eine Vertriebsform, in welcher Kaufleute jüdischer Herkunft besonders erfolgreich waren.

b) *Dubiose Zielsetzung*

Die Zielsetzung eines besonderen Mittelstandsschutzes ist innerhalb einer Wettbewerbsordnung dubios. Sie läuft auf eine Intervention in Marktstrukturen hinaus, die notwendig auf einer Anmaßung von Wissen beruht. Der ohnehin nicht aufzuhaltende Strukturwandel wird bestenfalls verzögert und die gesamtwirtschaftliche Effizienz beeinträchtigt. Doch kann man insoweit nicht von einem Wertungswiderspruch sprechen. Der Gesetzgeber verfolgt solche Zielsetzung des Mittelstandsschutzes in mancherlei Zusammenhängen, nicht zuletzt bei der Erleichterung einzelner wettbewerbsbeschränkender Kooperationsformen nach Maßga-

23 Vgl. oben unter II.

24 BVerfG GRUR 1967, S. 605 m.Anm. *Hefermehl*

be der §§ 5 ff. GWB. Doch besteht von den grundlegenden Wertungen einer Wettbewerbsordnung her jedenfalls kein Anlaß, solche Zielvorstellungen rechtspolitisch auch noch auszudehnen.

c) *Stellenwert des Rabattgesetzes*

Der Stellenwert des Rabattgesetzes in diesem Zusammenhang ist differenziert zu sehen.

Im wesentlichen unstrittig ist die Erkenntnis: Das Rabattgesetz ist, verglichen mit den sonstigen Einflußfaktoren auf den extrem dynamischen Strukturwandel im Handel, nahezu ohne jede Bedeutung. Insbesondere leistet es keinen Beitrag, fortschreitende Konzentrationsprozesse, mag man sie noch positiv, neutral oder bereits kritisch bewerten, aufzuhalten. Solche Wirkkräfte sind z.B. ein verändertes Einkaufsverhalten der Verbraucher, das mit ihrer Mobilität (Automobil) und der Lagerfähigkeit auch verderblicher Güter (Kühlschrank, Tiefkühltruhe) zusammenhängt. Staatliche Regulierungen spielen dabei eine Rolle. Nur als ein Beispiel sei die Ladenschlußgesetzgebung genannt, welche das Einkaufen „unter einem Dach“ und damit Großvertriebsformen des Handels begünstigt hat. Im Vertrieb haben sich, nicht zuletzt aufgrund EDV-gestützter Logistik, vielfach bedeutende Größen- und Verbundvorteile ergeben, die sich ihrerseits aufgrund veränderter, stark kostendegressiver Produktionsweisen als Beschaffungsvorteile gegenüber der Herstellerstufe durchsetzen ließen. Bei der Distribution von Konsumgütern traten Elemente eines Systemwettbewerbs in den Vordergrund. Es entwickelten sich überdies neue Formen der Arbeits- und Funktionsteilung zwi-

schen den traditionellen Wirtschaftsstufen. Dieser Prozeß ist noch keineswegs zum Abschluß gekommen.²⁵

Unter einzelnen Aspekten hat das Rabattgesetz dem Mittelstand eher geschadet: Es ist der Fachhandel mit höherwertigen Gütern, wo am ehesten ein Anreiz zu individuellen Preisnachlässen besteht. Dort ist vornehmlich der Mittelstand vertreten. Ihm wird bei Beachtung des Gesetzes dieser Wettbewerbsparameter genommen. Die Möglichkeit, sich gegenüber preisgünstigen Großbetrieben zu profilieren, wird beseitigt. Der Vorsprung an Flexibilität und Entscheidungsverantwortung, wie er hier vielfach besteht, kann nicht genutzt werden.²⁶

In anderer Richtung kann man Vorbehalte formulieren: Gesamtumsatzrabattsysteme mit der damit verbundenen Sogwirkung auf die Beschaffung eines Güterbündels sind bei Großbetrieben eher sinnvoll. Doch machen solche generellen Systeme bei Produkten des täglichen Bedarfs angesichts der hier bestehenden geringen Margen keinen rechten Sinn. Ähnliches gilt, falls völlig heterogene Produktgruppen in ein Rabattsystem zusammengefaßt werden sollen. Kundenbindungsstrategien sollten deshalb in ihrer wettbewerblichen Bedeutung nicht dramatisiert werden. Dies wird erst dann anders, wenn Marktmacht eines Anbieters hinzutritt.

