

## **Unvereinbarkeit osteuropäischer Marktgesetze mit dem Europarecht EXECUTIVE SUMMARY**

### **I. Sachverhalt**

1. Verschiedene osteuropäische Länder haben in jüngerer Zeit Gesetze erlassen, die das Verhältnis zwischen Lieferanten und Händlern einer strikten Regulierung unterwerfen (im Folgenden „**Marktgesetze**“). Diese Marktgesetze schränken nicht nur die Vertragsfreiheit erheblich ein, sondern erweisen sich auch als schwerwiegende Wettbewerbshindernisse. Faktisch diskriminieren sie Händler aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) und gefährden deren Geschäftsmodell. Sie verstoßen daher sowohl gegen die im europäischen Primärrecht verankerte Niederlassungsfreiheit als auch gegen die Konvergenzklausel des europäischen Kartellrechts und sind damit mit zwingenden Vorgaben des Europarechts unvereinbar.
2. Hintergrund der Marktgesetze ist der Beitritt verschiedener osteuropäischer Länder zur EU. In Verwirklichung des Binnenmarktgedankens haben zahlreiche europäische Lebensmittelhändler („Händler“) Niederlassungen in den beigetretenen osteuropäischen Ländern gegründet. Die in ihren Heimatmärkten über Jahrzehnte entwickelten und bewährten modernen Handelsformate sollten auch in diesen osteuropäischen Ländern zum Einsatz gelangen. Auf diese Weise wurde in vielen osteuropäischen Ländern die Angebots- und Sortimentsvielfalt nachweisbar erheblich gesteigert bei gleichzeitig niedrigen und stabilen Lebensmittelpreisen.
3. Verschiedene osteuropäische Länder haben diese aus wettbewerblicher Sicht erfreuliche Entwicklung als Angriff auf die heimischen Lieferanten aufgefasst. Die Marktgesetze sind eine protektionistische Antwort auf diese Entwicklung. Sie unterwerfen das Verhältnis zwischen Lieferanten und Händlern einer strikten Regulierung. In der Slowakischen Republik enthält das slowakische Wettbewerbsgesetz (**UWG-SL**) entsprechende Regelungen; in der Tschechischen Republik gilt das Marktmachtgesetz (**MMG-CZ**), in der Republik Polen das polnische Wettbewerbsgesetz (**UWG-PL**). Gemein ist den genannten Gesetzen, dass sie sowohl gegen die Niederlassungsfreiheit als auch gegen die Konvergenzklausel verstoßen.
4. Die Marktgesetze haben zu gravierenden Nachteilen für die Händler geführt. Die in ihren Heimatländern entwickelten, erfolgreich ausgeübten und rechtlich

zulässigen Geschäftsmodelle werden durch die Marktgesetze als nicht rechtmäßig gebrandmarkt. Die Geschäftsmodelle sind deshalb erfolgreich, weil sich die Händler aktiv an der Wertschöpfung der Produkte des Lieferanten beteiligen. In den modernen Handelsformaten haben die Händler längst nicht mehr nur die Funktion des reinen Absatzmittlers. Die Händler bündeln als Dienstleister der Lieferanten den komplexen Absatz und die Vermarktung der Produkte und stellen Verkaufsflächen bereit. Weitere Serviceangebote können sich u.a. auf Logistikleistungen, Lagerhaltung, Werbemaßnahmen, Warenpräsentation und -platzierung erstrecken. Derartige Dienstleistungen können und werden im westeuropäischen Teil des Binnenmarktes in rechtlich zulässiger Weise vergütet.

5. In Osteuropa verhindern hingegen die Marktgesetze die erfolgreiche Übertragung und Ausübung dieser modernen Handelsformate, indem sie zahlreiche Vereinbarungen zwischen Industrie und Handel als *per se* unfair bzw. missbräuchlich qualifizieren. Sie greifen damit unmittelbar in die vertraglichen Beziehungen zwischen Handel und Industrie ein und verzerren den Wettbewerb im Binnenmarkt. Indem sie Händlern und Lieferanten die Möglichkeit nehmen, einen angemessenen Ausgleich von Leistung und Gegenleistung zu vereinbaren, gefährden die Marktgesetze nicht nur das Geschäftsmodell moderner Handelsketten, das in anderen Mitgliedstaaten marktüblich und zulässig ist, sondern auch die in den betroffenen Ländern getätigten Investitionen sowie zehntausende durch den Handel geschaffene Arbeitsplätze.
6. Die diskriminierende Wirkung der Marktgesetze zu Lasten der Händler war bereits Gegenstand hochrangiger politischer Treffen, beispielsweise bei Staatsbesuchen der deutschen Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel in der Tschechischen Republik oder des deutschen Bundeswirtschaftsministers Dr. Philipp Rösler in der Slowakei im Jahre 2012.

