
STELLUNGNAHME ZU

HINWEISEN DES BUNDESKARTELLAMTES ZUM PREISBINDUNGSVERBOT IM BEREICH DES STATIONÄREN LEBENSMITTELEINZELHANDELS

Der Markenverband bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme zu den am 25. Januar 2017 zur Konsultation veröffentlichten Hinweisen des Bundeskartellamtes zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels. Er begrüßt das Papier und seinen Aufbau. Es gibt nach Auffassung des Markenverbandes wichtige und praktisch handhabbare Hinweise zur Anwendung des Preisbindungsverbots durch das Bundeskartellamt im beschriebenen Bereich.

Gleichwohl sieht der Markenverband an mehreren Stellen noch weiteren Klarstellungs- bzw. Änderungsbedarf. Dieser ist zum Teil genereller Natur, betrifft aber auch einzelne spezielle Aspekte der Hinweise. Die nachstehenden Anmerkungen greifen zunächst die übergeordneten Fragestellungen auf und gehen in einem zweiten Teil in der Reihenfolge ihrer Erwähnung im Hinweispapier auf die Einzelpunkte ein.

1. Generelle Anmerkungen

1. Der Markenverband begrüßt den Aufbau der Hinweise des Bundeskartellamtes mit jeweils allgemeiner Einführung in einzelne Themenkomplexe und zugehörigen konkreten Beispielen einschließlich Variationen. Aus diesem Aufbau ergibt sich das Potenzial, Bewertungskriterien für einzelne Sachverhaltsgestaltungen auch über die erwähnten Beispiele und Variationen hinaus zu identifizieren. Allerdings ist zu konstatieren, dass einzelne Beispiele und Abwandlungen durch Einschübe in den Sachverhalt wiederum so klar in ihrer Bewertung werden, dass sie sich nicht zur Herausarbeitung von Kriterien eignen. Das gilt etwa für den letzten Halbsatz in Rz. 59: die maßgebliche Frage ist, wie die Situation zu bewerten wäre, wenn nicht explizit die Zusage des Handelsunternehmens zum „mitziehen“ gefordert wäre. Ähnlich ist die Situation in Rz. 100: wie wäre der Sachverhalt zu bewerten, wenn die ausgetauschten Informationen nicht zu Preispflegemaßnahmen genutzt würden? Umgekehrt stellt sich die – aus Sicht des Markenverbandes zu verneinende – Frage, ob etwa zum Themenkomplex Spanngarantie/Nachverhandlungen die Beispiele tatsächlich die relevanten Fallkonstellationen treffen. So wäre etwa in Rz. 83 die Frage zu klären, wie die Forderung eines Händlers nach sofortiger Reduzierung des Einkaufspreises zur Erhaltung seiner Marge im Hinblick auf die Ladenpreise anderer Händler zu werten ist, wenn damit mittelbar oder unmittelbar eine Auslistungsdrohung verbunden ist; die Perspektive des Markenverbandes zu dieser Frage ergibt sich aus den nachstehenden Anmerkungen zu Ziff. 18.