In der Summe ist jene Wertung treffend, die der Hauptverband des Deutschen Einzelhandels, der entschiedenste Strei-

25 Vgl. hierzu Monopolkommission, Marktstruktur und Wettbewerb im Handel, Baden-Baden 1994

26 Vgl. etwa *Dichtl/Brinkmann* u.a. (Fn. 3), S. 14 f.

ter *für* eine Beibehaltung des Rabattgesetzes, in einer Stellungnahme anlässlich des Referentenentwurfs zur Abschaffung dieses Gesetzes formuliert hatte. Mit dem Rabattgesetz lasse sich kein besonderer Schutz kleinerer Einzelhandelsunternehmen erreichen. Auch werde kein Beitrag zur Eindämmung der Unternehmenskonzentration geleistet. Die Diskussion über die Abschaffung des Rabattgesetzes sei unter mittelstandspolitischen Gesichtspunkten wenig ergiebig.²⁷

4. Sonstiges

Zu vernachlässigen ist das Rabattgesetz schließlich unter dem Aspekt der Versorgung des ländlichen Raumes, von Bergregionen, der Versorgung Behinderter. Wettbewerbslich irrelevant ist weiter der Umstand, daß nicht innerhalb jeder Vertriebsform die Möglichkeit zu individuellen Rabattverhandlungen besteht. Dies trifft etwa für den überkommenen Versandhandel zu. Es ist dies die Konsequenz einer freien Entscheidung in der Wahl des Vertriebs.

²⁷ Zitiert nach Bundeswirtschaftsministerium I B 5 - 220601/1 - Argumentationskatalog betreffend Aufhebung des Rabattgesetzes vom 4. Februar 1994, S. 6; anders HDE, Stellungnahme vom 15. April 1994 zum Entwurf eines Rabattgesetzaufhebungsgesetzes, in Antwort auf Frage 9

V. Der europarechtliche Bezug

Die Reformdebatte zum deutschen Rabattgesetz wird vor dem Hintergrund des europäischen Gemeinschaftsrechts geführt. Es gibt mehrere Verbindungslinien.

1. Freiheit des Warenverkehrs

Unmittelbar berührt ist zunächst das staatengerichtete Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung nach Art. 30 EG-Vertrag. In der weiten Auslegung, die der EuGH dieser grundlegenden Vorschrift gegeben hat – Stichwörter Dassonville- und Cassis de Dijon-Formel –, wurde z.B. im Yves Rocher-Verfahren das im früheren § 6 e UWG enthaltene grundsätzliche Verbot des Eigenpreisvergleichs als ein Verstoß gegen Art. 30 EG-Vertrag gewertet.²⁸

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften leitete gegen die Bundesrepublik Deutschland mit Blickrichtung Rabattgesetz ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 169 EG-Vertrag ein.²⁹

Der Entwurf eines Rabattgesetzaufhebungsgesetzes fügte sich dieser Entwicklung ein.

28 EuGH WRP 1993, S. 615 mit Anm. *Schricker* = GRUR 1993, S. 757 mit Anm. *Bornkamm* = GRUR Int. 1993, S. 763 mit Anm. *Lehmann*; zusammenfassend *Schroeder/Federle*, Das Keck-Urteil: Tatsächlich eine Abkehr von „Yves Rocher“?, ZIP 1994, S. 1428 ff.

29 Vgl. mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission K(93) 304 endg. vom 3. Juni 1993

Die jüngste Rechtsprechung des EuGH hat den aus Art. 30 EG-Vertrag herrührenden Reformdruck allerdings etwas gedämpft. Im mittlerweile berühmten Keck-Urteil leitete der EuGH eine behutsame Wendung ein.³⁰

