STELLUNGNAHME

von Linklaters

zum

ENTWURF DER HINWEISE DES BUNDESKARTELLAMTS ZUM PREISBINDUNGSVERBOT IM BEREICH DES STATIONÄREN LEBENSMITTELEINZELHANDELS VOM 25. JANUAR 2017

Linklaters LLP
Königsallee 49-51
40212 Düsseldorf
Postfach 10 35 41
40026 Düsseldorf

(1) Das Bundeskartellamt hat am 25. Januar 2017 den Entwurf der Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels („**Hinweisschreiben**“) veröffentlicht. Das Hinweisschreiben gewährt Einblick in die Grundsätze, die das Bundeskartellamt in den jüngsten Kartellverfahren bei der Beurteilung von Fällen möglicher vertikaler Preisbindung angewandt hat. Linklaters begrüßt die Initiative des Bundeskartellamts, den Unternehmen und ihren Beratern Hinweise für solche „Vertikalfälle“ an die Hand zu geben und Unsicherheiten hinsichtlich der Rechtsauslegung und -anwendung durch das Bundeskartellamt zu reduzieren.

(2) In der Praxis stellen sich regelmäßig Fragen über das zulässige Verhalten in Vertikalverhältnissen. Das Hinweisschreiben trägt hier zu mehr Rechtssicherheit der Unternehmen bei und schärft gleichzeitig das Bewusstsein für kartellrechtswidrige Preisbindungen. Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme vor der Veröffentlichung des endgültigen Hinweisschreibens.

(3) Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Hinweisschreiben zahlreiche wichtige Fragen in Bezug auf das Verbot vertikaler Preisbindungen aufgreift und es auf diese Weise Herstellern und Händlern erleichtert, unzulässige Verhaltensweisen zu identifizieren. Um die Rechtssicherheit der Unternehmen weiter zu verbessern, regen wir insbesondere an:

- die Marktstruktur und insbesondere die Marktstellung der betroffenen Hersteller und Händler in den Beispielen stärker zu berücksichtigen und zu erläutern, welche Rolle diese Aspekte bei der Beurteilung des Sachverhalts spielen;
- die Auslegung der Begriffe der „Vereinbarung“ und „Zusage“ im Hinblick auf die erforderliche Einschränkung der Preissetzungsfreiheit der Händler zu konkretisieren und ausdrücklich im Rahmen der jeweiligen Beispiele (insbesondere für die unverbindlichen Preisempfehlungen) darzustellen, ob und weshalb eine Vereinbarung (z.B. in Form der stillschweigenden Zustimmung) vorliegt; dies erfordert eine deutlichere und striktere Abgrenzung von reinen Informations- und Kommunikationsmaßnahmen der Hersteller oder Händler, die nicht Ursache oder Ausdruck einer Beeinträchtigung der Preissetzungsfreiheit des Händlers und damit zulässig sind; es wäre wünschenswert, die jeweils erforderlichen (und noch in der Handreichung erwähnten) Plusfaktoren in diesem Zusammenhang zu erläutern; dies gilt vor allem für die angesprochenen Fälle der Lieferung von Zusatzinformationen zur UVP oder erneuter Hinweise auf die UVP durch Hersteller sowie der Rückmeldung zur UVP oder der Nennung von Aktions-LVP durch Händler;
- weitere Hinweise zur Aufklärung des Graubereichs bei der Diskussion von Handelsspannen sowie zum Austausch von Preisinformationen im Spannungsfeld zwischen vertikalen und horizontalen Beziehungen (z.B. im Fall des dualen Vertriebs) zu geben;
- hinsichtlich der Fallpriorisierung und der Ermessensausübung bei der Entscheidung über die Einleitung eines Verfahrens Ausführungen zur jeweiligen Gewichtung der genannten Entscheidungskriterien und zu ihrer Einordnung aufzunehmen, damit deutlich wird, welche Aspekte unter welchen Voraussetzungen und in welchem Maß die Bewertung des Bundeskartellamts beeinflussen können.