2. Ausdrücklich positiv bewertet der Markenverband die Tatsache, dass das Hinweispapier von der Vorsitzendenhandreichung des Jahres 2010 explizit Abstand nimmt. Wir gehen dabei davon aus, dass dies unabhängig von der Tatsache gilt, dass einzelne Verfahren noch nicht endgültig abgeschlossen sind.
3. Ebenso ist positiv zu bewerten, dass die tatsächlichen Machtkonstellationen im Verhältnis zwischen Hersteller und Handel in den Hinweisen mit erwähnt werden (Rz. 37 ff.). Bedauerlicherweise fließen die Erkenntnisse der Sektoruntersuchung allerdings nicht in die Bewertungen ein, direkte Konsequenzen sind nicht erkennbar. Vielmehr geht das Papier weiterhin davon aus, dass die Initiative zur Preisbindung regelmäßig vom Hersteller ausgeht, während der Händler bestenfalls als „tätiges Opfer“ dargestellt wird. Das entspricht nicht den Realitäten. Insbesondere die Fragestellungen der Anreizsetzung bzw. Druckausübung im Sinne des § 21 Abs. 2 GWB durch Händler und hier insbesondere in Dreieckskonstellationen werden nicht in die Darstellung integriert.
4. Es ist nachvollziehbar, dass das Papier sich auf die Fragen der Preisbindung und einzelner Konstellationen des § 21 Abs. 2 GWB konzentriert und die Zulässigkeit bestimmter Verhaltensmuster, etwa nach dem Anzapfverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB, ebenso ausklammert wie die Bewertung eines (horizontalen) Informationsaustauschs – gegebenenfalls auch im Dreiecksverhältnis. Aufgrund dieser Beschränkung wäre allerdings ein deutlicher Hinweis darauf, dass die Zulässigkeit bestimmten Verhaltens nach Maßgabe dieses Papiers keineswegs die kartellrechtliche Unbedenklichkeit bedeutet, sondern eben insbesondere die Fragen des Missbrauchs von Marktmacht (auf beiden Seiten der Wertschöpfungskette) ebenso noch mitberücksichtigt werden müssen, wie das Verbot horizontaler Absprachen, gegebenenfalls auch im Dreiecksverhältnis.
5. Es ist zu begrüßen, dass das Bundeskartellamt in Rz. 33 ff. potentiell negative Wirkungen der Verramschung von Markenware anspricht. Die Darstellung ist jedoch unzureichend. Tatsächlich kann die Verramschung von Markenware durch inkonsistente Markenkommunikation zu einem Verlust wesentlicher Markenfunktionen führen. Das führt gesamtwirtschaftlich zu Ineffizienzen und einer Erhöhung von Transaktionskosten, wie Prof. Inderst in seinem Gutachten (beigefügt) eindrücklich belegt hat. Auch wenn nach wie vor die Vertikal-GVO die bezweckte Preisbindung als Kernbeschränkung versteht (Art. 4 lit. a VO (EU) Nr. 330/2010), zeigt die ökonomische Diskussion der Preisbindung und nicht zuletzt der Wortlaut der Vertikal-GVO doch deutlich, dass eine Einordnung von Preisbindung als (stets) bezweckte Wettbewerbsbeschränkung fragwürdig ist. Auch die jüngere Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Carte Bancaire*¹ legt es nahe, hier eine differenzierende Betrachtung zu wählen, die den tatsächlichen Machtverhältnissen und der konkreten Situation Rechnung trägt. So erscheint besonders im Rahmen von Preisaktionen fragwürdig, ob eine Preisbindung tatsächlich zu negativen Konsequenzen für den Wettbewerb führt².

¹ EuGH, Urteil v. 11.09.2014, RS C-67/13, ECLI:EU:C:2014:2204, *Groupment des cartes Bancaires (CB) v. Kommission*

² Vgl. etwa unten Ziff. 8

Unrealistisch erscheint angesichts der vom Bundeskartellamt konstatierten Machtkonstellationen die alternative Verhaltensweise der Hersteller. Theoretisch ist es sicherlich richtig, dass eine Preiserhöhung gegenüber dem Handel eine Verramschung erschweren kann. Das setzt allerdings die (einfache) Durchsetzung einer solchen Preiserhöhung voraus, die regelmäßig an den tatsächlichen Machtverhältnissen im Markt scheitert. Vielmehr wird der Handel bei entsprechenden Preiserhöhungen – auch vor dem Hintergrund seines eigenen Geschäfts mit Eigenmarken – mit Auslistungen reagieren. In der Praxis verhindert selbst die Preiserhöhung der Hersteller keineswegs ein Verramschen der Produkte, da bis dato das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis faktisch nicht durchsetzbar ist und zudem die Hersteller sich regelmäßig mit der Forderungen nach Spannen- bzw. Margengarantien konfrontiert sehen³

6. Es ist bedauerlich und unzutreffend, wenn das Bundeskartellamt in Rz. 43 f. Lebensmittel pauschal als „Standardprodukte“ ohne Beratungsbedarf und mit geringem Innovationspotential abqualifiziert. Tatsächlich handelt es sich bei Lebensmitteln, wie allgemeiner bei Konsumgütern des täglichen Bedarfs, um einen Bereich, in dem mit hohem Aufwand und Investitionen an der laufenden Verbesserung der Angebote und innovativen Lösungen für die sich ständig wandelnden Bedürfnisse der Konsumenten gearbeitet und geforscht wird. Es bedarf auch hier im Einzelfall einer eingehenden Untersuchung, ob die innovationsbedingten Voraussetzungen für eine nach den Vertikalleitlinien der Kommission gerechtfertigte Preisbindung vorliegen. Die implizite Aussage, es werde „alter Wein in neuen Schläuchen“ verkauft, genügt dem nicht.