## **II. Unvereinbarkeit der Marktgesetze mit der Niederlassungsfreiheit**

1. Eine Vielzahl der in den Marktgesetzen enthaltenen Regelungen verstößt gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV).
  - 1.1. Die Niederlassungsfreiheit verbietet nicht nur diskriminierende Regelungen, sondern *jedwede* Beschränkung des Marktzugangs. Dazu zählen alle Maßnahmen, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen. Relevante Beschränkungen bewirken beispielsweise solche Regelungen, die die Vertragsfreiheit einschränken und Anpassungsdruck oder wirtschaftliche Belastungen erzeugen; die beschränkende Wirkung einer

Regelung wird noch verstärkt durch ihre Unbestimmtheit und etwaige Sanktionen, die bei einem Verstoß drohen.

1.2. Sämtliche der untersuchten Marktgesetze beschränken nach diesem Maßstab den Marktzugang erheblich:

- Das **MMG-CZ** verbietet es „marktmächtigen“ Händlern, ihre Stellung gegenüber Lieferanten zu missbrauchen. Marktmächtig soll nach diesem Gesetz ein Händler immer schon dann sein, wenn er eine bestimmte Umsatzschwelle überschreitet. Dabei ist aber völlig unklar, nach welchen Kriterien und auf welchem Markt sich der maßgebliche Umsatz zur Bestimmung der angeblichen Marktmacht berechnet. Die Unbestimmtheit dieser Regelungen führt in der Anwendungspraxis durch die tschechische Kartellbehörde dazu, dass das MMG-CZ eine marktmächtige Stellung der Händler gegenüber sämtlichen Lieferanten – ungeachtet ihrer konkreten Schutzbedürftigkeit - fingiert und pauschal Geschäftspraktiken als missbräuchlich untersagt, die in anderen Ländern zulässig sind.

Unbestimmte Aussagen enthält auch der Katalog an Vereinbarungen zwischen Lieferanten und Händlern, die als angeblicher Missbrauch einer marktmächtigen Stellung des Händlers verboten sind. Die Verbote schränken die Vertragsfreiheit erheblich ein und zwingen Händler mit bewährtem Geschäftsmodell im EU-Ausland, ihr Geschäftsmodell an die restriktiven Regelungen in Tschechien anzupassen. Die Verbote laufen darauf hinaus, dass Händler für bestimmte Leistungen (z. B. Werbung), die sie gegenüber den Lieferanten erbringen, keine Gegenleistung verlangen können, weil das MMG-CZ derartige Gegenleistungen als *per se* missbräuchlich qualifiziert. Das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung wird so gestört und den Händlern erhebliche wirtschaftliche Nachteile aufgebürdet. Die Unbestimmtheit vieler Regelungen behindert die Händler auch in ihren Compliance-Bemühungen. Bei Verstößen gegen das MMG-CZ drohen Bußgelder von bis zu 10% des in der letzten Buchungsperiode erzielten Nettoumsatzes. Dadurch sind die Händler einem hohen Unsicherheitsfaktor ausgesetzt, was durch die Unbestimmtheit einer Vielzahl von Regelungen noch verstärkt wird. Rechtssicherheit ist nicht gegeben. Insgesamt wird die Niederlassung in Tschechien durch das MMG-CZ für EU-ausländische Händler so riskant und weniger attraktiv.

- Das gilt auch für das **UWG-SL**. Dieses verbietet die Vereinbarung angeblich „unfairer Bedingungen“ zu Lasten des Lieferanten, unabhängig davon, ob der Lieferant von dem Händler überhaupt wirtschaftlich abhängig ist. Somit

