

GUTACHTEN

Zur

**Vereinbarkeit osteuropäischer Marktgesetze mit dem
Europarecht**

Erstellt

durch

Noerr LLP

Dr. Fabian Badtke, LL.M

Dr. Cosima Haselmann, LL.M.

Inhaltsverzeichnis

A.	SACHVERHALT	4
B.	FRAGESTELLUNG.....	6
C.	EXECUTIVE SUMMARY	7
I.	Unvereinbarkeit der Marktgesetze mit der Niederlassungsfreiheit	7
II.	Unvereinbarkeit der Marktgesetze mit der Konvergenzklausel	11
III.	Wirtschaftliche Auswirkungen	13
D.	STELLUNGNAHME	14
I.	Allgemeiner Teil.....	14
1.	Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV).....	14
a)	Schutzbereich	14
b)	Eingriff in den Schutzbereich	17
c)	Rechtfertigung	21
2.	Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV).....	28
3.	Konvergenzklausel	28
a)	Vereinbarung	29
b)	Vereinbarkeit mit europäischem Kartellrecht.....	31
c)	Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.....	33
d)	Kein abweichender Regelungszweck der nationalen Norm	36
II.	Besonderer Teil 1: Tschechien	38
1.	Die Bestimmungen des tschechischen Marktmachtgesetzes („MMG-CZ“).	38
2.	Unvereinbarkeit des MMG-CZ mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV)	41
a)	Schutzbereich	41
b)	Grenzüberschreitender Bezug.....	41
c)	Eingriff in den Schutzbereich	42
d)	Fehlende Rechtfertigung	48
3.	Unvereinbarkeit des MMG-CZ mit der Konvergenzklausel.....	53
a)	Keine einseitigen Maßnahmen.....	54
b)	Keine Wettbewerbsbeschränkung	55
c)	Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels?.....	56

d)	Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung.....	59
e)	Zwischenergebnis	60
f)	Kein Ausschluss der Konvergenzklausel wegen unterschiedlichem Schutzzweck des MMG-CZ	60
g)	Folgen des Verstoßes gegen die Konvergenzklausel.....	63
III.	Besonderer Teil 2: Slowakei.....	63
1.	Die Bestimmungen des slowakischen Wettbewerbsgesetzes („UWG-SK“).....	63
2.	Unvereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV)	65
a)	Schutzbereich	65
b)	Grenzüberschreitender Bezug	66
c)	Eingriff in den Schutzbereich	66
d)	Fehlende Rechtfertigung	72
3.	Unvereinbarkeit des UWG-SK mit der Konvergenzklausel	76
a)	Vereinbarungscharakter der verbotenen Maßnahmen	76
b)	Vereinbarkeit mit europäischem Kartellrecht	77
c)	Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.....	77
d)	Kein abweichender Regelungszweck	77
IV.	Besonderer Teil 3: Polen	79
1.	Die Bestimmungen des UWG-PL.....	79
2.	Unvereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit.....	80
a)	Schutzbereich	80
b)	Grenzüberschreitender Bezug	80
c)	Eingriff in den Schutzbereich	81
d)	Fehlende Rechtfertigung	84
3.	Unvereinbarkeit des UWG-PL mit der Konvergenzklausel	88
a)	Vereinbarungscharakter der verbotenen Maßnahmen	88
b)	Vereinbarkeit mit europäischem Kartellrecht	88
c)	Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.....	89
d)	Kein abweichender Regelungszweck	91

A. Sachverhalt

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.

Hintergrund der Marktgesetze ist der Beitritt verschiedener osteuropäischer Länder zur EU. In Verwirklichung des Binnenmarktgedankens haben zahlreiche europäische Lebensmittelhändler (nachfolgend auch „**Händler**“ bzw. „**EU-ausländische 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.

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.

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 rechtens 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 Absatz-

mittlers. 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.

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.

Die diskriminierende Wirkung der Marktgesetze zulasten 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.

B. Fragestellung

Wir wurden gebeten, gutachterlich zu der Frage Stellung zu nehmen, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen Marktgesetze mit dem Europarecht – konkret: den europäischen Grundfreiheiten und dem europäischen Kartellrecht – in Einklang stehen.

In einem allgemeinen Teil des Gutachtens sollten wir zunächst (abstrakt-generell) die europarechtlichen Anforderungen und Rahmenbedingungen an die Marktgesetze skizzieren.

In dem besonderen Teil des Gutachtens sollten wir konkret den Fragen nachgehen, ob wesentliche Vorschriften

- des tschechischen Marktmachtgesetzes („**MMG-CZ**“);
- des slowakischen Gesetzes über unfaire Vertragsbedingungen in der Ernährungswirtschaft („**UWG-SK**“); sowie
- des polnischen Gesetzes über die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs („**UWG-PL**“).

mit dem Europarecht in Einklang stehen.

C. Executive Summary

I. Unvereinbarkeit der Marktgesetze mit der Niederlassungsfreiheit

1. Eine Vielzahl der in den Marktgesetzen enthaltenen Regelungen verstößt gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV).
 - a) 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.
 - b) 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 Gegenleis-

tung 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*“ zulasten 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

gangs 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 zulasten 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.
 - a) 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.
 - b) 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 zulasten 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.

II. Unvereinbarkeit der Marktgesetze mit der Konvergenzklausel

1. Die untersuchten Marktgesetze (MMG-CZ, UWG-SL und UWG-PL) verstößen 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

Mitgliedstaaten 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.

III. 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.

D. Stellungnahme

I. Allgemeiner Teil

1. Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV)

a) Schutzbereich

(1) Geschützte Tätigkeiten

Art. 49 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (nachfolgend „**AEUV**“) verbietet „*Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats*“.

Geschützt sind gemäß Art. 49 Abs. 1 Satz 1 AEUV sowohl der grenzüberschreitende Umzug eines Unternehmens als auch – gemäß Art. 49 Abs. 1 Satz 2 AEUV – die *Gründung* von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften in einem anderen Mitgliedstaat. Die beiden Modalitäten des Art. 49 AEUV werden auch als *primäre* (Art. 49 Abs. 1 Satz 1 AEUV) bzw. als *sekundäre* Niederlassungsfreiheit (Art. 49 Abs. 1 Satz 2 AEUV) bezeichnet. Dabei sind in Bezug auf *beide* Modalitäten die *Errichtung* ebenso wie die *Ausübung* einer selbständigen Tätigkeit geschützt.

Die Regelungen der osteuropäischen Marktgesetze berühren den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit. Sie regulieren zwar nicht die *Aufnahme* einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit in den betreffenden Ländern. Die Niederlassungsfreiheit schützt ausdrücklich aber auch die *Ausübung* einer solchen Tätigkeit. Dieser Aspekt der Niederlassungsfreiheit wird durch die Regelungen der osteuropäischen Marktgesetze tangiert, weil diese in den jeweiligen Ländern ansässige Unternehmen Regelungen unterwerfen, die der erwerbswirtschaftlichen Betätigung Grenzen setzen.

(2) Grenzüberschreitender Bezug

Erforderlich für die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit ist zudem ein grenzüberschreitender Bezug.

Hierbei sind zwei Aspekte zu unterscheiden:

Eine nationale Regelung unterliegt bereits dann *abstrakt* einer Überprüfung am Maßstab der Grundfreiheiten, wenn die nationale Regelung auf Unternehmen, bei denen ein grenzüberschreitender Bezug gegeben ist, Anwendung finden *kann*. Nach dem EuGH wird die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit bereits durch solche belastenden mitgliedstaatlichen Regelungen ausgelöst, die für *alle* in einem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen gelten, einschließlich der Unternehmen

„mit Hauptsitz in einem anderen Mitgliedstaat, die aber in diesem Mitgliedstaat im Rahmen der Niederlassungsfreiheit ... tätig sind.“

s. EuGH, Rs. C-518/06, *Kommission/Italien*, Slg. 2009, I-3491
Ls. 1.

Die Marktgesetze unterscheiden in ihrem Anwendungsbereich nicht nach der Herkunft der Unternehmen. Sie finden somit potentiell auch auf EU-ausländische Unternehmen Anwendung. Somit müssen sie sich abstrakt an den europäischen Vorgaben messen lassen. Dies bedeutet insbesondere, dass die Kommission Vertragsverletzungsverfahren wegen Unvereinbarkeit der Marktgesetze mit den Grundfreiheiten einleiten kann. Insofern genügt ein rein potentieller grenzüberschreitender Bezug.

Eine andere Frage ist, inwiefern die Grundfreiheiten einen konkreten Sachverhalt erfassen und sich Unternehmen in den betroffenen osteuropäischen Mitgliedstaaten gegenüber diesen auf Art. 49 AEUV berufen können. Hier kommt es darauf an, dass auch der konkrete Sachverhalt einen grenzüberschreitenden Bezug aufweist. Fehlt es an einem solchen Bezug, kann das Europarecht die Anwendung einer – möglicherweise durchaus „abstrakt“ europarechtswidrigen Regelung – nicht verhindern; es käme dann u. U. zu einer Inländerdiskriminierung, weil das europarechtswidrige nationale Recht seinen Geltungsanspruch bei rein internen – und anders als bei grenzüberschreitenden – Sachverhalten trotz seiner abstrakten Europarechtswidrigkeit nicht verlieren würde.

Ein grenzüberschreitender Bezug ist grundsätzlich immer dann gegeben, wenn die betreffende wirtschaftliche Tätigkeit die innerunionalen Grenzen überschreitet, überschritten hat oder überschreiten soll.¹

Im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit kann ein konkret grenzüberschreitender Bezug bei der Anwendung der Marktgesetze insbesondere dann gegeben sein, wenn ein international agierendes Unternehmen ein Tochterunternehmen oder eine Zweigstelle in einem Mitgliedstaat der EU hat. Ein konkreter grenzüberschreitender Bezug liegt dabei sowohl aus Sicht der Mutter als auch aus Sicht der Tochter vor.

- Aus Sicht der ausländischen Mutter, deren Tochter bzw. Zweigstelle im osteuropäischen Mitgliedstaat durch die dort geltenden Marktgesetze beeinträchtigt wird, beschränken die Regelungen der Marktgesetze die grenzüberschreitende Niederlassung, weil sie die Möglichkeiten von Unternehmen

„mit Geschäftssitz in einem anderen Mitgliedstaat [verringern], ihre marktstrategischen Entscheidungen autonom zu treffen.“

s. EuGH, Rs. C-518/06, *Kommission/Italien*, Slg. 2009, I-3491, Rn. 62.

- Ebenso liegt aus Sicht der Tochter/Zweigstelle, deren Mutter im EU-Ausland ihren Sitz hat, ein grenzüberschreitender Bezug vor. Dass zur Begründung eines konkreten grenzüberschreitenden Bezugs ausreicht, wenn die Muttergesellschaft einer Tochtergesellschaft ihren Sitz im EU-Ausland hat, hat der EuGH in der Rs. C-108/96 - *Mac Quen* – ausdrücklich klargestellt:

„Die Rechtslage einer Gesellschaft, die zu einer Firmengruppe mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten gehört, die Waren und Dienstleistungen ... vertreibt, wird als die einer Tochtergesellschaft einer in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Gesellschaft nach den Bestimmungen des Art. 52 EG-Vertrag [jetzt: Art. 49, Anm. Verf.] erfasst.“

¹ *Pache*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 10 Rn. 22

EuGH, Rs. C-108/96, *Mac Quen*, Slg. 2001, I-837 Ls. 1; ebenso
EuGH Rs. C-79/01, *Payroll*, Slg. 2002, I-8923 Rn. 25.

b) Eingriff in den Schutzbereich

Ob die Marktgesetze in relevanter Weise in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit eingreifen, ist nach Maßgabe folgender Grundsätze zu überprüfen.

(1) Diskriminierungsverbot

Die Niederlassungsfreiheit untersagt sowohl offene als auch faktische Diskriminierungen. Darüber hinaus enthält die Niederlassungsfreiheit aber auch ein Beschränkungsverbot.

(a) Keine offene Diskriminierung

Eine offene Diskriminierung liegt nur dann vor, wenn eine Maßnahme *ausdrücklich* an die Herkunft von Waren oder Personen anknüpft.² Die Marktgesetze wären somit dann offen diskriminierend, wenn sie beispielsweise ausdrücklich nur ausländischen Unternehmen bestimmte geschäftliche Maßnahmen verbieten würden.

(b) Versteckte Diskriminierung

Die Niederlassungsfreiheit schützt auch vor versteckter Diskriminierung. Eine solche liegt vor, wenn Marktgesetze zwar nicht explizit auf die ausländische Herkunft von Marktteilnehmern abstellen, sich aber zumindest faktisch primär zulasten ausländischer Marktteilnehmer auswirken würden.

Ob eine solche faktische Diskriminierung vorliegt, kann grundsätzlich anhand zweier Prämissen überprüft werden.³

² *Pache*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 10 Rn. 22.

³ Vgl. zu einer solchen Argumentationslinie Schlussantrag GA Sharpston vom 07.10.2010, *Kommission/Spanien*, C-400/08 Rn. 44 ff., die indes tatsächlich im Fall die Prämissen nicht hinreichend belegt sah; s. auch das Urteil des EuGH, s. EuGH, Rs. C-400/08, *Kommission/Spanien*, EuZW 2011, 557.

- Die staatliche Maßnahme behandelt unterschiedliche Marktteilnehmer ungleich.
- Diese Ungleichbehandlung wirkt sich zugunsten heimischer und zulasten ausländischer Unternehmen aus.

Im Hinblick auf die Marktgesetze kommen insbesondere folgende Differenzierungen zwischen verschiedenen Marktteilnehmern in Betracht:

- Differenzierung zwischen kleinen und großen Marktteilnehmern.
- Differenzierung zwischen Lieferanten und Abnehmern.

Eine faktische Diskriminierung ließe sich dann begründen, wenn in dem jeweiligen Markt die jeweilige Differenzierung *faktisch* zugleich zu einer Ungleichbehandlung von Inländern und EU-Ausländern führen würde. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn große Marktteilnehmer in der Regel einen EU-ausländischen Bezug hätten und Lieferanten einen inländischen Hintergrund aufweisen würden.

Für das Vorliegen einer solchen Konstellation muss allerdings ein hinreichender **Beweis** erbracht werden. Der Nachweis „*grober statistischer Korrelationen*“ genügt insoweit nicht.⁴

Für eine faktische Diskriminierung kann bei einer Differenzierung zwischen **großen und kleinen Marktteilnehmern** zumindest bedingt geltend gemacht werden, dass ausländische Unternehmen in neuen Märkten eher größere Einzelhandelseinrichtungen eröffnen werden, um die Größenvorteile zu erzielen, die für eine Optimierung ihrer Chancen zur Durchdringung des Marktes in neuen Gebieten erforderlich sind.⁵ Indes müsste insoweit auch der Beweis erbracht werden, dass dieser Gedanke *gerade für Marktteilnehmer aus dem EU-Ausland* zutrifft und nicht gleichermaßen für inländische Marktteilnehmer gilt, die in einen neuen

⁴ GA Sharpston vom 07.10.2010, *Kommission/Spanien*, C-400/08 Rn. 58.

⁵ S. zu diesem Gedanken etwa EuGH, Rs. C-400/08, EuZW 2011, 557 Rn. 61.

von ihrem Heimatsitz im selben Staat entfernten Markt eintreten.⁶

Im Hinblick auf eine von den Marktgesetzen vorgenommene Differenzierung **zwischen Abnehmern und Lieferanten** lässt sich möglicherweise ebenfalls das Vorliegen einer verdeckten Diskriminierung begründen. Auch insoweit bedarf es aber konkreter Nachweise.

(2) Beschränkungsverbot

Der Nachweis einer (offenen oder versteckten) Diskriminierung ist nicht unbedingt notwendig, um einen Verstoß der Marktgesetze gegen die Grundfreiheiten begründen zu können.

Mittlerweile ist allgemein anerkannt, dass die Niederlassungsfreiheit in Konvergenz zu den übrigen Marktfreiheiten über ein Diskriminierungsverbot hinausgehend auch ein Beschränkungsverbot enthält.⁷ Seit dem Urteil in der Rechtsache *Gebhard* umschreibt der EuGH die vom Schutzbereich des Art. 49 AEUV erfassten Beschränkungen als alle „*Maßnahmen, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen*“.⁸ Bloße nicht diskriminierende Beschränkungen beeinträchtigen dann den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit, wenn sie sich auf den *Marktzugang* auswirken.

(a) Vorgaben des EuGH

Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung diese Voraussetzungen für das Vorliegen einer relevanten Beschränkung konkretisiert. Im Urteil *CaixaBank France* definiert der Gerichtshof eine anhand der Niederlassungsfreiheit zu überprüfende Beschränkung als ein „*ernsthaftes Hindernis*“, das es verwehrt, „*wirksamer in*

⁶ Weil dies die Kommission nicht dargetan hatte, sprach nach Auffassung der GA Sharpston diese These nur „bedingt“ für eine – über die Differenzierung zwischen kleinen und großen Unternehmen bewirkte – faktische Diskriminierung, s. dazu GA Sharpston vom 07.10.2010, *Kommission/Spanien*, C-400/08 Rn. 59.

⁷ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 47. EL 2012, Art. 49 Rn. 88.

⁸ EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165 Rn. 37. Rs. C-389/05 *Kommission Frankreich*, Slg. 2008, I-5337 Rn. 5; Rs. C-46/05, *Kommission gegen Italien*, Slg. 2007 I-11091 Rn. 17; Rs. C-442/02, *CaixaBank France*, Slg. 2004, I-8961 Rn. 11.

Wettbewerb zu treten“ oder *„eine der insoweit wirksamsten Methoden“* zu verfolgen.⁹

In einem späteren Urteil¹⁰ stellte der EuGH zur Begründung einer zugangsrelevanten Beschränkung darauf ab, dass sich die staatliche Regelung als *„erhebliche Einmischung in die Vertragsfreiheit“* darstellte. Die Erheblichkeit der Einmischung beruhte nach dem EuGH insbesondere darauf, dass die streitige staatliche Regelung *„bedeutende zusätzliche Belastungen“* bewirkte und die Unternehmen dazu zwänge, ihre *„Geschäftspolitik und -strategie [zu] überdenken“*. Dies ziehe *„Anpassungen und Kosten von solchem Umfang“* nach sich, dass der Zugang zum Markt beeinträchtigt werde.

Schließlich kann auch die Unbestimmtheit der Regelung dazu führen, dass eine Regelung als relevante Zugangsbeschränkung bewertet werden muss.¹¹ Dies gilt insbesondere dann, wenn die unklaren Regelungen in **sanktionsbewehrten Verboten** enthalten sind. Solche Regelungen sind in besonderer Weise geeignet, von der Ausübung der Grundfreiheiten abzuhalten, weil für den Rechtsbetroffenen nicht klar ist, unter welchen Voraussetzungen die unzureichend definierten Kriterien erfüllt sind und ob ein bestimmtes Verhalten daher verboten ist. Dies macht es den betroffenen Unternehmen praktisch unmöglich, sich gesetzeskonform zu verhalten. Die Kombination solcher unbestimmten Verbotregelungen mit beträchtlichen Sanktionen wird die Betroffenen in ihrer Investitionsentscheidung beeinflussen und macht die Niederlassung deutlich weniger attraktiv.

Im Hinblick auf die Marktgesetze können somit insbesondere folgende Aspekte eine relevante Beschränkung bewirken:

⁹ EuGH, Rs. C-442/02, *CaixaBank*, Slg. 2004, I-8961, Rn. 11-24.

¹⁰ EuGH, Rs. C-518/06, *Kommission/Italien*, Slg. 2009, I-3491, Rn. 60-93 insbes. Rn. 66, 70.

¹¹ S. diesen Gedanken im Schlussantrag von GA Sharpston vom 07.10.2010, *Kommission/Spanien*, C-400/08 Rn. 73,

(b) Vertragsfreiheit

Eine relevante Beschränkung der Niederlassungsfreiheit kann es bedeuten, wenn ein Marktgesetz eine Vielzahl von möglichen Vereinbarungen zwischen Lieferant und Abnehmer untersagt. Dies gilt insbesondere dann, wenn nachgewiesen werden kann, dass es sich insoweit um andernorts übliche Vertragsinhalte handelt.

(c) Anpassungsdruck

Die Marktgesetze können erheblichen Anpassungsdruck bei den betroffenen Unternehmen auslösen. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn es sich bei den betroffenen Marktteilnehmern um international tätige Unternehmen handelt, die in ihrem Heimatstaat ein bestimmtes Geschäftsmodell entwickelt haben und für ihr Geschäftsmodell auf bestimmte Standardverträge angewiesen sind. Denn dann können die Regelungen der Marktgesetze die betroffenen Marktteilnehmer zu teilweise erheblichen Korrekturen ihres Geschäftsmodells zwingen. Hierdurch wird das wirtschaftliche Engagement durch eine Tochtergesellschaft oder eine Zweigstelle im betreffenden Staat wesentlich weniger attraktiv.

(d) Wirtschaftliche Belastung

Für eine relevante Beschränkung kann auch eine Rolle spielen, wie stark einem Marktteilnehmer wirtschaftliche Nachteile aufgebürdet werden.

(e) Unbestimmtheit und Sanktionierung

Sofern ein Marktgesetz Verstöße mit erheblichen Sanktionen ahndet, kann dies die beschränkende Wirkung verstärken. Dasselbe gilt im Hinblick auf unklare Formulierungen.

c) Rechtfertigung

Bewirkt nach vorstehenden Grundsätzen ein Marktgesetz eine (offene oder versteckte) Diskriminierung oder stellt es jedenfalls eine relevante

Beschränkung dar, ist weiter zu prüfen, ob dieser Eingriff nicht durch die ungeschriebenen „*zwingenden Gründe*“ des Gemeinwohls oder aus den geschriebenen Rechtfertigungsgründen des Art. 52 AEUV gerechtfertigt werden kann.

(1) Keine Rechtfertigung wegen „*zwingender Gründe des Allgemeinwohls*“ (Cassis-de-Dijon)

Nach der sog. *Cassis-de-Dijon*-Rechtsprechung des EuGH können sich die Mitgliedstaaten auf *zwingende Gründe des Allgemeininteresses* stützen, wenn sie zum Schutz bestimmter Rechtsgüter Maßnahmen getroffen haben, welche die Grundfreiheiten beschränken.

(a) Anwendbarkeit der Cassis-Rechtsprechung

Eine Rechtfertigung des Eingriffs aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls ist nur möglich, wenn den Marktgesetzen keine versteckt diskriminierende Wirkung zukommt (dazu siehe oben unter D.1.b)(1)(b)). Nach der Rechtsprechung des EuGH lassen sich nämlich lediglich Maßnahmen, die sich weder als offen noch als versteckte Diskriminierungen darstellen, durch zwingende Erfordernisse des allgemeinen Interesses rechtfertigen.¹²

(b) Einschätzungsprärogative

Die Mitgliedstaaten verfügen grundsätzlich über eine gewisse Einschätzungsprärogative, ob die Verfolgung bestimmter „*zwingender Gründe des Allgemeininteresses*“ erforderlich ist und auf welchem Weg dies zu geschehen hat. Den Mitgliedstaaten kommt ein Entscheidungsspielraum insbesondere dann zu, wenn eine Maßnahme „*sensible Bereiche*“ betrifft.¹³ Hinter dieser Rechtsprechung steht der Gedanke, dass die Mitgliedstaaten in bestimmten Bereichen eigene soziale oder kulturelle Vorstellungen in ihrer Rechtsordnung zur Geltung bringen dürfen. Entsprechend diesem Zweck bemisst der EuGH den Entscheidungsspielraum, den er den Mitgliedstaaten belässt, je nachdem, welche

¹² EuGH, Rs. C-275/92, *Schindler*, Slg. 1994, I-1039, Rn. 51 ff., EuGH, Rs. 25/88, *Wurmser*, Slg. 1998, 1105 Rn. 10; EuGH verb. Rs. C-1 C-176/90, *ARAGONESA*, Slg. 1991, I-4151 Rn. 13.

¹³ *Forsthoff*, in: Gravitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 47. EL 2012, Art. 45 Rn. 393.

Regelungsmaterie von der staatlichen Maßnahme betroffen ist. Je eher soziale oder kulturelle Gesichtspunkte bei der Regelung eine Rolle spielen, desto mehr Spielraum gewährt der EuGH den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung des betreffenden Bereichs. Der Spielraum wird jedoch umso geringer, je eher Fragen berührt sind, die die Wirtschaftspolitik betreffen.¹⁴ Diese Differenzierung lässt sich darauf zurückführen, dass die Wirtschaftspolitik der Kern des gemeinsamen Binnenmarktes ist. Hier bestehen weitgehend Regelungen auf europäischer Ebene, die bereits ein bestimmtes, aus Sicht des Europarechts *hinreichendes* Schutzniveau verbürgen. Das legitime Bedürfnis der Mitgliedstaaten, eigene kulturelle und soziale Traditionen zu bewahren, ist dementsprechend verringert.

Diese Erwägungen sprechen dafür, Maßnahmen wie die Marktgesetze relativ eng an den europäischen Vorgaben zu überprüfen und den Mitgliedstaaten insoweit einen eher geringen Einschätzungsspielraum einzuräumen. Die Marktgesetze greifen in die Beziehungen zwischen Marktteilnehmern ein und weisen insoweit zumindest einen Bezug zum Kartellrecht auf (ausführlich dazu siehe D.II.3 unten). Hier wie dort geht es – zumindest auch – um den Schutz wettbewerblicher Marktstrukturen. Das Kartellrecht ist aber bereits auf europäischer Ebene umfassend geregelt. Die nationalen Kartellgesetze sind weitgehend harmonisiert und an das europäische Kartellrecht angepasst. Das Bedürfnis nach weiteren, darüber hinausgehenden mitgliedstaatlichen Regelungen ist daher eher gering; bei der Prüfung, ob die Marktgesetze einer Rechtfertigung zugänglich sind, ist ein eher strenger Maßstab anzulegen.

(c) Legitimer Zweck

Eine Rechtfertigung nach der *Cassis*-Formel kommt dann in Betracht, wenn ein Mitgliedstaat mit seiner die Grundfreiheit beeinträchtigenden Maßnahme ein zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses verfolgt.

¹⁴ Forsthoff, in: Gravitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 47. EL 2012, Rn. 393.

Der Katalog, welche Erfordernisse als Rechtfertigungsgründe in Betracht kommen, ist nicht abschließend. Der EuGH hat in seiner *Cassis*-Entscheidung lediglich beispielhaft eine wirksame steuerliche Kontrolle, den Schutz der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes genannt. Später kamen zusätzliche Erfordernisse des Allgemeinwohls hinzu, wie beispielsweise der Umweltschutz, die Verkehrssicherheit, der Schutz kultureller Belange, der Medienvielfalt, der Systeme sozialer Sicherheit oder der Schutz des öffentlichen Telekommunikationsnetzes.¹⁵

Der EuGH hat aber auch mehrfach klargestellt, dass **rein wirtschaftliche Ziele** nicht als zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses in Ansatz gebracht werden können.¹⁶

Soweit ersichtlich, hat der EuGH nicht definiert, was er unter „rein wirtschaftlichen Gründen“ versteht. Dem Anliegen, das Ausbildungsniveau der Arbeitnehmer auf dem ungarischen Arbeitsmarkt zu verbessern¹⁷ sowie dem Ziel, eine Verringerung von Steuereinnahmen zu verhindern¹⁸, hat der Gerichtshof „rein wirtschaftlichen“ Charakter zugesprochen. Überdies hat er an anderer Stelle ausgeführt, dass das Ziel, die Wettbewerbsstruktur eines Marktes zu stärken „*keine überzeugende Rechtfertigung für Beschränkungen der ... Grundfreiheit darstellen*“ könne.¹⁹

Entsprechend hatte auch die Generalanwältin im Verfahren Kommission/Spanien die Auffassung vertreten, dass nationale Gesetze, die hinsichtlich ihrer beschränkenden Wirkung an die Marktanteile oder Auswirkungen auf den etablierten Handel anknüpfen, rein wirtschaftlicher Natur sind.²⁰ Im selben Fall war deshalb auch die Kommission zu dem Ergebnis gelangt, dass ei-

¹⁵ Siehe zum Ganzen mit Angaben zur Rechtsprechung *Schröder*, in: Streinz, EUV/AUV 2. Aufl. 2012, Art. 36 AEUV Rn. 35.

¹⁶ EuGH, Rs. C-400/08, *Kommission/Spanien*, EuZW 2011, 557 Rn. 74; EuGH Rs. C-96/08, *CIBA*, Slg. 2010, I-2911; EuGH, Rs. C-96/08, *CIBA*, Slg. 2010, I-2911.

¹⁷ EuGH; Urt. v. 15.04.2010, C-96/08, *CIBA*, Slg. 2010, I-2911 Rn. 48

¹⁸ EuGH Urt. v. 21.11.2002, C-436/00, *X und Y*, Slg. 2002, I-10829.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 04.06.2002, *Kommission/Portugal*, Slg. 2002, I-4731, Rn. 52.

²⁰ Schlussantrag GA Sharpston vom 07.10.2010, *Kommission/Spanien*, C-400/08 Rn. 86.

ne Regelung, die den Schutz kleiner Einzelhandelsgeschäfte verfolgte, lediglich wirtschaftlicher Natur sei. Der EuGH selbst hat sich hierzu nicht ausdrücklich verhalten, diesen Ansatz indes auch nicht verworfen, weil er seiner Beurteilung einen *anderen* Gesetzeszweck als den Schutz kleinerer Einzelhandelsunternehmen zugrunde legte.²¹

Die Marktgesetze sind vor diesem Hintergrund daraufhin zu überprüfen, ob sie lediglich wirtschaftliche Zwecke verfolgen. Eine Rechtfertigung scheidet jedenfalls insoweit aus, als die Marktmachtgesetze explizit wettbewerbliche Regelungen enthalten (dazu siehe ausführlich im Konvergenzklauselteil). Gleiches dürfte gelten, sofern die Marktgesetze lediglich auf eine Verbesserung bestimmter (etwa für Lieferanten vermeintlich nachteiliger) Marktstrukturen zielen.

(d) Geeignetheit

Eine Rechtfertigung kommt nur dann in Betracht, wenn das gewählte Mittel geeignet ist, um den mit der Maßnahme verfolgten Zweck zu erreichen. Eine Maßnahme ist grundsätzlich bereits dann zur Zielerreichung geeignet, wenn sie einen Nutzen bringt.²² An ihrer Eignung fehlt es aber, wenn die Maßnahme das Anliegen nicht in kohärenter und systematischer Weise verfolgt.²³ An der Kohärenz kann es einem Marktgesetz fehlen, wenn eine beschränkende Regelung bestimmte naheliegende Fälle, in denen das verfolgte Schutzgut ebenfalls betroffen ist, *nicht* erfasst.

(e) Erforderlichkeit

Die Marktgesetze müssen schließlich auch erforderlich sein. An der Erforderlichkeit fehlt es, wenn es ein mildereres, die Nieder-

²¹ EuGH, Rs. C-400/08, *Kommission/Spanien*, EuZW 2011, 557 Rn. 89 ff.

²² *Pache*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, *Europarecht*, 2. Aufl. 2010, § 10 Rn. 83.

²³ Vgl. EuGH, Rs. C-338/04 u.a., *Placanica*, Slg. 2007, I-2007, I-1891; Rs. C-500/06, *Corporación Dermoestética*; Slg. 2008, I-05785 Rn. 39 f.; Rs. C-169/07, *Hartlauer*, Slg. 2009, I-1721 Rn. 55-71.

lassungsfreiheit weniger beschränkendes, aber gleich geeignetes Mittel gibt, um den verfolgten Zweck zu erreichen.²⁴

Eine Regelung ist danach u.a. dann nicht erforderlich, wenn sie das verfolgte Schutzanliegen in unspezifischer Weise pauschal verfolgt und dadurch die Freiheiten stärker einschränkt, als dies vom Schutzzweck geboten erscheint.²⁵ Die Erforderlichkeit muss dabei grundsätzlich auch in Einzelfällen gegeben sein.²⁶

Im Hinblick auf diese Vorgaben sind die Marktgesetze insbesondere daraufhin zu überprüfen, ob sie mit Pauschalisierungen arbeiten, die dazu führen, dass bestimmte, andernorts übliche Geschäftspraktiken ohne ein entsprechendes Schutzbedürfnis auf Seiten der Lieferanten untersagt sind.

Eine unzulässige Pauschalisierung kann insoweit zum einen in *sachlicher* Hinsicht vorliegen. Dies kommt etwa dann in Betracht, wenn bestimmte Praktiken schlechthin verboten sind, ohne Rücksicht auf ihre Schädlichkeit im konkreten Fall. Ein solches Regelungskonzept verkennt die Charakteristika vertraglicher Austauschverhältnisse. Vertragliche Regelungen können in der Regel nicht isoliert ohne Ansehung ihres Kontextes beurteilt werden. Viele Regelungen erweisen sich isoliert betrachtet als einseitige Belastung der einen Partei, werden aber im Gesamtkontext des Vertrages durch entsprechende Regelungen zugunsten der anderen Partei möglicherweise wieder ausgeglichen.

Zum anderen können staatliche Maßnahmen wie die Marktgesetze auch im Hinblick auf den *persönlichen* Anwendungsbereich undifferenziert und daher unverhältnismäßig sein. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Gesetze bestimmte Marktteilnehmer unabhängig von ihrer konkreten Schutzwürdigkeit schützen. Beispielsweise begegnet es erheblichen Bedenken, wenn ein Marktgesetz pauschal *alle* Lieferanten unter seine Ägi-

²⁴ EuGH, Rs. C-446/03, *Marks & Spencers*, Slg. 2005, I-10837 Rn. 22.

²⁵ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 47. EL 2012, Rn. 390.

²⁶ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, 47. EL 2012, Rn. 390 m. Nachw. zur Rechtsprechung.

de nimmt. Denn dies führt dazu, dass auch marktmächtige Lieferanten, wie beispielsweise Coca-Cola, vom Schutz der Marktgesetze profitieren. Gleiches gilt, wenn Marktgesetze vor bestimmten Marktteilnehmern schützen wollen, ohne Rücksicht auf das konkret durch sie bestehende Gefährdungspotential.

(2) Keine Rechtfertigung gemäß Art. 52 AEUV

Die Marktgesetze dürften im Regelfall nicht gemäß Art. 52 AEUV zu rechtfertigen sein. Diese Vorschrift erlaubt „*Sonderregelungen für Ausländer*“, die „*aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind*“. Dabei kann die öffentliche Sicherheit und Ordnung nur geltend gemacht werden, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein *Grundinteresse* der Gesellschaft berührt.²⁷ Der EuGH hat insoweit im Wesentlichen nur Maßnahmen anerkannt, die die Verfolgung oder Verhinderung von Taten betreffen, die üblicherweise als Straftaten anerkannt werden.²⁸

Die mit den Marktgesetzen verfolgten Ziele dürften regelmäßig weder unter die Begriffe der öffentliche Sicherheit und Ordnung noch der Gesundheit fallen. Der (sektorale) Schutz bestimmter Marktteilnehmer vor dem möglichen Missbrauch marktbeherrschender Unternehmen erreicht nicht die erforderliche Qualität eines Schutzgegenstandes im Sinne von Art. 52 AEUV.²⁹

Anderen Gründen kommt im Rahmen des Art. 52 AEUV keine rechtfertigende Wirkung zu. Die Aufzählung der Schutzgüter in Art. 52 Abs. 1 AEUV ist abschließend. Überdies ist die Vorschrift eng auszulegen. Damit dürfte eine Rechtfertigung der Marktgesetze nach Art. 52 AEUV regelmäßig nicht in Betracht kommen.

²⁷ EuGH, Rs. 30/77, *Boucherau*, Slg. 1977, 1999 Rn. 33 ff.

²⁸ Für die Warenverkehrsfreiheit *Ehrlicke*, NvWZ 2007, 717 (721).

²⁹ Vgl. zu einer dem Marktgesetz vergleichbaren staatlichen Maßnahme *Ehrlicke*, NvWZ 2007, 717 (721).

2. Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV)

Bei Warenbewegungen, die mit einer Niederlassung verbunden sind, findet neben Art. 49 AEUV auch die Warenverkehrsfreiheit Anwendung.³⁰ Es ist durchaus möglich, dass bestimmte Regelungen der Marktgesetze auch den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit betreffen. Eine parallele Anwendung der Grundfreiheiten kommt demnach grundsätzlich in Betracht. Sofern eine Grundfreiheit aber schwerpunktmäßig betroffen ist, prüft der EuGH lediglich die schwerpunktmäßig betroffene Grundfreiheit.³¹ Im Hinblick auf die Marktgesetze ist schwerpunktmäßig die Niederlassungsfreiheit betroffen. Denn Anknüpfungspunkt für die Anwendung der Grundfreiheiten ist nicht primär der Grenzüberschritt einer Ware, sondern die Niederlassung einer EU-ausländischen Mutter in einem anderen Mitgliedstaat.³² Demnach sind die Marktgesetze primär am Maßstab der Niederlassungsfreiheit zu überprüfen.

3. Konvergenzklausel

Die sogenannte Konvergenzklausel des Art. 3 Abs. 2 KartellVO³³ schränkt die Anwendbarkeit mitgliedstaatlicher Regelungen im Bereich des Kartellrechts ein. Marktgesetze sind nicht auf Vereinbarungen anwendbar, die erstens nach europäischem Kartellrecht zulässig und zweitens auch geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Die Konvergenzklausel hat folgenden Wortlaut:

„... (2) Die Anwendung des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts darf nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen führen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind, aber den Wettbewerb im Sinne des Art. 81 Absatz 1 [Anm. der Verf.: jetzt Art. 101 Abs. 1 AEUV, Europäisches Kartellverbot] des Vertrags nicht einschränken oder die Bedingungen des Art. 81 Absatz 3 [Anm. der Verf.: jetzt Art. 101 Abs. 3 AEUV, Freistellung vom Kartellverbot] des Vertrags erfüllen oder durch eine Verordnung zur Anwendung von Art. 81 Absatz 3 des Vertrags erfasst sind. Den Mitgliedstaaten wird durch diese Verordnung nicht verwehrt, in ihrem Hoheitsgebiet strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbin-

³⁰ Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 49 AEUV Rn. 113.

³¹ Pache, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 10 Rn. 66.

³² Vgl. Pache, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 10 Rn. 66.

³³ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG 2003 Nr. L001.

„dung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden.“

Art. 3 Abs. 2 KartellVO dient der Angleichung und Harmonisierung des nationalen Kartellrechts an das europäische Kartellrecht. Es soll ein „*level playing field*“ geschaffen werden.³⁴ Den Mitgliedstaaten wird durch die Konvergenzklausel nicht verwehrt, in ihrem Hoheitsgebiet strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden, also den Missbrauch von Marktmacht strenger zu reglementieren. Nationale Regelungen, die Vereinbarungen betreffen, sind anwendbar, wenn die von diesen Regelungen erfassten Maßnahmen nicht geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Gemäß Art. 3 Abs. 3 KartellVO berührt die Konvergenzklausel auch nicht die Anwendung von Bestimmungen des einzelstaatlichen Rechts, die überwiegend ein von den Art. 101 und 102 des Vertrags abweichendes Ziel verfolgen.

Der Vorrang des europäischen Kartellrechts – mit der Folge der Unanwendbarkeit der Marktgesetze – gilt also, wenn die vier nachfolgenden Kriterien kumulativ erfüllt sind:

1. die Vorschrift betrifft Vereinbarungen und nicht einseitiges Verhalten;
2. die geregelten Verhaltensweisen sind mit europäischem Kartellrecht vereinbar;
3. die geregelten Verhaltensweisen sind geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen; und
4. der Regelungszweck der nationalen Vorschrift ist identisch mit dem der Wettbewerbsregeln der europäischen Verträge.

Bei der Anwendung aller Kriterien besteht ein Beurteilungsspielraum, der eine trennscharfe Abgrenzung der Reichweite der Konvergenzklausel erschwert. Insofern besteht das Risiko voneinander abweichender Auslegungen durch die Gerichte der einzelnen Mitgliedstaaten. Insbesondere die Zwischenstaatlichkeitsklausel und das Kriterium des gleichen Regelungszwecks können von Gerichten unterschiedlich ausgelegt werden.

a) **Vereinbarung**

Der Vorrang des europäischen Rechts gilt nur hinsichtlich Vereinbarungen und dementsprechend nicht für einseitige Maßnahmen, für die stren-

³⁴ Vgl. Langen/Bunte/Sura, Europäisches Kartellrecht, 11. Aufl., Art. 3 VO 1/2003 Rn. 14.

gere Regelungen erlassen und angewendet werden können. Der Abgrenzung beider Verhaltensweisen kommt somit entscheidende Bedeutung zu.

„Vereinbarung“ ist dabei im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV zu verstehen.³⁵ Eine Vereinbarung liegt somit vor, wenn Unternehmen – zumindest stillschweigend – einen gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten.³⁶ Demgegenüber sind einseitige Maßnahmen solche, die ohne vorherige Absprache mit der anderen Partei getroffen werden.

Die europäischen Gerichte stellen für das Vorliegen einer Vereinbarung darauf ab, ob der von der Maßnahme betroffene Vertragspartner dieser ausdrücklich oder zumindest stillschweigend zustimmt.³⁷ Als einseitige Maßnahmen kommen somit solche in Betracht, die ohne jegliche vorherige Kontaktaufnahme erfolgen aber auch solche, die den Regelungsbereich einer Vereinbarung überschreiten und sich auch nicht – etwa im Wege ergänzender Vertragsauslegung – in diese einfügen („**überschreitende Maßnahmen**“).³⁸ Eine einseitige Maßnahme liegt vor, wenn das handelnde Unternehmen nicht beabsichtigt, den Willen des Vertragspartners zu beeinflussen.³⁹ Eine Vereinbarung kann nicht schon dann angenommen werden, wenn die einseitige Maßnahme eines Herstellers durch ein Kontroll- und Sanktionssystem ergänzt wird; ein solches kann jedoch ein Indiz für eine Vereinbarung sein.⁴⁰

Kernkriterium ist folglich, ob die Maßnahme mit Einverständnis der Gegenseite getroffen worden ist. Vereinbarungscharakter haben daher regelmäßig:

³⁵ MüKoEuWettbR/Böge/Bardong Art. 3 VO 1/2003 Rn. 77; Hoffmann in Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, 31. EL 2012, H. I. § 1 Rn. 40.

³⁶ Langen/Bunte/Sura, Europäisches Kartellrecht, 11. Aufl., Art. 3 VO 1/2003 Rn. 23; MüKoEU-WettbR/Böge/Bardong Art. 81 EG Rn. 11; Immenga/Mestmäcker/Emmerich, 5. Auflage 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 55 m.w.N.

³⁷ EuG, Rs. T-41/96, *Adalat*, Slg. 2000 II-3383 Rn. 72 = GRUR Int. 2001, 616; bestätigt durch EuGH, Rs. C-2/01 P, Slg. 2004 I-23 = EuZW 2004, 309.; vgl. auch *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, 2. Auflage 2009, Art. 81 Rn. 43.

³⁸ Langen/Bunte/Sura, 11. Aufl., Art. 3 VO 1/2003 Rn. 23; Hoffmann in Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, 31. EL 2012, H. I. § 1 Rn. 42.

³⁹ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, 2. Auflage 2009, Art. 81 Rn. 43.

⁴⁰ EuGH, Rs. C-2/01 P, *Adalat*, Slg. 2004 I-23 Rn. 83 = EuZW 2004, 309.

- Regelungen zu Eintrittsgeldern/Vorauszahlungen für den Marktzugang;
- die Einräumung und Gewährung von Rabatten, Boni und Werbekostenzuschüssen;
- Regelungen über Einkaufspreise und deren jeweilige Gültigkeitsdauer;
- Regelungen zum Verkauf unter einer Eigenmarke.

b) Vereinbarkeit mit europäischem Kartellrecht

Die geregelte Verhaltensweise muss mit dem europäischen Wettbewerbsrecht vereinbar sein. Es ist den Mitgliedstaaten also nicht verwehrt, Verhaltensweisen, die gegen Europarecht verstoßen, auch nach nationalem Recht zu untersagen. Sie sind gemäß Art. 3 Abs. 1 KartellVO bei einer Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten ohnehin zur Anwendung des Europarechts verpflichtet.

Die Anwendbarkeit nationalen Rechts ist also nur für Verhaltensweisen eingeschränkt, die entweder bereits nicht in den Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen, oder aber zumindest nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ggf. in Verbindung mit einer Gruppenfreistellungsverordnung freigestellt sind. Eine Freistellung für Vertriebsverträge kommt insbesondere aufgrund der Vertikal-GVO⁴¹ in Betracht.

Die fragliche Verhaltensweise darf auch nicht gegen das europäische Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV) verstoßen.⁴² Handelt es sich im Sinne der genannten Vorschrift um marktbeherrschendes Unternehmen ist demnach besondere Vorsicht geboten und die Vereinbarkeit mit beiden Vorschriften zu überprüfen.

In der Rechtsprechung der europäischen Gerichte ist anerkannt, dass die Anwendung des Art. 101 AEUV auf eine vertragliche Beziehung zwi-

⁴¹ Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Art. 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 2010 L 102/1.

⁴² MüKoEUVWettbR/Böge/Bardong, Art. 3 VO 1/2003 Rn. 88.

schen zwei Unternehmen es nicht ausschließt, auf dieses Verhältnis zugleich auch Art. 102 AEUV anzuwenden.⁴³ Dementsprechend kann eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt und geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, zugleich auch ein missbräuchliches Verhalten seitens einer der beiden Vertragsparteien darstellen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass es sich bei dieser Vertragspartei um ein marktbeherrschendes Unternehmen i.S.d. Art. 102 AEUV handelt oder – bei einem Vertrag zwischen Wettbewerbern – beide Vertragsparteien kollektiv marktbeherrschend sind.

In einem solchen Fall kann die Wertung des Art. 102 AEUV die Bewertung im Rahmen des Art. 101 AEUV dahingehend korrigierend beeinflussen, dass bei einem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung die aufgrund dessen abgeschlossene Vereinbarung nicht nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt werden kann.⁴⁴

Aus dem Vorstehenden folgt, dass die durch ein Marktgesetz sanktionierten Vertragsklauseln nur dann als (einseitige) missbräuchliche Verhaltensweisen im Sinne des europäischen Kartellrechts angesehen werden können, wenn der betreffende Vertragspartner über eine marktbeherrschende Stellung i.S.d. Art. 102 AEUV verfügen würde. Nur in diesem Fall kann die Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV (einschließlich der möglichen Befreiung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV) über das Missbrauchsverbot eingeschränkt werden.

Erforderlich ist dabei immer Marktmacht im Sinne des europäischen Kartellrechts. Diese liegt regelmäßig erst ab einem Marktanteil von 40% vor und ist zudem widerlegbar.

⁴³ Vgl. EuGH, Urt. v. 13. Februar 1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 464, 550 Rz. 116 – *Hoffmann-La Roche / Kommission*; *De Smijter/Kjolbye* in Faull/Nikpay, *The EC Law of Competition*, 2. Aufl. 2007, Rn. 2.43.

⁴⁴ Vgl. EuG, Urt. v. 30. September 2003, verb. Rs. T-191/98 und T-212/98 bis T-214/98, Slg. 2003, II-3298, II-3757 Rz. 1456 – *Atlantic Container Line u.a. / Kommission*; Urt. v. 10. Juli 1990, Rs. T-51/89, Slg. 1990, II-347, II-364 Rz. 42 – *Tetra Pak / Kommission*; Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG-Vertrag, Abl. 2004, C 101, 97, 106 Rz. 106; *Rehbinder* in Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht: EG*, 4. Aufl. 2007, Art. 3 VO 1/2003 Rn. 36 f.

Erweitern Marktgesetze den Anwendungsbereich des jeweiligen nationalen Missbrauchsverbots, etwa indem sie die Schwelle zur Marktbeherrschung absenken oder bestimmten Gruppen von Marktteilnehmern (z.B. Händlern) *per se* Marktbeherrschung unterstellen, so reicht dies *nicht* für eine Einschränkung des Art. 101 AEUV bzw. der Konvergenzklausel aus, da diese als höherrangiges Recht die nationalen Marktgesetze (als niederrangiges Recht) insoweit verdrängen.

c) Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Die Konvergenzklausel verbietet nicht den Erlass einer strengeren nationalen Regelung sondern nur deren Anwendung auf Sachverhalte, die geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, jedoch nach europäischem Kartellrecht zulässig sind.

Der Anwendungsbereich des Merkmals der „*zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung*“ (sog. **Zwischenstaatlichkeitsklausel**) wurde durch die Rechtsprechung der europäischen Gerichte geklärt. Allerdings ergingen die Entscheidungen regelmäßig im Zusammenhang mit der Beurteilung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen. Beispielsweise wurde die Zwischenstaatlichkeit bejaht, wenn die fragliche Verhaltensweise geeignet ist, den Markt abzuschotten.⁴⁵

Die Kommission hat „*Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 des Vertrags*“⁴⁶ bekanntgemacht. Dieser Bekanntmachung zufolge dient die Zwischenstaatlichkeitsklausel als Abgrenzungskriterium zwischen europäischem und nationalem Kartellrecht.⁴⁷ Sie bestimmt den Anwendungsbereich der Konvergenzregel in maßgeblichem Umfang, regelt also, wann europäisches Kartellrecht nationales Kartellrecht verdrängt.⁴⁸

Eine Vereinbarung ist nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, wenn „*sich anhand einer Gesamtheit objektiver, rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die*

⁴⁵ EuGH, Rs. 234/89, *Delimitis*, Slg. 1991, I-935-996.

⁴⁶ ABl. 2004/C 101/07.

⁴⁷ Bekanntmachung Rn. 12.

⁴⁸ Bekanntmachung Rn. 10.

*Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach, den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen kann.*⁴⁹

Diese Formel wurde dahingehend ergänzt, dass eine Beeinflussung für die „*Verwirklichung eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein*“ muss.⁵⁰ Eine nachteilige Wirkung ist anzunehmen, wenn die Handelsströme aus ihrer natürlichen Richtung abgelenkt werden.⁵¹

Eine Eignung zur Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels ist zumindest fast immer anzunehmen, wenn Vereinbarungen und Verhaltensweisen mehrere Mitgliedstaaten betreffen oder in mehreren Mitgliedstaaten durchgeführt werden.⁵² Vereinbarungen zwischen Unternehmen in zwei oder mehr Mitgliedstaaten, die Einfuhren und Ausfuhren betreffen, sind ihrem Wesen nach geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Solche Vereinbarungen haben unabhängig davon, ob sie den Wettbewerb beschränken oder nicht, unmittelbare Auswirkungen auf den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten.⁵³

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist bei der kartellrechtlichen Beurteilung einer Vereinbarung diese nicht isoliert zu betrachten, sondern das gesamte Vertragsbündel zu untersuchen (sogenannte: „**Bündeltheorie**“).⁵⁴ Für die Wirkung einer Maßnahme ist nach Auffassung des EuGH jeweils „*auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhang abzustellen, in dem die Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltenswei-*

⁴⁹ EuGH, Rs. 56/65 *Maschinenbau Ulm* Slg. 1966, 282 (303) = GRUR Ausl. 586 (588); Rs. 219/95 *Ferriere Nord* Slg. 1997 I-4411 Rn. 20 –= BeckEuRS 1997, 221840.

⁵⁰ EuGH Rs. 5/69 *Völk v. Verwaecke* Slg. 1969, 295 (302) = GRUR Int. 1970, 22 (23); Rs. 56/64. *Grundig v. Consten* Slg. 1966, 322 (389) = BeckRS 2004, 73330; Rs. 1/71, *Cadillon v. Höss* Slg. 1971, 351 (356) s = BeckRS 2004, 70555; verb. Rs. 209-215 u. 218/78, *FEDETAB* Slg. 1980, 3125 (3274) = BeckEuRS 1980, 82400 Rn. 170; Rs. 219/95, *Ferriere Nord* Slg. 1997, I-4411 Rn. 20 = BeckEuRS 1997, 221840; Rs. 215/96, *Bagnasco* Slg. 1999 I-135 Rn. 47 = EuZW 1999, 212; Rs. 238/05 *Asnef-Equifax* 2006 I-11125 Rn. 34 = BeckEuRS 2006, 435954; Rs. 137/07 *Österreichische Volksbanken* 2009, I-08681 Rn. 35 = BeckEuRS 2009, 501280.

⁵¹ EuGH, Rs. 71/74, *Frubo* Slg. 1975, 563 Rn. 38 ; EuG, Rs. 61/89, *Dansk Pelsdyravler Forening* Slg. 1992, II-1931 Rn. 143; Immenga/Mestmäcker/Emmerich, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, Art. 101 Abs. 1 Rn. 198; Langen/Bunte/Bunte, Europäisches Kartellrecht, 11. Aufl., Art. 81 Gen. Prinz Rn. 146; MüKoEuWettbR/Kirchhoff Art. 81 EG Rn. 594.

⁵² Bekanntmachung Rn. 61.

⁵³ Bekanntmachung Rn. 62.

⁵⁴ EuGH, Rs. 23/67, *de Haecht*, Slg. 1967, 544, 555 = GRUR Int. 1968, 299; Rs. 31/80 *L'Oréal* Slg. 1980, 3775 Rn. 19; Immenga/Mestmäcker/Zimmer, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Auflage Art. 101 Abs. 1 Rn. 202.

sen stehen und zusammen mit anderen zu einer kumulativen Auswirkung auf den Wettbewerb führen können. Denn es hätte keinen Sinn, Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen nach ihren Wirkungen zu beurteilen, wenn diese aus dem Markt, in dem sie auftreten, herausgelöst werden und getrennt von dem Bündel in die gleiche oder andere Richtungen gehender Wirkungen betrachtet werden müßten, dem sie angehören.“⁵⁵ Der EuGH führt dazu weiter aus, dass „das Bestehen gleichartiger Verträge [...] ein Sachverhalt [ist], der gemeinsam mit anderen eine Gesamtheit wirtschaftlicher und rechtlicher Begleitumstände bilden kann, in deren Zusammenhang der Vertrag bei seiner Beurteilung betrachtet werden muß.“⁵⁶ Die Aussagen beruhen auf dem Hintergrund einer kollektiven Wettbewerbsbeschränkung, sind jedoch aufgrund der Zielsetzung der Konvergenzklausel – gerade das gemäß der europäischen Vorschriften zulässige Verhalten „erlaubt zu halten“ – auch auf nicht wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen anzuwenden. Anderenfalls könnte es vorteilhaft sein, Vereinbarungen zu schließen, die geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken, um so die Kriterien der Zwischenstaatlichkeitsklausel zu erfüllen, und sich dann auf eine Freistellung zu berufen. Ein derartiges Vorgehen ist jedoch wettbewerbspolitisch gegenüber Verhaltensweisen, die von vorneherein keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, nicht vorzugswürdig. Daher sind auch den Wettbewerb nicht beschränkende Vereinbarungen gebündelt zu beurteilen.

Die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels muss auch spürbar sein.⁵⁷ Die Kommission hat in ihrer Bekanntmachung die sogenannte NAAT-Regel (*no appreciable affectation of trade*) aufgestellt. Das Nichtvorliegen einer spürbaren Beeinträchtigung wird gemäß der NAAT-Regel dann vermutet, wenn die folgenden Voraussetzungen *kumulativ* erfüllt sind:

- der gemeinsame Marktanteil der Parteien überschreitet auf keinem von der Vereinbarung betroffenen relevanten Markt innerhalb der Gemeinschaft 5 %; und

⁵⁵ EuGH, Rs. 23/67, *de Haecht*, Slg. 1967, 544, 555 f.

⁵⁶ EuGH, Rs. 23/67, *de Haecht*, Slg. 1967, 544 556..

⁵⁷ Langen/Bunte/Bunte, Europäisches Kartellrecht, 11. Aufl., Art. 81 Gen. Prinz. Rn. 151 m.w.N.

- der Jahresumsatz des Lieferanten mit den von der Vereinbarung erfassten Waren in der Gemeinschaft überschreitet nicht den Betrag von 40 Mio. EUR. Im Falle von Vereinbarungen zwischen einem Abnehmer und mehreren Lieferanten ergibt sich der relevante Umsatz aus der Gesamtheit der von den Vereinbarungen erfassten Käufe des Abnehmers dieser Waren.⁵⁸

Dem Merkmal der Zwischenstaatlichkeit kommt somit entscheidende Bedeutung für die Anwendbarkeit abweichenden nationalen Rechts zu. Es ist jedoch rechtspolitisch missglückt, da eine trennscharfe Abgrenzung kaum möglich ist. Insbesondere die Beurteilung kumulativer Auswirkungen kann sich quasi „über Nacht“ ändern, da sie anhand der Auswirkungen auf den Wettbewerb erfolgt. Die Wettbewerbsauswirkungen werden jedoch in erheblichem Maße anhand der Marktanteile ermittelt, die regelmäßigen Schwankungen unterliegen.

d) Kein abweichender Regelungszweck der nationalen Norm

Nationales Recht bleibt jedoch gemäß Art. 3 Abs. 3 KartellVO anwendbar, wenn die das Verhalten regelnde Norm überwiegend einen anderen Zweck verfolgt als die Art. 101 und 102 AEUV. Diese schützen gemäß Erwägungsgrund (9) der KartellVO den freien Marktzugang.

Gemäß Erwägungsgrund (9) der KartellVO dürfen die Wettbewerbsbehörden und Gerichte der Mitgliedstaaten demnach solche Rechtsvorschriften in ihrem Hoheitsgebiet anwenden, die überwiegend auf ein Ziel gerichtet sind, das von dem des Schutzes des Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt – also dem Schutzzweck des europäischen Kartellrechts – abweicht. Dementsprechend dürfen Mitgliedstaaten in ihrem Hoheitsgebiet innerstaatliche Rechtsvorschriften mit anderem Schutzzweck als dem des europäischen Kartellrechts anwenden. Dazu zählen z.B. Vorschriften, durch die unlautere Handelspraktiken – unabhängig davon, ob diese einseitig ergriffen oder vertraglich vereinbart wurden – untersagt oder geahndet werden. Solche Rechtsvorschriften verfolgen ein spezielles, vom Kartellrecht abweichendes Ziel, das die tatsächlichen oder vermuteten Wirkungen solcher Handlungen auf den Wettbewerb auf dem Markt un-

⁵⁸ Bekanntmachung Rn. 52, ABl. 2004/C 101/07.

berücksichtigt lässt. Das trifft insbesondere auf Rechtsvorschriften zu, mit denen Unternehmen untersagt wird, bei ihren Handelspartnern ungerechtfertigte, unverhältnismäßige oder keine Gegenleistungen umfassende Bedingungen zu erzwingen, zu erhalten oder den Versuch hierzu zu unternehmen.⁵⁹

Als **Vorschriften mit abweichenden Zielen** kommen solche der nachfolgenden Rechtsgebiete in Betracht: Verbraucherschutz, Lauterkeitsrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, Medienvielfalt, AGB-Recht, Mittelstandsschutz, Öffentliche Sicherheit, Aufsichtsregeln, Strafrecht und Arbeitsrecht.⁶⁰

Allerdings kann der Zweck einer Norm nicht durch ihre formelle Zuordnung zu einem Gesetzeswerk ermittelt werden, sondern muss anhand ihrer Regelungsmaterie erfolgen.⁶¹ Daher wäre bei Marktgesetzen im konkreten Einzelfall bezüglich jeder einzelnen Vorschrift zu untersuchen, ob abweichende Ziele verfolgt werden und inwieweit diese Schwerpunkt der Regelung sind. Insbesondere *per-se* Verbote wettbewerblich relevanten Verhaltens sind kritisch auf ihre Vereinbarkeit mit der Konvergenzklausel zu untersuchen.⁶²

Bezüglich der Marktgesetze dürfte vor allem das Verhältnis von Vorschriften zum Schutz des Mittelstandes, des laueren Wettbewerbs und schwächerer Vertragspartner zu denjenigen des Kartellrechts relevant sein. Diesen Vorschriften wird eine abweichende Zielsetzung zugesprochen.⁶³ Zur Abgrenzung der Normzwecke ist zu untersuchen, welche Auswirkungen die Norm vermeiden will. Beabsichtigt sie Auswirkungen auf den Markt als solchen zu verhindern, dürfte es sich im Kern um eher kartellrechtliche Regelungen handeln, die wegen der Konvergenzklausel nicht strenger sein dürfen als das europäische Kartellrecht. Ist der primär-

⁵⁹ Vgl. Erwägungsgrund (9) der KartellVO; Arbeitspapier der EU-Kommission SEC (2009) 574 endg. Rn. 180-181.

⁶⁰ Vgl. Immenga/Mestmäcker/Rehbinder Art. 3 VO 1/2003 Rn 47 ff.; Langen/Bunte/Sura Art. 3 VO 1/2003; MüKoEUWettbR/Böge/Bardong Art. 3 VO 1/2003 Rn. 19 ff.

⁶¹ Dalheimer in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 40. EL 2009, Art. 3 VO 1/2003 Rn. 24; MüKoEUWettbR/Böge/Bardong Art. 3 VO 1/2003 Rn. 19.

⁶² Dalheimer in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 40. EL 2009, Art. 3 VO 1/2003 Rn. 24.

⁶³ MüKoEUWettbR/Böge/Bardong Art. 3 VO 1/2003 Rn. 26; Dalheimer in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 40. EL 2009, Art. 3 VO 1/2003 Rn. 24.

re Zweck jedoch weniger der Schutz des Wettbewerbs als Institution, sondern vielmehr der Schutz des jeweils anderen Vertragspartners, dürfte eher ein vom Kartellrecht abweichender Zweck anzunehmen sein.⁶⁴

Abweichende Ziele verfolgen daher beispielsweise Vorschriften:

- die die Nichtbeachtung vertraglicher Regelungen als Ordnungswidrigkeit ansehen,
- die Verstöße gegen zivilrechtliche Vorschriften, etwa zu Minderungs- oder Rücktrittsrechten, als Ordnungswidrigkeit ansehen,
- die die Beachtung staatlicher Lebensmitteltests regeln.

Kartellrechtliche Ziele verfolgen demgegenüber beispielsweise Vorschriften:

- die die Zulässigkeit von Eintrittsgeldern behandeln,
- ein Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis regeln,
- generell den Marktzugang bzw. die Offenhaltung der Märkte schützen wollen.

II. Besonderer Teil 1: Tschechien

1. Die Bestimmungen des tschechischen Marktmachtgesetzes („MMG-CZ“)

Das tschechische Marktmachtgesetz („MMG-CZ“) reguliert ausweislich seines § 1 die bedeutende Marktstellung beim Verkauf von Landwirtschafts- und Lebensmittelprodukten. Sein Ziel ist, jeden Missbrauch einer bedeutenden Marktstellung zu verhindern. Die Definition dessen, was eine bedeutende

⁶⁴ Vgl. ; Arbeitspapier der EU-Kommission SEC (2009) 574 endg. Rn. 180-181.

Marktstellung ist, findet sich in § 3 des MMG-CZ. Danach liegt eine bedeutende Marktstellung vor, wenn

„der Lieferant in Folge der Marktlage mit Bezug auf die Möglichkeit, seine Ware an die Verbraucher zu liefern von dem Abnehmer abhängig wird, und in welcher der Abnehmer sich gegenüber dem Lieferanten einseitig vorteilhafte Geschäftsbedingungen erzwingen kann“.

Kriterien für das Vorliegen einer bedeutenden Marktstellung sind gemäß § 3 Abs. 2 MMG-CZ unter anderem Marktstruktur, Marktzugangshindernisse, Marktanteil des Lieferanten und des Abnehmers sowie deren Finanzstärke, die Größe des Handelsnetzes des Abnehmers und die Größe und Platzierung der einzelnen Verkaufsstätten des Abnehmers. Schließlich regelt § 3 Abs. 3 Marktmachtgesetz die Vermutung, nach der eine bedeutende Marktstellung dann vorliegt, wenn der Umsatz eines Abnehmers CZK 5 Milliarden übersteigt.

Den Inhaber einer solchen bedeutenden Marktstellung treffen die in § 4 sowie den Anlagen zum MMG-CZ geregelten besonderen Pflichten. Insbesondere sind ihm in § 4 MMG-CZ sowie seinen Anlagen aufgeführte bestimmte Geschäftspraktiken verboten, *„deren Ziel oder Ergebnis die wesentliche Verletzung des Wirtschaftswettbewerbs auf dem relevanten Markt ist.“*

Verboten sind dabei insbesondere folgende Vereinbarungen bzw. Geschäftspraktiken:

- Gemäß Anlage 2 darf eine Zahlungsfrist für keinen Lieferanten mehr als 30 Tage ab dem Liefertag überschreiten.
- Anlage 4 des MMG-CZ enthält Vorschriften zu Verkaufsbedingungen. Ziff. 1 verbietet dem Abnehmer, das Produkt des Lieferanten zu einem niedrigeren Preis als dem tatsächlichen Einkaufspreis zu verkaufen (Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis).

In der Praxis von besonderer Bedeutung sind die in Anlage 5 untersagten Praktiken.

- Verboten sind gemäß Anlage 5 Abs. 1 insbesondere alle solche Praktiken, die zu einem Missverhältnis von Leistung des Lieferanten und Gegenleistung des Abnehmers führen. So schuldet der Abnehmer Schaden-

ersatz für alle Vorteile oder Zahlungen, die er vom Lieferanten erhalten oder zu erhalten versucht hat, ohne dass diesen eine angemessene Gegenleistung des Abnehmers gegenüber stünde.

- Keine angemessene Gegenleistung für Zahlungen des Lieferanten soll z.B. vorliegen, wenn der Lieferant sich an einer, durch kein gemeinsames Interesse begründete Finanzierung beteiligt oder wenn der Abnehmer für den Lieferanten Werbung durchführt.
- Weiter untersagt das Gesetz gemäß Anlage 5 Abs. 2 dem Abnehmer, dem Lieferanten Verpflichtungen aufzuerlegen oder dies auch nur zu versuchen, die ein „bedeutendes Ungleichgewicht“ unter den Parteien schaffen würden, wie etwa Vertragsstrafen und Sanktionen.
- Anlage 5 Ziff. 2 enthält weitere zwischen Lieferant und Abnehmer verbotene Vertragsinhalte. Danach ist dem Abnehmer insbesondere versagt, sich sogenannte „retroaktive“ Vorteile in Form von Nachlässen oder Provisionen auszubedingen.

Die Einhaltung dieser Ge- und Verbote wird gemäß §§ 5 f. MMG-CZ vom Amt für Wettbewerbsschutz überwacht. § 8 MMG-CZ sieht für den Fall von Verstößen Sanktionen vor. So knüpft insbesondere § 8 Abs. 1 lit. a an die Verletzung von § 4 MMG-CZ in Verbindung mit den jeweiligen Anlagen die Rechtsfolge einer Strafe in Höhe von bis zu CZK 10 Mio. oder 10 % des in der letzten abgeschlossenen Buchungsperiode erzielten Nettoumsatzes. § 9 enthält weitere Bestimmungen zu den Strafen. Gemäß § 9 Abs. 1 kann sich eine juristische Person von dem Vorwurf einer missbräuchlichen Ausnutzung der dortigen Marktmachtstellung exkulpieren, wenn sie nachweist, dass sie alles Erforderliche getan hat, um die Verletzung der Rechtspflicht zu verhindern. § 9 Abs. 2 gibt für die konkrete Bemessung der Strafe für eine juristische Person vor, dass der Schweregrad des Verwaltungsdeliktes, insbesondere die Art und Weise, wie das Delikt begangen wurde, und die folgenden Umstände, unter denen es begangen wurde, zu berücksichtigen sind.

2. Unvereinbarkeit des MMG-CZ mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV)

a) Schutzbereich

Die Regelungen des MMG-CZ berühren den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit. Es reguliert zwar nicht die *Aufnahme* einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit in Tschechien. Die Niederlassungsfreiheit schützt ausdrücklich aber auch die *Ausübung* einer solchen Tätigkeit. Dieser Aspekt der Niederlassungsfreiheit wird durch die Regelungen des MMG-CZ tangiert, weil das MMG-CZ (u. a.) in Tschechien ansässige Unternehmen Regelungen unterwirft, die der erwerbswirtschaftlichen Betätigung Grenzen setzen.

b) Grenzüberschreitender Bezug

Das Marktmachtgesetz muss sich *abstrakt* an der Niederlassungsfreiheit messen lassen. Das MMG-CZ differenziert in seinem Anwendungsbereich nicht nach der Herkunft der Unternehmen. Insbesondere stellt es etwa Filialen oder Tochtergesellschaften von EU-ausländischen Unternehmen nicht von seinen Beschränkungen frei. Weil das MMG-CZ somit potentiell auch auf EU-ausländische Unternehmen, die in Tschechien tätig sind, Anwendung findet, muss es sich *abstrakt* an den europäischen Vorgaben messen lassen. Dies bedeutet insbesondere, dass die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren wegen Unvereinbarkeit des MMG-CZ mit den Grundfreiheiten auch dann einleiten könnte, wenn es vorliegend im Übrigen an jedwedem grenzüberschreitendem Bezug fehlen würde. Insoweit genügt also ein rein potentieller grenzüberschreitender Bezug.

Überdies können sich EU-ausländische Händler gegenüber Tschechien auch im *konkreten* Fall auf den Schutz der Niederlassungsfreiheit berufen. Ein konkreter grenzüberschreitender Bezug liegt vor. Für die Anwendung der Grundfreiheiten genügt nach Auffassung des EuGH, dass ein EU-ausländischer Händler eine unter den Geltungsbereich des betref-

fenden Gesetzes fallende Tochtergesellschaft hat. (s. dazu oben im Allgemeinen Teil).⁶⁵

c) Eingriff in den Schutzbereich

(1) Diskriminierungsverbot

Das Marktmachtgesetz beeinträchtigt den Schutzbereich von Art. 49 AEUV in relevanter Weise. Zwar wirkt es nicht offen diskriminierend (D.1.b)(1)(a)). Jedoch dürfte es zumindest faktisch diskriminierende Wirkung entfalten (1.b)(1)(b)). Jedenfalls stellt das Marktmachtgesetz aber eine relevante Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar (1.b)(2)

(a) Keine offene Diskriminierung

Das Marktmachtgesetz erweist sich jedenfalls nicht als offen diskriminierend, da es nicht danach differenziert, ob es sich bei einem Abnehmer um ein tschechisches oder ein (EU-) ausländisches Unternehmen handelt.

(b) Versteckte Diskriminierung

Nicht auszuschließen ist jedoch, dass das Marktmachtgesetz trotz seiner unterschiedslosen Anwendbarkeit eine verdeckte Diskriminierung ausländischer Niederlassungen bzw. tschechischer Unternehmen mit deutschen Muttergesellschaften bewirkt.

Vorliegend lässt sich eine Ungleichbehandlung unter zwei verschiedenen Aspekten feststellen.

Zum einen werden große und kleinere Unternehmen ungleich behandelt. Schon tatbestandlich knüpft § 3 MMG-CZ seine Rechtsfolgen an die „*bedeutende Marktstellung*“ eines Unternehmens. Dabei wird diese bedeutende Marktstellung immer schon dann vermutet, wenn der Nettoumsatz eines Unternehmens fünf Milliarden CZK übersteigt. Bereits diese Vermutung begründet eine Ungleichbehandlung zwischen umsatzstärkeren und

⁶⁵ EuGH, Rs. C-108/96, *Mac Quen*, Slg. 2001, I-837 Ls. 1; ebenso EuGH Rs. C-79/01, *Payroll*, Slg. 2002, I-8923 Rn. 25.

umsatzschwächeren Unternehmen, da nur erstere, um den Rechtsfolgen des Marktmachtgesetzes zu entgehen, ihre „bedeutende Marktstellung“ widerlegen müssen. Schließlich ist bereits die Anknüpfung an das Vorliegen einer „bedeutenden Marktstellung“ eine Ungleichbehandlung von Unternehmen, die eine solche Stellung innehaben, und solchen, denen diese Position nicht zukommt.

Zum anderen unterscheidet das Marktmachtgesetz zwischen Abnehmern und Lieferanten und schützt Letztere vor Ersteren. Das Gesetz geht damit von einer strukturellen Unterlegenheit gerade der Lieferanten aus und unterwirft einseitig marktmächtige Abnehmer im Verhältnis zu den Lieferanten strengeren Regelungen.

Die beschriebenen Ungleichbehandlungen dürften sich auch tatsächlich **primär zulasten ausländischer Unternehmen** auswirken. Schon die allgemeine Erfahrung spricht dafür, dass ausländische Unternehmen in neuen Märkten eher größere Einzelhandelseinrichtungen eröffnen werden, um die Größenvorteile zu erzielen, die für eine Optimierung ihrer Chancen zur Durchdringung des Marktes in neuen Gebieten erforderlich sind.⁶⁶

Diese allgemeine Erfahrung findet in Tschechien tatsächliche Bestätigung. Der tschechische Einzelhandel ist ursprünglich traditionell kleinteilig strukturiert. Im Zuge der Globalisierung und der Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes haben sich gerade in Tschechien vermehrt internationale Einzelhandelsunternehmen angesiedelt. Diese waren mit ihren großflächigen Handelsformaten überaus erfolgreich. Das Ranking der größten in Tschechien tätigen Einzelhandelsunternehmen zeigt, dass die ersten fünf Plätze von ausländischen Unternehmen belegt werden.⁶⁷ Auch auf den Plätzen fünf bis zehn befinden sich ausschließlich ausländische Unternehmen, wobei Coop allerdings lediglich ein Dach bildet, unter dem eigenständige und damit auch tschechische Händler agieren. Dies verändert den Befund

⁶⁶ S. zu diesem Gedanken etwa EuGH, Rs. C-400/08, EuZW 2011, 557 Rn. 61.

⁶⁷ Quelle: Firmenangaben und Schätzungen INCOMA GfK, crseconomics, 2012.

indes nicht. Denn Coop selbst fällt gar nicht unter die Vorgaben des Marktmachtgesetzes, sondern nur die jeweiligen Coop zugehörigen selbständigen Händler, von denen indes keiner die maßgebliche Umsatzschwelle zu überschreiten scheint. Die großen, unter das Marktmachtgesetz fallenden Einzelhandelsunternehmen sind damit regelmäßig ausländisch. Faktisch beeinträchtigt das Marktmachtgesetz daher schwerpunktmäßig ausländische Unternehmen.

Es spricht einiges dafür, dass sich auch der zweite Aspekt der durch das Marktmachtgesetz bewirkten Ungleichbehandlung – die Unterscheidung zwischen Lieferanten und Abnehmern – faktisch primär zulasten ausländischer Marktteilnehmer auswirkt. „Lieferant“ ist gemäß § 2 lit. a Marktmachtgesetz derjenige Wettbewerber, der die landwirtschaftlichen Erzeugnisse oder Nahrungsmittel zum Zweck der Verarbeitung oder des Verkaufs an den Abnehmer liefert. Gerade diese Produkte werden häufig von den Einzelhandelsketten vor Ort, das heißt in Tschechien, gekauft.

(2) Jedenfalls: Beschränkungsverbot

Letztlich kann dahinstehen, ob eine faktische Diskriminierung vorliegt, wenn das Marktgesetz zumindest als relevante *Beschränkung* der Niederlassungsfreiheit zu werten wäre.

Nach den oben im allgemeinen Teil genannten Maßstäben bewirkt das Marktmachtgesetz, wenn nicht bereits eine faktische Diskriminierung, so doch eine relevante Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Das Marktmachtgesetz schränkt die Vertragsfreiheit zwischen Abnehmer und Lieferanten erheblich ein (a). Dies führt zu einem erheblichen Anpassungsdruck der betroffenen Abnehmer 1.b)(2)(b). Die beschränkende Wirkung wird noch dadurch erhöht, dass die Regelungen, und damit die Sanktionsandrohung, des Marktmachtgesetzes eine große Unbestimmtheit aufweisen.

(a) Vertragsfreiheit

Das Marktmachtgesetz schafft einen umfassenden Katalog an Verboten für – in anderen Staaten übliche – Geschäftspraktiken. Er regelt dabei, teilweise sehr detailliert, die noch zulässigen Inhalte eines Vertrages zwischen „marktmächtigem“ Abnehmer und seinem Lieferanten.

(b) Anpassungsdruck

Das Marktmachtgesetz erzeugt einen erheblichen Anpassungsdruck für EU-ausländische Händler.

Das Marktmachtgesetz untersagt schlicht einzelne Regelungen in großer Zahl. Zugleich versperrt es den Einzelhandelsunternehmen den Nachweis, dass die vertraglichen Regelungen in ihrer Gesamtheit gerade keinen Missbrauch bedeutender Marktmacht darstellen. Es missachtet damit das Gesamtkonzept des vertraglichen Abnehmer-Lieferanten-Verhältnisses, bei dem möglicherweise einzelnen, isoliert betrachtet allein den Abnehmer bevorzugende Regelungen Absprachen gegenüber stehen, die im Gegenzug einseitig den Lieferanten begünstigen und daher jeweils nur Teil eines *insgesamt* austarierten Gesamtkonzepts sind. Das Marktmachtgesetz erweist sich damit für betroffene, insbesondere ausländische Unternehmen als besonders unflexibel, was den Anpassungsdruck sowie die damit einhergehenden Kosten nochmals deutlich erhöht. Dieser Anpassungsdruck macht den Marktzugang gerade für ausländische Marktteilnehmer unattraktiv.

(c) Unbestimmtheit und Sanktionierung

Schließlich trägt auch die *Unbestimmtheit* des tschechischen Marktmachtgesetzes dazu bei, dass es als relevante Zugangsbeschränkung bewertet werden muss.

Bereits die Definition der Marktmacht, an deren Vorliegen die beschränkenden Regelungen des Marktmachtgesetzes anknüpfen, weist im Hinblick auf die Bestimmtheit Defizite auf. Dies gilt zumal für § 3 Abs. 3 Marktmachtgesetz, der die Vermutung auf-

stellt, dass eine bedeutende Marktstellung dann anzunehmen ist, wenn der Nettoumsatz des Abnehmers mehr als CZK 5 Milliarden beträgt. Diese Definition lässt nicht nur offen, auf welchem Markt die Umsatzgrenze erreicht werden muss, sondern auch, was konkret mit Nettoumsatz gemeint ist. Fraglich ist insoweit insbesondere, ob § 3 Abs. 3 Marktmachtgesetz auf den konsolidierten oder auf den nicht konsolidierten Nettoumsatz abstellt, welcher Zeitraum maßgeblich sein soll, und ob lediglich tschechische oder gar weltweite Umsätze in die Beurteilung mit einbezogen werden müssen; ebenso bleibt die Rechnungsperiode offen.

Diese Unbestimmtheit besteht dabei, obgleich dem Eingreifen der Vermutungswirkung nach § 3 Abs. 3 Marktmachtgesetz praktisch wie rechtlich erhebliche Bedeutung zukommt. Ist der maßgebliche Schwellenwert des § 3 Abs. 3 Marktmachtgesetz erreicht, obliegt es – jedenfalls nach der derzeitigen Praxis des tschechischen Kartellamtes - dem betroffenen Abnehmer, nachzuweisen, dass er keine bedeutende Marktstellung hat. In der Praxis gelingt die Widerlegung dieser Vermutung nur schwer. In vielen Fällen wird daher der Umsatz faktisch darüber entscheiden, ob die Verbote des Marktmachtgesetzes für ein Unternehmen Anwendung finden oder nicht. Gerade Unternehmen, die sich an der Umsatzschwelle von 5 Mrd. Kronen bewegen, werden daher ständig im Ungewissen bleiben, ob sie die im Marktmachtgesetz verbotenen Vereinbarungen und Praktiken durchführen dürfen oder nicht. Folge ist, dass die betroffenen Unternehmen nicht wissen, in welchem Rechtsrahmen sie sich bewegen.

Unbestimmt ist das Marktmachtgesetz auch im Hinblick auf § 4 Marktmachtgesetz. § 4 lit. a – lit. f führt die im Einzelnen als Missbrauch einer bedeutenden Marktstellung verbotenen Vereinbarungen und Praktiken auf,

„...deren Ziel oder Ergebnis die wesentliche Verletzung des Wirtschaftswettbewerbs auf dem relevanten Markt ist“,

wie der letzte Halbsatz von § 4 ergänzt.

Dieser Zusatz war in der Anwendungspraxis bereits Gegenstand von Auslegungstreitigkeiten. Entweder, und eigentlich naheliegend, könnte er als *zusätzliche* Bedingung gelesen werden, wonach die aufgeführten Vereinbarungen und Praktiken nur dann unter das Verbot fallen, sofern ihr Ziel oder Ergebnis die wesentliche Verletzung des Wirtschaftswettbewerbs auf dem relevanten Markt ist. Es ist aber auch, wenngleich fernliegender, eine Auslegung möglich, wonach dieser Halbsatz so verstanden werden muss, dass den in § 4 lit. a – lit. f MMG-CZ aufgeführten Vereinbarungen und Praktiken eine wesentliche Verletzung des Wirtschaftswettbewerbs nach der Wertung des Marktmachtgesetzes stets inhärent ist. Dieser Auslegung folgte bislang das tschechische Kartellamt.

Auch diese Uneindeutigkeit hat damit weitreichende Konsequenzen für die betroffenen Marktteilnehmer. In der milderen Auslegung gilt das Verbot nur unter der Vorraussetzung, dass der betreffende Marktteilnehmer die wesentliche Verletzung des Wirtschaftswettbewerbs beabsichtigt oder dass eine bestimmte Praktik zumindest erhebliche Auswirkungen zeitigt. In der anderen – strengeren – Auslegung, die offenbar auch von der zuständigen tschechischen Kartellbehörde befürwortet wird, stellt bereits die bloße Vereinbarung einer verbotenen Praktik einen Missbrauch der bedeutenden Marktstellung dar, und zwar unabhängig davon, mit welchem Ziel diese Vereinbarung erfolgt ist oder welche Auswirkung sie auf dem relevanten Markt hatte. Auch im Hinblick auf § 4 MMG-CZ besteht somit die Gefahr, dass der betroffene Marktteilnehmer sich über die ihn treffenden Pflichten nicht im Klaren ist.

Unklar ist schließlich auch, was mit dem Verbot „*retroaktiver*“ Vorteile gemeint ist (siehe Anhang 5, Ziff. 2 MMG-CZ). Den betroffenen Unternehmen ist es nicht möglich, sich auf die Regelungen einzurichten, weil sie schlicht nicht wissen, was konkret verboten ist.

Diese Unbestimmtheiten wiegen schwer, weil sich das betroffene Unternehmen gleichzeitig ganz erheblicher Sanktionen gewärtigen muss. So droht dem Abnehmer bei Zuwiderhandlung eine

Strafe in Höhe von bis zu CZK 10.000.000 oder 10% seines Nettoumsatzes.

Diese Kombination von Unbestimmtheit und Sanktionierung erweist sich als gravierendes Marktzugangshindernis: Weil der niederlassungswillige Unternehmer nicht weiß, welche Handlungen erlaubt und verboten sind, und ob er sein bisheriges Geschäftsmodell beibehalten kann oder nicht, macht das Marktmachtgesetz die Niederlassung in Tschechien wesentlich weniger attraktiv.

Das Marktmachtgesetz stellt damit eine am Maßstab von Art. 49 AEUV zu überprüfende Beschränkung dar.

d) Fehlende Rechtfertigung

(1) Keine Rechtfertigung wegen „zwingender Gründe des Allgemeinwohls“ (Cassis-de-Dijon)

(a) Anwendbarkeit der Cassis-Rechtsprechung

Eine Rechtfertigung des Eingriffs aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls ist nur möglich, sofern man dem Marktmachtgesetz keine zumindest versteckt diskriminierende Wirkung beilegt (dazu siehe oben unter D.1.b)(1)(b)).

(b) Legitimer Zweck

Es spricht viel dafür, dass das Marktmachtgesetz lediglich wirtschaftliche Zwecke verfolgt und daher eine Rechtfertigung nach den Grundsätzen der *cassis*-Rechtsprechung nicht in Betracht kommt.

Erklärtes Ziel des Marktmachtgesetzes ist es, die Marktmacht von Einzelhändlern gegenüber den Lieferanten von Nahrungsmitteln und landwirtschaftlichen Produkten zu regulieren. Ausweislich der Präambel des Marktmachtgesetzes will das Gesetz damit eine Lücke im Wettbewerbsrecht schließen und Missbrauch der Einzelhändler gegenüber ihren Lieferanten vermeiden. Damit schreibt sich das Marktmachtgesetz selbst eine wett-

bewerbliche Zielsetzung zu. Bei wettbewerblichen Regelungen handelt es sich aber um primär wirtschaftliche Regelungen, denen nach der Rechtsprechung des EuGH eine rechtfertigende Wirkung nicht zukommen dürfte (siehe dazu oben im AT).

(c) Erforderlichkeit

Letztlich kann diese Frage aber dahinstehen. Denn selbst wenn Tschechien mit dem Marktmachtgesetz einen „*zwingenden Grund*“ des Allgemeinwohls verfolgen würde, so wäre der hierdurch bewirkte Eingriff jedenfalls unverhältnismäßig.

Das Marktmachtgesetz ist zur Erreichung des angestrebten Ziels nicht erforderlich. