

**Stellungnahme zu dem Entwurf von
Hinweisen zum Preisbindungsverbot
im Bereich des stationären Lebens-
mitteleinzelhandels**

i. d. F. vom 25. Januar 2017

Stand: 15.03.2017



I. Vorbemerkung

Der Handelsverband Deutschland (HDE) ist seit 90 Jahren die Spitzenorganisation des deutschen Einzelhandels – des drittgrößten Wirtschaftszweigs in Deutschland – mit insgesamt drei Millionen Beschäftigten und gut 450 Milliarden Euro Jahresumsatz. Er vertritt die Belange und Interessen von rund 300.000 Einzelhandelsunternehmen aller Branchen, Standorte und Betriebsgrößen. Der Lebensmitteleinzelhandel ist mit etwa 90.000 Betriebsstätten, 950.000 Beschäftigten und einem Jahresumsatz von etwa 150 Milliarden Euro die größte Einzelhandelsbranche. Über 10.000 selbstständige Kaufleute prägen das Bild im Lebensmitteleinzelhandel entscheidend mit. Rund 6.200 Verbrauchermärkte, 15.500 Discounter und 13.000 Supermärkte und zahlreiche kleinere Lebensmittelgeschäfte stehen für vielfältiges Unternehmertum.

Die Zahl der im Lebensmitteleinzelhandel angebotenen Artikel ist in den letzten Jahren über alle Warengruppen und Betriebsformen hinweg deutlich gestiegen. Die durchschnittliche Artikelzahl liegt in SB-Warenhäusern bei über 25.000, in Supermärkten bei ca. 10.000 und im Discount bei ca. 2.000. Auch die Produktvielfalt insgesamt hat deutlich zugenommen. Der Lebensmittelhandel begrüßt täglich etwa 40 Millionen Kunden in seinen Geschäften. Seit Jahren trägt der intensive Wettbewerb Lebensmitteleinzelhandel zu einer moderaten Entwicklung der Verbraucherpreise in Deutschland bei.

Der Einzelhandel befindet sich in einem stetigen Entwicklungsprozess, der im Wesentlichen durch die Anforderungen der Verbraucher getrieben wird und im Ergebnis mit gewissen Konzentrationseffekten auf Handels- und Herstellerseite verbunden ist. Wie das Institut für Handelsforschung (Universität Köln) im Rahmen einer Studie¹ bereits im Jahr 2009 nachgewiesen hat, befinden sich Hersteller und Händler bei Betrachtung der einzelnen Produktgruppen aber insgesamt in einem ausgewogenen Verhältnis. Im Jahr 2014 hat auch das Bundeskartellamt in der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel bestätigt, dass den Lebensmitteleinzelhändlern auf Herstellerseite eine heterogene Spitzengruppe von höchstens vier (international agierenden) Unternehmen gegenübersteht². Diese konzentrierte Anbieterseite könne die Beschaffungsalternativen des Lebensmitteleinzelhandels verringern und somit die Verhandlungspositionen des Einzelhandels schwächen³. Auch in den vorliegenden Hinweisen macht das Bundeskartellamt auf diese Konzentration auf Herstellerseite aufmerksam (Rdnr. 39). Bei starken Marken steigt nach Feststellung des Bundeskartellamts die Verhandlungsmacht der Hersteller selbst gegenüber großen Abnehmern⁴.

¹ Angebots- und Nachfragemacht von Handel und Industrie, Köln 2009.

² Bundeskartellamt: Zusammenfassung der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, September 2014, S. 6.

³ Ebd.

⁴ Ebd., S. 11.



II. Grundsätzliche Anmerkungen

1. Generelle Bewertung

Die vorliegenden Hinweise sind grundsätzlich geeignet, einen wichtigen Beitrag zur Wiederherstellung des Vertrauens der Marktteilnehmer zu leisten und rechtssicheres Handeln in der Lieferkette zu fördern. Die in weiten Teilen klare Abgrenzung von erlaubtem und verbotenen Verhalten verbunden mit praktischen Beispielen ist ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung. Mit dieser Darstellungsform kann bei den Akteuren für mehr Klarheit in Bezug auf grundsätzliche Fragen des Preisbindungsverbots gesorgt werden. Leider spiegeln allerdings viele Fallbeispiele nur recht eindeutige Fälle wieder. Ein stärkeres Eingehen auch auf Grenzfälle wäre wünschenswert. Auch deswegen sieht der HDE noch einigen Ergänzungs- und Änderungsbedarf (vgl. unten Gliederungspunkte II.3. und III.).