Er trennt jetzt innerhalb dieser Norm zwischen produktbezogenen Regulierungen und allgemeinen Verkaufsmodalitäten. Bezüglich ersteren hat sich an seiner Rechtsprechung nichts geändert. Handelsbarrieren, welche aus nationalen Vorschriften über Bezeichnung, Form, Abmessung, Gewicht, Zusammensetzung der Ware, Aufmachung, Etikettierung und Verpackung erwachsen, fallen unverändert unter Art. 30 EG-Vertrag. Sie sind nur nach Maßgabe enger Normbegrenzungen rechtfertigbar, insbesondere unterliegen sie der Verhältnismäßigkeitskontrolle im Sinne des *Cassis de Dijon*-Standards. Dies deckt die große Masse der Sachverhalte ab. Dahinter steht unverändert die Idee, eine in irgendeinem Mitgliedstaat der EU rechtmäßig in Verkehr gebrachte Ware solle grundsätzlich überall frei zirkulieren können. Eine nationale regulative Notwendigkeit zur Produktpassung wirkt als Marktzutrittschranke, verneint das Konzept des Binnenmarktes und ist deshalb nur in zwingend gebotenen Fällen hinzunehmen. Verkaufsmodalitäten

30 EuGH GRUR 1994, S. 296 mit Anm. *Bornkamm* = GRUR Int. 1994, S. 56 = WRP 1993, S. 99 = NJW 1994, S. 121 mit Besprechung *Möschel*, Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit?, NJW 1994, S. 429; aus der Fülle des Schrifttums der Beitrag des Richters am EuGH *Joliet*, Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung, GRUR Int. 1994, S. 979-987; zuletzt *A.H. Meyer*, Bemerkungen zur „Mars“-Entscheidung des EuGH, GRUR Int. 1996, S. 98-102

täten dagegen, die allgemein gelten und auch nicht versteckt zu Lasten ausländischer Erzeugnisse wirken, fallen schon nicht in den Anwendungsbereich des Art. 30 EG-Vertrag. Entschieden ist dies mittlerweile für das Verbot eines Händlerweiterverkaufs unter Einkaufspreis, das standesrechtliche Werbeverbot der Apotheker für das Nebensortiment, für Ladenschlußregeln, für ein Werbeverbot im Fernsehen, für ein Verbot des Vertriebs verarbeiteter Milch für Säuglinge außerhalb von Apotheken und für ein Verbot von Verkäufen, die nur eine äußerst geringe Gewinnspanne mit sich bringen.³¹

In der Summe hat der EuGH damit den Charakter des Art. 30 EG-Vertrag als eines allgemeinen Deregulierungsinstruments zurückgenommen und die Norm wieder stärker in ihren unmittelbaren Zusammenhang des Binnenhandels gebracht.³²

Vielfach wurde daraus gefolgert, das Rabattgesetz bilde in diesem Sinne generell eine Verkaufsmodalität und könne deshalb von vornherein nicht mehr an den zwingenden gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben des Art. 30 EG-Vertrag gemessen werden.³³

Lapidar meinte der BGH in seiner „2 für 1 Vorteil“-Entscheidung vom 23. März 1995 zur Behandlung von Mehrfachbinden nach § 1 RabattG: „Die Frage, ob und inwieweit beim Verkauf von Waren an den Letztverbraucher Rabatte gewährt werden dürfen, bezieht sich lediglich auf

31 Vgl. umfassend *A.H. Meyer*, GRUR Int. 1996, S. 98, 99

32 Vgl. *Möschel*, NJW 1994, S. 429, 431; ausdrücklich bestätigend *Joliet*, GRUR Int. 1994, S. 979, 987

33 Exemplarisch *Dichtl/Brinkmann* (Fn. 3), S. 17

die Art und Weise des Verkaufs und richtet sich – ohne jede rechtliche oder tatsächliche Diskriminierung von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten – nach den für alle Wettbewerber geltenden Vorschriften des RabattG. Daran, daß Art. 30 EGV nach der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften hier nicht eingreift, besteht kein Zweifel.“³⁴

Dies ist in solcher Undifferenziertheit nicht richtig. Schon früh wurde im Schrifttum darauf aufmerksam gemacht: „Eine .. Warntafel bezieht sich auf die vom EuGH vorgenommene Trennung zwischen Ware und Vertrieb, sozusagen zwischen Hardware und Software. Dies könnte aus ökonomischer Sicht lebensfremd, gar naiv wirken. Die bisherige Rechtsprechung des EuGH zu Art. 30 EGV gibt für irgendeine Naivität freilich keinerlei Anhalt. Mit anderen Worten: Wenn im Einzelfall Ware und Vertrieb eine Systemeinheit bilden .., wird der EuGH realistisch in der Regulierung der Verkaufsmodalität zugleich eine solche des Produkts erkennen.“³⁵