2. Einzelne Fragestellungen

7. Rz. 12 ff.:
Es erscheint notwendig, die Abgrenzung von Vereinbarungen bzw. abgestimmten Verhaltensweisen und schlichtem Parallelverhalten, also den einseitig bleibenden Maßnahmen, deutlicher herauszuarbeiten. Wie insbesondere Rz. 58 zeigt, kommt dem hier großes Gewicht zu. Die dort angeregte Vorsichtsmaßnahme, eine Rückäußerung zur vom Hersteller vorgeschlagenen UVP zu vermeiden, mag im Einzelfall sinnvoll sein. Sie ist jedoch weder notwendig noch hinreichend (vergleiche § 151 BGB).
Das Bundeskartellamt nimmt seinen Ausgangspunkt in der Definition einer Vereinbarung zutreffend bei der Äußerung eines gemeinsamen Willens, die weder ausdrücklich erfolgen, noch rechtlich verbindlich oder durchsetzbar sein müsse. Die zitierten Entscheidungen jedoch betreffen sämtliche horizontale Vereinbarungen. Diese unterscheiden sich deutlich von den hier in Frage stehenden vertikalen Vereinbarungen. Gleichgerichtete, durch Kontaktaufnahme und wechselseitige Information, koordinierte Willensäußerungen mögen im Verhältnis zwischen Wettbewerbern zu wettbewerbsrechtlich unerwünschten Ergebnissen führen und genügen, um von einem „gemeinsamen“ Willen zu sprechen. Der Äußerung eines Wiederverkäufers, er werde rein tatsächlich den von seinem Lieferanten unverbindlich

³ Vgl. zu dieser Problematik unten Ziff. 18

vorgeschlagenen Abgabepreis von seinen Kunden verlangen, fehlt jedoch für sich genommen jedes wettbewerbsschädliche Potential: solange der Wiederverkäufer lediglich sein beabsichtigtes tatsächliches Verhalten beschreibt, ist die Situation weder geeignet Kollusion auf Hersteller- und/oder Händlerebene zu fördern, noch überhöhte Unternehmensmargen abzusichern, noch den Markt abzuschotten. Um solches zu bewirken, müssten Plusfaktoren hinzukommen, die auf ein gewisses Maß an Bindung und Durchsetzbarkeit der Aussage im Sinne einer Zusage hindeuten. Das bestätigt auch die Rechtsprechung des EuG im Fall JCB Services. JCB hatte den Vertriebshändlern unbestritten eine Liste mit empfohlenen Einzelhandelspreisen übermittelt und richtete auch ihre Rabatte an diesen empfohlenen Preisen aus. Aus Besorgnis über die als zu niedrig empfundenen Einzelhandelspreise hatte sie überdies Studien und Erörterungen über die Einzelhandelspreise innerhalb der JCB Dealer Association durchgeführt und versucht, auf den Verband Einfluss zu nehmen. Das EuG sah darin allerdings noch keine Zustimmung der Verbandsmitglieder zu der von JCB empfohlenen Preispolitik. Nichts weist darauf hin, dass die Bemühungen von JCB, Einfluss auf die Händler zu nehmen, von Zwangsmaßnahmen begleitet gewesen seien.⁴ Die Referenz zu Zwangsmaßnahmen bedeutet, dass im vertikalen Verhältnis zur Annahme einer Vereinbarung zumindest ein gewisses Maß an Durchsetzbarkeit des gemeinsamen Willens erforderlich ist.