Ferner bedauert der HDE, dass das Bundeskartellamt den Anwendungsbereich der Hinweise auf den Lebensmitteleinzelhandel beschränkt.

Ausdrücklich begrüßt der HDE die Tatsache, dass das Bundeskartellamt frühzeitig den Dialog mit den betroffenen Kreisen aufgenommen und in diesem Zusammenhang noch vor der Erstellung des vorliegenden Entwurfs einen offiziellen Konsultationsprozess eingeleitet hat. Damit wurde eine wichtige Voraussetzung geschaffen, um den Unternehmen am Ende praxisgerechte Hinweise zur Verfügung stellen zu können.

2. „Handreichung“ vom 13.04.2010

Im Jahr 2010 hatte das Bundeskartellamt Verhaltenshinweise für kooperierende Unternehmen zur sicheren Abstellung kartellrechtlicher Verstöße, die sogenannte „Handreichung“ des Vorsitzenden der 11. Beschlussabteilung vom 13.04.2010, veröffentlicht. Die „Handreichung“ wurde breiten Teilen der betroffenen Wirtschaftskreise auch über die Verbände zugänglich gemacht. Die Hinweise umfassten umfangreiche Ausführungen zu den als kartellrechtlich bedenklich eingestuften „Graubereichen“. Durch diese wurden die Handlungsspielräume der Unternehmen in der Praxis über die Vorgaben des Gesetzgebers hinaus begrenzt.

Der HDE hat dieses Ergebnis wiederholt kritisiert und auf mögliche negative Folgen für den Wettbewerb aufmerksam gemacht. Vor diesem Hintergrund begrüßen wir daher ausdrücklich die Feststellung des Bundeskartellamts, dass die „Handreichung“ nunmehr gegenstandslos ist (Rdnr. 2).

3. Anwendungsbereich

Dessen ungeachtet ist es grundsätzlich bedauerlich, dass das Bundeskartellamt den Anwendungsbereich der Hinweise auf den Lebensmitteleinzelhandel beschränkt. Angesichts der fließenden Grenzen zwischen dem



Non-Food- und Food-Bereich ist es nämlich fraglich, ob die vorgenommene Fokussierung auf den LEH sinnvoll ist. Nach Auffassung des Einzelhandels wäre es daher zielführend, wenn mit den Hinweisen rechtssicheres Verhalten im Zusammenhang mit Fragen der Preisbindung nicht nur im Lebensmitteleinzelhandel, sondern im gesamten Einzelhandel einschließlich des Non-Food-Bereichs erleichtert würde. Ein Grund, warum sich die Hinweise nur auf die Branche des Lebensmitteleinzelhandels beschränken, ist nicht erkennbar.

Auch im Non-Food-Bereich sind Fragen der Preisbindung relevant. Daher regt der HDE an, die vorliegenden Hinweise zu überarbeiten, zu ergänzen und auch die Besonderheiten der anderen Einzelhandelsbranchen zu berücksichtigen. Dies erscheint auch deshalb sinnvoll, weil die vorliegenden Hinweise für den Lebensmitteleinzelhandel zwangsläufig auch auf andere Branchen ausstrahlen werden.

4. Inhaltlicher Ergänzungs- und Änderungsbedarf

Auch wenn die Problematik der Preisbindungen in einem Papier wie dem vorliegenden selbstverständlich nicht erschöpfend behandelt werden kann, bedauern wir gleichwohl einige Lücken zu praxisrelevanten Fragestellungen.

So verzichtet das Bundeskartellamt auf vertiefte Ausführungen zu der Frage, in welchem Umfang Verkaufspreise im vertikalen Verhältnis – abseits des konkreten Falls der Aktionsplanung – kommuniziert werden dürfen. Die Ausführungen zum Datenaustausch (Rdnr. 95 ff.), die sich außerdem im Wesentlichen auf Verkaufsmengen konzentrieren, sind für die Praxis unzureichend. Hier wäre nicht nur auf die Kommunikation eigener Ladenabgabepreise, sondern auch – zusätzlich zu den konkret einzelfallbezogenen Ausführungen unter Rdnr. 82 ff. – auf die Nennung von Preisen der Wettbewerber im Rahmen von Einkaufsverhandlungen einzugehen gewesen.

Weiterhin hätten wir es für wünschenswert gehalten, wenn das Bundeskartellamt dargestellt hätte, ob und in welchem Umfang die Übermittlung von Verkaufspreisen im Rahmen des Category Management zulässig ist.