Vom Zweck der Norm her beansprucht die Aussage des EuGH aus dem Yves Rocher-Urteil unverändert Gültigkeit: „Wie der *Gerichtshof* ferner entschieden hat, kann eine nationale Regelung, die bestimmte Formen der Werbung oder bestimmte Methoden der Absatzförderung beschränkt oder verbietet, obwohl sie die Einfuhr nicht unmittelbar regelt, geeignet sein, das Einfuhrvolumen zu beschränken, weil sie die Absatzmöglichkeiten für eingeführte Erzeug-

34 GRUR 1995, S. 515, 518 linke Spalte unten; kritisch hierzu *Leible/Sosnitzka*, „2 für 1-Vorteil“, Rabattgesetz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, GRUR 1995, S. 799 ff.

35 *Möschel*, NJW 1994, S. 429, 430/31

nisse beeinträchtigt. Der für einen Unternehmer bestehende Zwang, sich entweder für die einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlicher Systeme der Werbung und Absatzförderung zu bedienen oder ein System, das er für besonders wirkungsvoll hält, aufzugeben, kann selbst dann ein Einfuhrhindernis darstellen, wenn eine solche Regelung unterschiedslos für inländische und für eingeführte Erzeugnisse gilt.³⁶

Dies hat namentlich Gültigkeit in Fällen sogenannter globaler Marketingstrategien. Ganz auf dieser Linie hat der EuGH in seiner jüngsten Mars-Entscheidung wieder einen Verstoß gegen Art. 30 EG-Vertrag bejaht: „Ein Verbot wie das im Ausgangsverfahren streitige, das sich gegen das Inverkehrbringen von Erzeugnissen in einem Mitgliedstaat richtet, die die gleichen Werbeaufdrucke tragen wie diejenigen, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig verwendet werden, ist, auch wenn es unterschiedslos für alle Erzeugnisse gilt, geeignet, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern. Es kann nämlich den Importeur dazu zwingen, die Ausstattung seiner Erzeugnisse je nach dem Ort des Inverkehrbringens unterschiedlich zu gestalten und demgemäß die zusätzlichen Verpackungs- und Werbungskosten zu tragen.“³⁷

36 NJW 1993, S. 3187 rechte Spalte unter 10. der Entscheidungsgründe; anders BGH NJW RR 1996, S. 544 – Wegfall der Wiederholungsgefahr II: Beim früheren § 6e UWG handele es sich um eine Verkaufsmodalität im Sinne der Keck-Rechtsprechung des EuGH; wie der BGH *Kotthoff*, Der Schutz des Euro-Marketings über Art. 30 EGV, WRP 1996, S. 79 ff.

Dieses Urteil ist konventionell sicher in dem Sinne, daß eine in Deutschland geltend gemachte Anwendung von §§ 1, 3 UWG sich hier konkret als eine produktbezogene Regulierung ausgewirkt hätte. Berücksichtigt man, daß es dabei um ein europaweit vertriebenes Erzeugnis ging, dessen Menge aus Anlaß einer kurzzeitigen Werbekampagne erhöht wurde und dessen Verpackung den Aufdruck „+ 10%“ trug, so wird die Nähe zu einem einheitlich zu behandelnden Systemfall wie im Sinne der erwähnten Yves Rocher-Entscheidung deutlich.

Materiell akzeptierte es der EuGH nicht, den Vertrieb mit der Rechtfertigung zu unterbinden, die Ausstattung sei geeignet, beim Verbraucher die Vorstellung hervorzurufen, die Ware werde zum gleichen Preis angeboten wie bisher die Ware in der alten Ausstattung, und die neue Ausstattung erwecke beim Verbraucher den Eindruck, das Volumen oder das Gewicht des Erzeugnisses seien in erheblichem Umfang vergrößert bzw. erhöht. Er verwies schlicht auf den verständigen Verbraucher, von dem bei solcher Sachlage Durchblick erwartet werden kann.

37 GRUR Int. 1995, S. 804 = EWS 1995, S. 313 unter 13. der Entscheidungsgründe; hierzu *Lüder*, Mars: Zwischen Keck und Cassis, EuZW 1995, S. 609 ff.; *Bernhard*, „Keck“ und „Mars“ – die neueste Rechtsprechung des EuGH zu Art. 30 EGV, EWS 1995, S. 404 ff.; *A.H. Meyer*, GRUR Int. 1996, S. 98 ff.