8. Rz. 16:

Mit der Bezugnahme auf die Expedia-Entscheidung des EuGH wird die Entscheidung des BGH in Sachen „1 Riegel extra“ (KZR 3/02) und damit jede On-Pack-Promotion infrage gestellt. Während der BGH die Zulässigkeit einer derartigen Promotion unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung bejahte, dürfte die Expedia-Entscheidung mit der Aussage, eine Vereinbarung, die „einen wettbewerbswidrigen Zweck hat, [stelle] ihrer Natur nach und unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs dar“⁵, diese Argumentation verschließen. Das erscheint nicht sinnvoll, da die Aktionen generell zu einer (temporären) Preisabsenkung führen, die konkrete On-Pack-Promotion sogar allenfalls als Höchstpreisbindung wirkt, und sollte klargestellt werden.⁶ Außerdem scheint die generelle Aussage in Rz. 16, dass es nicht auf die Marktanteile der beteiligten Unternehmen ankomme, im Widerspruch zu Rz. 25 zu stehen.

9. Rz. 20 ff.:

Das Bundeskartellamt erläutert hier die Vorschrift des § 21 Abs. 2 GWB ausschließlich im Zwei-Personen-Verhältnis zwischen Lieferant und Abnehmer. Nach der Rechtsprechung des BGH ist es allerdings nicht erforderlich, dass derjenige, der Einfluss nimmt, auch Partei der „versuchten wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung“ wäre. § 21 Abs. 2 GWB verbietet vielmehr auch Einflussnahme im Dreiecksverhältnis, solange nur die Vereinbarung zwischen dem Adressaten des Einflusses und einem Dritten kartellrechtlich unzulässig wäre⁷. Das spielt etwa im Zusammenhang mit Margen- und Rohertagsgarantien oder bei Auslistungsdrohungen für den Fall, dass der Hersteller die Preise Dritter „nicht in den Griff bekommt“, eine zentrale Rolle.

⁴ EuG, Urt. v. 13.1.2004, RS T-67/01, ECLI:EU:T:2004:3, JCB Services v. Kommission, Rz 130.

⁵ EuGH, Urteil v. 13.12.2012, RS C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, Expedia v. Autorité de la Concurrence, Rz 37

⁶ Weitergehend zu preisbezogener Werbung vgl. unten Ziff. 11.

⁷ BGH, Urteil v. 14.7.1980, KRB 6/79, „markt intern, WuW/E BGH 1737.

10. Rz. 50:

Das Beispiel zu Nr. 3 wirkt mit der aktuellen Erläuterung eher verwirrend. Die Unzulässigkeit der mit dem Preiskorridor verbundenen Höchstpreisbindung auf Euro 1,89 ergibt sich erst aus Ausstrahlungswirkung der ebenfalls enthaltenen unzulässigen Mindestpreisbindung. Das Beispiel sollte zum Anlass genommen werden, die Wirkungsweise der „schwarzen Klausel“ zu erläutern, was bisher fehlt.

11. Rz. 51:

Gegenwärtig ist ein zum Teil deutlich aggressiver werdender Preiswettbewerb auf Handelsebene einerseits und zwischen Herstellermarken und Handelsmarken andererseits zu beobachten. Vor diesem Hintergrund nutzen Hersteller die große Reichweite und Wirksamkeit von TV- und Internetwerbung verstärkt dazu, das Markenimage und die Qualität der Produkte, welche sich unter anderem in Form der Positionierung der Produkte, z.B. als Premium (und damit hochpreisig), ausdrückt, durch preisbezogene Aussagen zu bewerben bzw. zu verteidigen. Insoweit gilt es klarzustellen, dass auch preisbezogene Werbung der Hersteller, sofern sie denn die UWG-rechtlichen Rahmenbedingungen einhält und auf die Unverbindlichkeit der Preisangaben hinweist, keinen Verstoß gegen das Preisbindungsverbot darstellt. Zu denken ist hier beispielsweise an TV-Werbung, bei dem die Hersteller über Aussagen wie „Langlebigkeit des Produkts hat seinen Preis (4,99 EUR UVP)“ oder „Markenprodukte, nur günstiger. Jetzt 2,99 EUR UVP.“ nicht nur Promotionsware, sondern auch Standard-Regalware bewerben. Mit den Kernaussagen der BGH-Entscheidung „1 Riegel extra“ (KZR 3/02) ist dies ebenso vereinbar, wie zuvor bereits vom BGH in der Sixt-Entscheidung angedeutet⁸. Auch jenseits eines teilweise vertikal integrierten Franchise-Systems muss gelten, dass der Hersteller nicht gehindert ist, für sein Leistungsangebot zu werben und dabei auch die von ihm unverbindlich empfohlenen Preise herauszustellen.

