

Stellungnahme

zu dem Referentenentwurf eines Neunten
Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG)

Stand: 21. Juli 2016



I. Einleitung

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.

Zu den Mitgliedern des HDE gehören neben den großen deutschen Einzelhandelsunternehmen aus dem food und non-food-Bereich auch Versand- und Online-Händler sowie zahlreiche kleine und mittelständische Betriebe und Fachgeschäfte. Die wettbewerbspolitische Interessenvertretung wird vom HDE für alle seine Mitglieder wahrgenommen, wobei Grundlage seines Handelns die gemeinsame Überzeugung der Mitglieder ist, dass ein freier Wettbewerb letztlich allen Marktbeteiligten unabhängig von ihrer Größe zugutekommt, zu Effizienzsteigerungen führt und damit nicht zuletzt Vorteile für die Verbraucher generiert.

II. Grundsätzliches

Der HDE ist der Auffassung, dass sich das GWB in der Praxis grundsätzlich bewährt hat und die Vorschriften prinzipiell einen freien Wettbewerb garantieren. Überregulierungen sind jedoch zu vermeiden, um das an Effizienzgesichtspunkten orientierte Handeln der Marktteilnehmer nicht übermäßig einzuschränken. Bestehende Optimierungsmöglichkeiten zur Verbesserung des Wettbewerbs und zur Beseitigung bestehender ungerechtfertigter Beschränkungen sollten im Zuge der anstehenden Novelle vom Gesetzgeber unbedingt genutzt werden.

Vollständig verfehlt ist dagegen der mit dem Referentenentwurf verfolgte Ansatz, den Forderungen verschiedener Branchen nachzugeben und die bestehenden Regelungen aus dem Bereich der Missbrauchsaufsicht zu verschärfen. Zur Sicherung „fairer“ Wettbewerbsbedingungen ist eine solche Änderung des Kartellrechts nicht erforderlich, der freie Wettbewerb wird dadurch im Gegenteil noch weiter als bisher eingeschränkt. Das Kartellrecht darf nicht zum Schutz einzelner Brancheninteressen instrumentalisiert werden, sondern sollte im Gegenteil noch stärker als bisher der Sicherung des freien Wettbewerbs dienen. Im Hinblick auf diese Zielsetzung sollte der Gesetzgeber daher vielmehr prüfen, ob bestehende Regelungen aus dem GWB gestrichen oder entschärft werden können, die im Gesetz heute einen Fremdkörper darstellen, weil sie den Wettbewerb beschränken und damit preissteigernde Wirkung zulasten der Verbraucher entfalten.



Um indirekte Einschränkungen der Handlungsspielräume der Marktteilnehmer zu vermeiden, muss diesen weiterhin Rechtssicherheit gewährt werden, damit sie ihr Verhalten nicht als Resultat einer Risikoprävention de facto einschränken und negative Effekte im Hinblick auf die Effizienz des Verhaltens und der Innovation vermieden werden.

Diese Prämissen sollte der Gesetzgeber bei der anstehenden Reform des GWB im Auge behalten, wettbewerbsbeschränkende Schutzvorschriften im Interesse einzelner Branchen beseitigen und bestehende Möglichkeiten zur Intensivierung des Wettbewerbs konsequent nutzen.

III. Zu den geplanten Änderungen im Einzelnen

1. Legalisierung von Kartellbildungen im Pressevertrieb (Art. 1 Nr. 11 - § 30 GWB-E)

Mit der Ergänzung eines Abs. 2 b in § 30 GWB will der Gesetzgeber die Kartellbildung im Bereich der verlagswirtschaftlichen Zusammenarbeit legalisieren. Damit soll die wirtschaftliche Grundlage der Presseverlage gestärkt und stabilisiert werden. Auf diese Weise soll den verschärften wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, die insbesondere von einem rückläufigen Anzeigenaufkommen und Werbeerlösen im Printbereich geprägt sind, Rechnung getragen werden. In Zukunft wären damit z. B. Preisabsprachen im Hinblick auf die Printwerbung selbst zwischen großen Verlagen unbeschränkt zulässig. Die Regelung wirkt damit gezielt wettbewerbsbeschränkend und widerspricht der Zielsetzung des GWB, die Wettbewerbsfreiheit zu schützen.

Mit der Ausnahmegvorschrift wird ein abgestimmtes Wettbewerbsverhalten der Verlage erleichtert. Legalisiert wird der Informationsaustausch auch über die strategisch wichtigsten Informationen wie z. B. Preise. Die Verlage sollen also u. a. die Möglichkeit erhalten, durch kollusives Zusammenwirken ein höheres und wettbewerbswidriges Preisniveau u. a. im Anzeigenbereich zu erreichen, ohne gleichzeitig Marktanteilseinbußen riskieren zu müssen. Da keine Beschränkung im Hinblick auf die Unternehmensgröße der am Kartell beteiligten Verlage vorgesehen ist, kann mit den dann legalen Kartellen ein großer Teil des relevanten Marktes abgedeckt und der Wettbewerb ausgeschlossen werden. Die Verbraucher profitieren von diesem Vorgehen keinesfalls. Im Gegenteil ist zu erwarten, dass die höheren Kosten für die Printwerbung von den Werbenden zumindest teilweise an die Verbraucher weitergereicht werden müssen. Die Kartellbildung der Verlage hat damit steigernde Wirkung auf die Verbraucherpreise. Der Gesetzgeber unternimmt mit dieser Regelung erklärtermaßen den Versuch, hard-core-Kartelle im Verlagsbereich zu legalisieren und damit den Unternehmen den Weg für einen erheblichen Eingriff in den freien Wettbewerb zu ebnen. Ein schwerwiegenderer Eingriff in die Grundsätze der deutschen Wettbewerbsordnung ist kaum denkbar.



Es ist auch zu bezweifeln, dass diese Maßnahme den Verlagen langfristig nutzen wird. Zwar ist eine Kartellbildung auf Verlagsseite geeignet, kurzfristig die Ertragsituation der Kartellanten zu verbessern. Mittel- und langfristig wird die damit verbundene Erhöhung der Preise aber dazu führen, dass die Werbekunden der Verlagshäuser Ausweichoptionen auf anderen Märkten nutzen und ihre Werbekonzepte der künstlich von den Verlagen veränderten Kostenstruktur anpassen und umstellen. Gleichzeitig wird die Wettbewerbsfähigkeit der Verlage abnehmen, die Strukturen werden sich verfestigen und eine flexible Reaktion auf die Herausforderungen der digitalisierten Wirtschaft wird den Betroffenen immer schwerer fallen. Im Ergebnis werden die Verbraucher den Preis der wettbewerbsökonomisch verfehlten Ausnahmevorschrift durch mittelfristig höhere Verbraucherpreise und langfristig eine geringere Pressevielfalt zahlen müssen. Dies kann nicht das Ziel des Gesetzgebers sein.

Der HDE hält es daher für sehr problematisch, wenn der Gesetzgeber durch Beschränkungen des freien Wettbewerbs einer in wirtschaftlichen Schwierigkeiten geratenen Branche die Ertragslage erhalten will, wie dies in der Gesetzesbegründung ausdrücklich einräumt wird (S. 53). Diese Zielsetzung kann schon deshalb keinen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit rechtfertigen, weil dann auch andere in Schwierigkeiten befindliche Branchen eine entsprechende Unterstützung durch den Gesetzgeber einfordern könnten. Auch die Baubranche könnte z. B. - soweit wieder einmal in wirtschaftlichen Schwierigkeiten - konsequenterweise kartellrechtliche Ausnahmen für die Bauunternehmen fordern, die es ihnen bei öffentlichen Ausschreibungen ermöglichen, die Preise abzusprechen. Die Bauherren einschließlich der öffentlichen Auftraggeber müssten dann einen Beitrag zur Verbesserung der wirtschaftlichen Situation der Bauwirtschaft leisten. Im Ergebnis wäre die Freiheit des Wettbewerbs durch zahlreiche Ausnahmevorschriften im Interesse einzelner Branchen und zum Nachteil der Verbraucher unterhöhlt. Insgesamt stellt sich die Frage nach der wahren Motivlage des Gesetzgebers. Wenn aber - aus welchen politischen Gründen auch immer - eine wirtschaftliche Unterstützung der Presseverlage zur Minimierung des bestehenden Wettbewerbs und zum Erhalt der „Pressevielfalt“ unbedingt für erforderlich gehalten wird, dann sollten die damit im Zusammenhang stehenden Kosten wegen dem behaupteten Gemeinwohlinteresse ehrlicherweise aus dem Haushalt und damit über Steuermittel finanziert werden, anstatt sie auf die werbende Wirtschaft und die Anzeigenkunden abzuwälzen.