2. Effet utile-Rechtsprechung

Nichts mehr zu erwarten im Zusammenhang des Rabattgesetzes ist dagegen aus der sogenannten Effet utile-Rechtsprechung des EuGH.³⁸

Danach war es den Mitgliedstaaten der EG in einer Gesamtschau der Art. 3 lit. g)^{39,5}, 85 ff. EG-Vertrag verwehrt, durch staatliche Maßnahmen den Wettbewerbsvorschriften ihre „praktische Wirksamkeit“ zu nehmen. Vier Fallgruppen ließen sich ausmachen:

- Staatliche Maßnahmen erleichtern oder fördern bei Unternehmen wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen, die nach Art. 85 Abs. 1 oder Art. 86 EG-Vertrag verboten sind;
- staatliche Maßnahmen schreiben Unternehmen derartige Verhaltensweisen vor;
- staatliche Maßnahmen verstärken die Auswirkungen von Vereinbarungen, die nach Art. 85 Abs. 1 EG-Vertrag verboten sind;
- staatliche Maßnahmen übertragen privaten Wirtschaftsteilnehmern die Verantwortung für Interventionsentscheidungen und verlieren dadurch ihren staatlichen Charakter.

38 Überblick in Monopolkommission, Hauptgutachten 1988/1989, Baden-Baden 1990, Kap. VIII, Tz. 1103 - 1178; umfassend *Bach*, Wirtschaftsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen nach Europäischem Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1992

39 Bis Maastricht Art. 3 lit. f) EWG-Vertrag

In der Beibehaltung des Rabattgesetzes seitens des deutschen Gesetzgebers sollte ein Verstoß gegen diese Grundsätze liegen.⁴⁰

Solche Auffassung verkannte die Grenzen dieser Rechtsprechung. Die wichtigste ergab sich aus dem Umstand, daß die staatliche Maßnahme akzessorisch sein mußte zu einem Verstoß der handelnden Unternehmen gegen die Art. 85 oder 86 EG-Vertrag. Bloße Wirkungsgleichheit von staatlichem Handeln einerseits und unternehmerischem Verhalten andererseits reichte nicht aus. Besonders klar war dies in der Entscheidung van Eycke/ASPA herausgearbeitet.⁴¹

Als sich die belgische Regierung um eine Senkung der Spareinlagenzinsen bemühte, wurde ein entsprechendes Selbstbeschränkungsabkommen zwischen den belgischen Banken nicht vollständig eingehalten. Daraufhin setzte die Regierung durch Rechtsverordnung Höchstsätze für Zinsen und Sparprämien fest. Das Selbstbeschränkungsabkommen der Banken, falls es die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllte, verstieß gegen Art. 85 Abs. 1 EG-Vertrag. Darauf bezogene Unterstützungsmaßnahmen der belgischen Regierung wie moral suasion oder ähnliches wären unzulässig gewesen. Die staatliche Preisfestlegung dagegen, die autonom erfolgte und sich inhaltlich nicht an das zerbrochene Selbstbeschränkungsabkommen anlehnte, blieb zulässig. Beim deutschen Rabattgesetz liegt es ganz ähnlich: Es handelt sich um eine autonome staatliche Regulierung. Es besteht keinerlei Akzessorietät zu irgendeiner vereinbarten

40 Exemplarisch *Schütz*, Rabattgesetz und Gemeinschaftsrecht, EuZW 1993, S. 409 - 414

41 EuGH, EuZW 1990, S. 67

Beschränkung des Preiswettbewerbs auf der Ebene der Unternehmen.

Im Kern knüpfte diese Rechtsprechung nicht an die Inhalte, sondern an die Methoden staatlicher Regulierungen an. Sie unterband gewisse Grauzonenmaßnahmen im Verhältnis staatlicher Stellen zu Unternehmen, erzwang stärkere Typenklarheit und offenere Zuordnung der Verantwortung.