12. Rz. 52 ff.:

Die Erläuterung einer unverbindlichen Preisempfehlung sollte nicht nur „grundsätzlich“, sondern stets erlaubt sein. Eine Unzulässigkeit kann sich nur durch ein zu der Erläuterung Hinzutreten besonderer Umstände ergeben, aus denen klar wird, dass nicht nur die Entscheidung des Händlers über seine autonome Preissetzung (argumentativ) beeinflusst werden soll, sondern die Beeinflussung tatsächlich wettbewerbswidrig ist. Zu denken ist dabei insbesondere an Situationen, die dem Hub & Spoke zumindest nahe kommen. Unklar ist insoweit, was mit den angesprochenen „Zusatzinformationen“ gemeint ist.

13. Rz. 58:

Es ist bereits darauf hingewiesen, dass auch die einseitig bleibende Äußerung des Händlers, er werde die Preisempfehlung des Herstellers umsetzen, nicht zu einer (vereinbarten) Preisbindung führt. Hierzu müsste vielmehr hinzukommen, dass zwischen Lieferant und Händler ein gewisser Bindungswille erkennbar wird, der erst den jeweils einseitigen Erklärungen (Empfehlung einerseits und Prognose bzw. Tatsachenbehauptung andererseits) die Art von Gemeinsamkeit gibt, die für eine Vereinbarung notwendig ist.

⁸ BGH, Urteil v. 02.02.1999, KZR 11/97, Sixt.

14. Rz. 64 ff.:

Die Analysen in Rz. 64 ff. lassen eine notwendige Differenzierung entsprechend den tatsächlichen Machtstrukturen im Markt vermissen. Die Beschwerde eines Händlers beim Hersteller über die Preissetzung eines konkurrierenden Händlers stellt weniger ein Indiz dafür dar, dass der Hersteller eine Preisempfehlung für verbindlich erachtet. Vielmehr liegt häufig eine Konstellation vor, in der der Händler seine Erwartungshaltung zum Ausdruck bringt, der Hersteller solle tatsächlich „Preispflegemaßnahmen“ gegenüber dem konkurrierenden Händler ergreifen, wolle er nicht im Verhältnis zum Beschwerdeführer seinerseits „Sanktionen“ erfahren. Mithin steht die Unzulässigkeit der Beschwerde nach § 21 Abs. 2 GWB eben in der Dreieckskonstellations im Raum. Dabei kommt es für die Bewertung des Verhaltens als Drohung oder Anreiz auf eine Nachfragemacht im Sinne der §§ 20 Abs. 2, 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB nicht an. Die Sektoruntersuchung LEH des Bundeskartellamtes zeigt deutlich, dass jedenfalls die strukturellen Voraussetzungen für eine Beeinflussung der Willensbildung i.S.d. § 21 Abs. 2 im Verhältnis von Hersteller und Händler regelmäßig gegeben sind.

15. Rz. 66:

Es ist zu begrüßen, dass das Hinweispapier eine gegenüber der Ciba-Vision-Entscheidung deutlich differenzierte Position einnimmt. Nach den Hinweisen spielt zutreffend für die Beurteilung des Verhaltens die Verhandlungsmacht der Parteien eine entscheidende Rolle, wobei hier allerdings nur die Herstellerseite in den Blick genommen wird. Dadurch wird die Perspektive in unzutreffender Weise verengt. Tatsächlich haben, wie an anderer Stelle der Hinweise (Rz. 37 ff.) zugestanden, im LEH die wesentlichen Händler eine ganz überlegene Marktmacht. Das gilt, unabhängig von der Frage der Abhängigkeit i.S.d. §§ 20 Abs. 2, 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB auch für große Hersteller, die in vielen Produktfeldern tätig sind: auf jeden der führenden Abnehmer entfällt etwa ein hoher Anteil des Umsatzes (ein Drittel und mehr), während das Geschäft mit dem Hersteller für jeden der Händler nur einen Anteil im unteren einstelligen Prozentbereich ausmacht. Selbst wenn ein derartiger Hersteller über einige sogenannte „must have“-Produkte verfügt, kann der Händler ihn durch Kürzungen in anderen Produktbereichen in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten bringen, ohne dabei sein eigenes Geschäft auch nur ansatzweise zu gefährden. Die Unterstellung, dass ein so positionierter Händler durch wiederholte Erläuterungen von UVPs durch die Hersteller oder sogar durch das einmalige Ansprechen auf einen Niedrigpreis unter Druck gesetzt wird, erscheint lebensfremd.