fallen auch marktstarke Lieferanten unter den Schutz des UWG-SL. Eine unfaire Bedingung soll beispielsweise immer schon dann vorliegen, wenn eine geldwerte Leistung des Lieferanten mehr als 3% des Wertes seiner jährlichen Lebensmittellieferungen ausmacht und für bestimmte, im Einzelnen aufgeführte Gegenleistungen des Händlers erbracht wird. Diese starre Obergrenze gilt unabhängig davon, ob das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung angemessen ist: Liegt der reale Mehrwert der Gegenleistung bei über 3%, darf eine solche Kondition nach dem UWG-SL gleichwohl nicht vereinbart werden. Die Liste der dergestalt beschränkten Vereinbarungen ist lang. Sie reicht von Vereinbarungen über die Nutzung des Vertriebsnetzwerks des Händlers durch den Lieferanten, über Boni und Rabatte zur Platzierung der Produkte in Kassennähe. Diese Regelungen, die nach europäischem Wettbewerbsrecht zulässig sind, schränken nicht nur die Vertragsfreiheit erheblich ein, sondern führen auch zu erheblicher Rechtsunsicherheit, weil bei Abschluss einer Vereinbarung häufig nicht feststehen wird, ob die 3%-Grenze überschritten sein wird. Das macht Niederlassungen in der Slowakei riskant, zumal auch in der Slowakei bei Verstößen gegen das UWG-SL erhebliche Bußgelder drohen.

- Das **UWG-PL** verbietet Unternehmen, anderen Unternehmen den Marktzugang zu erschweren. Eine solche Erschwerung des Marktzugangs soll dabei immer schon dann vorliegen, wenn Lieferant und Händler für die Annahme von Waren „*etwas anderes als die Handelsmarge*“ vereinbaren (§ 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL). In der Auslegung dieser Vorschrift durch die polnischen Gerichte wird Händlern und Lieferanten somit in Polen die Möglichkeit genommen, neben dem Warenkauf zusätzliche Vereinbarungen zu treffen, die den wirtschaftlichen Interessen beider Seiten entsprechen und eine flexiblere Preisfindung ermöglichen. Der Händler kann etwa als Ausgleich dafür, dass die Waren vom Lieferanten nicht mehr an sämtliche Verkaufsstellen des Händlers ausgeliefert werden müssen, sondern nur an ein Zentrallager zu verbringen sind, mit dem Lieferanten keine Konditionen vereinbaren. Auch die Vereinbarung sogenannter „Werbekostenzuschüsse“ für die Bewerbung von Produkten des Lieferanten in Werbemedien des Händlers ist nach dem UWG-PL verboten. Dieses Verbot geht auch zu Lasten jener Lieferanten, die sich mit bestimmten Konditionen, z.B. einer Sonderplatzierung eines ihrer Produkte, gegenüber ihren Wettbewerbern einen Vorteil verschaffen wollen. Auch den Händlern wird hierdurch nicht nur ein wirtschaftlicher Nachteil zugemutet, sondern auch die Vertragsfreiheit erheblich eingeschränkt. Somit wird eine Niederlassung für EU-ausländische Händler damit auch in Polen deutlich weniger attraktiv.

2. Die genannten Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit sind **nicht** aus „*zwingenden Gründen des Allgemeinwohls*“ **gerechtfertigt**.
- 2.1. Nach der Rechtsprechung des EuGH liefert das Ziel, die Wettbewerbsstruktur eines Marktes zu stärken, keine überzeugende Rechtfertigung für Beschränkungen der Grundfreiheit. Die untersuchten Marktgesetze sind allesamt - explizit oder jedenfalls in der praktischen Anwendung - darauf angelegt, Lieferanten vor einer angeblichen bzw. behaupteten strukturellen Überlegenheit der Händler zu schützen. Sie regulieren damit das vertikale Wettbewerbsverhältnis zwischen dem vermeintlich unterlegenen Lieferanten und dem vermeintlich überlegenen Händler. Unabhängig von der fehlenden Schutzbedürftigkeit der Lieferanten ist aber der Schutz einzelner Marktteilnehmer schon kein zwingender Grund des Allgemeinwohls.
- 2.2. Die untersuchten Marktgesetze sind auch **nicht verhältnismäßig**. Sie sind zur behaupteten Zielerreichung – dem Schutz vermeintlich unterlegener Lieferanten – weder geeignet noch erforderlich:
  - Das **UWG-SL** unterstellt bestimmten Vereinbarungen eine nicht widerlegbare Missbräuchlichkeit zum angeblichen Nachteil der Lieferanten. Damit wird das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung völlig außer Acht gelassen und mehr verboten als für den ohnehin fragwürdigen Regelungszweck erforderlich wäre. Ferner bestehen auch Zweifel an der Geeignetheit der Regelung. So gelten bestimmte Vereinbarungen des UWG-SL nur dann als unfaire Bedingung, wenn die vom Lieferanten zu erbringende Gegenleistung 3 % des Umsatzes des jeweiligen Händlers mit dem betreffenden Lieferanten ausmacht. Dieser starre Ansatz ist verfehlt. Unfair kann eine Bedingung im Einzelfall auch bei einem entsprechenden Umsatzanteil von unter 3% sein. Umgekehrt können Bedingungen auch bei einem Umsatzanteil von über 3% fair und angemessen sein, weil das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung – wie in den meisten Fällen - insgesamt austariert ist. Dem Zweck, Lieferanten zu schützen, ist damit nicht in kohärenter Weise gedient. Das UWG-SL ist auch deshalb unverhältnismäßig, weil es – anders als sein Vorgänger – für die Anwendbarkeit der Verbote keine „*wirtschaftliche Abhängigkeit*“ des Lieferanten voraussetzt, und damit auch marktmächtige Lieferanten gegenüber den Händlern bevorzugt, die in keiner Weise schutzwürdig sind. Das verzerrt den Wettbewerb zu Lasten der Händler und kleinerer Lieferanten im Verhältnis zu marktmächtigen Lieferanten.
  - Das **MMG-CZ** schießt an vielen Stellen ebenfalls über das zur Zielerreichung erforderliche Maß hinaus und ist damit insgesamt unverhältnismäßig.