Schließlich halten wir es unbedingt für erforderlich, dass sich das Bundeskartellamt bei seinen Ausführungen noch stärker als in dem vorliegenden Entwurf an den praktischen Verhältnissen und Usancen in der Lebensmittellieferkette orientiert. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die tatsächlichen Gegenstände der Verhandlungen zwischen Hersteller und Händler sowie die praktische Notwendigkeit zum Informationsaustausch. In diesem Sinne sollten die Ausführungen und Beispiele auch durchgängig praxisnah formuliert werden. Dies ist im vorliegenden Entwurf nur teilweise gelungen.

III. Zu den Ausführungen im Einzelnen

Im Folgenden erläutern wir, an welchen Textstellen die Ausführungen in dem Entwurf der Hinweise aus Sicht des Einzelhandels konkretisiert, modifiziert oder ergänzt werden sollten.



1. Rechtlicher und ökonomischer Hintergrund

a) Relevante Bewertungskriterien

Das Bundeskartellamt stellt fest, dass bei „echten“, innovativen Produktneueinführungen vertikale Preisbindungen zulässig sein könnten, weil damit effizienzsteigernde Wirkungen verbunden seien (Rdnr. 36).

Die Beschränkung auf „echte“ Produktneueinführungen hilft dem Praktiker nicht weiter und gibt ihm Steine statt Brot. So bleibt vollständig offen, unter welchen Bedingungen nach der Definition des Bundeskartellamts eine „echte“ Produktneueinführung vorliegt. Es wäre nach Auffassung des Einzelhandels wünschenswert, wenn die Ausführungen an dieser Stelle durch weitere Erläuterungen, die Definition des Begriffs „echt“ und ggf. ein Praxisbeispiel ergänzt würden.

b) Marktstruktur und Machtverteilung im Lebensmitteleinzelhandel

Die Feststellung des Bundeskartellamts, der Lebensmitteleinzelhandel stelle für die Lebensmittelindustrie „den mit Abstand wichtigsten Absatzkanal“ dar (Rdnr. 37), ist in dieser Pauschalität nicht richtig. Tatsächlich sind die Hersteller – anders als die Aussage des Bundeskartellamts suggeriert – nicht vom Absatz im Lebensmitteleinzelhandel abhängig. Alternative Vertriebswege sind vorhanden und deren Bedeutung darf nicht unterschätzt werden. Sie machen nach Erkenntnissen des Instituts für Handelsforschung (IfH) durchschnittlich 35 Prozent aus und liegen in einzelnen Produktbereichen deutlich höher.

Auch die Behauptung, die Beschaffungsmärkte des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland seien hoch konzentriert (Rdnr. 39), lässt sich bei kritischer Prüfung kaum halten, da sie auf einer unrealistischen Abgrenzung des Beschaffungsmarktes beruht. Tatsächlich sind von den Top 100 Lieferanten des Lebensmitteleinzelhandels 42 ausländische Unternehmungen. In Deutschland werden i. d. R. Vertriebsgesellschaften, z. T. auch Produktionsstandorte unterhalten. Für die Marktabgrenzung kann es daher nicht darauf ankommen, ob die Händler direkt aus dem Ausland oder über eine in Deutschland angesiedelte Vertriebsgesellschaft beliefert werden. Der räumlich relevante Beschaffungsmarkt ist daher in der Regel gerade nicht pauschal deutschlandweit, sondern oft europa- bzw. sogar weltweit abzugrenzen. Wird die Marktabgrenzung auf diese Weise realitätsnah durchgeführt, stellen sich die Beschaffungsmärkte des Lebensmitteleinzelhandels wegen der europa- bzw. weltweit bestehenden alternativen Absatzmöglichkeiten weitgehend weniger konzentriert dar.

Wie die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts bereits gezeigt hat, nutzen die Hersteller in den einzelnen Beschaffungsmärkten bestehende Absatzkanäle in sehr unterschiedlicher Weise. Teilweise werden nach Feststellung des Bundeskartellamts in Deutschland nur 65 Prozent der Waren über den Lebensmitteleinzelhandel abgesetzt. Damit ist die aktuelle Feststellung, der Lebensmitteleinzelhandel befände sich in einer „gatekeeper“-Position beim Zugang der Hersteller zum Endkunden (Rdnr. 39), nicht haltbar. Bei dieser Betrachtung bleiben nämlich wichtige bestehende alternative Vertriebskanäle der Hersteller unberücksichtigt. Dazu zählen Fachhandwerk, Gastronomie, Direktvertrieb, Großhandel, Drogerie- und Biomärkte, Online-Handel. Daneben spielt für die Hersteller der Export als Absatzkanal eine wichtige Rolle. Wie auch Marktstrukturanalysen des Instituts für Handelsforschung (IfH) belegt haben, spielen die alternativen Vertriebswege tatsächlich eine zentrale Rolle. Beispielsweise geht der Großteil der Grundnahrungsmittel in die Weiterverarbeitung.

