



Bundeskartellamt

Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels

Fassung für öffentliche Konsultation

25. Januar 2017

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	2
B.	Rechtlicher und ökonomischer Hintergrund	3
I.	Rechtlicher Rahmen	3
II.	Die Ökonomie der vertikalen Preisbindung	8
III.	Der Lebensmitteleinzelhandel in Deutschland	12
C.	Kartellrechtliche Beurteilung in der Praxis	14
I.	Vereinbarung von Fest- und Mindestpreisen.....	15
II.	Unverbindliche Preisempfehlungen (UVP).....	18
III.	Mengenmanagement/Aktionsplanung.....	21
IV.	Spannengarantien/Nachverhandlungen.....	24
V.	Nichtaufnahme und Abbruch von Geschäftsbeziehungen.....	27
VI.	Datenaustausch zwischen Händlern und Herstellern	29
D.	Fallpriorisierung und Ermessen	32
I.	Fallpriorisierung	32
II.	Auswahl der Verfahrensart: Bußgeld- oder Verwaltungsverfahren.....	33

A. Einleitung

- 1 Das Bundeskartellamt hat seine Bußgeldverfahren wegen Verstößen gegen das Preisbindungsverbot im Lebensmitteleinzelhandel weitgehend abgeschlossen und Bußgelder sowohl gegen Hersteller als auch gegen Händler verhängt. Gemein ist diesen Sachverhalten, dass die betroffenen Hersteller mit ihren Händlern über mehrere Jahre hinweg die Ladenverkaufspreise bekannter Markenprodukte abgesprochen haben. Die vorliegenden Hinweise folgen aus Anlass dieser Verfahrensabschlüsse. Typische Sachverhalte aus den Einzelverfahren geben die entsprechenden Fallberichte des Bundeskartellamts wieder.¹ Ziel der Veröffentlichung der vorliegenden Hinweise ist es, Unternehmen der Branche auch anhand von Praxisbeispielen Hintergrund, Zweck und Reichweite des Preisbindungsverbots im stationären Lebensmitteleinzelhandel zu erläutern.² Die Hinweise richten sich ausdrücklich auch an nicht speziell kartellrechtlich beratene Unternehmen kleinerer oder mittlerer Größe.
- 2 Das Bundeskartellamt hatte in den nun abgeschlossenen Verfahren den mit den Ermittlungen kooperierenden Unternehmen Verhaltenshinweise zur sicheren Abstimmung der Verstöße gegeben.³ Dabei ging es darum, diesen Herstellern und Handelsunternehmen im Hinblick auf ihre Verpflichtung zur uneingeschränkten Kooperation eine Orientierungshilfe zu geben. Dennoch hat das Schreiben in der Branche auch über die Verfahren hinaus Beachtung gefunden. Mit dem Abschluss der Verfahren werden diese Verhaltenshinweise gegenstandslos.
- 3 Nicht nur im deutschen, sondern auch im europäischen Recht sind vertikale Preisbindungen – sofern sie nicht im Ausnahmefall vom Kartellverbot freigestellt werden können – verboten. Die Europäische Kommission hat Vertikalleitlinien veröffentlicht, die Ausführungen zur Auslegung des Preisbindungsverbots im europäischen Recht enthalten,⁴ und die für das Bundeskartellamt eine wichtige Erkenntnisquelle sind. Die

¹ Siehe im Einzelnen die auf der Website des Bundeskartellamts veröffentlichten Fallberichte zu Az. B10-20/15 v. 9. Mai 2016 (Bier); Az. B10-50/14 v. 18. Januar 2016 (Röstkaffee); Az. B10-40/14 v. 16. Juni 2015 und Az. B10-41/14 v. 19. Dezember 2014 (Süßwaren).

² Zurzeit findet in der Fachöffentlichkeit eine Diskussion über die kartellrechtliche Bewertung von Vertriebsmodellen im Internet statt, insbesondere im Zusammenhang mit Vertriebsmodellen, bei denen Hersteller qualitative Anforderungen an von ihnen belieferte Händler stellen (sogenannter Selektivvertrieb). Die Beurteilung von Beschränkungen des Internetvertriebs gegenüber Händlern ist derzeit auch Gegenstand von kartellbehördlichen Verfahren und Gerichtsverfahren. Solche Fragestellungen sind nicht Gegenstand der vorliegenden Hinweise.

³ Vgl. Schreiben des Vorsitzenden der 11. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts vom 13. April 2010 zu Az. B 11-13, 16 u. 19/09, 12/10.

⁴ Vgl. Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EU Nr. C 130 v. 19. Mai 2010, S. 1 (im Folgenden: Vertikal-LL).

vorliegenden Hinweise ergänzen die Leitlinien der Kommission um Hinweise zur Anwendung des Preisbindungsverbots speziell auf im stationären Lebensmitteleinzelhandel gebräuchliche Praktiken.

- 4 Neben dem Bundeskartellamt sind auch andere Behörden für die behördliche Durchsetzung des Preisbindungsverbots zuständig.⁵ Die vorliegenden Hinweise geben allein die Auffassung des Bundeskartellamts zur Reichweite des Preisbindungsverbots wieder und binden weder diese anderen Behörden noch die Gerichte.⁶
- 5 Bei der Bewertung, ob ein bestimmtes Verhalten unter das Preisbindungsverbot fällt, sind die Umstände des Einzelfalls von zentraler Bedeutung.⁷ Deswegen können die vorliegenden Hinweise eine sorgfältige Selbsteinschätzung durch die betroffenen Unternehmen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls keinesfalls ersetzen.
- 6 [Platzhalter Konsultationsverfahren]

B. Rechtlicher und ökonomischer Hintergrund

I. Rechtlicher Rahmen

1. Anwendbarkeit des deutschen und europäischen Kartellverbots

- 7 Vertikale Preisbindungen fallen sowohl nach europäischem Recht als auch nach dem deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁸ grundsätzlich unter das Kartellverbot (Art. 101 AEUV⁹ bzw. § 1 GWB) und sind nur in Ausnahmefällen zu rechtfertigen.

⁵ In Deutschland die Europäische Kommission sowie die Kartellbehörden der Länder; in den EU-Staaten außerhalb Deutschlands die Europäische Kommission sowie die jeweils örtlich zuständigen nationalen Kartellbehörden der Mitgliedstaaten.

⁶ Die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde hat ihre Sicht auf das Preisbindungsverbot in einem eigenen Leitfaden niedergelegt, der auf ihrer Website abrufbar ist.

⁷ Vgl. BGH, Beschluss v. 6. November 2012, KZR 13/12 -Sternjakob.

⁸ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Februar 2016 (BGBl. I S. 203) geändert worden ist (im Folgenden: GWB).

⁹ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Fassung aufgrund des am 01. Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon, ABI. EG Nr. C 115 vom 09. Mai 2008, 47 ff., zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft, ABI. EU Nr. L 112/21 vom 24. April 2012 mit Wirkung vom 01. Juli 2013.

- 8 Die Anwendbarkeit des europäischen Rechts setzt voraus, dass ein Verhalten geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der EU zu beeinträchtigen. Das ist zum Beispiel dann regelmäßig der Fall, wenn eine Preisbindung sich auf das gesamte Inland bezieht.¹⁰ Der Handel zwischen Mitgliedstaaten kann aber auch schon beeinträchtigt sein, wenn sich die Preisbindung auf größere Regionen des Inlands erstreckt.¹¹
- 9 Wenn eine Preisbindung den zwischenstaatlichen Handel nicht beeinträchtigt, ist nur deutsches Recht auf sie anwendbar. Allerdings folgt das deutsche Kartellrecht in seiner Beurteilung den Regelungen des europäischen Rechts, so dass die rechtliche Bewertung einer Preisbindung im Ergebnis weitgehend unabhängig davon ist, ob europäisches und deutsches oder nur deutsches Recht auf sie anwendbar ist.
- 10 Vertikale Preisbindungen unterfallen nach deutschem und europäischem Recht grundsätzlich als spürbare Wettbewerbsbeschränkungen dem Kartellverbot. Die weitgehende Freistellungsmöglichkeit vom Kartellverbot für Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf verschiedenen Stufen der Vertriebskette, die der europäische Gesetzgeber mit der sog. Vertikal-GVO¹² geschaffen hat, ist auf sie nicht anwendbar. Allerdings ist es in besonderen Fallkonstellationen möglich, eine vertikale Preisbindung zu rechtfertigen.¹³

2. Voraussetzungen des Preisbindungsverbots

- 11 Vom Kartellverbot erfasst sind Vereinbarungen einer vertikalen Preisbindung und sog. abgestimmte Verhaltensweisen, die eine solche Preisbindung herbeiführen.¹⁴ Als „vertikal“ wird die Beziehung zwischen Unternehmen bezeichnet, die – wie etwa Hersteller und Händler – auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen tätig sind. Eine verbotene vertikale Preisbindung liegt immer dann vor, wenn der Abnehmer der Ware oder Dienstleistung – in der Beziehung zwischen Hersteller und Händler also der Händler – in seiner Freiheit

¹⁰ Vgl. dazu näher Europäische Kommission, Leitlinien zum Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, ABl. EU Nr. C 101/81 ff. vom 27. April 2004; zu vertikalen Preisbindungen s. dort insbes. Rn. 88.

¹¹ Vgl. ebenda, Rn. 90.

¹² Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EU Nr. L 102/1 ff. vom 23. April 2010 (im Folgenden: Vertikal-GVO).

¹³ Vgl. Vertikal-LL, Rn. 47; näher hierzu unten unter III.

¹⁴ Vgl. EuGH, Urteil v. 07. Juni 1983, verb. Rs.1983 01825, Slg. 1983, 1825 ff., Rn. 72-80 – Musique Diffusion française u. a. vs. Kommission („Pioneer“); Art. 1 lit. a Vertikal-GVO.

eingeschränkt wird, die Abgabepreise (z.B. den Ladenverkaufspreis) für die von ihm angebotenen Waren oder Dienstleistungen selbst festzulegen. Grundsätzlich erlaubt ist allerdings die Bindung des Abnehmers an einen Höchstpreis, den er bei seinem Vertrieb nicht überschreiten darf.

- 12** Unter einer Vereinbarung ist jede Äußerung des gemeinsamen Willens zu verstehen, sich auf dem Markt in bestimmter Weise zu verhalten.¹⁵ Eine solche Willensäußerung zur Bindung der Preise des Abnehmers muss nicht ausdrücklich erfolgen, sondern kann sich aus den Umständen ergeben. Die Vereinbarung braucht nicht verbindlich oder rechtlich durchsetzbar zu sein. Demgegenüber erfüllen rein einseitige Maßnahmen ohne erkennbare Äußerung eines gemeinsamen Willens das Kartellverbot nicht. In bestimmten Fällen können nach deutschem Recht allerdings auch einseitige Aufforderungen zu einer Preisbindung verboten sein (vgl. dazu unten 4.).
- 13** Bei abgestimmten Verhaltensweisen tritt an die Stelle autonomen, sich lediglich an den Marktverhältnissen orientierenden Verhaltens eine bewusste praktische Zusammenarbeit, die den Wettbewerb einschränkt. Die abgestimmte Verhaltensweise stellt insofern einen Auffangtatbestand gegenüber der Vereinbarung dar, setzt aber im Gegensatz zu dieser voraus, dass die Koordinierung auch ein entsprechendes Marktverhalten der beteiligten Unternehmen zur Folge hatte. Vertikale Preisbindungen fallen zumeist unter den Vereinbarungsbegriff, so dass nicht geprüft werden muss, ob auch eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt. Im Folgenden ist zur Vereinfachung allein von Vereinbarungen die Rede. Die Ausführungen gelten entsprechend für Fälle, in denen eine Preisbindung durch eine abgestimmte Verhaltensweise erreicht wird.
- 14** Generell fällt eine Vereinbarung dann unter das Kartellverbot, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Vertikale Preisbindungen werden als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen angesehen. Sie haben aus sich selbst heraus regelmäßig eine Wettbewerbsbeschränkung zur Folge, ebenso wie zum Beispiel Preis- und Gebietsabsprachen zwischen Wettbewerbern.¹⁶ Dies bedeutet, dass es nicht erforderlich ist, im Einzelnen ihre Auswirkungen auf den Markt zu untersuchen, um die Wettbewerbsbeschränkung festzustellen.