Der HDE hält es daher sowohl aus wettbewerbsökonomischen Gründen als auch im Hinblick auf die Zielsetzung des Gesetzgebers für dringend geboten, die geplante Ausnahmevorschrift des § 30 Abs. 2 a komplett aus dem Referentenentwurf zu streichen. Dies ist schon deshalb geboten, weil der Gesetzgeber in der Vergangenheit kartellrechtliche Bereichsausnahmen richtigerweise Schritt für Schritt aufgehoben hat. Diesen Weg muss der Gesetzgeber konsequent weiterverfolgen. Dies gilt für den vorliegenden Fall der Presseverlage besonders, weil hier keine sachlichen Gründe bestehen, die eine einseitige Privilegierung der Verlagswirtschaft rechtfertigen könnten. Dies gilt auch deshalb, weil die Freistellungsmöglichkeit nach § 3 i. V. m. § 2 Abs. 1 GWB eine hinreichende Grundlage für kartellrechtlich zulässige Kooperationen zwischen Verlagen bieten und diesen damit Handlungsspielräume eröffnen, um wirtschaftliche Vorgänge



durch die Zusammenarbeit zu rationalisieren und die Wettbewerbsfähigkeit der Verlage zu verbessern. Für eine kartellrechtliche Bereichsausnahme besteht auch vor diesem Hintergrund daher keine Notwendigkeit.

Sollte entgegen den begründeten Bedenken des HDE der Gesetzgeber daran festhalten, dass Kartellbildungen bei Verlagen legalisiert werden sollen, so darf eine solche Ausnahmegesetzgebung nur in wenigen Ausnahmefällen zur Anwendung kommen. Eine Kartellbildung von Verlagen dürfte danach nur bei kleinen Verlagen mit einer geringen Marktbedeutung zulässig sein, soweit wegen der Größe der an dem Kartell beteiligten Verlage keine wesentliche Beschränkung des Wettbewerbs droht. Weiterhin müssten Preisabsprachen wegen ihrer besonderen Wettbewerbsrelevanz grundsätzlich von der Ausnahme ausgeschlossen werden und wie bisher auch bei kleinen Verlagen als rechtswidrig und verboten gelten, soweit keine Freistellung nach § 2 GWB vorliegt.

2. Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU)

Grundsätzliche Zweifel bestehen, ob die konkrete Umsetzung der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie zu praktikablen und rechtssicheren gesetzlichen Regelungen führt. Der HDE erkennt zwar an, dass der Referentenentwurf versucht, der Vereinbarung der Regierungsfractionen im Koalitionsvertrag zu folgen, nach der im Bereich des Wirtschaftsrechts europäische Vorgaben immer nur eins zu eins umgesetzt werden sollen, auch um unnötige Regulierungen und Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt zu vermeiden (Deutschlands Zukunft gestalten: Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 15). Gleichwohl ist der HDE der Ansicht, dass auch bei einer Eins-zu-eins-Umsetzung noch Umsetzungsspielräume im Hinblick auf Konkretheit und Bestimmtheit gegeben sind, welche bedauerlicherweise nicht genutzt wurden.

Dies gilt insbesondere beispielhaft für die fehlende Definition des Unternehmensbegriffs in § 33 a Abs. 1 GWB-E. Im Referentenentwurf wird auf den weitgehend unbestimmten Begriff des „Wer ...“ (... einen Verstoß nach § 33 a Abs. 1 vorsätzlich und fahrlässig begeht ...) zurückgegriffen und so eine explizite Definition des Unternehmens nach dem deutschen Gesellschaftsrecht oder entsprechend des europäischen Unternehmensbegriffs vermieden. Damit wird der Rechtsprechung die Auslegung des „Wer“ überlassen. Es liegt zwar nahe, dass sich Rechtspraxis und Rechtsprechung wegen der Richtlinienumsetzung bei Kartellschadensersatzansprüchen am europäischen Unternehmensbegriff orientieren werden. Ob sie dies tatsächlich tun und ob dies zu angemessenen Ergebnissen führt, ist jedoch bis auf weiteres offen. Für Anspruchssteller und -gegner besteht bis dahin Rechtsunsicherheit in der Frage, wer schadensersatzpflichtig ist oder in Anspruch genommen werden kann. Diesen Zustand der Rechtsunsicherheit halten wir für sehr problematisch. Der HDE schlägt daher vor, den Unternehmensbegriff in § 33 a Abs. 1 GWB-E eindeutig zu definieren.



Für nicht ganz befriedigend halten wir auch die Umsetzung der europäischen Vorgaben zur Bindungswirkung (§ 33 b GWB-E). Es erschließt sich nicht, warum der Gesetzgeber die Bindungswirkung der Gerichte auf Entscheidungen von Kartellbehörden in der Europäischen Union beschränken will. Das Ziel, die Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen zu erleichtern, kann so nur eingeschränkt erreicht werden. Aus Sicht des HDE wäre es deutlich effizienter, wenn die Gerichte auch an Entscheidungen anderer Kartellbehörden außerhalb der Europäischen Union, z. B. aus dem Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, gebunden wären. Da der Referentenentwurf ohnehin über die Vorgaben der Richtlinie hinausgeht, spricht auch nichts gegen eine Erweiterung der Bindungswirkung in § 33 b GWB-E.

Schließlich ist nach unserer Auffassung die Regelung zum Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln gemäß § 33 g GWB-E wenig geglückt. Die Zielsetzung des Gesetzgebers, die Herausgabe von Beweismitteln auch zur Erleichterung außergerichtlicher Einigungen zu erleichtern, kann nur durch eine deutlich schlankere Regelung erreicht werden. Die gewählte Konstruktion mit zahlreichen Ausnahmen, unbestimmten Rechtsbegriffen („berechtigten Interessen“) und daraus resultierenden komplexen Abwägungserfordernissen in Abs. 3 sowie Rückausnahmen gemäß Abs. 4 bis 6 machen die Vorschrift wenig handhabbar. Unabhängig von den europäischen Vorgaben weist der HDE darauf hin, dass die Regelung kaum eine Erleichterung für die betroffenen Unternehmen darstellen wird und prognostiziert daher schon heute, dass die neue Vorschrift bedauerlicherweise nur eine geringe Praxisrelevanz entfalten wird.

3. Änderungen und Verschärfungen im Bereich der Missbrauchsaufsicht (Art. 1 Nr. 6 und 7)

Der HDE bedauert, dass im Referentenentwurf nicht nur darauf verzichtet wird, bestehendes Potential zur Optimierung des freien Wettbewerbs zu nutzen, sondern darüber hinaus durch Verschärfungen der § 20 Abs. 3 Nr. 1 und § 20 Abs. 2 GWB-E der Wettbewerb noch weiter als bisher beschränkt werden soll. Dabei wirken schon heute sowohl das Verbot des Forderns ungerechtfertigter Vorteile als auch das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis im Ergebnis wettbewerbsbeschränkend und sind ein Fremdkörper im deutschen Kartellrecht. Beide Verbote sollten daher im Zuge der 9. GWB-Novelle nicht weiter ausgebaut, sondern gestrichen werden.

a) Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis (§ 20 Abs. 3 GWB)

Der HDE lehnt die geplante Entfristung und die „praxisgerechte“ Ausgestaltung des Verbots, Lebensmittel auch nur vorübergehend unter Einstandspreis zu verkaufen, entschieden ab. Die Vorschrift ist wettbewerbspolitisch grundsätzlich verfehlt. Konkrete Möglichkeiten, diese praktikabel auszugestalten, sind - unabhängig von der falschen Zielsetzung der Bestimmung - außerdem nicht zu erkennen. Die mit der geltenden - zuletzt mit der 8. GWB-Novelle verlängerten - Verschärfung aus dem Jahr 2007, nach der auch schon der gelegentliche



Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis verboten ist, verfolgten Ziele widersprechen dem Zweck des GWB.