Bedauerlicherweise folgt das Bundeskartellamt trotz dieser Sachlage weiterhin der These, die großen Lebensmitteleinzelhändler seien weitgehend in der Lage, ihre „starke Marktposition in den Verhandlungen mit der Lebensmittelindustrie zu ihrem Vorteil zu nutzen“, auch weil nur wenige Markenartikel in Deutschland eine



so bedeutende Marktstärke hätten, dass sie als unverzichtbare Marke („must-have-Produkt“) gelten könnten (Rdnr. 40). Andererseits wird immerhin eingeräumt, dass die Existenz der Angebotsmacht der Hersteller grundsätzlich von der Marktstärke der Artikel abhängt. Tatsächlich spricht viel dafür, dass es der Hersteller selbst in der Hand hat, seine Verhandlungsposition über die Marktstärke seines Produkts (z. B. durch Werbung), durch die flexible Gestaltung der Produktion und durch die Nutzung alternativer Absatzkanäle zu steuern. Die Feststellungen des Bundeskartellamts zur Bedeutung der Marken im Lebensmitteleinzelhandel sind daher kritisch zu hinterfragen.

Unvollständig ist die Feststellung des Bundeskartellamts, Preissetzungen des Discounters Aldi hätten Auswirkungen auf die Ladenverkaufspreise der Vollsortimenter ausschließlich bei den Handelsmarken und bei Markenartikeln, die auch bei Aldi gelistet seien (Rdnr. 41). Zunächst ist angesichts der Existenz des marktbedeutenden Discounters Lidl die vom Bundeskartellamt pauschal unterstellte Preisführerschaft des Discounters Aldi in Frage zu stellen. Diese Bewertung unterschätzt die Bedeutung des großen Discounters Lidl. Tatsächlich hat die Preissetzung sowohl des Discounters Aldi als auch des Discounters Lidl erhebliche Auswirkungen auf das Preisgefüge im deutschen Lebensmitteleinzelhandel. Diese ist aber auch keineswegs – wie vom Bundeskartellamt unterstellt – auf die Handelsmarken und Markenartikel beschränkt, die auch bei den großen Discountern gelistet sind. Das Bundeskartellamt berücksichtigt bei dieser einschränkenden Sichtweise die positive Kreuzpreiselastizität, die zwischen fast allen im Lebensmitteleinzelhandel vertriebenen und in einer Substitutionsbeziehung befindlichen Waren besteht, nicht ausreichend. Tatsächlich ist zu beachten, dass Handelsmarkenprodukte regelmäßig auch durch Markenprodukte und Markenprodukte durch Handelsmarken sowie konkurrierende Marken substituiert werden können. Daher hat in der Praxis auch die Preissetzung bei Handelsmarkenprodukten im Discountbereich Auswirkungen auf die Preisbildung bei Markenprodukten im Vollsortimenter. Der vom Bundeskartellamt unterstellte Einfluss der Discounter auf die Preissetzung der Vollsortimenter erfasst daher die tatsächlichen Marktverhältnisse nur teilweise.

2. Kartellrechtliche Beurteilung in der Praxis

a) Vereinbarung von Fest- und Mindestpreisen

Die gebildeten Fallbeispiele sind leider überwiegend recht eindeutige Fälle, die Rechtsunsicherheiten nur in geringem Umfang reduzieren. Wünschenswert wären hier – ggf. auch aus den abgeschlossenen Vertikalverfahren gewonnene – Beispiele, die weniger eindeutig sind.

Bei (erfolgreichen) Drohungen eines Herstellers zur Durchsetzung einer Preisbindung empfiehlt das Bundeskartellamt abhängigen Händlern mit geringer Nachfragemacht, die „Drohung zu dokumentieren“, um in einem etwaigen späteren Verfahren die Initiative des Herstellers belegen zu können (Rdnr. 51). Diese Empfehlung ist praxisfern und unvollständig.

Zunächst ist es in dieser Konstellation schon aufgrund der vertikalen Machtstruktur bei realistischer Sichtweise ausgeschlossen, dass der marktschwache Händler eine Preisbindung gegenüber seinem Lieferanten anregen oder gar durchsetzen kann. Die schriftliche Dokumentation der Initiative des Herstellers vermittelt daher wenig neue praktische Erkenntnisse. Zudem wird der abhängige Händler bei entsprechenden Drohungen und einer auf dieser Grundlage erfolgten Umsetzung der Preisvorstellungen des Herstellers kaum geneigt sein, diese in



jeder Hinsicht für ihn problematische Situation schriftlich zu fixieren. Es fehlen vor allem jedoch eindeutige Hinweise darauf, wie das Bundeskartellamt den Kartellverstoß in einer solchen Situation im Verfahren bewerten und sanktionieren würde.

b) Unverbindliche Preisempfehlung

Die Ausführungen erwecken generell den Eindruck, als ob Lebensmitteleinzelhändler mit den Herstellern neben allgemeinen Konditionen immer auch über die Einkaufspreise (Listen- oder Fabrikabgabepreise) verhandeln würden. Dies ist aber in der Praxis häufig nicht der Fall. Tatsächlich sind häufig nur die Konditionen Gegenstand der Jahresgespräche, während der Lieferant den Listenpreis einseitig festlegen und sogar während der Vertragslaufzeit anheben kann. Der Hersteller passt dann regelmäßig auch die unverbindliche Preisempfehlung an den neuen Herstellerabgabepreis an. Reaktionsmöglichkeiten des Handels auf die Erhöhung des Einkaufspreises während der Vertragslaufzeit sind vertraglich ganz überwiegend nicht vorgesehen. Diese praktischen Verhältnisse sollten auch in den Hinweisen des Bundeskartellamts durchgängig berücksichtigt werden (z. B. im Fallbeispiel aus Rdnr. 82, wo wenig praxisnah auf das „nächste Jahresgespräch“ abgestellt wird).

In Bezug auf den Ausgangsfall zu Beispiel 2 (Rdnr. 62) vertritt das Bundeskartellamt die Auffassung, dass ein Händler sich kartellrechtswidrig verhalte, wenn der Hersteller ihn mit einer Lieferverweigerung bedrohe und der Händler zur Vermeidung einer Lieferunterbrechung der UVP des Herstellers folge (Rdnr. 58). Es ist unstrittig, dass der Händler bei der Preissetzung frei ist und er daher auch autonom entscheiden kann, einer UVP zu folgen. Das Bundeskartellamt begründet in diesem als Beispiel ausgewählten Sachverhalt die Kartellrechtswidrigkeit des (grundsätzlich zulässigen) Händlerverhaltens aber ausschließlich mit der Drohung des Herstellers. Aus diesem einseitigen Verhalten kann aber nicht per se ohne weitere Indizien auf ein kartellrechtswidriges Verhalten des Händlers geschlossen werden, da dieser sich grundsätzlich kartellrechtskonform verhalten hat (vgl. oben). In der Konsequenz würde die Rechtsauffassung des Bundeskartellamts dazu führen, dass die Händler nach einer Drohung die Freiheit der Preissetzung verlören, denn sie dürften der Herstellerpreisempfehlung nicht mehr ohne Verstoß gegen das Preisbindungsverbot folgen, selbst wenn sie diese Preisentscheidung autonom und unbeeindruckt von der Drohung trafen. Dies kann rechtsdogmatisch nicht richtig sein. Das Bundeskartellamt unterstellt in diesen Fallkonstellationen, dass der Händler durch sein Verhalten dem Preisbindungsbegehren des Herstellers konkludent zugestimmt habe (so auch unter Rdnr. 51). Diese Hypothese muss aber tatsächlich durch weitere Indizien, die auf eine Zustimmung des Händlers und damit eine (unzulässige) Preisabstimmung hinweisen, erhärtet werden. Dies sollte in den Ausführungen deutlich herausgestellt werden. Zumindest sollten (auch im Zusammenhang mit dem Fallbeispiel in Rdnr. 62) die Möglichkeiten aufgezeigt werden, die ein Händler hat, wenn er einerseits – aus autonomer Entscheidung – der UVP folgen möchte, andererseits der Hersteller zuvor versucht hat, die LVP-Gestaltung des Händlers in wettbewerbswidriger Weise zu beeinflussen.