In drei Vorabentscheidungsverfahren, die im Jahre 1992 an den EuGH gelangt waren und die rasch den Charakter von Musterverfahren angenommen hatten, wurde versucht, diese Rechtsprechung entscheidend fortzuentwickeln: Würde der EuGH das bisherige Erfordernis der Akzessorietät von Unternehmensverhalten und staatlichen Maßnahmen aufgeben, wäre es möglich, staatliches Handeln als solches an einem Wettbewerbsprinzip zu messen, das sich als wirtschaftsverfassungsrechtlicher Kontrollmaßstab verstehen ließe. Im Einklang mit Kommission und Mitgliedstaaten, welche in solchem Falle ihre politischen Gestaltungsspielräume allzusehr beschnitten sahen, hat der EuGH eine derartige Fortentwicklung abgelehnt.⁴²

Für den deutschen Gesetzgeber bedeutet dies, daß er sich insoweit nicht hinter dem EuGH verstecken kann. Er muß eigene Verantwortung wahrnehmen.

3. Sonstiges

Das Rabattgesetz kann namentlich in Grenzregionen deutsche Unternehmen benachteiligen gegenüber z.B. belgischen

42 Vgl. hierzu nur *Möschel*, Wird die effet utile-Rechtsprechung des EuGH inutile?, NJW 1994, S. 1709 ff.

Handelsunternehmen, denen es ohne weiteres möglich bleibt, deutsche Kunden durch Ankündigung individueller Rabatte nach Eupen oder Lüttich zu bewegen. Es wird vorgebracht, in diesem Ausmaß wirke das Rabattgesetz wie eine nach Art. 34 EG-Vertrag verbotene Ausführbeschränkung.⁴³

Zunehmend bedeutsam werden Ansätze, zentrale Werbe- und Vermarktungsstrategien, falls diese als bloße Verkaufsmodalität nicht von Art. 30 EG-Vertrag erfaßt werden, als Dienstleistungen normativ zu verselbständigen und in diesem Ausmaß den Weg zu Art. 59 EG-Vertrag (freier Dienstleistungsverkehr) einzuschlagen. Hier öffnet sich ein juristisch noch nicht voll erschlossenes Feld.⁴⁴

Auf dieser Linie hat die Kommission der Europäischen Gemeinschaften das eingangs erwähnte Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland bis heute nicht fallengelassen.

Möglich erscheint schließlich, daß das vom EuGH im Zusammenhang des unlauteren Wettbewerbs so profiliert vertretene Leitbild vom mündigen Verbraucher auf die Dauer in die Konkretisierungen und Abgrenzungen innerhalb der deutschen Generalklauseln einsickert und die überkomme-

43 Vgl. *Basedow*, Fällt das Rabattgesetz? ZEuP 1994, S. 201 ff.; hierzu auch *Koenig/Sander*, Bleibt der EuGH dem Keck'schen Telos treu? EuZW, 1996, S. 8 ff.

44 Vgl. etwa *Lüder*, EuZW, 1995, S. 609 unter III.; eingehend das Grünbuch der Kommission, Kommerzielle Kommunikation im Binnenmarkt, Brüssel, den 8.5.1996, KOM (96) 192 endg., S. 30 ff.

ne Vorstellung vom betreuungsbedürftigen „deutschen Dussel“ wenn nicht verdrängt, so doch relativiert.

VI. Diskussion differenzierender Vorschläge

1. Gesamtkonzept?

Überblickt man die im Vorstehenden angestellten Erwägungen, so drängt sich eine Schlußfolgerung auf: Das Rabattgesetz sollte ersatzlos gestrichen werden. Dem wird methodisch entgegengehalten, das Rabattgesetz sei integraler Bestandteil des geltenden Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb und sei deshalb sinnvoll zu reformieren nur innerhalb eines Gesamtkonzepts zur Reform des Unlauterkeitsrechts. Aus einer streng normativen Sicht ist gegen eine solche Forderung nichts einzuwenden. Zu präzisieren ist allerdings, daß man sich dabei vor Übertreibungen und damit verbundenen Uferlosigkeiten hüten muß. Zu letzterem gehört eine undifferenzierte Einordnung des Rabattrechts in das umfangreiche Gebiet der Werteklamme, von aleatorischen Anreizen über unentgeltliche Zuwendungen bis hin zu Phänomenen des Kaufzwanges reichend. Rabattgewährungen, im Unterschied zu Rabattankündigungen, bedeuten in erster Linie einen Einsatz des Aktionsparameters Preis, nicht unbedingt der Werbung.