I. Allgemeine Anmerkungen

(4) Wir begrüßen, dass das Hinweisschreiben anhand von Praxisbeispielen den Hintergrund, den Zweck und die Reichweite des Preisbindungsverbots anschaulich erläutert. Das Hinweisschreiben hilft Unternehmen, zwischen zulässigen und unzulässigen Verhaltensweisen zu unterscheiden. Insbesondere ist erfreulich, dass das Hinweisschreiben die bisherigen Verhaltenshinweise aus dem Schreiben des Vorsitzenden Dr. Wagemann der 11. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts vom 13. April 2010 (sog. „**Handreichung**“) mit ihren teils nicht verallgemeinerungsfähigen Ausführungen ablöst.

A. Erweiterung des Anwendungsbereichs

(5) Der Entstehungsgeschichte des Hinweisschreibens mag auch geschuldet sein, dass sein Anwendungsbereich auf den stationären Lebensmitteleinzelhandel begrenzt sein soll. Wie schon bei der Handreichung, ist jedoch auch bei diesem Hinweisschreiben zu erwarten, dass es auch von Unternehmen, die in anderen Branchen tätig sind, wahrgenommen und als maßgebliche Auslegungshilfe herangezogen werden wird. Daher wäre es wünschenswert, bei den jeweiligen Beispielen klarzustellen, welche Besonderheiten des LEH in die Bewertung jeweils eingeflossen sind, um Rückschlüsse auch für andere Branchen zu erleichtern.

(6) Darüber hinaus sind die angesprochenen Fragen auch für den Onlinevertrieb von praktischer Bedeutung. Hier dürften sich allerdings weitere, im Hinweisschreiben bisher nicht angesprochene Fragen ergeben. Natürlich wäre es aus Sicht der betroffenen Unternehmen sehr zu begrüßen, umfassende Hinweise zum Preisbindungsverbot unter Berücksichtigung der Erfahrungen des Bundeskartellamts im Bereich der Internetökonomie zu erhalten. Dies gilt insbesondere, da sowohl Hersteller als auch Handelsunternehmen zunehmend sowohl im stationären als auch im Onlinevertrieb tätig sind. Wir sind uns jedoch bewusst, dass dies eine umfassendere Erweiterung des Hinweisschreibens erfordern würde und das Bundeskartellamt mit dem Hintergrundpapier zu vertikalen Beschränkungen in der Internetökonomie (Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht vom 10. Oktober 2013) bereits erste Hinweise diesbezüglich veröffentlich hat. Dennoch wäre das Zusammenführen der Hinweise wünschenswert.

B. Rechtlicher und ökonomischer Hintergrund

(7) Sehr ausführlich wird in den Hinweisen eingangs der rechtliche Rahmen und der ökonomische Hintergrund des Preisbindungsverbots erläutert. Richtigerweise weist das Bundeskartellamt im Rahmen der ökonomischen Bewertung der vertikalen Preisbindung darauf hin, dass für die Bewertung im Einzelfall die Struktur der betroffenen Märkte, die Marktstellung der betroffenen Hersteller und Händler, der Grad der Liefer- und Bezugsverflechtungen sowie die Produktart und die Phase des Produktlebenszyklus eine Rolle spielen können. Mit der Einbeziehung möglicher Effizienzgesichtspunkte nähert sich das Bundeskartellamt auch den Einzelfallausnahmen in den Vertikalleitlinien der Europäischen Kommission[1].

(8) Allerdings werden hieraus in den Folgekapiteln nur begrenzt praktische Schlussfolgerungen gezogen. Der Entwurf des Hinweisschreibens belässt es bei den allgemeinen Ausführungen, ohne dass die Kriterien in den Beispielen aufgegriffen würden. So wäre es z.B. hilfreich, in den Beispielen zu erläutern, in welchem Kräfteverhältnis Hersteller und Händler zueinander stehen und welche Rolle dies bei der Beurteilung des Sachverhalts spielt. So dürfte sich z. B. ein marktstarker Händler kaum durch Drohungen eines kleineren Herstellers beeindrucken lassen und seine Preise weiterhin autonom setzen, statt sich in seiner Preissetzungsfreiheit beschränken zu lassen.