Unter Rdnr. 66 stellt das Bundeskartellamt fest, dass es nicht zu beanstanden sei, wenn ein weniger bedeutender und für den Händler ersetzbarer Lieferant einen nachfragemächtigen Händler wiederholt auf eine UVP hinweise. Diese Feststellung ist für kleine und mittelgroße Händler wenig hilfreich. Sie können in der Praxis kaum entscheiden, ob der Lieferant für sie „wenig bedeutend“ und „ersetzbar“ ist. Gerade die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Urteil vom 18.11.2015, Az. VI-Kart 6/14 (V)) hat gezeigt, dass diese Frage selbst für Fachleute nicht immer leicht und eindeutig zu beantworten ist. Erst recht wird es einem kleinen Händler schwer fallen, hier eine korrekte Einschätzung zu treffen und das Verhalten danach auszurichten. Die



Ausführungen sind an dieser Stelle damit in der Praxis nicht geeignet, mehr Rechtssicherheit für die Unternehmen herbeizuführen.

c) Mengenmanagement/Aktionsplanung

Das Bundeskartellamt empfiehlt, zur Vermeidung kartellrechtswidrigen Verhaltens bei der Aktions- und Mengenplanung die empfohlenen Ordermengen für mehrere alternative Ladenverkaufspreise beim Hersteller abzufragen (Rdnr. 74, 2. Anstrich). Diese Empfehlung ist zur Zweckerreichung ungeeignet. Insbesondere führt ihre Umsetzung im Ergebnis nicht zu einer Reduzierung des Informationsaustauschs zwischen Händler und Hersteller. Spätestens mit Abgabe der Ordermenge wird dem Hersteller der geplante Ladenverkaufspreis nämlich (mittelbar) durch Abgleich mit der vorhergehenden Korrespondenz über Mengen und korrespondierende VK-Preise bekannt. Es ist nicht zu erkennen, inwieweit durch dieses Vorgehen ein vom Bundeskartellamt als problematisch bewerteter Informationsaustausch reduziert oder vermieden werden könnte. Stattdessen führte eine Umsetzung der Empfehlung aber sowohl beim Händler als auch beim Hersteller zu einer erheblichen und unnötigen bürokratischen Belastung.

Weiterhin empfiehlt das Bundeskartellamt, auf die Verpflichtung des Händlers zur Vorabinformation über Aktionspreise zu verzichten, um kartellrechtliche Risiken zu vermeiden (Rdnr. 74, 3. Anstrich). Dieser Empfehlung kann zwar gefolgt werden. Unbeantwortet bleibt in diesem Zusammenhang aber die Frage, wie demgegenüber vom Bundeskartellamt eine freiwillige Übermittlung der Aktionspreise durch den Händler bewertet wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine Information über die Verkaufspreise zwischen Händler und Hersteller in der Praxis unverzichtbar ist, um im täglichen Geschäft die operativen Abläufe und Dispositionen zu gewährleisten. In vielen Fällen können Hersteller deutlich besser einschätzen, bei welchem Aktionspreis welche Menge benötigt wird, so dass es zweckmäßig erscheint, ihnen für deren Mengenplanung den beabsichtigten Preis auch offenzulegen. Letztlich ist der Ladenverkaufspreis ein wichtiges Element für den Warenabsatz und damit auch essentiell für die benötigte Menge, insbesondere bei einem harten Preiskampf. Keinesfalls darf dieser notwendige Informationsaustausch unter einen kartellrechtlichen Generalverdacht gestellt werden. Eine faktische Beweislastumkehr, die den Händler oder Hersteller zwingt, bei diesen Sachverhaltskonstellationen ein kartellrechtskonformes Verhalten nachzuweisen, ist im Interesse einer effizienten und funktionsfähigen Wertschöpfungskette unbedingt zu vermeiden. Das Bundeskartellamt sollte daher ausdrücklich klarstellen, dass eine freiwillige Vorabinformation über Aktionspreise kartellrechtlich unproblematisch zulässig ist.

d) Spannengarantien/Nachverhandlungen

Im Hintergrund der Ausführungen unter Rdnrn. 76 ff. steht die Annahme, im Rahmen der Jahresgespräche würden die Einkaufspreise für die Vertragslaufzeit fest vereinbart. Dies ist aber – wie bereits ausgeführt wurde – in der Praxis nur äußerst selten der Fall. Tatsächlich werden im Rahmen der Jahresgespräche nur Konditionen vereinbart (vgl. auch oben Gliederungspunkt III.2.b.). Diese in der Branche üblichen Usancen sollten auch an dieser Stelle berücksichtigt werden.