Die Forderung nach einem Gesamtkonzept kann freilich auf eine politökonomisch begründete Reserve stoßen. Eine solche Forderung läßt sich in der Intention erheben, nicht zur Sachlösung beizutragen, sondern diese auf die lange Bank zu schieben. Es ist eine relativ einfache Methode, Reformanstrengungen ins Leere laufen zu lassen. Diese Technik wurde vom Bundesrat gerade im Zusammenhang des Rabattgesetzaufhebungsgesetzes des Jahres 1994 verwandt.⁴⁵

Das Reformvorhaben scheiterte in der zu Ende gehenden Legislaturperiode und ist seitdem nicht wieder in Angriff genommen worden.

2. Begrenzte Korrekturen

Begrenzte Korrekturen setzen bei den verschiedenen Tatbestandsmerkmalen der gegenwärtigen Verbotsnorm an. So ist ein häufig zu hörender Vorschlag, wenigstens die Kategorie der „Waren des täglichen Bedarfs“ in jener Weite, die ihr die Rechtsprechung gegeben hat,⁴⁶ stärker einzuschränken. Das Rabattverbot solle nur für Waren und Leistungen eines ständig auftretenden und von neuem zu deckenden Bedarfs gelten. Ein solcher Vorschlag würde weitgehend die gegenwärtige Praxis legalisieren: Ein Anreiz zu Rabattgewährungen besteht in der Regel nur bei den Produkten, die hier Haushalts-Investitionsgüter genannt wurden, und dort wird das geltende Rabattgesetz in beträchtlichem Umfang mißachtet.⁴⁷

Ein solcher halber Schritt müßte freilich wieder zu endlosen Abgrenzungsschwierigkeiten führen. In diesen Sumpf sollte ein Gesetzgeber nicht sehenden Auges hineinmarschieren.

Ein weiterer Vorschlag zielt auf eine Freigabe der Rabattgewährung unter Beibehaltung eines Verbotes, Rabatte an-

45 Stellungnahme des Bundesrates vom 18. März 1994 zum Entwurf eines Rabattgesetzaufhebungsgesetzes, BR-Drucksache 116/94 (Beschluß)

46 Vgl. oben IV. 1. e) Preiserhöhungsszenario, am Ende

47 Vgl. oben IV. 1. a) Beschränkung des Preiswettwerbs

zukündigen.⁴⁸ Überzeugend ist das nicht. Es wäre dies eine ökonomisch schädliche Beschränkung des Wettbewerbs.⁴⁹

Das damit verfolgte berechnete Anliegen, Irreführungen des Verbrauchers möglichst zu vermeiden, läßt sich mit zielgenaueren und insoweit eher verhältnismäßigen Mitteln verfolgen.

Auf eine begrenzte Korrektur laufen Überlegungen hinaus, das grundsätzliche Rabattverbot zwar aufzuheben, es aber beizubehalten im Falle sog. Rabattvereine und bei Gesamtumsatzrabattsystemen. Lauterkeitsrechtlich bleiben solche Überlegungen ohne Überzeugungskraft. Sie lassen sich nur begründen, falls die Eingriffsschwellen des Kartellgesetzes erreicht sind, nämlich spürbare Nachfragebündelung oder vorhandene Marktmacht.⁵⁰

3. Flankierende Regelungen

Man mag erwägen, im Falle einer Aufhebung des Rabattgesetzes einen eigenen UWG-rechtlichen Tatbestand im Hinblick auf irreführende Rabattpraktiken zu schaffen. Dies macht keinen Sinn. Die vorhandenen Rechtsgrundlagen, namentlich die §§ 1, 3 UWG, reichen aus. Es sollte erst der Konkretisierungsprozeß der Rechtsprechung abgewartet

48 Vgl. Für mehr Freiheit im Wettbewerb. Vorschläge des DIHT für eine Reform des deutschen Unlauterkeitsrechts, Bonn 1993, S. 53 ff.

49 Vgl. im einzelnen oben IV. 1. c) Beschränkung des Wettbewerbs

50 Im einzelnen oben IV. 2. b) Abwehr von Ungleichbehandlungen und IV. 3. c) Stellenwert des Rabattgesetzes

werden. Normativ hätte innerhalb der allgemeinen Generalklauseln eine Beseitigung des Rabattgesetzes ohnehin Ausstrahlungswirkung.