¹⁵ Vgl. etwa EuGH, Urteil v. 15. Juli 1970, Rs. 1970 00661, Slg. 1970, 661, Rn. 112 – ACF; EuGH, Urteil v. 29. Oktober 1980, verb. Rs. 1980 03125, Slg. 1980, 3125, Rn. 86 – van Landewyck. Vgl. auch BGH, Beschluss v. 15. Februar 1962, KRB 3/61 – Putzarbeiten II und BGH, Urteil v. 22. April 1980, KZR 4/79 - Taxi-Besitzer-Vereinigung.

¹⁶ Zum wirtschaftlichen Hintergrund dieser Einordnung vgl. die Ausführungen unter C. II. unten.

- 15** Vor diesem Hintergrund wird die Preisbindung des Abnehmers von der Vertikal-GVO als eine so genannte Kernbeschränkung des Wettbewerbs eingestuft. Diese Einstufung bedeutet, dass Vereinbarungen über eine solche Preisbindung von der weitgehenden Freistellung vom Kartellverbot, die die Vertikal-GVO für Vereinbarungen im vertikalen Verhältnis vorsieht, nicht umfasst sind. Mit der Einordnung als Kernbeschränkung bringt der europäische Gesetzgeber die Vermutung zum Ausdruck, dass Preisbindungen des Abnehmers zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führen und nur in begründeten Einzelfällen freistellungsfähig sind.
- 16** Für die Anwendung des Kartellverbots auf eine Preisbindung ist unerheblich, wie groß die Marktanteile der beteiligten Unternehmen sind. Ein Verhalten fällt zwar nur dann unter das Kartellverbot, wenn es spürbare Auswirkungen auf den Wettbewerb hat. Die Einordnung der vertikalen Preisbindung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung bedeutet aber, dass sie grundsätzlich das Marktgeschehen spürbar verfälscht, selbst wenn die Beteiligten nur geringe Marktanteile haben.¹⁷
- 17** Angesichts der verschiedenen für den Absatz von Konsumgütern denkbaren Vertriebsmodelle ist darauf hinzuweisen, dass das Kartellverbot eine Preisbindung nur erfasst, wenn der Hersteller über selbständige Händler vertreibt. Denn das Kartellrecht schützt nur bei solchen Händlern das Recht, die Preise selbst festzusetzen. Vertreibt der Hersteller über ein von ihm kontrolliertes Unternehmen, etwa im Konzern, ist das Preisbindungsverbot nicht anwendbar. Dasselbe gilt, wenn der Hersteller zum Vertrieb auf sogenannte „echte“ Handelsvertreter zurückgreift. „Echt“ ist das Handelsvertreterverhältnis, wenn der Geschäftsherr und nicht der Vertreter die mit dessen Tätigkeit verbundenen finanziellen und geschäftlichen Risiken trägt.¹⁸

3. Zulässigkeit von Preisbindungspraktiken im Einzelfall

- 18** Die Einordnung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung bzw. als Kernbeschränkung bedeutet nicht, dass Preisbindungen des Abnehmers in jedem Fall verboten sind. Sie können ausnahmsweise erlaubt sein, wenn vier Bedingungen kumulativ erfüllt sind (Artikel

¹⁷ EuGH, Urteil v. 13. Dezember 2012, Rs. C-226/11, Rn. 37 – Expedia.

¹⁸ Vgl. hierzu näher Rn. 21 iVm Rn 16 Vertikal-LL.

101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB):

1. Die Preisbindung muss zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen;
2. die Verbraucher müssen eine angemessene Beteiligung an dem entstehenden Gewinn erhalten;
3. die Preisbindung muss für die Verwirklichung dieser Ziele unerlässlich sein, und
4. die Preisbindung darf den Parteien nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

19 In der Vertriebspraxis ist die Rechtfertigung einer vertikalen Preisbindung nach diesen Kriterien vor allem in drei Fallgestaltungen denkbar: Bei der Markteinführung neuer Produkte, bei kurzfristigen Sonderangebotskampagnen in Franchise- oder franchiseähnlichen Systemen und zur Vermeidung der Trittbrettfahrerproblematik bei beratungsintensiven Produkten.¹⁹

4. Verbot der versuchten Preisbindung

20 Vertikale Preispraktiken können sich als lediglich einseitiges Verhalten erweisen, zum Beispiel wenn es trotz Aufforderung eines Herstellers nicht zur Vereinbarung der erwünschten Preisbindung mit dem Händler kommt. Nach europäischem Recht sind einseitig bleibende Versuche einer Preisbindung nicht verboten. Das deutsche Recht hingegen untersagt schon das Androhen oder Zufügen von Nachteilen oder das Versprechen oder Gewähren von Vorteilen mit dem Ziel, zu einem nach Kartellrecht verbotenen Verhalten zu veranlassen (§ 21 Abs. 2 GWB). Unternehmen dürfen demnach weder durch Anreize noch durch Druckausübung versuchen, andere Unternehmen zu einer verbotenen Preisbindung zu bewegen.

21 Im Falle eines Verstoßes gegen § 21 Abs. 2 GWB kann die Kartellbehörde Bußgelder gegen das Unternehmen verhängen, das die Drohung ausgesprochen bzw. den Vorteil versprochen oder gewährt hat. Der Adressat der Drohung bzw. des Vorteils muss hingegen kein Bußgeld befürchten, so lange er auf den Vorschlag einer Preisbindung nicht eingeht.

22 Sofern sich der Adressat der Einflussnahme allerdings beugt und die gewünschte Vereinbarung schließt oder sein Verhalten abstimmt, verstößt er gemeinsam mit dem Unternehmen, das die Drohung ausgesprochen bzw. den Vorteil versprochen oder

¹⁹ Vgl. näher Rn. 225 Vertikal-LL.

gewährt hat, gegen das europäische bzw. deutsche Kartellverbot.²⁰

II. Die Ökonomie der vertikalen Preisbindung

- 23** Vertikale Absprachen können grundsätzlich sowohl positive als auch negative Wettbewerbswirkungen haben. Insoweit ist nach der Art der Absprache sowie den von ihr betroffenen Produkten und Märkten zu differenzieren. Vertikale Vereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern können die Effizienz innerhalb einer Vertriebskette erhöhen, indem sie eine bessere Koordinierung zwischen den beteiligten Unternehmen ermöglichen. Dies gilt auch für in diesen Vereinbarungen enthaltene Beschränkungen des Wettbewerbs beim Vertrieb von Produkten oder Marken eines bestimmten Herstellers. Vertikale Beschränkungen sind vielfach mit weniger wettbewerblichen Nachteilen verbunden als horizontale Beschränkungen, die den Wettbewerb zwischen verschiedenen Herstellern und Marken oder den Wettbewerb zwischen Handelsunternehmen unmittelbar einschränken und die häufig in erster Linie darauf abzielen, die Marktmacht der Anbieter gegenüber dem Verbraucher zu erhöhen.
- 24** Allerdings können auch vertikale Vereinbarungen zu schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen führen. Dies ist insbesondere dort der Fall, wo sie den Wettbewerb der Händler bzw. der Hersteller untereinander dämpfen oder wo sie zur Absicherung und Ausnutzung von Marktmacht beitragen. Die vertikale Preisbindung, die auf die Kontrolle der Wiederverkaufspreise abzielt, weist insoweit ein besonderes Gefährdungspotential auf. Eine effizienzsteigernde Koordinierung, die etwa eine ausreichende Beratung oder Produktpräsentation sicherstellt, ist regelmäßig über weniger weitreichende Beschränkungen möglich.

1. Mögliche wettbewerbsschädliche Wirkungen der vertikalen Preisbindung

- 25** Die möglichen wettbewerbsschädlichen Wirkungen vertikaler Preisbindungsstrategien resultieren aus der Ausschaltung des Preiswettbewerbs zwischen den Händlern bezogen auf das jeweilige preisgebundene Produkt (sog. Intra-Marken-Wettbewerb). Mit der vertikalen Preisbindung wird verhindert, dass Händler durch eigene Effizienz erreichte Kosteneinsparungen an die Endverbraucher weitergeben. Dem steht zwar der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Produkten bzw. Herstellern gegenüber (sog. Inter-Marken-Wettbewerb). Unter bestimmten Bedingungen gehen mit der Preisbindung auf der

²⁰ Dieser Verstoß steht dann bei dem drohenden bzw. den Vorteil versprechenden Unternehmen selbstständig neben dem Verstoß gegen § 21 Abs. 2 GWB (sog. Verhältnis der Tateinheit).

nachgelagerten Marktstufe aber sowohl direkt preiserhöhende Wirkungen für das jeweils betroffene Produkt als auch indirekte Wirkungen auf die Wettbewerbsintensität im gesamten betroffenen Markt einher. Das Ausmaß negativer Wirkungen hängt dabei insbesondere von der Marktmacht der beteiligten Unternehmen, dem Ausmaß bestehender Liefer- und Bezugsverflechtungen sowie der Verbreitung bzw. Flächendeckung von Preisbindungen auf den betreffenden Marktstufen ab.

- 26** Im Einzelnen können vertikale Preisbindungen eine wettbewerbsdämpfende Wirkung durch die Förderung von impliziter oder expliziter Kollusion auf Hersteller- und/oder Händlerebene entfalten: Auf Herstellerebene können vertikale Preisbindungsstrategien flankierende Maßnahmen zur Stabilisierung von gesetzeswidrigen Kartellabsprachen darstellen (explizite Kollusion). Sie können auch zu wettbewerbsberuhigendem Parallelverhalten ohne Absprache (implizite Kollusion) beitragen, indem die wechselseitige Überwachung der Preissetzung zwischen den Herstellern erleichtert wird. Auf Handelsebene kann die vertikale Preisbindung dazu genutzt werden, Kartellvereinbarungen effektiver durchzusetzen und wettbewerbliche Vorstöße einzelner Händler zu unterbinden. Letzteres bezieht sich in erster Linie auf von der Händlerseite initiierte Preisbindungssysteme.
- 27** Insbesondere können vertikale Preisbindungen überhöhte Unternehmensmargen auf verschiedenen Marktstufen absichern. Dies ist z.B. in Konstellationen wahrscheinlich, in denen sich marktmächtige Hersteller mit wettbewerblichen Strukturen auf Händlerseite konfrontiert sehen, wobei zumindest ein Teil der Händler über Verhandlungsmacht gegenüber dem Hersteller verfügt und aufgrund des Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt bessere Bezugskonditionen fordert. Ein Hersteller kann mit dem Instrument der vertikalen Preisbindung insbesondere dann, wenn er mittels Preisbindungsstrategie solche Händler diszipliniert, die als besonders preisaggressiv gelten, den Druck auf die Abgabepreise verringern und insgesamt im Markt ein höheres Abgabepreisniveau durchsetzen.
- 28** Schließlich können durch vertikale Preisbindungen auf Herstellerebene die Einführung neuer Produkte sowie auf der Handelsstufe Markteintritte neuer Wettbewerber bzw. die Entwicklung alternativer Vertriebsmodelle erschwert oder verhindert werden, weil keine Möglichkeit besteht, mit niedrigeren Preisen Kunden zu gewinnen. Letzteres kann insbesondere der Fall sein, wenn von der Händlerseite initiierte Preisbindungen sich gegen effizientere und/oder preisaggressive neuere Vertriebsmodelle richten.