(9) Die Ausführungen im Hinweisschreiben spiegeln darüber hinaus wider, dass die Anwendungspraxis des Bundeskartellamts bei vertikalen Preisbindungen im internationalen Vergleich sehr strikt ist. Die Handlungsspielräume der Unternehmen werden teilweise durch eine weite Auslegung der Begriffe „Vereinbarung“, „Zusage“ und „Bindungswillen“ eingeschränkt. Beispielsweise birgt nach dem Hinweisschreiben schon die Rückäußerung eines Händlers auf eine unverbindliche Preisempfehlung („**UVP**“) eines Herstellers die Gefahr eines Kartellverstoßes. Wir regen an, zu prüfen, ob die Unternehmen dadurch nicht zumindest in einigen Fällen über Gebühr in ihrer notwendigen Flexibilität in Preisverhandlungen und ihrer Preisgestaltung eingeschränkt werden. Für die Details verweisen wir auf die Ausführungen im folgenden Abschnitt dieses Schreibens.

(10) Schließlich ist das Hinweisschreiben durch zahlreiche Verweise auf mögliche einseitige Verstöße der Hersteller geprägt. Bei § 21 Abs. 2 GWB handelt es sich um eine deutsche Besonderheit, die keine

[1] Vgl. Vertikalleitlinien der Europäischen Kommission, Rn. 225.

Entsprechung auf europäischer Ebene hat. Vor dem Hintergrund der Bestrebung einer kohärenteren Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften in der EU sollte diese Vorschrift nur maßvoll und in eindeutigen Fällen angewendet werden, um Hersteller nicht allzu sehr in Preisverhandlungen mit Händlern zu beeinträchtigen. Dies erscheint für das Verhalten gegenüber starken Handelsunternehmen von Bedeutung.

II. Unverbindliche Preisempfehlungen und ihre Grenzen

(11) In nahezu allen Verfahren des Bundeskartellamts der vergangenen Jahre im Bereich der Preisbindung spielten UVP eine entscheidende Rolle (z.B. Phonak (2009), CIBA Vision (2009), TTS Tooltechnic Systems (2012), Dr. Hauschka-Kosmetik (2013)). Das Hinweisschreiben bekräftigt, dass UVP und deren Erläuterung durch den Hersteller grundsätzlich zulässig sind. Im Vergleich zur überragenden praktischen Bedeutung der UVP sind die Ausführungen im Hinweisschreiben hierzu insgesamt aber knapp. Das Hinweisschreiben beschränkt sich auf vergleichsweise einfache Beispielsfälle. Je konkreter und detaillierter hier zu möglicherweise problematischen – und auch erlaubten – Verhaltensweisen Stellung genommen wird, desto besser.

A. Begriffe der Vereinbarung und Zusage

(12) Dabei sollte beachtet werden, wie bereits erwähnt, dass der Anwendungsbereich des Verbots der Preisbindung nicht durch eine weite Auslegung der Begriffe der „Vereinbarung“ oder „Zusage“ überdehnt werden darf. Zwar muss eine Vereinbarung nicht verbindlich oder rechtlich durchsetzbar sein.[2] Gegenstand der Vereinbarung muss aber eine Preisbindung sein. Wie im Hinweisschreiben ausgeführt, setzt dies eine Einschränkung der Freiheit des Händlers voraus, die Abgabepreise selbst festzulegen.[3] Jenseits klarer Bindungen ist aber nicht jede Willens- oder Absichtsäußerung oder Kontaktaufnahme durch Händler oder Hersteller zur UVP Grundlage, Folge, Ausdruck oder auch nur Indiz einer Einschränkung der Preissetzungsfreiheit des Händlers. Vielmehr kann eine solche Kommunikation zwischen Hersteller und Händler auch gerade Grundlage oder Ausdruck einer freien Preissetzungsentscheidung des Händlers sein, und zwar auch dann, wenn er der Preisempfehlung des Herstellers folgt. Die UVP erfüllt eine wesentliche Informationsfunktion für Händler. Es ist bei einer – zulässigen – UVP nicht unüblich, dass sich ein Händler – nach Information durch den Hersteller – von der Stichhaltigkeit der UVP überzeugen lässt und ihr folgt. Ohne zusätzliche Umstände, die auf eine Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Händlers schließen lassen, ist dieser Sachverhalt (Mitteilung, Erläuterung und Begründung der UVP durch den Hersteller; Befolgung durch den Händler) kartellrechtlich unverdächtig. Nach unserem Verständnis entspricht dies auch dem Leitbild des Hinweisschreibens. An verschiedenen Stellen wird dies unseres Erachtens jedoch nicht ausreichend deutlich.