Im Übrigen stellen sich die Ausführungen des Bundeskartellamts zu diesem Gliederungspunkt und die Begründung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens häufig als sehr hypothetisch dar. Das Bundeskartellamt neigt dazu, mit zahlreichen Annahmen und unbewiesenen Unterstellungen zu argumentieren, wie folgende zwei Beispiele verdeutlichen mögen:

- Die Abgabe einer Spannengarantie durch den Hersteller wird als „Zusicherung“ gewertet, dass der Händler beim UVP „mitzieht“ (Rdnr. 78 f.). Konkrete Belege, welche diese Annahme rechtfertigen könnten, fehlen.
- Eine Spannengarantie für den Fall, dass ein Ladenverkaufspreis „nicht realisierbar“ ist, sei vom Händler so zu verstehen, dass damit eine Unterschreitung der UVP durch andere Händler gemeint und im Ergebnis eine Sternkartellbildung intendiert sei (Rdnr. 79 f.). Auch hier fehlt jeglicher Anhaltspunkt, der dieses Verständnis rechtfertigen könnte.

Die Ausführungen unter Rdnr. 80 halten wir aber auch aus anderen Gründen für problematisch: Sie führen dazu, dass jede Verlagerung der Vertriebsrisiken auf den Hersteller verbunden mit einer späteren Kompensation nicht erzielter Spannen kartellrechtlich problematisch ist. Dem liegt die vom Bundeskartellamt gesetzte und unter Rdnr. 81 ausdrücklich zum Ausdruck gebrachte Prämisse zu Grunde, dass die Handelsunternehmen das wirtschaftliche Risiko ihrer Preispolitik grundsätzlich selbst tragen müssen, soweit nicht bereits eine „eingespielte“ abweichende Praxis besteht. Eine Begründung hierfür fehlt. Die Prämisse ist schon deshalb nicht uneingeschränkt richtig, weil sich die Hersteller in der Praxis häufig die Möglichkeit vorbehalten, den Fabrikabgabepreis während der Vertragslaufzeit einseitig anzuheben und damit wirtschaftliche Risiken ihrerseits auf den Handel übertragen. Aber auch aus anderen Gründen ist eine angemessene Risikoverteilung zwischen Händler und Hersteller erforderlich und geboten: Der Hersteller nimmt nämlich insbesondere über Werbung und Innovationen erheblichen Einfluss auf die Absatzchancen der Händler. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die weitergehenden Produktkenntnisse – beispielsweise wegen der Vielfalt der beim Vollsortimenter angebotenen Produkte – häufig beim Hersteller liegen.

In hohem Maße wünschenswert wäre schließlich eine Klarstellung (oder ein entsprechendes Fallbeispiel), dass es einem Händler im Rahmen von Konditionsverhandlungen durchaus erlaubt ist, gegenüber dem Hersteller zu argumentieren, er brauche bessere Konditionen vom Hersteller, weil bei dem derzeit im LEH herrschenden LVP-Preisniveau das bisherige Angebot des Herstellers nicht attraktiv genug sei. Diese Argumentation richtet sich ausschließlich auf eine Absenkung des Netto-Netto-Einstandspreises des Händlers (d. h. Fabrikabgabepreis nach Abzug aller Konditionen) und ersichtlich nicht auf irgendwelche Einflussnahmen des Herstellers gegenüber anderen Händlern. Wenn keine Komponente im letztgenannten Sinne hinzukommt, kann diese Argumentation für sich keinerlei kartellrechtlichen Bedenken begegnen.

e) Nichtaufnahme und Abbruch von Geschäftsbeziehungen

Die Formulierung unter Rdnr. 86 *„Das Kartellrecht erlegt den Herstellern im Ausgangspunkt keine Belieferungspflicht auf“* kann insbesondere bei kleinen und mittelständischen Händlern und Herstellern ohne juristische Vorbildung leicht zu Missverständnissen führen. Sie kann bei undifferenzierter und oberflächlicher Betrachtung nämlich den unrichtigen Eindruck erwecken, Hersteller hätten niemals eine Belieferungspflicht. Daher sollte an dieser Stelle ausdrücklich klargestellt werden, dass eine Lieferpflicht regelmäßig aufgrund zivilrechtlicher Vereinbarungen besteht und ein Verstoß gegen entsprechende schuldrechtliche Verpflichtungen rechtswidrig ist und Schadensersatzansprüche des vertragswidrig nicht belieferten Handels auslösen kann.