Das Verbot wurde in der Vergangenheit mit dem Ziel begründet, das zunehmende Verschwinden kleinerer Händler vom Markt verhindern zu wollen. Wie die Praxis gezeigt hat, hat das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis aber keine Auswirkungen auf eine mögliche Verdrängung kleinerer Händler. Diese dürfte eher auf Skaleneffekte und höhere Effizienzen der größeren Händler beruhen. Festzustellen ist, dass das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis Konzentrationstendenzen im Lebensmitteleinzelhandel bisher nicht aufhalten konnte. Ein Vergleich mit anderen europäischen Ländern wie z. B. Großbritannien, Finnland oder Österreich zeigt zudem, dass das Verbot keine Voraussetzung für einen funktionierenden Wettbewerb ist. Es drängt sich daher der Verdacht auf, dass der Gesetzgeber mit dem Verbot und der Verschärfung auch primär die Landwirtschaft vor den möglichen Folgen eines harten Preiswettbewerbs im Einzelhandel schützen und so mittelbar die Ertragsituation der Bauern verbessern wollte und will. Der Schutz bestimmter Branchen, wie z. B. der Landwirtschaft bzw. der Lebensmittelhersteller, vor Preiswettbewerb ist aber mit dem Regelungsziel des GWB unvereinbar. Es wäre völlig verfehlt, einzelne Branchen durch Wettbewerbsbeschränkungen vor Wettbewerbsdruck schützen zu wollen (vgl. hierzu auch Gliederungspunkt III.1.).

Ein solcher Schutz ist auch nicht erforderlich, weil im Lebensmitteleinzelhandel zwar Konzentrationstendenzen erkennbar sein mögen, gleichzeitig aber ein intensiver und harter Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern auf der Einzelhandelsstufe stattfindet und Beeinträchtigungen des Wettbewerbs damit nicht erkennbar sind. Auch die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts aus dem Jahr 2014 hat keine Wettbewerbsprobleme im Lebensmitteleinzelhandel belegt (Bundeskartellamt: Zusammenfassung der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, September 2014, S. 2). Auch wenn in der Öffentlichkeit immer wieder darauf hingewiesen wird, dass sich große Teile des Einzelhandelsumsatzes auf vier bis fünf Handelsunternehmen konzentrieren, so gibt diese Feststellung gleichwohl wenig Aufschluss über die tatsächlichen Machtverhältnisse zwischen dem Handel und seinen Lieferanten. Es bleibt dabei nämlich unberücksichtigt, dass der Absatzmarkt der Hersteller tatsächlich deutlich größer ist und die großen Lebensmitteleinzelhändler deshalb auch keineswegs 85 Prozent dieses Absatzmarktes beherrschen. Neben den großen Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels stehen den Herstellern nämlich als Absatzkanäle z. B. der Lebensmittelfachhandel, der Großhandel und der vielfach intensiv genutzte Direktvertrieb zur Verfügung. Ein immer wichtigerer Absatzkanal ist daneben der Export. Außerdem hat bereits das Bundeskartellamt mit der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel die u. a. vom Markenverband vertretene These widerlegt, die mit der Herstellung von Lebensmitteln befasste Marktgegenseite des Lebensmitteleinzelhandels sei weit überwiegend mittelständisch geprägt und befände sich damit gegenüber dem Einzelhandel per se in einer marktschwächeren Position. Das Bundeskartellamt verweist im Gegenteil darauf, dass den



Lebensmitteleinzelhändlern auf Herstellerseite eine heterogene Spitzengruppe von höchstens vier (international agierenden) Unternehmen gegenüberstünde. Diese konzentrierte Anbieterseite könne die Beschaffungsalternativen des Lebensmitteleinzelhandels verringern und somit die Verhandlungsmacht des Einzelhandels schwächen (Bundeskartellamt: Zusammenfassung der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, September 2014, S. 6).

Aber auch wenn der Blick ausschließlich auf die sogenannten großen Unternehmen des stationären Lebensmitteleinzelhandels gerichtet wird, ergibt eine genaue Analyse ein deutlich differenzierteres Bild der Wettbewerbsverhältnisse. So wurde in einer wissenschaftlichen Untersuchung von Heinen und Lademann im Jahr 2011 dargelegt, dass die Besonderheiten kooperativ organisierter Handelsorganisationen mit ihren selbstständigen Einzelhändlern in der politischen Diskussion häufig unterschätzt werden. Die Selbstständigen agieren in diesen Organisationen nämlich mit großen, in der Öffentlichkeit wenig wahrgenommenen Freiheiten im lokalen Wettbewerb, indem sie z. B. die Sortimente individuell gestalten und alternative Beschaffungsquellen nutzen. Aber auch kapital- oder vertragsseitig verbundene Unternehmen können mit hoher Autonomie ausgestattet sein, so dass sie auf dem Absatzmarkt in der Praxis als Konkurrenten auftreten. Hier werden z. B. Regal- und Aktionspreise von den einzelnen Unternehmen unabhängig voneinander festgelegt und Sortimente nicht abgestimmt. Nicht immer liegt deshalb bei kapital- oder vertragsseitigen Verbindungen eine wettbewerbliche Einheit vor. Insgesamt betrachtet ist die „faktische Konzentration“ (Lademann) des Lebensmittelmarktes damit deutlich geringer als sich dies aus der reinen Betrachtung der Umsatzzahlen ergibt.