2. Effizienzpotenziale der vertikalen Preisbindung

- 29** Die ökonomische Forschung spricht vertikalen Preisbindungen im Einzelfall auch effizienzsteigernde Wirkungen zu. Zugleich hat sie gezeigt, dass diese Effizienzvorteile in vielen Fällen durch andere Arten von vertikalen Vereinbarungen erzielt werden können, die mit einem geringeren Ausmaß an Wettbewerbsbeschränkung einhergehen.
- 30** So können vertikale Preisbindungen unter bestimmten Voraussetzungen ein mögliches „Trittbrettfahrer-Problem“ bekämpfen. Dieses Problem kann insbesondere bei beratungsbedürftigen Produkten entstehen, wenn Kunden die Beratungsleistungen eines Händlers in Anspruch nehmen und das Produkt anschließend bei einem zweiten Händler erwerben, der keine entsprechende Beratung anbietet und das Produkt aufgrund geringerer Kosten zu einem niedrigeren Preis verkaufen kann. Dem ersten Händler fehlt damit der Anreiz, die Beratungsleistung überhaupt zu erbringen. Dies wiederum läuft den Interessen des Herstellers zuwider, weil ohne die notwendige Beratung der Absatz seines Produkts zurückgeht. Darauf könnte er mit einer Preisbindung reagieren. Allerdings führt die vertikale Preisbindung in diesen Fällen einerseits dazu, dass Kunden den gebundenen Preis unabhängig davon zahlen müssen, ob sie mit dem Produkt vertraut sind und ob sie einer Beratung bedürfen oder nicht. Andererseits steht mit der expliziten Vorgabe eines (Mindest-)Umfangs an Beratungsleistungen durch den Hersteller im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems ein deutlich eingriffsschwächeres Mittel zur Verfügung, das im Einzelfall zu vergleichbaren Ergebnissen führen kann.
- 31** Eine weitere Gruppe von Effizienzargumenten knüpft an das Problem der Nachfrageunsicherheit insbesondere bei der Neueinführung von Produkten an. Kern der Argumentation ist, dass bei Marktzutritten durch die Beschränkung des Preiswettbewerbs für das neue Produkt und die daraus resultierende Margensicherheit für den Händler eine angemessene Risikoverteilung zwischen Hersteller und Händler sichergestellt wird. Der Händler wird dazu angeregt, trotz bestehender Nachfrageunsicherheit neue Produkte in das Sortiment aufzunehmen und für diese produktspezifische Investitionen vorzunehmen. Allerdings kann auch für diesen Fall mit der expliziten Vergütung der spezifischen Investitionen durch den Hersteller ein milderer Mittel zur Verfügung stehen.
- 32** Darüber hinaus können Preisbindungen eingesetzt werden, um das Problem des doppelten Preisaufschlags zu lösen: Sind nämlich auf nachfolgenden Marktstufen jeweils Unternehmen mit Marktmacht tätig, so erhebt jede Stufe einen erneuten Preisaufschlag, mit der Folge, dass das Endprodukt einen höheren Preis hat und eine geringere Menge

abgesetzt wird, als dies bei Kontrolle eines einzelnen (integrierten) Unternehmens über den gesamten Wertschöpfungsprozess der Fall wäre. Die vertikale Preisbindung könnte dieses Problem lösen. Jedoch reicht in diesen Fällen auch die kartellrechtlich gestattete Höchstpreisbindung bzw. eine nicht-lineare Preisgestaltung²¹ zwischen Hersteller und Händler aus.

- 33** Schließlich können Hersteller Anreize haben, dem Handel die Endverkaufspreise vorzugeben, wenn der Preis von den Endkunden als glaubhaftes Signal für die Produktqualität empfunden wird, z.B. weil sich die Hersteller in der Vergangenheit eine Reputation für hohe Qualität aufgebaut haben (Markenimage). Aus Sicht des Herstellers können „zu niedrige“ Preise daher zu einer Beschädigung des Markenimages führen. Allerdings hängt die mögliche Beschädigung des Markenimages faktisch insbesondere davon ab, inwieweit ein niedriger Preis das Markenimage eines Produktes bzw. eines Herstellers beeinträchtigen kann. Unabhängig davon können Hersteller, sofern sie von der Funktion des Preises als Qualitätssignal für ihre Produkte ausgehen, den Endverkaufspreis auch durch einen entsprechend hohen Herstellerabgabepreis beeinflussen und so einer befürchteten „Verramschung“ ihrer Produkte entgegenwirken.

3. Relevante Kriterien für die Bewertung in der Praxis

- 34** Die im deutschen und europäischen Recht angelegte grundsätzlich kritische Bewertung der vertikalen Preisbindung ist gerechtfertigt. Aber die wettbewerbsschädlichen Wirkungen und die Effizienzpotentiale können im Einzelfall unterschiedlich ausgeprägt sein. In der kartellbehördlichen Praxis können deshalb Kriterien definiert werden, wann ein kartellbehördliches Einschreiten im Falle einer Preisbindung angezeigt ist.
- 35** Dabei ist zunächst die Marktstruktur auf den betroffenen Märkten relevant: Die wettbewerbsbeschränkenden Effekte einer Preisbindung sind umso ausgeprägter, je stärker die Marktstellung des betroffenen Herstellers ist und je stärker die betroffenen Märkte auf der vor- und nachgelagerten Stufe konzentriert sind. Wichtig sind auch das Ausmaß bestehender Liefer- und Bezugsverflechtungen und der Grad der Flächendeckung der vertikalen Preisbindung in einem Markt: Bestehen umfassende Liefer- und Bezugsverflechtungen bzw. ist die vertikale Preisbindung ein verbreitetes Phänomen, so entfalten sich die kollusionsfördernden Wirkungen in einem stärkeren Umfang als in

²¹ Von einer nicht-linearen Preisgestaltung wird grundsätzlich gesprochen, wenn der Preis pro Stück mit der insgesamt abgenommenen Menge variiert. Ein Beispiel ist ein Mengenrabatt, so dass mit zunehmender Abnahmemenge der Preis pro Stück sinkt.

Fallkonstellationen, in denen keine umfassenden Liefer- und Bezugsverflechtungen bestehen bzw. vertikale Preisbindungen nur vereinzelt vorkommen.

- 36** In Bezug auf mögliche effizienzsteigernde Wirkungen einer vertikalen Preisbindung ist weiterhin die betroffene Produktart von Bedeutung: Je beratungsintensiver ein Produkt ist, desto plausibler ist das Serviceargument auch zum Nutzen des Verbrauchers. Handelt es sich dagegen um „Standardprodukte“, die keiner besonderen Beratung bedürfen, so können solche Effizienzargumente bereits im Ansatz ausgeschlossen werden. Bei Produkteinführungen sind effizienzsteigernde Wirkungen einer vertikalen Preisbindung umso eher denkbar, je höher die notwendigen Investitionen der Händler sind bzw. je größer die Nachfrageunsicherheit ist. Dies hängt wiederum davon ab, welchen Umfang die Neuerungen gegenüber dem bisherigen Angebot haben. Nach deutschem und europäischem Recht sind nur „echte“, innovative Produktneueinführungen als Fall möglicher Effizienzen anerkannt.

III. Der Lebensmitteleinzelhandel in Deutschland

1. Marktstruktur und Machtverteilung

- 37** Der Lebensmitteleinzelhandel organisiert über ein dichtes Filialnetz die flächendeckende Bereitstellung von Lebensmitteln für den Endverbraucher. Für die Lebensmittelindustrie stellt der Lebensmitteleinzelhandel umgekehrt den mit Abstand wichtigsten Absatzkanal dar, über den der Endkunde erreicht werden kann.
- 38** Die relevanten Märkte auf der Absatz- und Beschaffungsseite des Lebensmitteleinzelhandels erfüllen i.d.R. die oben unter B. II. 3. genannten marktstrukturellen Bewertungskriterien. Bezogen auf den Lebensmitteleinzelhandel in Deutschland bedeutet dies ganz konkret:
- 39** Sowohl die Absatz- als auch die Beschaffungsmärkte des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland sind konzentriert, und der Konzentrationsprozess schreitet weiter fort.²² Auf Händlerseite werden die Wettbewerbsbedingungen von einer Spitzengruppe bestehend aus vier national tätigen Lebensmitteleinzelhändlern dominiert, die etwa 85% des Absatzes von Lebensmitteln in Deutschland auf sich vereinen. Diese führenden

²² Vgl. Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Abschlussbericht, 2014, S. 9-12; BKartA, Entscheidung v. 31.März 2015, B2-96/14 -Edeka/Kaiser's Tengelmann, abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Fusionskontrolle/2015/B2-96-14.html?nn=4592442> (abgerufen am: Tag der Veröffentlichung).

Lebensmitteleinzelhändler stellen einen „gatekeeper“ beim Zugang zu den Endkunden dar, da sie über die Listung und Platzierung von Produkten der Hersteller sowie ihrer eigenen konkurrierenden Handelsmarken in ihren Regalen entscheiden. In Bezug auf Markenartikel, die in erster Linie von Vollsortimentern wie Edeka und Rewe und nur sehr eingeschränkt von Discountern wie Aldi gelistet werden, verengt sich diese Spitzengruppe noch weiter auf die drei führenden Vollsortimenter Edeka, Rewe und Kaufland. Umgekehrt stehen der Handelsseite in den verschiedenen Beschaffungsmärkten häufig wenige führende Hersteller gegenüber, die den größten Teil ihres Umsatzes mit den Spitzenabnehmern des Lebensmitteleinzelhandels erwirtschaften.

- 40** Mit diesem hohen Konzentrationsniveau auf der vor- und nachgelagerten Marktstufe geht einher, dass ein großer Teil der Hersteller engmaschige Bezugs- und Lieferbeziehungen zu nahezu allen Handelsunternehmen unterhält. In diesen etablierten Lieferbeziehungen sind die großen Lebensmitteleinzelhändler weitgehend in der Lage, ihre starke Marktposition in den Verhandlungen mit der Lebensmittelindustrie zu ihrem Vorteil zu nutzen.²³ Die Verhandlungsposition des Herstellers kann sich dagegen verbessern, wenn er mit dem Handel über eine starke, vielleicht sogar unverzichtbare Marke verhandelt; allerdings haben nur wenige Markenartikel in Deutschland eine so bedeutende Markenstärke.
- 41** Neben der Breite und Tiefe des Sortiments stellen die Preise der angebotenen Artikel (einschließlich Aktionen), die geografische Lage der Filialen und die Serviceleistungen der jeweiligen Vertriebsschiene weitere wichtige Wettbewerbsparameter gegenüber den Endkunden dar. Die einzelnen in Deutschland tätigen Lebensmitteleinzelhändler unterscheiden sich zum Teil erheblich in Bezug auf diese Parameter. Der Lebensmitteleinzelhandel in Deutschland ist zudem geprägt von einer hohen Preissensitivität der Endkunden zumindest in Bezug auf bekannte Eckprodukte. Diesbezüglich kommt der Preissetzung des Discounters Aldi eine wichtige Rolle zu, da sich die Wettbewerber (Discounters wie Vollsortimenter) mindestens bei den Handelsmarken im Preiseinstiegssegment sowie bei Markenartikeln, die auch bei Aldi gelistet sind, an dem Ladenverkaufspreis von Aldi orientieren.