(13) Es würde die Rechtssicherheit – und damit den Wert des Hinweisschreibens für die Unternehmen – erhöhen, wenn dies insbesondere an folgenden Stellen klarer herausgestellt würde:

1. Lieferung von „Zusatzinformationen“ zur UVP durch den Händler

(14) Unklar ist, warum ein Hersteller einem Händler nicht „Zusatzinformationen“ liefern darf, „die darauf abzielen, seine Entscheidung in Richtung der Einhaltung der UVP“ zu beeinflussen.[4]

(15) Diese Aussage erscheint zu unbestimmt und in dieser Pauschalität im Vertikalverhältnis nicht richtig.[5] Wir schlagen vor, sie entweder zu streichen oder auf Maßnahmen zu beschränken, die nicht nur die Entscheidung des Händlers beeinflussen, sondern seine Entscheidungsfreiheit beschränken.

---

[2] Ziffer 12 des Hinweisschreibens.

[3] Ziffer 11 des Hinweisschreibens. Siehe auch Artikel 4 a) der Vertikal-GVO, der insofern von der „Beschränkung der Möglichkeit des Abnehmers, seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen“, spricht.

[4] Ziffer 52 des Hinweisschreibens.

(16) Natürlich möchte der Hersteller mit einer UVP die Preissetzung des Händlers beeinflussen. Das ist legitim und entspricht dem Wesen einer UVP. Dazu wird der Hersteller oft bemüht sein, die Plausibilität seiner Empfehlung mit Informationen und Argumenten zu untermauern und ihre Überzeugungskraft zu stärken. Das ist noch kein Indiz für einen Verstoß – oder gar selbst ein Verstoß – gegen das Preisbindungsverbot. Das gilt selbst dann, wenn der Händler schließlich der Empfehlung des Herstellers folgt. Auch dies gehört zum Wesen einer UVP. Der Empfänger darf ihr folgen. Wenn im Hinweisschreiben an mehreren Stellen erwähnt wird, dass der Händler seine Entscheidung über den Abgabepreis „autonom" treffen muss[6], so kann das (jedenfalls sofern der Hersteller nicht auch Wettbewerber des Händlers ist) nur „unabhängig", nicht aber „unbeeinflusst" bedeuten. Der Händler darf sich an der Empfehlung des Herstellers orientieren und darf dieser folgen. Er muss diese Entscheidung nicht unbeeinflusst treffen, er muss sie nur frei treffen und auch frei wieder ändern können.

(17) Als zwingendes Element einer Preisbindung muss also entweder der beiderseitige Wille zu einer Einschränkung der Freiheit des Händlers hinzutreten, über seinen Preis – ggf. auf Basis der Empfehlung des Händlers – selbst zu entscheiden, oder eine tatsächliche Beschränkung der Möglichkeit des Händlers, diese Entscheidung zu treffen, z. B. durch Druckausübung. Eine reine Information des Händlers durch den Hersteller genügt nicht.

2. Mitteilung der Entscheidung des Händlers hinsichtlich der UVP

(18) Der in Ziffern 57 und 58 des Hinweisschreibens dargestellte Fall („Abwandlung 1"), in dem der Händler dem Hersteller mitteilt, dass er der UVP folgt, stellt aus gleichem Grund kein gutes Beispiel dafür dar, dass ein Händler „den Bereich des eindeutig und ohne nähere Prüfung kartellrechtskonformen Verhaltens" verlässt.

(19) Richtig ist die Feststellung, dass „aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller Umstände des Sachverhalts zu ermitteln" ist, ob eine Preisbindung vorliegt. Der geschilderte Sachverhalt enthält aber gerade keinen Hinweis oder Indizien für eine Preisbindung. Ohne Weiteres ist der bindende Charakter der Kommunikation im Beispielsfall, in dem der Händler lediglich ankündigt, der UVP zu folgen, gerade nicht erkennbar (anders z. B. als in der „Abwandlung 2" in Ziffern 59 und 60 mit einer verbindlichen Zusage des Händlers zur Einhaltung einer UVP auf entsprechende Aufforderung des Herstellers).