Die Hersteller und Händler stehen sich deshalb grundsätzlich - unbeschadet der existierenden Machtüberhänge zur einen oder anderen Seite in Einzelfällen - auf Augenhöhe bei den Vertragsverhandlungen gegenüber, sodass eine Einschränkung des Wettbewerbs zum Schutz einer Seite durch gesetzliche Restriktionen unnötig und verfehlt ist.

Das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis ist auch ungeeignet, höhere Erträge für die Landwirtschaft zu gewährleisten. Tatsächlich resultieren die geringeren Erträge der Landwirtschaft häufig aus dem politisch gewollten Strukturwandel oder Veränderungen der Nachfrage- und Angebotssituation. In der aktuellen „Milchkrise“ sind z. B. Faktoren wie eine Überproduktion der Erzeuger bei gleichzeitig sinkender internationaler Nachfrage - bedingt durch die Russland-Sanktionen und rückläufige internationale Nachfrage insbesondere aus Asien - als Ursache für die niedrigen Erzeugerpreise anerkannt. Die mit der Regelung intendierte mittelbare Erhöhung des durchschnittlichen Verkaufspreises des Einzelhändlers verpflichtet zudem weder den Händler noch die Hersteller, den ggf. höheren Verbraucherabgabepreis an die vorgelagerte Stufe der Wertschöpfungskette weiterzureichen. Nicht auszuschließen ist dagegen, dass die Hersteller versuchen werden, auf Grundlage eines tendenziell höheren Ladenverkaufspreises einen höheren Abgabepreis in den Verhandlungen mit den Einzelhändlern durchzusetzen, und diesen dann aber zur



eigenen Gewinnmaximierung einsetzen. Ein solches Verhalten konnte in der „Milchkrise“ bei den Molkereien beobachtet werden. Die Landwirtschaft wird von höheren Preisen im Einzelhandel daher nicht zwangsläufig profitieren. Geschädigt wird aber der Verbraucher durch höhere Preise.

Der HDE befürwortet daher nicht nur ein planmäßiges Auslaufen der Verschärfung des § 20 Abs. 3 S. 2 GWB, sondern tritt darüber hinaus dafür ein, das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis komplett zu streichen. Wie gezeigt wurde, ist das Verbot nämlich insgesamt weder erforderlich noch zur Zweckerreichung geeignet. Es wirkt durch die mittelbare Festsetzung von Mindestverbraucherabgabepreisen eher wettbewerbsbeschränkend als -sichernd. Es verursacht zudem hohe Verwaltungskosten und verteuert auch ohne die Verschärfung aus dem Jahr 2007 die Preise zulasten der Verbraucher. Keinesfalls darf das Verbot des auch nur gelegentlichen Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis entfristet und nachgeschärft werden. Es besteht keine Notwendigkeit, für diese verfehltete Regelung einen erweiterten praktischen Anwendungsbereich zu schaffen.

Wenn der Gesetzgeber aber tatsächlich die - immerhin nicht völlig systemwidrige - Zielsetzung verfolgt, kleinere Wettbewerber der größeren Einzelhandelsunternehmen zu schützen, ist das Verbot selbst des nur gelegentlichen Verkaufs unter Einstandspreis zur Zielerreichung jedenfalls völlig ungeeignet und konterkariert dieses Vorhaben sogar. Mindestens muss daher die Verschärfung aus dem Jahr 2007 wieder gestrichen werden.

b) Verbot des Forderns ungerechtfertigter Vorteile (§ 20 Abs. 2 i. V. m. § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 5 GWB - Art. 1 Nr. 7 GWB-E)

Nach dem Referentenentwurf sollen die Regelungen zur missbräuchlichen Ausnutzung von Nachfragemacht gemäß § 20 Abs. 2 GWB weiter verschärft werden.