2. Vertikale Preisbindung im deutschen Lebensmitteleinzelhandel

- 42** Vertikale Preisbindungen entfalten im Lebensmitteleinzelhandel in Deutschland aufgrund der unter 1. beschriebenen Strukturbedingungen in aller Regel direkte

²³ Vgl. Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Abschlussbericht, 2014, S. 407.

wettbewerbsschädigende Wirkungen. Typischerweise finden sich im Lebensmitteleinzelhandel nur wenige Anhaltspunkte, die für effizienzsteigernde Wirkungen einer vertikalen Preisbindung sprechen.

- 43** Zunächst sind Lebensmittel Standardprodukte, die im Regelfall keiner besonderen Beratung bedürfen. Weiterhin werden Produktneuerungen nur in eingeschränktem Ausmaß entwickelt und dem Endkunden angeboten. Sie betreffen daher nur einen geringen Anteil am Gesamtumsatz des Händlers, so dass eine unterstellte Nachfrageunsicherheit bei der Neueinführung von einzelnen Produkten im Lebensmitteleinzelhandel lediglich begrenzte Auswirkungen auf die Absatzpolitik des Händlers hat.²⁴
- 44** In den Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen Lebensmittelhersteller und -händler wegen vertikaler Preisbindungen waren effizienzsteigernde Wirkungen mit Blick auf die in den Verfahren betroffenen Warengruppen (hohe Gesamtmarktvolumina, erhebliche Konzentration auf beiden Marktseiten, bedeutende Herstellermarken) und die aufgegriffenen Sachverhalte (klare Verstöße über längere Zeiträume bei etablierten Produkten) nicht ersichtlich. Sie wiesen auch die Besonderheit auf, dass der gebundenen Seite – den Handelsunternehmen – eine vergleichsweise hervorgehobene Rolle bei den Verstößen zukam. Diese reichte bis hin zur Aufforderung an Hersteller, zur Beachtung eines einheitlichen Ladenpreisniveaus bei anderen Händlern aktiv zu werden. Insoweit wiesen die Verstöße über die vertikale Preisbindung hinaus einen starken Horizontalbezug auf.

C. Kartellrechtliche Beurteilung in der Praxis

- 45** Im Folgenden wird den betroffenen Marktteilnehmern eine Orientierungshilfe zur kartellrechtlichen Beurteilung von Verhaltensweisen, die einen Bezug zu vertikalen Preisbindungen aufweisen können, gegeben. Dieser Katalog orientiert sich an in der Praxis relevanten bzw. an den in Bußgeldverfahren zu Tage getretenen Themenkomplexen und zeigt auf, wo die Grenze zwischen verbotenem und erlaubtem Verhalten verläuft. Den Herstellern und Händlern soll auf diese Weise verdeutlicht werden, wie die im Rahmen ihrer Geschäftsbeziehungen notwendige und sinnvolle Kommunikation im Einklang mit den kartellrechtlichen Anforderungen gestaltet werden kann. Zur Veranschaulichung werden

²⁴ Ein Vollsortimenter in Deutschland hatte im Jahr 2010 zwischen 5.000 (kleiner Supermarkt) und bis zu 160.000 (SB Warenhaus) regelmäßig gelistete Artikel in seinem Angebot, bei einem Hard Discounter wie Aldi waren es noch bis zu 1.000 regelmäßig gelistete Artikel, vgl. Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Abschlussbericht, 2014, Tabelle S. 82.

jeweils Fallbeispiele aufgeführt, die aus Darstellungsgründen oftmals gegenüber der Realität vereinfacht sind. Sie tragen nicht zuletzt dem Umstand Rechnung, dass Verhaltensweisen, die für sich genommen kartellrechtskonform sind, Bestandteile umfassenderer Preisbindungssysteme sein oder auf diese hindeuten können. Die Fallbeispiele sind durch Kursivsetzung kenntlich gemacht. Eine abschließende Typisierung und Bewertung dieser Themenkomplexe ist dabei angesichts der Vielfalt und Wandlungsfähigkeit vertikaler Preisbindungen nicht möglich.

I. Vereinbarung von Fest- und Mindestpreisen

- 46** Vereinbarungen über Fest- oder Mindestpreise des Händlers sind unzulässig, sofern nicht ausnahmsweise ein Freistellungstatbestand erfüllt ist. Die autonome Entscheidungsfindung des Handelspartners über den zu setzenden Preis soll geschützt werden, um auf diese Weise den Preiswettbewerb auf Handelsebene zu gewährleisten. Diesem Ziel laufen Vereinbarungen zwischen Hersteller und Handel über den Wiederverkaufspreis (im Folgenden auch: Ladenverkaufspreis – LVP) zuwider, unabhängig davon, ob der LVP unmittelbar oder nur mittelbar festgelegt wird. Der Vereinbarung eines LVP zwischen Hersteller und Händler steht es gleich, wenn der Händler dem Hersteller die Befugnis erteilt, selbst die LVP des Händlers festzusetzen.
- 47** Vom Kartellverbot eindeutig erfasst sind demnach zunächst folgende Arten von Vereinbarungen:
- Unmittelbare Festlegung der (Mindest)-LVP:
„Der Regalpreis beträgt 1,89 €, der Aktionspreis mindestens 1,69 €.“
„Eine Unterschreitung der UVP um maximal 3 % ist zulässig.“
 - Festgelegter Spannaufschlag auf den Einkaufspreis:
„Der LVP wird durch den n/n-Einkaufspreis zuzüglich einer Spanne von 25 % gebildet.“
 - Anknüpfung an den LVP eines dritten Händlers:
„Der LVP darf die LVP des Händlers X nicht unterschreiten.“
- 48** Dass es sich um eine Vereinbarung über den LVP handelt, wird auch nicht in Frage gestellt, wenn die Regelung über den LVP eine Bedingung vorsieht:

- *„Der LVP von mindestens 0,89 € wird nicht unterschritten, solange die wesentlichen Wettbewerber X und Y sich an die UVP halten.“*

Die Bedingung stellt den wettbewerbsbeschränkenden Charakter der Abrede im vorliegenden Fall nicht etwa in Frage; die Bezugnahme auf konkurrierende Händler lässt vielmehr erkennen, dass die vertikale Preisbindung hier auch einen klaren horizontalen Aspekt mit dem Ziel einer flächendeckenden Preisbindung hat.

49 Es ist nicht erforderlich, dass die Einigung oder Abstimmung über den Wiederverkaufspreis unter dem Einfluss von Druckausübung oder Anreizen zustande kommt. Vom Verbotstatbestand erfasst sind auch Vereinbarungen oder Abstimmungen, die auf einem gleichgerichteten Interesse beider Beteiligten beruhen. Häufig wird es dabei so sein, dass der Händler eine Verpflichtung zu einer bestimmten Gestaltung der LVP nur in der Erwartung eingeht, der Hersteller werde auch die konkurrierenden Händler zu entsprechenden Zusagen bewegen und damit für eine marktweite Preisanhebung sorgen:

- **Beispiel:** *Hersteller A und die Händler X, Y und Z haben jeweils ein Interesse an der Erhöhung der LVP, weil nur ein Teil der Differenz zum bisherigen LVP zur Anhebung der Einkaufspreise dienen soll, während die restliche Differenz die Handelsspanne erhöhen würde. Sie erklären sich deshalb jeweils bereit, ihre LVP anzuheben und erwarten vom Hersteller, auch die jeweils anderen Händler zu einem solchen Schritt zu bewegen.*

50 Vielfach wird allerdings Druck eingesetzt oder werden Anreize gewährt, um den Händler zum Abschluss der Vereinbarung oder ihrer Einhaltung zu bewegen, wie in den nachfolgenden **Beispielen**:

- *Der Hersteller droht dem Händler mit Nichtbelieferung oder Liefereinschränkungen, falls dieser die UVP unterschreitet.*
- *Der Hersteller macht die vom Händler gewünschte Belieferung mit weiteren Produkten in den Verhandlungen davon abhängig, dass der Händler künftig die UVP einhält.*
- *Der Hersteller stellt für eine Aktion mit Verlosung drei Pkw als Hauptgewinn zur Verfügung, jedoch unter der Voraussetzung, dass der Aktions-LVP mindestens*

1,85 € und höchstens 1,89 € beträgt. Der Händler nimmt zu diesen Bedingungen an der Aktion teil.

- *Der Hersteller stellt dem Händler eine Konditionenverbesserung in Aussicht, wenn der Händler die geforderte Einhaltung der UVP zusagt, was dieser auch tut.*
- *Der Hersteller vereinbart mit dem Händler einen „Preispflegerabatt“ von 1,5 % auf den Einkaufspreis, der vierteljährlich nachträglich von der Rechnung abgezogen wird, sofern der Händler die UVP einhält.*

Im letztgenannten Beispiel „Preispflegerabatt“ behält der Händler zwar formal die Freiheit, unter Verzicht auf den Rabatt den LVP niedriger zu setzen. Der unter der genannten Bedingung stehende Rabatt zielt jedoch objektiv darauf ab, dem Händler Anreize für vorstoßenden Preiswettbewerb zu nehmen (in diesem Fall würde er den Rabatt einbüßen) und ihn von einem sofortigen Nachziehen bei Niedrigpreisen eines konkurrierenden Händlers abzuhalten (der Händler wird eher als sonst bereit sein, durch die Niedrigpreisaktion eines Wettbewerbers verursachte kurzfristige Umsatzeinbußen hinzunehmen, um den Rabatt nicht zu gefährden). Damit ist die Vereinbarung eines solchen Preispflegerabatts geeignet und dazu bestimmt, den Preiswettbewerb einzuschränken, und stellt eine vertikale Preisbindung dar.

51 Die Ausübung von Druck oder das Setzen von Anreizen macht in den genannten Beispielen deutlich, dass der Hersteller in wettbewerbswidriger Weise die Entscheidungsfindung des Händlers beeinflusst und bereits damit deutsches Recht (§ 21 Abs. 2 GWB) verletzt hat. Auch der Händler begeht einen Kartellrechtsverstoß, weil er dem an ihn herangetragenen Preisbindungsbegehren letztlich zustimmt und so mit dem Hersteller eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung im Sinne des deutschen und europäischen Rechts schließt (§ 1 GWB; Artikel 101 Abs. 1 AEUV). Der Händler kann diesen Rechtsverstoß vermeiden, indem er sich dem Versuch der Einflussnahme unter Hinweis auf die Rechtslage widersetzt und erforderlichenfalls die Kartellbehörden einschaltet. Kommt dies angesichts der Marktverhältnisse ausnahmsweise nicht als realistische Handlungsoption in Frage – etwa weil ein Händler, der keine Nachfragemacht hat, von der Belieferung durch einen marktmächtigen Hersteller abhängig ist, der ihn mit Auslistung oder sonstigen wirtschaftlichen Nachteilen bedroht – empfiehlt es sich für ihn zumindest, die Drohungen zu dokumentieren. In einem ggf. nachfolgenden behördlichen

Verfahren kann der Händler dann nachweisen, dass die Initiative zur Preisbindung nicht von ihm ausging. Hierbei handelt es sich um einen Umstand, der zugunsten des Händlers zu berücksichtigen sein kann, auch wenn er formal am Kartellverstoß ebenso beteiligt ist wie der Hersteller.

II. Unverbindliche Preisempfehlungen (UVP)

- 52** Das Aussprechen von unverbindlichen Preisempfehlungen durch den Hersteller ist erlaubt. Im Ausgangspunkt handelt es sich um eine einseitige, erlaubte Verhaltensweise des Herstellers, der die Möglichkeit hat, seine Meinung darüber auszusprechen, welchen Ladenverkaufspreis er für das von ihm gelieferte Produkt als sinnvoll erachtet. Eine solche Meinung darf grundsätzlich auch erläutert werden, solange dadurch die Unverbindlichkeit der Empfehlung nicht in Frage gestellt wird oder dem Händler nicht Zusatzinformationen geliefert werden, die darauf abzielen, seine Entscheidung in Richtung der Einhaltung der UVP wettbewerbswidrig zu beeinflussen. Bewegt sich der Hersteller in diesem Rahmen, so darf der Händler der unverbindlichen Preisempfehlung folgen, ohne dass dies bereits eine Vereinbarung oder eine Verhaltensabstimmung über den LVP begründen würde.
- 53** Bezogen auf die Bußgeldverfahren wegen Verstößen gegen das Preisbindungsverbot im Lebensmitteleinzelhandel wurde in nahezu allen Fällen, in denen eine vertikale Preisbindung festzustellen war, die UVP als Vehikel für eine Preisbindung genutzt. Die in solchen Konstellationen zu treffende Unterscheidung zwischen erlaubten und nicht erlaubten Verhaltensweisen setzt zum einen bei der Frage an, ob es sich noch um einseitiges Verhalten oder bereits um zweiseitige Verhaltensweisen (Vereinbarung, abgestimmtes Verhalten) handelt; zum anderen betrifft sie die Abgrenzung zwischen zulässiger und wettbewerbswidriger Beeinflussung der Entscheidungen des Händlers:
- 54** **a) Beispiel 1:** *Hersteller A empfiehlt im Jahresgespräch einen LVP von 0,89 € als Regal- und 0,85 € als Aktionspreis für sein Produkt. Er begründet dies mit den Ergebnissen der internen Marktforschung, für die Verbraucher befragt und Preissensitivitätsanalysen erstellt wurden, in die auch die im Handel gezeigten LVP der Konkurrenzprodukte einbezogen wurden.*
- 55** **aa) Ausgangsfall:** *Händler X nimmt die Erläuterungen zur Kenntnis, äußert sich aber nicht abschließend zur Preisgestaltung. Nach internen Beratungen bepreist er die Produkte wie empfohlen.*

- 56** Das Verhalten von Hersteller und Händler ist kartellrechtskonform. Die Erläuterungen des Herstellers zur eigenen UVP sind zulässig. Der Händler hat seine Entscheidung, die empfohlenen Preise der eigenen Preissetzung zugrunde zu legen, autonom getroffen und dem Hersteller keine Zusage hinsichtlich der Preisgestaltung gemacht. Damit fehlt es an einer Vereinbarung hinsichtlich der Ladenverkaufspreise, und es liegt auch keine unzulässige einseitige Einflussnahme seitens des Herstellers vor.
- 57** **bb) Abwandlung 1:** *Händler X nimmt die Erläuterungen zur Kenntnis. Nach weiteren internen Beratungen kündigt er dem Hersteller gegenüber an, der UVP zu folgen.*
- 58** Im Unterschied zum Ausgangsfall hat der Händler in Abwandlung 1 dem Hersteller mitgeteilt, welchen LVP er setzen wird. Damit verlässt der Händler den Bereich des eindeutig und ohne nähere Prüfung kartellrechtskonformen Verhaltens. Ob seine Rückäußerung als Zustimmung zu einer ihm angetragenen vertikalen Preisbindung gewertet werden kann, ist vielmehr aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller Umstände des Sachverhalts zu ermitteln. Zur Vermeidung von Unsicherheit über das Bestehen einer vertikalen Preisbindung ist es ratsam, dass der Händler dem Hersteller gegenüber Rückäußerungen vermeidet, die den Anschein einer Zusage erwecken, man werde die UVP befolgen (vgl. dazu auch unten C.III).
- 59** **cc) Abwandlung 2:** *Hersteller A hat in den Gesprächen zur Erläuterung der UVP deutlich gemacht, dass er eine marktweite LVP-Erhöhung auf die neue UVP innerhalb eines bestimmten Zeitfensters durchsetzen möchte und deshalb die Zusage der Handelsunternehmen benötigt, „mitzuziehen“.*
- 60** Hier ist für den Händler klar, dass es um verbindliche Aussagen zum LVP geht, die der Hersteller für eine marktweite Koordinierung verwenden möchte. Trifft der Händler hier die Aussage, den LVP in Höhe der Preisempfehlung zu setzen, ist dies als Zusage und damit als Zustimmung zu einer Vereinbarung über den LVP zu werten; ein etwaiger innerer Vorbehalt des Händlers, doch einen niedrigeren Preis zu setzen, wäre unerheblich. Die weitere Verwendung der Zusage von X als Argument gegenüber anderen Handelsunternehmen durch den Hersteller liegt so nahe, dass X nicht darauf vertrauen kann, der Hersteller werde die Zusage für sich behalten. Die Vertikalvereinbarung weist damit einen starken Bezug zu einer horizontalen Koordinierung der Händler durch den Hersteller auf, an der X durch seine Zusage mitwirkt.

- 61 b) Beispiel 2:** *Der Hersteller B möchte sicherstellen, dass ein höheres LVP-Niveau etabliert wird, damit er höhere Einkaufspreise gegenüber dem Handel durchsetzen kann. Er stellt den Händlern deshalb neue, höhere UVP in Höhe des gewünschten LVP vor, die ab dem nächsten Quartal gelten sollen.*
- 62 aa) Ausgangsfall:** *Dem Händler X macht B deutlich, dass eine Unterschreitung des UVP-Niveaus eine Nichtbelieferung zur Folge haben würde. Händler X nimmt dies hin und hebt den LVP wie gewünscht an.*
- 63** Durch die Drohung mit Lieferverweigerung hat der Hersteller B hier durch Drohung auf eine Bindung der LVP des X hingewirkt, was nach deutschem Recht (§ 21 Abs. 2 GWB) bereits einen Rechtsverstoß darstellt. Die Befolgung der UVP durch X kann darüber hinaus auch ohne ausdrückliche Rückmeldung an B als stillschweigende Zustimmung zur vorgeschlagenen Preisbindung und damit nach deutschem und europäischem Recht als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung gewertet werden. Damit verstieße auch X gegen das Kartellverbot. Eine Auslegung des Verhaltens als Zustimmung zu einer Preisbindung liegt hier nahe, da mit einem Widerspruch von X zu rechnen gewesen wäre, wenn er sich dem B nicht hätte fügen wollen.
- 64 bb) Ergänzung zum Ausgangsfall:** *Einige Monate später beschwert Händler X sich bei Hersteller B über eine Aktion des Händlers Y, weil darin die Preisempfehlung des B unterschritten wird, und fordert den B auf, mitzuteilen, was dieser zu tun gedenke.*
- 65** Die Beschwerde des X ist als Aufforderung an B zu verstehen, dafür zu sorgen, dass auch Y die Preisdisziplin wahrt. Sie lässt darauf schließen, dass X die UVP als verbindlich erachtet und die von ihm vorgenommene LVP-Anhebung eine Zustimmung zu der Preisbindungsvereinbarung darstellte. Die Bewertung des Verhaltens des X im Zusammenhang mit der von ihm vorgenommenen Anhebung der LVP wird somit bestätigt.
- 66** Drohungen für den Fall der Nichtbeachtung stehen der Unverbindlichkeit der Preisempfehlung im Übrigen auch dann entgegen, wenn sie subtil zum Ausdruck gebracht werden. Hier ist die Sichtweise eines verständigen Empfängers der Erklärungen des Lieferanten maßgeblich. Zu berücksichtigen sind dabei die Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Machtverhältnisse zwischen dem Lieferanten und dem Händler und in der Vergangenheit gezeigte Verhaltensmuster, die den Verständnishintergrund des Händlers bilden. Es ist zum Beispiel nicht zu

beanstanden, wenn ein wenig bedeutender, für den Händler ohne Weiteres ersetzbarer Lieferant einen nachfragemächtigen Händler im Jahresgespräch und sodann nochmals unterjährig auf die UVP hinweist. Denn in einer solchen Konstellation werden aus der Perspektive des Händlers regelmäßig keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Hersteller aus einer Nichtbeachtung der Preisempfehlung negative Konsequenzen ziehen wird. Ist der Lieferant allerdings für den Absatzerfolg des Händlers bedeutend, z.B. weil er mit seinem Sortiment zu den führenden Anbietern in der jeweiligen Produktgruppe gehört, und steht, etwa wegen Lieferverweigerungen in der Vergangenheit, zu befürchten, dass der Hersteller wieder zu diesem Mittel greifen wird, so kann bereits ein einmaliges Ansprechen des Händlers auf einen Niedrigpreis als nach deutschem Recht (§ 21 Abs. 2 GWB) verbotene Drohung und unzulässige Druckausübung aufzufassen sein.²⁵

67 cc) Abwandlung des Ausgangsfalles (vgl. oben aa), Rn. 62): *Hersteller B droht dem Händler X nicht, lässt in den Gesprächen aber durchblicken, dass dessen wesentliche Wettbewerber Y und Z bereits zugesagt haben, zum neuen Quartal die LVP in Höhe der neuen UVP anzuheben. X gibt an, dass er sich „der Marktentwicklung anpassen“ werde.*

68 Auch in diesem Fall wird die Entscheidung des Händlers wettbewerbswidrig beeinflusst, denn durch die Informationen des B über die Haltung der Wettbewerber Y und Z wird dem X die Unsicherheit über die Preisgestaltung dieser konkurrierenden Händler zumindest teilweise genommen. In diesem Zusammenhang ist die Rückmeldung des X an B als Zusage dahin zu verstehen, dass er ebenfalls den LVP auf die neue UVP anheben wird, sofern auch Y und Z dies tun. Hierin liegt nach deutschem und europäischem Recht eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung (§ 1 GWB; Artikel 101 Abs. 1 AEUV).

III. Mengenmanagement/Aktionsplanung

69 Hersteller und Handelsunternehmen können ein gemeinsames Interesse daran haben, durch rechtzeitige Information eine sachgerechte Produktionsplanung zu ermöglichen und auf diese Weise Lieferengpässen vorzubeugen. Diesem Gesichtspunkt kommt insbesondere bei der Planung von Aktionen erhebliche Bedeutung zu, da die im Rahmen von Aktionen benötigten Liefermengen regelmäßig weit über den beim Verkauf zum

²⁵ Vgl. KG, Urteil v. 2. Februar 2012 – 2 U 2/06 Kart und BGH, Beschluss v. 06. November 2012 – KZR 13/12.

Normalpreis (dem so genannten Regalpreis) abgesetzten Mengen liegen. Der Hersteller beansprucht deshalb oft einen ausreichenden Vorlauf, um sich auf diesen zusätzlichen Bedarf eines Händlers einrichten zu können.