Das Beispiel 2 (Rdnr. 93) sorgt in der Praxis aufgrund des völlig überzogenen Zeitabstands von zwei Jahren zwischen Kündigung und erneuter Aufnahme der Vertragsbeziehung nicht für ausreichende Rechtsklarheit und ist für die Unternehmen damit praktisch weitgehend wertlos. Realistisch und hilfreich wäre ein Beispiel mit einem Zeitabstand von sechs Monaten. Der Zeitabstand in dem Beispiel 2 sollte daher unbedingt entsprechend verkürzt werden. Anderenfalls werden Händler, die eine Vertragsbeziehung bereits nach einem knappen Jahr heilen wollen, in einem inakzeptablen Graubereich belassen. Ebenfalls wünschenswert wären Hin-



weise, was der Händler unternehmen kann, um die Vertragsbeziehung aus eigener Initiative zu heilen und kartellrechtskonformes Verhalten trotz des Herstellerverhaltens zu gewährleisten. Unter Rdnr. 94 sollte anhand weiterer Beispiele ausgeführt werden, wie sich ein Hersteller über den im Beispiel 2 genannten Sachverhalt „glaubhaft“ von seinem früheren Verhalten distanzieren kann. Uns stellt sich nämlich die Frage, ob ein solch umfassender Maßnahmenkatalog – wie in Rdnr. 93 beschrieben – wirklich erforderlich ist oder z. B. auch eine vom Händler erbetene Bestätigung, dass dieses in seiner Preissetzung selbstverständlich frei sei, ausreichend ist. Dies gilt insbesondere angesichts dessen, dass Unternehmen sich schon unter dem Gesichtspunkt einer drohenden Verfolgung durch die Kartellbehörde damit schwer tun werden, gegenüber Dritten ein früheres Fehlverhalten ausdrücklich einzuräumen.

f) Datenaustausch zwischen Händler und Hersteller

Zunächst ist klarstellend darauf hinzuweisen, dass Informationen und Daten in der Lebensmittellieferkette in der Regel nicht „ausgetauscht“ werden. Tatsächlich findet ein Informationsfluss regelmäßig nur in eine Richtung, nämlich vom Händler zum Hersteller statt.

Inhaltlich ist festzustellen, dass auch im Basisbeispiel (Rdnr. 98) zum Datenaustausch mit drei Monaten ein viel zu langer und realitätsferner Zeitraum für die Datenlieferung gewählt wurde. Im Hinblick auf die Praxis ist zwingend ein Zeitraum von maximal sechs Wochen erforderlich. Dies entspricht den tatsächlichen Bedürfnissen der Wirtschaft. Die Fallgestaltung im Beispiel sollte mit einer entsprechend kürzeren Frist realitätsnah erfolgen, weil sie nur unter dieser Voraussetzung in der Realität für mehr Rechtssicherheit sorgen kann. Darüber hinaus wäre es wünschenswert, auch weitere Differenzierungen vorzusehen. So stellt sich die Frage, ob ein höherer Aggregationsgrad der Daten – z. B. Lieferung der Daten mehrerer Filialen nach abgegrenzten Gebieten und nicht in Bezug auf einzelne Filialen – dazu führen kann, dass auch aktuellere Daten geliefert werden können. Schließlich sollte klargestellt werden, dass bei der Bewertung der kartellrechtlichen Zulässigkeit des Verhaltens immer entscheidend ist, ob eine tatsächliche Einflussnahme des Herstellers auf die Verkaufspreise stattfindet.

IV. Schlusswort

Der HDE ist der Überzeugung, dass die vorliegenden Hinweise die Rechtssicherheit für Einzelhändler bei der vertikalen Kommunikation grundsätzlich erhöhen können. Sie können auch einen wichtigen Beitrag leisten, um kartellrechtswidriges Verhalten auszuschließen. Um dieses Ziel optimal zu erreichen, sollten die Hinweise sich aber noch stärker als bisher an den praktischen Bedürfnissen und Verhältnissen in der Lieferkette orientieren. Hierzu halten wir eine partielle Überarbeitung und Ergänzung der Hinweise, wie dargestellt, für geboten.

Der HDE ist überzeugt, dass ein entsprechend optimierter Leitfaden einen echten Mehrwert für die Unternehmen darstellen wird. Das Bundeskartellamt kann auf diese Weise einen wichtigen Beitrag leisten, übertriebene Risikoprävention mit wettbewerbsbeschränkenden Effekten zu vermeiden und die Wettbewerbsintensität der Branche noch weiter zu erhöhen.