Hierzu ist zunächst festzustellen, dass das Verbot des Forderns ungerechtfertigter Vorteile gemäß § 20 Abs. 2 i. V. m. § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 5 GWB auch unter Berücksichtigung der aktuellen, nicht rechtskräftigen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Urteil vom 18.11.2015, Az. VI-Kart 6/14 (V)) keineswegs an praktischer Bedeutung verloren hat. Diese Rechtsprechung führt in der Praxis nicht zu einer Unanwendbarkeit des Verbots für die Kartellbehörde, sondern setzt den Maßstab für eine vernünftige, den tatsächlichen Verhandlungsverhältnissen in der Lebensmittelbranche angemessene Auslegung der Normen.

Mit dem Urteil des OLG Düsseldorf wurde der Beschluss des Bundeskartellamts, mit dem die Missbräuchlichkeit des Verhaltens eines Lebensmitteleinzelhändlers im Rahmen von „Sonderverhandlungen“ mit Lieferanten nach einer Fusion festgestellt wurde - im Wesentlichen aus Gründen mangelnder Feststellungen durch das Bundeskartellamt aufgehoben. Das OLG hat mit seiner Entscheidung im Übrigen den Tatbestand des § 20



Abs. 2 richtig und praxisgerecht definiert und einige wichtige, wenn auch nicht neue, Klarstellungen getroffen.

Entscheidend ist z. B. nach dieser Rechtsprechung richtigerweise die relative Marktstärke des Abnehmers, die auf Grundlage des konkreten Verhältnisses zwischen Händler und Lieferanten zu ermitteln ist. Der Tatbestand der Norm ist nur erfüllt, wenn der Abnehmer zielgerichtet auf die Willensentscheidung des Lieferanten einwirkt, um einen ungerechtfertigten Vorteil zu erlangen. Realitätsnah wird davon ausgegangen, dass ein „Auffordern“ im Sinne der Norm nicht bereits vorliegt, wenn in den Verhandlungen bestimmte Konditionen thematisiert werden. Damit sind richtigerweise harte Verhandlungen nicht ausgeschlossen, sodass die Rechtsprechung der Lebenswirklichkeit im unternehmerischen Verkehr hinreichend Rechnung trägt. Auch wird in richtiger Würdigung der tatsächlichen Sachlage eingeräumt, dass die Attraktivität der Warenpräsentation für den Lieferanten einen warenwirtschaftlichen Bezug haben kann, sodass auch eine Mitfinanzierung zulässig und richtig ist. Auch eine verfehlte und den tatsächlichen Verhältnissen widersprechende isolierte Betrachtung von Konditionen hat das OLG abgelehnt und stattdessen richtigerweise das „Gesamtpaket“ in den Fokus der Bewertung gerückt, sodass eine fehlende Rechtfertigung eines geforderten Vorteils auch nur im Rahmen einer Gesamtwürdigung erfolgen kann. Schließlich wurde anerkannt, dass auch unterjährige Sonderverhandlungen - z. B. aus Anlass von Übernahmen - zwar nur unter hinreichend engen Voraussetzungen, aber nicht per se unzulässig sind.

Die Tatbestandsvoraussetzungen für ein verbotenes Fordern ungerechtfertigter Vorteile lagen nach dieser an den Bedürfnissen der Praxis orientierten und damit die Lebenswirklichkeit berücksichtigenden Rechtsprechung des OLG im konkreten, zur Entscheidung anstehenden Fall nachweislich nicht vor.

Es gibt daher keinesfalls einen Grund, wegen der aktuellen, nicht rechtskräftigen Rechtsprechung die Verbotsvorschrift zu überarbeiten oder sogar zu verschärfen. Sie ist nach wie vor praxistauglich. Es stellt sich vielmehr die weitergehende Frage, ob das Verbot überhaupt sinnvoll und zur Sicherung des freien Wettbewerbs erforderlich ist.

Der HDE vertritt die Auffassung, dass das Verbot des § 20 Abs. 2 GWB den Wettbewerb nicht sichert, sondern beschränkt und daher vollständig gestrichen werden sollte. Dies gilt insbesondere für die 2005 und 2007 vorgenommenen Verschärfungen, welche die Verhandlungsspielräume und damit die Vertragsfreiheit in ineffizienter Weise beschränken und nicht geeignet sind, einen Beitrag zum Schutz der Wettbewerbsfreiheit zu leisten. Tendenziell dürfte das Verbot zu höheren Verbraucherpreisen zu führen.

Wenn die Vorschrift aber nicht vollständig gestrichen werden soll, muss mindestens gleichzeitig der ursprünglich im Jahr 2005 beschlossene Versuchstatbestand (§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB geltender Fassung: „zu veranlassen“) gestrichen werden. Dies ist auch deshalb wünschenswert, weil damit eine Harmonisierung mit dem geltenden EU-Recht herbeigeführt



werden würde. Weiterhin sollte das Verbot in Zukunft nur auf marktbeherrschende Unternehmen anwendbar sein, von denen kleine und mittlere Unternehmen abhängig sind. Die 2007 vorgenommene Einbeziehung von großen, marktstarken Unternehmen der Anbieterseite in den Schutzbereich der Norm ist überflüssig und nicht sachgerecht. Eine entsprechende Einschränkung des Anwendungsbereichs auf kleine und mittlere abhängige Unternehmen entspricht der Regelung, wie sie zur Wiederherstellung freier Wettbewerbsbedingungen mit der 5. GWB-Novelle im Jahr 1989 eingeführt und erst 2007 wieder zurückgenommen wurde.

IV. Zusammenfassung

Der HDE bedauert außerordentlich, dass der Gesetzgeber abermals darauf verzichtet, überfällige Reformen des Kartellrechts in Angriff zu nehmen und Regelungen im GWB mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung weiter aufrechterhalten werden sollen. Entschieden abgelehnt werden vom HDE die in die genau entgegengesetzte Richtung zielenden Pläne, stattdessen sowohl das Verbot des Forderns ungerechtfertigter Vorteile gemäß § 20 Abs. 2 GWB als auch das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis nach § 20 Abs. 3 S. 2 GWB zu überarbeiten, zu verschärfen und zu entfristen. Statt an diesen in die falsche Richtung gehenden Pläne festzuhalten, sollte das Verbot des § 20 Abs. 2 GWB komplett aufgehoben werden. Mindestens muss aber der Versuchstatbestand in § 19 Abs. 2 Nr. 5 („veranlassen“) gestrichen werden. Weiterhin ist sicherzustellen, dass Großunternehmen der Anbieterseite nicht vom Schutzbereich des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB erfasst werden. Soweit das Verbot nicht komplett gestrichen wird, sollte es daher nur auf marktbeherrschende Unternehmen anwendbar sein, von denen kleine und mittlere Unternehmen abhängig sind. Die Regelung des § 20 Abs. 3 GWB (Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis) sollte ebenfalls komplett gestrichen werden. Mindestens muss die Verschärfung aus dem Jahr 2007 planmäßig im Jahr 2017 auslaufen.

Die geplante unbeschränkte Legalisierung der Kartellbildung bei Presseverlagen lehnt der HDE entschieden ab. Der § 30 Abs. 2 a GWB-E sollte daher aus dem Referentenentwurf gestrichen werden. Die geplante Vorschrift stellt einen systemwidrigen Eingriff in die Wettbewerbsordnung dar, wirkt zwingend wettbewerbsbeschränkend und wird mittelfristig tendenziell zu höheren Verbraucherpreisen führen. Die Zielsetzung des Gesetzgebers, die Pressevielfalt auch angesichts des Umbruchs der Medienlandschaft infolge der Digitalisierung zu erhalten, wird durch den geplanten Eingriff in die Marktgeschehnisse langfristig nicht zu erreichen sein. Im Gegenteil ist auf lange Sicht ein gegenteiliger Effekt zu erwarten, weil der im Gesetzentwurf vorgesehene Eingriff zu einer Verkrustung der Strukturen bei den Verlagen und in der Konsequenz zu einer weiter sinkenden Wettbewerbsfähigkeit im Verhältnis zu anderen Medien führen wird.



Die konkrete Umsetzung der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie in deutsches Recht ist bedauerlicherweise nicht immer geeignet, für die Unternehmen die erforderliche Rechtssicherheit zu gewährleisten. Dies gilt insbesondere beispielhaft für den Unternehmensbegriff, der eindeutig definiert werden sollte.