- 70** Werden im Rahmen eines Jahresgespräches die *Zeiträume* für die vom Hersteller geförderten Aktionen vorab festgelegt, wobei der Hersteller auch die Aktionszeiträume anderer Händler in den Blick nehmen wird, dient dies regelmäßig einer gleichmäßigeren Auslastung der Produktionsanlagen. Dies ist kartellrechtlich zulässig. Dass damit zugleich dafür gesorgt wird, dass nicht sämtliche Händler gleichzeitig Aktionen mit den gleichen Produkten durchführen, erscheint wettbewerblich unbedenklich. Denn anderenfalls würde die Attraktivität des herstellergeförderten Aktionsgeschäftes erheblich eingeschränkt werden.
- 71** Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Hersteller dem Händler die Durchführung weiterer Aktionen auf dessen eigene Kosten und zu den vom Händler gewählten Zeitpunkten untersagen dürfte. Wenn der Händler die hierfür gewünschten höheren Mengen frühzeitig nennt, kann dies den Hersteller in die Lage versetzen, sie wie benötigt zur Verfügung zu stellen. Die frühzeitige Information des Herstellers über geplante Aktionen beugt somit Kapazitätsengpässen vor und liegt auch im Interesse der Endkunden.
- 72** Kartellrechtliche Bedenken können allerdings dann auftreten, wenn der Hersteller nicht nur frühzeitig über die benötigten Mengen informiert wird, sondern der Händler zusätzlich auch den vorgesehenen Aktions-LVP nennt. Hier kann im Einzelfall die Abgrenzung zwischen der – grundsätzlich erlaubten – bloßen Information seitens des Händlers über einen von ihm autonom geplanten Preis und der – als vertikale Preisabsprache grundsätzlich nach deutschem und europäischem Recht verbotenen – *Zusage* eines bestimmten Verkaufspreises Probleme aufwerfen.
- 73** **Beispiel:** *In den vom Bundeskartellamt verfolgten Fällen vertikaler Preisbildung im Lebensmitteleinzelhandel kam es oftmals zu Interventionen des Herstellers, wenn der geplante Aktionspreis aus seiner Sicht zu niedrig war. So wurde in diesen Fällen zunächst argumentativ versucht, den Händler zur Anhebung des Preises zu bewegen; führte dies noch nicht zum Erfolg, wurden sodann, um Druck auf den Händler auszuüben, u.a. Lieferbestätigungen nicht ausgesprochen oder unter Vorwänden widerrufen. Als Alarmzeichen galt es für den Hersteller, wenn der Händler zwar hohe Mengen orderte, aber nicht zugleich den geplanten Aktionspreis nannte.*

Die Nennung eines mit den Vorgaben des Herstellers übereinstimmenden Aktionspreises durch den Händler brachte in diesem Zusammenhang demgegenüber den Willen des Händlers zum Ausdruck, sich an die Preisuntergrenzen zu halten.

74 Die Nennung eines mit der Preisempfehlung übereinstimmenden Aktions-LVP im Zusammenhang mit der Warenorder kann in Anbetracht dieser Erfahrungen den Verdacht nahelegen, dass es sich tatsächlich um eine *Zusage* handelt, die Preisempfehlung zu befolgen. Dies gilt insbesondere dann, wenn davon auszugehen ist, dass der Händler in der Lage ist, die Mengeneffekte des geplanten Aktions-LVP selbst abzuschätzen. Angesichts der genauen Aktionsanalysen, die in den Handelsunternehmen vorgenommen werden, und der großen Erfahrung des Handels mit Aktionspreisen dürfte dies regelmäßig der Fall sein.

- Händler sollten deshalb nach Möglichkeit davon absehen, dem Hersteller vorab den geplanten Aktionspreis zu nennen, um von vornherein der Gefahr vorzubeugen, dass eine geplante Unterschreitung der Aktions-UVP vom Hersteller zum Anlass für Interventionen mit dem Ziel genommen wird, den LVP noch „zu drehen“ oder dass – sofern derartige Preispflegemaßnahmen des Herstellers bekannt sind – ein mitgeteilter geplanter Aktionspreis in Höhe der Aktions-UVP als Zusage zur Einhaltung des Mindestpreises verstanden werden kann.
- Sofern Händler gleichwohl die Einschätzung des Herstellers zu den Mengeneffekten eines Aktions-LVP wünschen, erscheint es ratsam, die empfohlenen Ordermengen für mehrere alternative LVP abzufragen, um dem Anschein entgegenzuwirken, ein bestimmter Aktionspreis werde zugesagt.
- Hersteller sollten insbesondere nicht die Händler zur Vorab-Information über Aktionspreise verpflichten, da dies den Verdacht einer geplanten Einflussnahme auf den LVP begründet und entsprechende Angaben des Händlers kaum als unverbindlich angesehen werden können.

75 Nur in Franchise- und ähnlichen Vertriebssystemen, bei denen die Vertriebsmethoden einheitlich vorgegeben sind, kann im Einzelfall unter Effizienzgesichtspunkten die ausdrückliche Bindung des Aktions-LVP durch den Hersteller zulässig sein, wenn sie der

Koordination einer kurzfristigen Sonderangebotskampagne dient.²⁶

IV. Spannengarantien/Nachverhandlungen

- 76** In der Praxis kommt es nicht selten zu Diskussionen zwischen dem Händler und dem Hersteller über die mit dessen Produkten erzielbaren Deckungsbeiträge. Die LVP-Erwartungen des Händlers sind regelmäßig maßgeblich für das Niveau der Einkaufspreise, das er zu akzeptieren bereit ist. Die vom Hersteller ausgesprochenen UVP beeinflussen dabei oftmals die LVP-Erwartungen, können aber vom Händler auch kritisch hinterfragt werden. In den bereits oben unter C.II zum Thema UVP aufgezeigten Grenzen sind solche Diskussionen zulässig. Fraglich ist allerdings zum einen, inwieweit der Hersteller in diesen Gesprächen das Risiko für eine Fehleinschätzung des zukünftigen Marktpreises seinerseits von vornherein übernehmen, also eine (Mindest-)Spanne des Händlers garantieren darf. Zum anderen stellt sich die Frage, ob der Händler unter dem Gesichtspunkt des Verbots vertikaler Preisbindungen daran gehindert ist, in Nachverhandlungen einen Ausgleich vom Hersteller zu fordern, wenn die Spannenerwartungen sich nicht realisieren ließen.
- 77** Mit derartigen Garantien oder Ausgleichsforderungen weichen die Unternehmen von der üblichen Risikoverteilung zwischen Hersteller und Handel ab, wonach der Händler die LVP setzt, aber auch die Folgen dieser Entscheidung zu tragen hat. Für sich liegt hierin grundsätzlich – vorbehaltlich der besonderen Verhaltensvorschriften für marktstarke bzw. marktbeherrschende Unternehmen – kein Kartellrechtsverstoß, sondern ein im freien Spiel der Kräfte zwischen Hersteller und Handel zustande kommendes Verhandlungsergebnis vor, das ggf. in neuen Verhandlungsrunden für zukünftige Geschäftsperioden korrigiert werden kann. Spannengarantien und Nachverhandlungen können aber unter mehreren Aspekten mit Blick auf das Preisbindungsverbot problematisch sein:
- 78** Zum einen könnte die Abgabe einer Spannengarantie durch den Hersteller als Zusicherung dafür gewertet werden, dass der übrige Handel bei der Preissetzung gemäß der UVP „mitzieht“. Denn bei vernünftiger Auslegung aus der Perspektive des Händlers wird sich der Hersteller ansonsten nicht auf eine für ihn wirtschaftlich potentiell nachteilige Garantie einlassen, die ihm das Risiko des Preissetzungsverhaltens des Händlers aufbürdet. Zum anderen kann das Stellen einer Ausgleichsforderung durch den Händler unter Hinweis auf die Preisgestaltung seiner Wettbewerber auch als Druckausübung auf den Hersteller mit

²⁶ Vgl. Vertikal-LL, Rz. 225.

dem Ziel gewertet werden, diesen zur Etablierung oder Aufrechterhaltung von Preisbindungen bei anderen Händlern zu veranlassen.

- 79** **Beispiel 1:** *Hersteller A möchte gegenüber Händler X einen Einkaufspreis von 0,60 € durchsetzen. Der bisherige Einkaufspreis des Händlers X lag bei 0,55 €. Die neue UVP für das Produkt lautet 0,99 € inkl. 7 % MwSt, eine Steigerung um 0,10 € gegenüber der bisherigen UVP. X ist skeptisch, ob der Verbraucher diese Preiserhöhung akzeptieren wird. A sichert ihm daraufhin zu, für den Fall, dass ein LVP von 0,99 € (netto 0,9252 €) sich als „nicht realisierbar“ erweisen sollte, für eine Spanne von 0,3252 € pro Stück zu garantieren und etwaige Differenzen durch einen Nachlass auf den Einkaufspreis zu berücksichtigen.*
- 80** Händler X dürfte die Formulierung „nicht realisierbar“ dahingehend verstehen, dass damit eine Unterschreitung der UVP durch andere Händler gemeint ist. X wird aus der Risikoübernahme seitens A folgern, diesem sei in den Gesprächen mit den übrigen Handelsunternehmen signalisiert worden, dass diese ebenfalls die UVP umsetzen werden. Durch dieses Angebot schafft A einen Anreiz für X, zunächst einmal der UVP-Erhöhung zu folgen. Hierin liegt eine nach deutschem Recht (§ 21 Abs. 2 GWB) verbotene Anreizgewährung. Geht X auf das Angebot ein, liegt hierin auch eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung nach deutschem und europäischem Recht (§ 1 GWB, Artikel 101 Abs. 1 AEUV): Im Kern akzeptiert X die Erhöhung des Einkaufspreises und sagt eine Anhebung des LVP auf die neue UVP unter der Bedingung zu, dass A die LVP-Erhöhung auch bei den anderen Händlern durchsetzt bzw. dass A im Falle einer erfolglosen Durchsetzung X hierfür finanziell (über)kompensiert.
- 81** Schwieriger zu beurteilen sind nachträgliche Forderungen des Handels nach einer wirtschaftlichen Kompensation für enttäuschte Ertragserwartungen. Soweit die Gewährung eines solchen Ausgleichs nicht bereits eine eingespielte Praxis zwischen den Vertragspartnern darstellt, hat zunächst einmal das Handelsunternehmen das Risiko der Preissetzung getragen. Ob und in welchem Umfang es im Nachhinein noch einen Ausgleich erwarten kann, ist von Marktposition und Verhandlungsgeschick der Parteien abhängig. Die Forderungen des Händlers mögen daher bei entsprechend starker Marktposition unter dem Aspekt der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende oder marktstarke Unternehmen problematisch sein, vermitteln für sich genommen aber noch keinen hinreichenden Schluss auf eine kartellrechtswidrige Vereinbarung über die Verkaufspreise des Händlers. Hierfür müssen vielmehr weitere Anhaltspunkte

hinzukommen.