(20) Der allgemeine Hinweis, dass eine Rückäußerung des Händlers als Zustimmung zu einer ihm angetragenen Preisbindung gewertet werden könnte und daher der Händler dem Hersteller gegenüber Rückäußerungen grundsätzlich vermeiden sollte, geht unseres Erachtens zu weit. Er reduziert die Rechtsunsicherheit rund um das Thema UVP nicht, sondern erhöht sie. Dies gilt vor allem auch für die Hersteller, die es nach zulässiger Mitteilung und Erläuterung einer UVP nicht mehr in der Hand haben, ob sich die Händler hierzu äußern. Das Risiko, dass eine übliche UVP in einen Kartellrechtsverstoß umschlägt, sollte aber nicht allein von der Reaktion der Händler abhängen.

(21) Hilfreich wäre hier zum einen eine Klarstellung, dass eine Preisbindung (außerhalb von § 21 Abs. 2 GWB) immer zwei Parteien erfordert, also einen Hersteller, der die Einhaltung eines Preises fordert, und einen Händler, der dies zusagt. Zum anderen sollten hier beispielhaft zusätzliche Umstände genannt werden, aus denen sich in der Gesamtbetrachtung gerade der bindende Charakter dieser Kommunikation oder zumindest ein entsprechender Anschein ergeben könnte. Die in der Handreichung des Bundeskartellamts aus dem Jahr 2010 erwähnten „Plusfaktoren", die über die bloße Rückmeldung hinaus als Indizien für ein vertikal abgestimmtes Verhalten gefordert wurden, werden in dem Hinweisschreiben bedauerlicherweise nicht aufgegriffen.

---

[5] Dies gilt unbeschadet der Frage, ob die „Zusatzinformation" möglicherweise als Indiz für das Vorliegen einer horizontalen Preisabstimmung gewertet werden kann.

[6] Ziffern 46, 52, 72 des Hinweisschreibens.

3. Erneuter Hinweis des Herstellers auf die UVP

(22) Begrüßenswert ist, dass das Hinweisschreiben erneut klarstellt, dass nicht jede Kontaktaufnahme des Herstellers mit dem Händler problematisch ist, die über die reine Übermittlung der UVP hinausgeht und diese erneut thematisiert.

(23) In den allermeisten Fällen wird eine erneute Kontaktaufnahme einen rechtlich unverdächtigen Hintergrund haben. Ein Generalverdacht erscheint daher unangebracht. Das gilt allerdings nicht nur für „wenig bedeutende, für den Händler ohne Weiteres ersetzbare Lieferanten“[7], sondern für alle Hersteller, wenn keine zusätzlichen Indizien für eine Ausübung von Druck auf den Händler vorliegen. Dass ein Hersteller davon ausgeht, dass ein Händler eine UVP eines Herstellers umsetzen will, ist einer realistischen UVP inhärent; dass ein Händler einer UVP folgt, ist eher die Regel als die Ausnahme. Eine Nachfrage des Herstellers bei Abweichen von einer UVP allein, ist daher nicht als verdächtiges Verhalten zu werten. Händler sind in ihrem Produktsortiment oft mit hunderten oder tausenden UVPs gleichzeitig und ständigen Änderungen konfrontiert. Hier schleichen sich regelmäßig Fehler ein, die oft von Herstellern entdeckt werden. Dass der Händler von der UVP abweicht, kann durchaus die Nachfrage des Herstellers auslösen, ob ein Irrtum vorliegt. Dies muss einem Hersteller ohne Angst vor kartellrechtlichen Konsequenzen möglich sein, – zumindest soweit es nicht entgegenstehende Indizien gibt, dass dem Hersteller bekannt ist, dass der Händler bewusst von der UVP abweicht und der Hersteller dagegen intervenieren möchte.

(24) Die Indizienlage sollte folglich umgekehrt betrachtet werden: Nur, wenn es weitere Plusfaktoren dafür gibt, dass dem Hersteller in der konkreten Situation das bewusste Abweichen des Händlers von der UVP bekannt ist, und er den Händler umstimmen will, die UVP doch zu befolgen, kann die erneute Thematisierung oder Nachfrage problematisch sein; ohne weitere Indizien ist dies jedoch nicht der Fall.