Für den Regelfall im stationären Lebensmitteleinzelhandel ist damit davon auszugehen, dass die Kommunikation zwischen Hersteller und Händler über eine unverbindliche Preisempfehlung, und werde sie auch wiederholt, nicht zu einer Preisbindung durch unerlaubte Druckausübung auf den Händler führt.

In jedem Fall sollte allerdings klargestellt werden, in welchen Situationen eine Wiederholung der Kommunikation – und damit nach wie vor das Potenzial zu einer Druckausübung – nicht gegeben ist. Das gilt insbesondere, wenn eine (auch unveränderte) UVP im Rahmen eines neuen Jahresgesprächs wieder adressiert wird. Ebenso wenig führt eine Adressierung der UVP zu einer Wiederholung, wenn hierfür exogene Umstände maßgeblich sind. Solche exogenen

Umstände liegen vor, wenn der Hersteller selbst Grund dafür hat, seine eigene UVP zu überprüfen – unabhängig davon, ob er sie verändert oder nicht. In diesen Konstellationen muss eine Thematisierung und Erläuterung von UVPs erfolgen, als wäre es das erste Mal.

16. Rz. 72 ff.:

Es ist zu begrüßen, dass das Bundeskartellamt die Notwendigkeit der Kommunikation im Rahmen einer Aktions- und Mengenplanung explizit anerkennt. Nach Auffassung des Markenverbandes sind die Überlegungen hier aber noch zu eng. Die Kommunikation, auch der vom Händler geplanten Aktionspreise, ist für eine Validierung der Mengenplanung sinnvoll. Im Ansatzpunkt kann der Händler unter Umständen diese Mengenplanung aufgrund von Preiselastizität, die Marktforschungsinstitute bereitstellen können, selbst vornehmen. Allerdings hängt die Wirkung einer Preisaktion, der Mengenhebel, auch davon ab, ob und welche Aktionen andere Händler mit den Produkten im gleichen Zeitraum oder in zeitlicher Nähe vornehmen. Über diese Informationen verfügt der Hersteller aufgrund gemeinsamer Planung mit den anderen Händlern, in der Regel aber nicht derjenige Händler, der die konkrete Aktion plant. Korrekturen der Mengenplanung können dabei durch den Hersteller vorgenommen werden, ohne dass eine indirekte Abstimmung der Aktionsplanung zwischen unterschiedlichen Händlern erfolgt. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass er die tatsächlich vorgesehenen Preissetzungen durch die Händler kennt. Der in Rz. 74 formulierte Verdacht, die Kommunikation über Aktionspreise sei ein deutliches Zeichen dafür, dass eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung über Preise vorliege, ist daher unbegründet.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass der Mengenhebel einer Preisabsenkung tatsächlich dazu führen kann, dass Produktions- oder Logistikkapazitäten ausgeschöpft werden. In solchen Konstellationen muss es dem Hersteller möglich sein, Kürzungen der Liefermenge gerade auch gegenüber dem Händler, der eine Aktion durchführt, vorzunehmen, ohne sich dem Vorwurf des Verstoßes gegen § 21 Abs. 2 GWB auszusetzen.

Es sollte zudem darauf hingewiesen werden, dass im Rahmen vereinbarter Aktionen auch eine Absenkung des vom Händler autonom bestimmten Regalpreises um mindestens einen bestimmten Betrag oder Prozentsatz vereinbart werden kann, sofern sich dies nicht wiederum als Vereinbarung eines Fest- oder Mindestpreises auswirkt.