- 82** **Beispiel 2:** *Händler Y ist der von Hersteller B ausgesprochenen (erhöhten) UVP gefolgt. Da der konkurrierende Händler Z, der stärkste Wettbewerber von Y, seine LVP nicht entsprechend der Preisempfehlung des Herstellers B erhöht hat, und im Hinblick auf Niedrigpreisaktionen anderer Händler sah sich Y gezwungen, seine LVP nach kurzer Zeit entsprechend zu senken. Im nächsten Jahresgespräch lehnt Y die Forderung des B nach einer weiteren Erhöhung des Herstellerabgabepreises ab, da die Margensituation wegen des Verkaufspreisniveaus unbefriedigend sei, und verlangt „wirtschaftliches Entgegenkommen“ seitens des Herstellers. Dieser bietet daraufhin zwei zusätzliche Aktionen mit attraktiven Werbekostenzuschüssen an. Auf dieser Basis erfolgt eine Einigung.*
- 83** Die Forderung von Y nach wirtschaftlichem Entgegenkommen unter Verweis auf die unbefriedigende Margensituation ist nicht als Preisbindung zu werten. Die Forderung zielt auf die Einkaufspreise des B, während eine Aufforderung zur Einflussnahme des B auf die Preispolitik des Z nicht formuliert wird und sich auch nach den Umständen nicht aufdrängt. Gegen eine solche Auslegung der Forderung spricht hier auch, dass diese erst am Ende der Geschäftsperiode aufgestellt wurde, nicht hingegen sogleich, als die Unterschreitung der UVP durch Z und andere Händler erkennbar wurde.
- 84** **Abwandlung zu Beispiel 2:** *Als Y feststellt, dass der konkurrierende Händler Z der UVP nicht folgt, weist er B hierauf hin. Y ist dabei bewusst, dass B in solchen Situationen Druck auf den anderen Händler ausüben wird, um diesen zur Befolgung der UVP zu bewegen, denn Y wurde bereits selbst einmal von B wegen einer Niedrigpreisaktion mit einer zeitweiligen Liefersperre belegt. Daneben will Y seine Verhandlungsposition für den Fall stärken, dass Händler Z sich von B nicht beeindrucken lässt, und behält sich vor, Ausgleichsforderungen wegen der Preisverstöße des Z zu stellen. B bedankt sich für den Hinweis, dem man unverzüglich nachgehen werde. Man sehe die Preispflege bekanntermaßen als vordringliche Aufgabe an und werde eine Gefährdung des Preisniveaus im Sinne der gemeinsam mit dem Handel angestrebten Wertschöpfungsstrategie nicht hinnehmen.*
- 85** Hier ist bereits angesichts der Vorgeschichte deutlich, dass Y um die von B praktizierte „Preispflege“, d. h. die Vereinbarung und Durchsetzung von Preisbindungen, weiß. Die Antwort des B lässt diese Praxis ebenfalls erkennen. Der Hinweis des Y stellt daher nicht allein den Versuch dar, Ausgleichsforderungen für das nächste Jahresgespräch

vorzubereiten. Vielmehr ist er dahingehend zu verstehen, dass Y die Preisbindung durch B billigt und diesen zu weiteren Aktivitäten in diese Richtung auffordert. Dies wiederum lässt darauf schließen, dass zwischen Y und B eine Vereinbarung zur Einhaltung der UVP unter der Bedingung besteht, dass B für eine Einhaltung des Preisniveaus seitens der übrigen Händler sorgt. Hierin liegt eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung nach deutschem und europäischem Recht (§ 1 GWB, Artikel 101 Abs. 1 AEUV). Dass Y zugleich ggf. die eigene Verhandlungsposition für den Fall eines Mislingens der Einflussnahme des B auf die anderen Händler stärken möchte, steht dem nicht entgegen.

V. Nichtaufnahme und Abbruch von Geschäftsbeziehungen

- 86** Das Kartellrecht erlegt Herstellern im Ausgangspunkt keine Belieferungspflicht auf. Nur wenn ein Händler von einem marktbeherrschenden oder marktstarken Hersteller abhängig ist, kann er unter Umständen einen Belieferungsanspruch haben (§§ 19, 20 GWB). Außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Sonderregeln darf ein Hersteller die Bitte eines Händlers um Belieferung ablehnen, unabhängig davon, welches Motiv er für die Ablehnung hat. Beispielsweise kann ein Hersteller die Belieferung verweigern, weil die absehbare Gestaltung der LVP durch den Händler nicht mit seiner Vorstellung über die preisliche Platzierung des Produkts im Markt vereinbar ist.
- 87** **Beispiel 1:** *Entscheidet sich ein nicht marktbeherrschender oder –starker Hersteller bewusst deshalb gegen eine Listung seiner Produkte bei allen Discounthändlern, weil er befürchtet, deren aggressive LVP würden die Preissetzungsspielräume der Vollsortiment-Händler bei seinen Produkten beeinträchtigen und damit auch seine Herstellerabgabepreise unter Druck setzen, so ist dies eine grundsätzlich zulässige Geschäftsstrategie.*
- 88** Dieser Beweggrund ist so lange kartellrechtlich unerheblich, wie er eine autonome interne Entscheidung des Herstellers bleibt. Macht der Hersteller hingegen deutlich, dass er sich wegen der Preisgestaltung des Händlers für einen Abbruch der Geschäftsbeziehung entschieden habe, so kann dies als Druckausübung und Beeinflussung der LVP des Händlers zu werten sein, die bereits für sich genommen nach deutschem Recht (§ 21 Abs. 2 GWB) verboten ist. Denn grundsätzlich wird davon auszugehen sein, dass der Hersteller bei Veränderung des Preissetzungsverhaltens des Händlers durchaus bereit

ist, ihn wieder zu beliefern. Die Bezugnahme des Herstellers auf die Preispolitik des Händlers wird daher nicht als abschließende, unabänderliche Weigerung zu verstehen sein, den Händler zu beliefern, sondern als Aufforderung an ihn, durch eine Änderung seiner Preissetzungspolitik die Voraussetzungen für eine Wiederbelieferung zu schaffen. Dies gilt auch dann, wenn der Hersteller die Aufnahme einer Belieferung mit der Begründung verweigert, der Händler sei nicht bereit, die UVP als Preisuntergrenze zu akzeptieren. Wird daher nach einer derart begründeten Weigerung des Herstellers zur Aufnahme oder Fortsetzung einer Lieferbeziehung der Liefervertrag fortgesetzt oder die Belieferung erstmals aufgenommen, und verwendet der Händler nunmehr die empfohlenen LVP, so liegt es nahe, dem neuen Liefervertrag eine Vereinbarung darüber zu entnehmen, dass der Händler die UVP einhalten wird. Eine solche Vereinbarung ist dann eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung nach deutschem und europäischem Recht (§ 1 GWB; Artikel 101 Abs. 1 AEUV).

89 Dies gilt auch dann, wenn der Hersteller seine Unzufriedenheit mit den LVP des Händlers nicht offen kommuniziert, sondern, etwa auf Nachfragen des Händlers hin, entsprechende Andeutungen macht oder durch allgemeine Ankündigungen seine diesbezügliche Vertriebspolitik offenbart. Gerade bei Beendigung einer bestehenden Vertragsbeziehung erscheint es nur schwer vorstellbar, dass der Hersteller seine Beweggründe dem Händler gegenüber vollständig geheim hält.

90 **Beispiel 2:** *Hersteller A hat durch seine Vertriebsmitarbeiter in der Vergangenheit die LVP des Händlers X als zu niedrig kritisiert. Nach einer weiteren Aktion des X mit einem LVP unterhalb des von A empfohlenen Preises teilt A dem Händler X mit, die Lieferbeziehung nicht fortzusetzen. Auf Nachfragen des X lässt der Vertriebsleiter des A durchblicken, dass er die Beendigung der Lieferbeziehung bedauere; A könne jedoch nur mit solchen Händlern weiter zusammenarbeiten, die die an gemeinsamer Wertschöpfung ausgerichtete Unternehmensphilosophie von A mittrügen. Händler X versichert daraufhin, dass er großen Wert auf eine weitere Zusammenarbeit lege, die entstandenen Irritationen bedauere und alle erforderlichen Vorkehrungen treffen werde, um die Vertriebspolitik des A bestmöglich zu unterstützen. Daraufhin wird die Belieferung des X durch A wieder aufgenommen.*

91 Angesichts der Vorgeschichte und der auf Nachfrage abgegebenen Erläuterungen war hier für den Händler X deutlich, dass Hersteller A die Einhaltung seiner Preisempfehlung als Voraussetzung für die Fortsetzung der Lieferbeziehung ansieht. Dass Händler X sich dem fügen möchte, ist daher dem Vertragsschluss und den ihn

begleitenden Formulierungen zu entnehmen, auch wenn diese bewusst etwas unklar gehalten sind. Insofern ist hier eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung anzunehmen.

- 92** Die Kommunikation des Herstellers mit dem Händler über die Gründe für die Nichtaufnahme oder Beendigung der Vertragsbeziehung dürfte allerdings tendenziell weniger bedeutsam werden, je länger der zwischen ihr und der (Wieder-)Aufnahme der Lieferbeziehung liegende Zeitraum ist oder wenn – glaubhafte – Bemühungen unternommen wurden, die Zusammenarbeit auf eine neue kartellrechtskonforme Grundlage zu stellen.
- 93** **Abwandlung zu Beispiel 2:** *Seit der Kündigung sind zwei Jahre vergangen. Der Hersteller A hat zur Vermeidung kartellrechtlicher Risiken Compliance-Maßnahmen ergriffen und gegenüber Händler X klargestellt, dass dieser in der Festlegung der Verkaufspreise frei sei, was auch die Unterschreitung empfohlener Preise einschließe. Sofern einer der Mitarbeiter des A gleichwohl versuche, diesbezüglich Druck auszuüben, sei die Geschäftsleitung des A für Hinweise dankbar und werde ein solches Verhalten ihrer Mitarbeiter unverzüglich unterbinden.*
- 94** Hier hat sich der Hersteller von seinem früheren Verhalten glaubhaft distanziert und damit die Grundlage für eine kartellrechtskonforme Wiederaufnahme der Lieferbeziehung geschaffen.

VI. Datenaustausch zwischen Händlern und Herstellern

- 95** Die bei einem Handelsunternehmen anfallenden Daten über Verkaufspreise und – mengen bestimmter Produkte bilden eine wichtige Erkenntnisquelle für die Preis- und Sortimentsgestaltung und werden daher von den jeweiligen Händlern intensiv analysiert. Auch für den Hersteller des jeweiligen Produktes sind sie von großem Interesse. Professionelle Marktforschungsunternehmen erheben daher regelmäßig die Verkaufspreise und -mengen, sei es durch eigene Erhebungen in Verkaufsstellen, die systematische Erfassung von Daten zum Einkaufsverhalten von Haushalten in Form von sog. Haushaltspanels oder Datenübermittlungen seitens der betreffenden Händler. Viele Hersteller beziehen diese Daten sodann von den Marktforschungsunternehmen, um sie – etwa im Bereich der Vertriebsstrategie und Produktplanung – betriebswirtschaftlich auszuwerten. Angesichts der erheblichen Kosten, die der Bezug der Daten bei Marktforschungsunternehmen mit sich bringt, und wegen der mit stichprobenweisen

Erhebungen verbundenen Ungenauigkeiten sind viele Hersteller daran interessiert, unmittelbar von den Handelsunternehmen Absatzdaten zu beziehen und hierfür ein Entgelt zu leisten. Auch bei Handelsunternehmen besteht Interesse an der Belieferung von Herstellern mit Absatzdaten, weil hiermit zum einen zusätzliche Erträge erwirtschaftet werden können, zum anderen aber auch die Expertise der Marktforschungsabteilungen der Hersteller für die Analyse der Absatzdaten genutzt werden kann. Kartellrechtlich ist eine derartige Zurverfügungstellung von Absatzdaten durch Händler an Hersteller grundsätzlich zulässig.