B. Verknüpfung von UVP mit Androhung von Nachteilen oder Gewährung von Vorteilen

(25) Wichtig sind auch die Ausführungen im Hinweisschreiben zu der Verknüpfung von UVP und der Androhung von Nachteilen oder der Gewährung von Vorteilen. Neben der Klarstellung, dass Vereinbarungen (mit Bindungswillen) über Fest- oder Mindestpreise des Händlers unzulässig sind, ist insbesondere die Aufzählung der Beispiele für die Druckausübung des Herstellers hilfreich, um unzulässige Verhaltensweisen zu identifizieren. Eine UVP des Herstellers darf gemäß § 21 Abs. 2 GWB nicht mit der Androhung der Nicht(-weiter-)belieferung oder Liefereinschränkung oder der Gewährung von Vorteilen oder Anreizen zur Einhaltung der UVP einhergehen. Hier möchten wir lediglich anmerken, dass die Wahl recht eindeutiger Beispiele dazu führt, dass insbesondere im Grenzbereich zwischen Druckausübung und zulässiger Erläuterung der UVP Fragen offenbleiben. Hier wären weitere Beispiele hilfreich, aus denen sich im Idealfall auch allgemeine Verhaltensregeln ableiten lassen. Insbesondere der Aspekt der Glaubwürdigkeit der Drohung (u. a. unter Beachtung der Machtverhältnisse zwischen Hersteller und Händler) sollte näher beleuchtet werden.

(26) Sehr weitgehend erscheint es uns, das bloße Befolgen einer Preisempfehlung, bei der ein marktmächtiger Hersteller Druck eingesetzt (oder Anreize geboten) hat, als Ausdruck oder zumindest Indiz einer Preisbindungsvereinbarung anzusehen.[8] Richtig ist, dass Drohungen oder Anreize des Herstellers den Tatbestand des § 21 Abs. 2 GWB verwirklichen, eine Vorschrift, die aber - wie bereits erwähnt - im Sinne einer Vereinheitlichung der Rechtspraxis in Europa nur zurückhaltend angewendet werden sollte. Es sollte entscheidend darauf ankommen, ob das Verhalten des Händlers als konkludente Zustimmung zu einer Preisbindungsvereinbarung anzusehen ist. Es erscheint uns nicht verständlich, dass Händler, denen der Hersteller gedroht oder denen er Anreize geboten hat, in dieser Hinsicht strenger behandelt werden als Händler, die keinem solchen Druck des Herstellers ausgesetzt sind. Im letzteren Fall geht

[7] Ziffer 66 des Hinweisschreibens.

[8] Ziffer 51 des Hinweisschreibens.

auch das Bundeskartellamt zu Recht davon aus, dass das Befolgen der UVP für sich allein nicht Ausdruck eines Preisbindungswillens ist. Auch wenn der Hersteller Druck ausübt, hebt dies nicht automatisch die Preissetzungsfreiheit des Händlers auf. Diese Annahme erscheint nur gerechtfertigt, wenn besondere Umstände (bzw. Plusfaktoren) hinzutreten, die den Schluss nahelegen, dass sich der Händler für die Zukunft hinsichtlich der Preisfestsetzung gebunden hat. Hierzu wären nähere Angaben im Hinweisschreiben hilfreich.

(27) Wir nehmen zur Kenntnis, dass das Bundeskartellamt bei der Bußgeldentscheidung die Tatsache berücksichtigen will, dass ein Händler dem Druck des Herstellers ausgesetzt war. Es wäre jedoch wünschenswert, wenn im Hinweisschreiben näher erläutert würde, wie, in welcher Form und unter welchen Voraussetzungen dies geschehen soll, insbesondere ob und wie das Bundeskartellamt diese Umstände konkret im Rahmen der Ermessenausübung bei der Einleitung eines Verfahrens und der Frage der Verhängung oder Bemessung eines Bußgeldes berücksichtigen wird.

III. Aktionsplanung

(28) Große praktische Bedeutung kommt auch dem Abschnitt des Hinweisschreibens über zulässige und unzulässige Verhaltensweisen im Rahmen von sogenannten Aktionen zu.