Naheliegender wäre eine Aufhebung der aus den Jahren 1932 und 1933 stammenden Zugabeverordnung. Ihr lagen ähnliche Erwägungen zugrunde wie dem Rabattgesetz des Jahres 1933. Aus dieser Sicht wäre eine Aufhebung durchaus folgerichtig. Das entspricht einem Vorschlag der Monopolkommission.⁵¹

Die Bundesregierung bemühte sich, gleichzeitig mit dem Rabattgesetz auch die Zugabeverordnung aufzuheben.⁵²

Dies verdient uneingeschränkte Unterstützung. Sollte sich die Zugabeverordnung nicht vollständig beseitigen lassen, so sollte man sie – in weitgehender Übereinstimmung mit dem Recht der Anrainerstaaten Deutschlands – inhaltlich entschärfen.

Der flankierende Prüfauftrag des Bundesrates, ob im Rahmen eines zu ändernden § 1 der Preisangabenverordnung diejenigen Preise anzugeben sein sollten, welche sich „nach Abzug allgemein angekündigter oder gewährter Rabatte“ ergeben,⁵³ würde die mit einer Aufhebung des Rabattgesetz-

51 Hauptgutachten 1990/1991, Baden-Baden 1992, Tz. 1407; vgl. ferner *Köhler*, Nebenleistungswettbewerb und Zugabeverbot, Festschrift für Erich Hoppmann, Baden-Baden 1994, S. 283 ff.; *Dichtl/Brinkmann* u.a. (Fn. 3), S. 23 ff.

52 Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und F.D.P., Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung der Zugabeverordnung vom 1. Febr. 1994, BT-Drucksache 12/6723 (1994)

53 Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 45)

zes intendierten positiven Wirkungen in hohem Maße wieder zunichte machen. Unter dem Aspekt echter und nicht nur scheinbarer Deregulierung ist ein solcher Vorschlag kontraproduktiv.

VII. Zusammenfassung in Thesen

1. In Zeiten eines dramatischen Strukturwandels ist eine Entfesselung aller Produktivkräfte geboten. Als regulatives Hemmnis, welches mehr Schaden anrichtet als Nutzen stiftet, ist das Rabattgesetz aufzuheben.
2. Die Entstehung des Gesetzes im Jahre 1933 blieb vom tatsächlichen Umfeld wie von den Zielvorstellungen her zeitgebunden. Sie gibt heute keine Orientierung mehr.
3. Andere EU-Mitgliedsländer kennen keine Gesetzgebung, welche dem deutschen Rabattgesetz voll entsprechen würde. In einsamer Abseitigkeit hält dieses Land am grundsätzlichen Verbot von Preisnachlässen im Verkehr mit Endverbrauchern fest.
4. Rabattgewährung ist ein Unterfall des Preiswettbewerbs. Ihr Verbot läuft auf eine verfälschende Beschränkung des Preiswettbewerbs, auf Behinderungen des innovativen Dienstleistungssektors und auf Beschränkungen des Wettbewerbs, namentlich im Direktvertrieb, hinaus. Rabattwettbewerb ist entgegen verbreiteter Auffassung durchaus funktionsfähiger Wettbewerb.
5. Die traditionellen Rechtfertigungen des Rabattgesetzes mit Überlegungen des Verbraucherschutzes und des Mittelstandsschutzes laufen auf gravierende Wertungswidersprüche innerhalb einer marktlich verfaßten Wirtschaftsordnung hinaus. In jedem Fall ist das eingesetzte Mittel, gemessen an den angestrebten Zielen, unverhältnismäßig.

6. Der Reformdruck des europäischen Gemeinschaftsrechts im Hinblick auf das deutsche Rabattgesetz hat aufgrund der jüngeren Rechtsprechung des EuGH abgenommen. Er hält aber durchaus noch an. Die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs nach Art. 59 EG-Vertrag bietet sogar Ansätze zu weiterer Deregulierung.
7. Begrenzte Korrekturen des Rabattgesetzes unter grundsätzlicher Beibehaltung desselben blieben auf halbem Wege stehen. Eine vollständige Beseitigung des gegenwärtigen Rabattgesetzes wäre die beste Lösung.