17. Rz. 75:

Es ist nicht zu erkennen, warum die mögliche Zulässigkeit von Preisbindungen in der Aktion kategorisch auf Franchise- und ähnliche Vertriebssysteme begrenzt wird. Zutreffend ist, dass die Vertikalleitlinien der Kommission allein diese Systeme explizit erwähnen. Klar ist aber auch, dass eine individuelle Rechtfertigung im Rahmen des Art. 101 Absatz 3 AEUV auch außerhalb dieser Situation möglich bleibt. Anstelle von „nur“ sollte es hier heißen „besonders“.

Wie bereits dargelegt⁹, plädiert der Markenverband gerade bei Aktionen nachhaltig dafür, eine Preisbindungen nicht als bezweckte, sondern als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung zu betrachten und die angeblich wettbewerbsbeschränkende Wirkung kritisch zu hinterfragen.

⁹ Vgl. oben Ziff. 5 und 8

Preisaktionen stärken regelmäßig den Wettbewerb und führen zu Preisvorteilen für den Verbraucher. Potentiellen schädlichen Wirkungen fehlt, wie der BGH zutreffend festgestellt hat, häufig die Spürbarkeit, sofern keine Preisbindung für den Normalpreis hinzutritt. Aktionen werden vielfach durch Unterstützungs- bzw. Ausgleichszahlungen der Hersteller an den Handel begleitet, was negative Auswirkungen auf diesen minimiert. Damit dürften häufig die Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit einer Preisbindung in der Aktion vorliegen.

18. Rz. 76 ff.:

Die Analysen der Spannengarantien und Nachverhandlungen in Rz. 76 ff. bleiben aus Sicht des Markenverbandes hinter den Realitäten und Notwendigkeiten zurück, die Fallbeispiele treffen nur bedingt die unternehmerische Praxis. Im Ansatzpunkt geht es, wie das Bundeskartellamt zutreffend ausführt, darum, dass der Hersteller entweder in die Zukunft gerichtet dafür einsteht, dass der Händler eine bestimmte, i.d.R. seine bisherige Spanne oder Marge erzielen kann. Oder für den zurückliegenden Zeitraum wird ein Ausgleich für die enttäuschte Erwartung erbracht, dass eben diese Spanne nicht erzielt werden konnte. Im letzteren Fall bestehen in der Umsetzung wiederum zwei Alternativen. Entweder wird in der Art eines Schadenersatzes die Differenz zwischen tatsächlich erzielter und erwarteter Spanne ausgeglichen, oder wie im Beispiel der Rz 82/83 fließt die enttäuschte Margenerwartung in die zukünftige Preisgestaltung zwischen Hersteller und Händler ein, weiterhin behaftet mit der Unsicherheit, ob diese neue Preisgestaltung jetzt die „richtige“ ist, also zu der vom Händler gewünschten Marge führt.¹⁰ Nach Auffassung des Markenverbandes gilt hier folgendes:

Die Margenerwartung des Handels ist wesentlicher Dreh- und Angelpunkt in der Argumentation um Preisstellungen und Konditionen im Verhältnis zwischen Hersteller und Händler. Das Risiko einer Enttäuschung dieser Erwartung liegt allerdings aufgrund der Hoheit des Händlers zur Setzung der Preise allein bei ihm¹¹. Jede Verlagerung dieses Risikos auf den Hersteller führt entweder (bei konsequenter Durchführung) in ein Kommissions- bzw. Handelsvertreterverhältnis mit der Konsequenz, dass der Geschäftsherr/Kommittent (der Hersteller) auch den Abgabepreis festsetzen darf. Oder aber es liegt, wo weitere Voraussetzungen des (echten) Handelsvertreterverhältnisses fehlen, eine vereinbarte Preisbindung oder ein Verstoß gegen § 21 Abs. 2 GWB vor. Das gilt auch für entsprechende Forderungen bzw. Angebote. Das ändert selbstverständlich nichts daran, dass im Rahmen der nächsten regulären Preisverhandlungen auch die Erfahrungen der bisherigen Preissetzungen und Marktverhältnisse mit in die Argumentation einfließen müssen und so die in der Vergangenheit enttäuschten Margenerwartungen des Händlers mit Blick auf die Zukunft „kompensiert“ werden.