(29) Zu begrüßen ist, dass das Hinweisschreiben den Zusammenhang zwischen Aktionsplanung und Produktionsplanung und die Notwendigkeit der Abstimmung der Aktionszeiträume durch Händler und Hersteller anerkennt.

A. Nennung des Aktions-LVP

(30) Zu weitgehend erscheint jedoch wiederum, die reine Nennung des Aktions-LVP durch den Händler gegenüber dem Hersteller als mögliches Indiz für eine Zusage einzuordnen, die Preisempfehlung zu befolgen.[9] Auch hier gilt, dass diese Information oder Kommunikation für sich genommen die Preissetzungsfreiheit des Händlers nicht beeinträchtigt und auch keinen Schluss darauf zulässt, dass eine solche Beeinträchtigung vorliegt. Wegen der erforderlichen Mengenplanung hat der Hersteller grundsätzlich ein legitimes Interesse an dieser Information. Das Hinweisschreiben erkennt dies auch grundsätzlich an; es verweist darauf, dass die bloße Information des Herstellers seitens des Händlers über den geplanten Preis grundsätzlich erlaubt ist.[10] Das darauffolgende Beispiel beschreibt ebenfalls einen eindeutigen Fall, der über die Nennung des Aktionspreises hinausgeht.[11] Die Empfehlung, dass Händler davon absehen sollten, dem Hersteller den Aktionspreis zu nennen, und dass Hersteller Händler nicht zur Vorabinformation darüber verpflichten sollten,[12] erscheint vor diesem Hintergrund nicht hilfreich, sondern erhöht wiederum den Grad der Rechtsunsicherheit. Dies gilt unbeschadet der durchaus hilfreichen Nennung zusätzlicher Umstände in diesem Abschnitt, aus denen tatsächlich auf eine Einschränkung der Preissetzungsfreiheit geschlossen werden könnte, z. B. Druckausübung in Form eines Widerrufs von Lieferbestätigungen. Diese Punkte könnten ausgebaut werden.

B. Festlegung eines Aktionshöchstpreises

(31) Wünschenswert wäre schließlich eine Klarstellung, dass Hersteller grundsätzlich einen Aktionshöchstpreis festlegen und die Gewährung von Aktionsunterstützungen für Händler von der Einhaltung dieses Höchstpreises während des Aktionszeitraums abhängig machen dürfen. Hierzu gehören auch Aktionen wie z. B. „ein Riegel extra“, und „+25%“, die in ihrer Wirkung Höchstpreisfestsetzzungen ähnlich sind.

---

[9] Ziffer 74 des Hinweisschreibens.

[10] Ziffer 72 des Hinweisschreibens.

[11] Ziffer 73 des Hinweisschreibens.

[12] Ziffer 74 des Hinweisschreibens.

IV. Spannengarantie

(32) Das Hinweisschreiben erkennt die zentrale Bedeutung der Handelsspanne für die Preisverhandlungen zwischen Herstellern und Händlern an und widmet diesem Thema einen eigenen Abschnitt.

(33) Erfreulich ist die ausdrückliche Anerkennung, dass Hersteller und Händler im Rahmen ihrer Verhandlungen grundsätzlich auch von der hergebrachten Risikoverteilung abweichen und dabei auch die Margensituation thematisieren können.[13] Dies ermöglicht innovative Preis- und Vergütungsgestaltungen. Zuzustimmen ist auch der Einschätzung, dass sich kartellrechtliche Bedenken gegen eine Spannengarantie im Wesentlichen wegen einer möglichen horizontalen Preiskoordinierung auf Handelsebene ergeben können.[14] Die genannten Beispiele („Beispiel 2“ und „Abwandlung zu Beispiel 2“[15]) beschreiben allerdings recht klare und eindeutige Fälle auf beiden Seiten des Spektrums (eindeutig keine Preisbindung im Ausgangsfall und sehr starke Indizien für eine Preisbindung in der Abwandlung). In der Praxis werden die Sachverhalte in der Regel aber in einem Graubereich dazwischenliegen. Hier wären weitere Beispiele oder grundsätzliche Hinweise hilfreich, denen sich genauere Kriterien zur Selbsteinschätzung entnehmen lassen.