Ohne Rücksicht auf die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung im Einzelfall werden pauschal bestimmte Arten von Vereinbarungen verboten. Die Händler haben keine Möglichkeit, den gesetzlich fingierten Missbrauch zu widerlegen. Als illegal abgestempelt werden so auch völlig übliche und für beide Seiten faire Vertragsverhältnisse. Überdies schützt das MMG-CZ Lieferanten unabhängig davon, ob sie dieses Schutzes überhaupt bedürfen. Damit wird auch dort das Verhältnis zwischen solchen Händlern und Lieferanten reguliert, die sich auf Augenhöhe gegenüberstehen, bzw. zu marktmächtigen Lieferanten, von denen die Händler ihrerseits abhängig sind (wie etwa bei Markenherstellern sog. „*must-stock-products*“). Das ist für den Zweck, unterlegene Marktteilnehmer vor marktmächtigen Abnehmern zu schützen, nicht erforderlich. Die Unverhältnismäßigkeit des Gesetzes wird durch die Unbestimmtheit einer Vielzahl von Regelungen sowie die im Fall einer Zuwiderhandlung drohenden Sanktionen noch verstärkt.

- Auch das **UWG-PL** erweist sich als nicht erforderlich. Das UWG-PL untersagt in der Auslegung durch die polnischen Gerichte pauschal die Erhebung „*anderer Kosten als der Handelsmarge*“ für die Annahme von Waren. Denn nach der Rechtsprechung besteht eine Vermutung dafür, dass andere zwischen Händlern und Lieferanten vereinbarte Entgelte unzulässige Gebühren für die Annahme von Waren zum Verkauf sind. Das Verbot gilt somit unabhängig davon, ob der Lieferant eine Gegenleistung für die von ihm zu tragenden „anderen Kosten“ erhält. Nicht erforderlich ist die Regelung auch deshalb, weil sie jeden Lieferanten ohne Ansehung dessen konkreter Schutzbedürftigkeit schützt. Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL verfolgt sein Schutzanliegen in unspezifischer Weise und schränkt dadurch die Freiheiten stärker ein, als dies vom Schutzzweck im Einzelfall geboten erscheint.

### **III. Unvereinbarkeit der Marktgesetze mit der Konvergenzklausel**

1. Die untersuchten Marktgesetze (MMG-CZ, UWG-SL und UWG-PL) verstoßen außerdem gegen die Konvergenzklausel des Art. 3 Abs. 2 der Kartellverfahrensordnung 1/2003. Diese besagt, dass Vereinbarungen, die nach europäischem Recht zulässig sind, nicht durch nationales Recht verboten werden können, wenn diese Vereinbarungen zwischenstaatliche Bezüge aufweisen. Nationale Rechtsvorschriften dürfen in diesen Fällen also keine strengeren Anforderungen an Vereinbarungen stellen als das Europarecht. Eine Ausnahme gilt, wenn die nationalen Rechtsvorschriften andere Regelungsziele verfolgen als das europäische Kartellrecht.