¹⁰ Unrealistisch ist allerdings die Annahme, es gehe hier lediglich um die Ablehnung einer weiteren Preiserhöhung und ihre Kompensation durch zusätzliche WKZ. Tatsächlich steht der bisherige Preis zur Disposition und werden unabhängig von einer Preiserhöhung (kompensierende) WKZ gefordert.

¹¹ Insoweit ist es irreführend, wenn in Rz 81 diesbezüglich eine Einschränkung vorgenommen wird, „soweit die Gewährung eines solchen Ausgleichs nicht bereits eingespielte Praxis zwischen den Vertragsparteien darstellt“. In diesem Fall hat sich tatsächlich eine kartellrechtswidrige Praxis eingespielt, was sie allerdings keineswegs rechtfertigt.

Das Verlangen einer rückwärtsgerichteten Margenkompensation inhaltlich als Schadenersatz kann nur begründet sein, wenn umgekehrt ursprünglich eine in die Zukunft gerichtete Margengarantie vereinbart worden ist. Die Bewertung kann sich daher von dieser Konstellation nicht unterscheiden. Zutreffend kann ein Angebot einer Spannengarantie ein Anreiz zur Einhaltung eines bestimmten Preises im Sinne des § 21 Abs. 2 GWB darstellen. Umgekehrt bedeutet aber auch die Forderung einer solchen Spannengarantie einen potentiellen Kartellrechtsverstoß. Sie führt nämlich dazu, dass der Hersteller im Verhältnis zu Dritten einen Anreiz hat, dort Preispflegemaßnahmen zu ergreifen.

Für Margengarantien oder Forderungen zur Kompensation enttäuschter Erwartungen gilt daher: entweder bewirken sie die Hoheit der Hersteller über die Abgabepreise oder sie stellen eine unzulässige Preisbindung dar.

19. Rz 81ff.:

Auch hier wäre es begrüßenswert, wenn das Amt den Regelfall des LEH, in dem man es als Hersteller regelmäßig mit marktmächtigen Partnern zu tun hat, deutlicher in den Mittelpunkt gestellt hätte. Wenn in diesem Markt einen funktionierenden Wettbewerb gesichert und gefördert werden soll, kommt einer aktiven und mutigen Missbrauchsaufsicht gegenüber den marktmächtigen Händlern die Schlüsselrolle zu. Das gilt ganz besonders, weil Hersteller gerade in den hier angesprochenen Situationen aufgrund der bekannten Ross-und-Reiter Problematik befangen sind und wenig zu einer offensiven Durchsetzung der Spielregeln beitragen können. Mit der immer weiter fortschreitenden Handelskonzentration hat sich die Lage für die Industrie insoweit noch weiter verschärft. Daher ist es unabdingbar, dass das Bundeskartellamt seine Befugnisse zur Kontrolle der Nachfragemacht nutzt.

20. Rz. 95 ff.:

Die Beispiele zum Datenaustausch zwischen Händler und Hersteller sind zutreffend und richtig bewertet. Der Markenverband gibt allerdings zu bedenken, dass Konstellationen, in denen die Händler sehr zeitnah und umfassend, auch über die eigenen Produkte des Herstellers hinaus, Daten zur Verfügung stellen, ähnlich den bekannten Marktforschungsinstituten, und zwar regelmäßig ohne jede Druckausübung oder Preispflege, eher der täglichen Praxis entsprechen dürfen. Tatsächlich werden die Informationen als Grundlage für strategische und/oder taktische Gespräche über die (gemeinsame) Marktbearbeitung oder für rein interne Entscheidungen der Hersteller verwendet. Die zentralen Fragen sind also weniger solche der Preisbindung, als vielmehr des Informationsaustausches. Genauso wie die Arbeiten der Forschungsinstitute, sollte ein Informationsaustausch zwischen Händler und Hersteller insoweit als zulässig bewertet werden. Ebenso ist nach Auffassung des Markenverbandes die Arbeit mit Preisspiegeln etc. an den Maßstäben des Informationsaustauschs zu messen.

Berlin, den 10.03.2017

gez. Dr. Andreas Gayk