(34) Für den Fall, dass ein Händler mit Ausgleichsforderungen Druck auf Hersteller zur „Umsetzung“ der UVP ausübt, sollten entsprechend der Ausführungen in Abschnitt B des Hinweisschreibens die tatsächlichen Machtverhältnisse im jeweils relevanten Markt berücksichtigt werden. Insbesondere bei marktstarken Händlern könnte das Bundeskartellamt diese Umstände zugunsten von Herstellern, die lediglich auf den Druck eines Händlers reagieren, im Rahmen seines Aufgreifermessens oder ggf. bei der Festsetzung oder Bemessung eines Bußgelds berücksichtigen und dies im Hinweisschreiben erwähnen.

V. Datenaustausch

(35) Begrüßenswert ist, dass das Bundeskartellamt auch den Datenaustausch zwischen Händlern und Herstellern thematisiert. Dieses Thema könnte jedoch umfassender und mit zusätzlichen Fallgestaltungen beleuchtet werden. Insbesondere die mögliche Kombination von Horizontal- und Vertikalverhältnis führt in der Praxis zu großer Rechtsunsicherheit bei den betroffenen Unternehmen.

(36) So ergeben sich weitere relevante Fragestellungen zum einen bei Herstellern mit dualem Vertrieb, wenn diesen die Abgabepreise der Händler bekannt werden. In solchen Fällen stehen die Hersteller selbst sowohl in einem Vertikal- als auch in einem Horizontalverhältnis zu den Händlern. Hinweise des Bundeskartellamts über etwaige Grenzen und Maßnahmen (z.B. ring fencing) im Rahmen des Informationsaustausches könnten die Rechtssicherheit spürbar erhöhen.

(37) Zum anderen äußern sich Händler im Rahmen von Verhandlungen mit Herstellern erfahrungsgemäß regelmäßig zu ihren Einkaufspreisen für Wettbewerbsprodukte anderer Hersteller. Auch diesbezüglich wäre eine Klarstellung zu zulässigen und unzulässigen Formen des Datenaustauschs wünschenswert.

VI. Fallpriorisierung und Auswahl der Verfahrensart

(38) Der Abschnitt des Hinweisschreibens über die Fallpriorisierung des Bundeskartellamts und die Auswahlentscheidung zwischen Bußgeld- und Verwaltungsverfahren ist insgesamt knapp und wenig konkret. Das Bundeskartellamt signalisiert den Unternehmen allgemein, dass es in komplexen und nicht eindeutigen Sachverhalten durch Musterverfahren weitere Rechtsklarheit schaffen will, ohne dass immer ein Bußgeld zu befürchten ist. Wir begrüßen dies. Ein Rückgriff auf Verwaltungsverfahren stellt ei-

[13] Ziffer 77 und 83 des Hinweisschreibens.

[14] Ziffer 78 des Hinweisschreibens.

[15] Ziffer 82 und 84 des Hinweisschreibens.

ne sinnvolle Alternative zum Bußgeldverfahren dar und hat sich in der Vergangenheit auch im Bereich der komplexen Thematik der „Bestpreisklauseln“ bewährt.

(39) Allerdings könnten die im Rahmen der Ermessenausübung relevanten Gesichtspunkte weiter konkretisiert werden. Neben der reinen Aufzählung solcher Gesichtspunkte in Ziffer 103 wären z.B. Ausführungen zur Gewichtung der einzelnen Punkte für die Fallpriorisierung und zu ihrer Einordnung hilfreich. Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Maß kann jeder der genannten Aspekte die Bewertung des Bundeskartellamts in die eine bzw. die andere Richtung beeinflussen? Fallbeispiele zur Veranschaulichung könnten auch in diesem Abschnitt die Darstellung abrunden.

Linklaters LLP

10. März 2017

Dr. Carsten Grave
Partner

Telefon: +49 211 22977 318
E-Mail: carsten.grave@linklaters.com

Dr. Ingo Klauß
Counsel

Telefon: +49 211 22977 368
E-Mail: ingo.klauss@linklaters.com

Dr. David-Julien dos Santos Goncalves
Associate

Telefon: +49 211 22977 311
E-Mail: david-julien.dos_santos_goncalves@linklaters.com