2. Die vom MMG-CZ, UWG-SL und UWG-PL sanktionierten Verhaltensweisen haben Vereinbarungscharakter. Die Vereinbarungen über bestimmte Konditionen beschränken aus kartellrechtlicher Sicht den Wettbewerb jedoch nicht und sind nach europäischem Kartellrecht zulässig; sie stehen vielmehr in Einklang mit dem europäischen Kartellverbot (Art. 101 AEUV).
3. Die in Polen, Tschechien und in der Slowakei sanktionierten Vereinbarungen weisen auch in mehrerer Hinsicht zwischenstaatliche Bezüge auf. Sowohl die europaweite Anwendung als auch die Lieferungen zwischen verschiedenen Mitgliedsstaaten sind geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinflussen.
4. Die untersuchten Marktgesetze bezwecken – mit jeweils ungeeigneten Mitteln – den Schutz des freien Marktzugangs und des unverfälschten Wettbewerbs. Die gleichen Regelungsziele verfolgen die kartellrechtlichen Vorschriften in Art. 101 AEU. Die Marktgesetze mit ihren *per-se*-Verboten lassen die vermuteten Wirkungen bestimmter Vereinbarungen auf den Wettbewerb gerade nicht unberücksichtigt, sondern haben sie vielmehr zum Kern ihres Regelungsgegenstandes. Soweit die Marktgesetze vermeintlich auch lauterkeitsrechtliche Aspekte regeln, führt dies jedenfalls nicht zu einem vom europäischen Kartellrecht gänzlich abweichenden Normzweck. Die dem europäischen Kartellverbot zu Grunde liegenden Wertungen dürfen nicht dadurch unterlaufen werden, dass vermeintliche Schutzlücken über nationale Regelungen geschlossen werden. Das europäische Kartellrecht verbietet nur bestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen. Das, was europakartellrechtlich erlaubt ist, darf nicht über die „Hintertür“ einzelner mitgliedstaatlicher Regelungen verboten werden.
5. Die in den Marktgesetzen niedergelegten Verbote zur Vereinbarung bestimmter Konditionen sind demnach wegen Vorrangs des europäischen Kartellrechts nicht anwendbar. Sie verbieten Verhaltensweisen, die nach europäischem Kartellrecht erlaubt sind.
  - Anders als das MMG-CZ verbietet das europäische Kartellrecht nicht die Vereinbarung von Skonti und Werbekostenzuschüssen;
  - Anders als das UWG-SL verbietet das europäische Kartellrecht nicht die Vereinbarung von Konditionen in Höhe von mehr als 3% des Lieferwertes des jeweiligen Lieferanten für z.B. Verkaufsfördermaßnahmen, Platzierungen in Kassennähe oder Logistikleistungen durch den betreffenden Händler;

- Anders als das UWG-PL verbietet das europäische Kartellrecht nicht die Vereinbarung „*anderer Kosten als der Handelsmarge für die Annahme der Waren zum Verkauf*“.
6. Die Europäische Kommission als Hüterin der Europäischen Verträge ist aufgefordert, die Europarechtswidrigkeit der Marktgesetze notfalls durch Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Polen, gegen die Slowakische Republik sowie gegen die Tschechische Republik festzustellen.

#### **IV. Wirtschaftliche Auswirkungen**

1. Die europarechtswidrigen Marktgesetze gefährden Arbeitsplätze und dämpfen die Innovationskraft im Lebensmitteleinzelhandel in Osteuropa. Das durch die Marktgesetze bewirkte weitgehende Konditionenverbot verhindert die Einführung neuer Produkte und Marketingaktionen und erschwert die Entwicklung eines durchgängigen Marketingkonzepts in Osteuropa.
2. Zum Nachteil der Verbraucher bewirken die Marktgesetze auch eine Beschränkung der Sortimentsvielfalt. Die Gewährleistung eines vielfältigen und preisgünstigen Sortiments gelingt nur durch eine warengruppenübergreifende Mischkalkulation, bei der das Konditionengefüge eine bedeutende Rolle spielt. Das weitgehende Verbot von Konditionen durch die Marktgesetze gefährdet diese Mischkalkulation mit der Folge, dass sich die Sortimentsvielfalt verringert. Ohne die Möglichkeit, Konditionen zu vereinbaren, werden perspektivisch nur noch solche Produkte im Angebot sein, von denen eine kalkulierbare und ausreichende Menge abgesetzt werden kann. Dies erschwert die Vermarktung von Nischenprodukten und von Produktneuheiten und führt letztlich zu einer Degeneration auf kleinflächige Handelsformate.
3. Die Marktgesetze dämpfen die Investitionstätigkeit ausländischer Händler in Osteuropa. Da diese ihr bislang praktiziertes und erfolgreiches Geschäftsmodell entweder gar nicht oder nur sehr eingeschränkt in Osteuropa ausüben können, werden sie die weitere Entwicklung ihrer Märkte nur sehr zögerlich vorantreiben bzw. von Investitionen in strukturschwachen osteuropäischen Regionen gänzlich absehen.

\*\*\*

Berlin, den 03.07.2013