- 96** Kartellrechtliche Schranken ergeben sich allerdings daraus, dass die Datenlieferungen nicht zu einer Abstimmung oder Absprache des Preissetzungsverhaltens führen dürfen, und zwar weder zwischen den Händlern und dem Hersteller noch zwischen den Händlern unter Vermittlung des Herstellers noch zwischen den Herstellern unter Vermittlung des Händlers. Dies setzt zum Beispiel einer Übermittlung zukunftsbezogener Daten – also etwa der vorgesehenen Aktionspreise – an den Hersteller die bereits oben aufgezeigten Grenzen.
- 97** Für Absatzdaten der Vergangenheit ist von Bedeutung, ob diese lediglich den eingangs angeführten legitimen Zwecken dienen oder ob stattdessen oder daneben die Lieferung der Absatzdaten Bestandteil eines Systems der Kontrolle der LVP des Händlers ist, mittels dessen die Einhaltung einer vertikalen Preisbindung überwacht wird. Für eine Einstufung der Datenlieferung als Instrument einer solchen Preisüberwachung wird es u.a. auf die Aktualität der gelieferten Daten ankommen. Denn regelmäßig wird allein die Lieferung aktueller Daten die effektive Durchsetzung einer Preisbindung ermöglichen bzw. erleichtern. Auch die Lieferung aktueller Daten kann allerdings nur ein erstes Indiz für das Vorliegen einer Preisbindung sein. Für die Feststellung, dass Hersteller und Händler tatsächlich eine Preisbindung vereinbart haben, bedarf es weiterer Anhaltspunkte.
- 98** **Beispiel:** *Händler X liefert dem Hersteller A alle drei Monate die Absatzdaten über dessen Produkte im jeweils vorletzten Quartal. Dabei sind für jede Verkaufsniederlassung die Absatzmengen nebst dem jeweiligen Verkaufspreis angegeben. X erhält hierfür von A eine vorher festgelegte Vergütung, unabhängig davon, ob der Preisempfehlung des A gefolgt wurde oder nicht. A hat sich dem Händler X gegenüber verpflichtet, die übermittelten Daten nicht an Dritte weiterzuleiten. Anhaltspunkte für Zuwiderhandlungen durch A liegen X nicht vor.*
- 99** Zwischen dem Zeitpunkt des Verkaufs und der Lieferung der Absatzdaten liegt hier ein

Zeitraum von mindestens drei Monaten. Eine Koordinierung von Preiserhöhungen, die nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes in der Vergangenheit zumeist innerhalb eines Korridors von wenigen Wochen stattfand, liegt insofern nicht nahe. Eine Weiterleitung der Daten durch den Hersteller an andere Händler ist vertraglich ausgeschlossen. Die Vergütung für die Daten weist keinen Bezug zur Einhaltung der von A ausgesprochenen Preisempfehlungen auf. Andere Sanktionsmechanismen sind ebenfalls nicht ersichtlich. Die Datenlieferung ist hier also kartellrechtlich zulässig.

100 **Abwandlung:** *Händler X liefert dem Hersteller A die Abverkaufsmengen und –preise wöchentlich. A hat sich dem Händler X gegenüber zwar verpflichtet, die übermittelten Daten nicht an Dritte weiterzuleiten. Allerdings hat der zuständige Kundenbetreuer des A nach Erhalt der letzten Zahlen nachgefragt, wieso X im Saarland plötzlich in fünf Filialen das allgemein akzeptierte LVP-Niveau unterschreite, von dem es in den letzten 18 Monaten im gesamten Handel keinen Ausreißer mehr gegeben habe. Gerade mit Blick auf die zum nächsten Quartalsanfang geplante Erhöhung der Einkaufs- und Verkaufspreise sei es entscheidend, dass Querschüsse unterblieben. Den anderen Händlern gegenüber könne man diesmal vielleicht noch mit einem einmaligen Ausrutscher oder Versehen des X argumentieren. So etwas dürfe sich aber nicht wiederholen, wenn man glaubwürdig bleiben wolle. Die nächste Wochenmeldung des X zeigt, dass dieser nunmehr in keinem Teil des Vertriebsgebietes LVP unterhalb der Preisempfehlungen des A gesetzt hat.*

101 In der Abwandlung ist der Zeitraum zwischen Datenübermittlung und Verkaufsvorgang sehr kurz. Er erlaubt rasche Reaktionen und Interventionen des Herstellers, wozu es hier auch gekommen ist. Die prompte Reaktion des A durch den Kundenbetreuer, insbesondere auch die Bezugnahme auf die geplante Preiserhöhung und die Sichtweise anderer Händler, lassen erkennen, dass A die Preisdaten als Koordinierungs- und Kontrollinstrument bezüglich der LVP einsetzt. Dass X auch nach dieser Reaktion unverändert mit der Datenlieferung fortfährt und dabei nunmehr flächendeckend die Einhaltung der Preisempfehlung des A dokumentiert, lässt sich als Zusage verstehen, die Preisempfehlung künftig zu befolgen. Hierin liegt dann eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung nach deutschem und europäischem Recht (§ 1 GWB; Artikel 101 Abs. 1 AEUV). Diesem Eindruck hätte X entgegenwirken können, z.B. indem er sich gegen die Intervention verwahrt, eine Klarstellung seitens der Vertriebs- oder Geschäftsleitung des A sowie eine deutliche Verlängerung des Abstandes zwischen Verkaufsperiode und Datenübermittlung verlangt.

D. Fallpriorisierung und Ermessen

102 Das Bundeskartellamt entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen, ob es wegen des Verdachts auf einen Verstoß gegen das Preisbindungsverbot ein Verfahren einleitet (§ 54 Abs. 1 GWB; § 47 Abs. 1 OWiG). Bereits unter Ressourcengesichtspunkten wird es nicht jeden möglichen Verstoß aufgreifen können. Das Bundeskartellamt hat ebenfalls Ermessen, ob es ein ggf. einzuleitendes Verfahren als Bußgeld- oder als Verwaltungsverfahren führt.

I. Fallpriorisierung

103 Bei der Bewertung der Frage, ob ein Verdacht auf einen Verstoß gegen das Preisbindungsverbot eine Verfahrenseinleitung rechtfertigt, berücksichtigt das Bundeskartellamt das Ausmaß der von der mutmaßlichen Preisbindung ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen ebenso wie Anhaltspunkte für eine mögliche Effizienzrechtfertigung. Entsprechend sind in Fällen, die den Lebensmitteleinzelhandel betreffen, regelmäßig insbesondere folgende Gesichtspunkte von Bedeutung:

- a) **Marktstrukturkriterien** wie die Marktposition des Herstellers und des Händlers, der Grad der Marktkonzentration auf Hersteller- und auf Händlerseite, die Dauer und der Grad der Flächendeckung der mutmaßlichen Verstöße sowie das Ausmaß der bestehenden Liefer- und Bezugsverflechtungen zwischen Herstellern und Händlern im betroffenen Markt;
- b) **produktbezogene Kriterien** wie die Komplexität bzw. die Beratungsintensität des betroffenen Produktes sowie ggf. der Grad seiner Neuheit gegenüber dem bisherigen Angebot sowie
- c) **sonstige Kriterien** wie die Stärke der Bindungswirkung des beanstandeten Verhaltens und die Beweislage, das Ausmaß der mutmaßlich verursachten direkten Schäden insbesondere beim Endverbraucher, die Behinderung innovativer Vertriebskonzepte sowie eine zu erzielende Signal- bzw. Abschreckungswirkung im Markt.

104 Besondere Bedeutung wird das Bundeskartellamt Verstößen beimessen, die sich nicht in der Preisbindung zwischen Hersteller und Händler erschöpfen, sondern auf eine Koordination des Wettbewerbsverhaltens auf Händler- oder auf Herstellerebene abzielen

oder diese erleichtern.

105 Daneben können im Einzelfall markt- oder unternehmensspezifische Besonderheiten für die Einleitung eines Verfahrens sprechen, etwa wenn – z.B. durch eine Vielzahl von Beschwerden – Hinweise darauf vorliegen, dass es systematisch zu Verstößen gegen das Preisbindungsverbot kommt, oder wenn Hinweise darauf vorliegen, dass ein Unternehmen zum wiederholten Mal gegen das Preisbindungsverbot verstoßen hat.

II. Auswahl der Verfahrensart: Bußgeld- oder Verwaltungsverfahren

106 Das Bundeskartellamt kann Verstöße gegen das Kartellrecht im Bußgeld- oder im Verwaltungsverfahren aufgreifen. Das Bußgeldverfahren ist dabei für die Sanktionierung eindeutiger Rechtsverstöße vorgesehen, die die Beteiligten vorsätzlich oder fahrlässig begangen haben und die mit einem signifikanten Schädigungspotenzial verbunden sind. Im Bußgeldverfahren ist die Verhängung von Bußgeldern in erheblicher Höhe gegen Unternehmen und gegen natürliche Personen möglich (vgl. § 81 Abs. 4 GWB).

107 Das Verwaltungsverfahren erscheint demgegenüber insbesondere dann geeignet, wenn es sich um einen komplexen Sachverhalt mit schwierigen rechtlichen und ökonomischen Fragestellungen handelt oder ein Musterverfahren dazu dienen soll, in durch die bisherige Entscheidungspraxis der Wettbewerbsbehörden oder Gerichte noch nicht behandelten Bereichen die kartellrechtliche Beurteilung einer Fallgestaltung zu klären. Die Feststellung eines Verstoßes im Verwaltungsverfahren setzt nicht voraus, dass die beteiligten Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben. Das Verfahren endet, sofern sich die Vorwürfe bestätigen, mit einer Verwaltungsverfügung, die noch andauernde Verstöße für die Zukunft untersagt. Daneben kann die Kartellrechtswidrigkeit in der Vergangenheit liegender Verstöße festgestellt werden, soweit hierfür ein berechtigtes Interesse besteht, etwa mit Blick auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. Sollte der Verstoß vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden sein, kann das Bundeskartellamt auch einen durch den Verstoß ggf. erlangten wirtschaftlichen Vorteil abschöpfen.

108 Übersetzt auf vertikale Preisbindungen bedeutet dies, dass die Durchführung eines Bußgeldverfahrens bei eindeutigen Verstößen gegen das Preisbindungsverbot, bei denen eine Effizienzrechtfertigung nicht ersichtlich ist, nahe liegt, falls sich das Bundeskartellamt nach Berücksichtigung der oben aufgeführten Aufgreifkriterien für ein Aufgreifen des mutmaßlichen Verstoßes entschieden hat.

- 109** Entschließt sich das Bundeskartellamt, gegen einen Verstoß gegen das Preisbindungsverbot in einem Bußgeldverfahren vorzugehen, stellt sich außerdem die Frage, gegen wen sich das Verfahren richten soll. Dabei sind insbesondere die Marktposition der am Verstoß beteiligten Unternehmen sowie die Schwere und Bedeutung ihres eigenen Tatbeitrags von Bedeutung. Das Bundeskartellamt ist nicht verpflichtet, ein Verfahren gegen jedes an dem Verstoß beteiligte Unternehmen zu führen.
- 110** Das Bundeskartellamt kann bußgeldmindernd berücksichtigen, wenn Unternehmen durch ihre Kooperation dazu beitragen, Preisbindungsverstöße aufzudecken. In Einzelfällen kann eine für die Ermittlungen besonders wertvolle Kooperation auch dazu führen, dass das Bundeskartellamt von der Verhängung eines Bußgeldes gegen das kooperierende Unternehmen absieht.
- 111** Liegen dem Bundeskartellamt hingegen glaubhafte Anhaltspunkte dafür vor, dass ausnahmsweise eine Effizienzrechtfertigung ernsthaft in Betracht kommt und näherer Prüfung bedarf, wird es den Sachverhalt in der Regel im Verwaltungsverfahren überprüfen, falls es sich für ein Aufgreifen des mutmaßlichen Verstoßes entschieden hat. Ähnliche Erwägungen gelten, wenn bezüglich einer bestimmten Handelspraxis noch nicht durch Rechtsprechung oder Entscheidungspraxis geklärt ist, ob sie tatbestandlich eine verbotene Preisbindung darstellt.

Bundeskartellamt
Kaiser-Friedrich-Straße 16
53113 Bonn

www.bundeskartellamt.de

Interessierte Kreise haben die Möglichkeit, Stellungnahmen zu dem Entwurf bis zum 10. März 2017 an die folgende Email-Adresse zu richten: Konsultation-Preisbindung-LEH@bundeskartellamt.bund.de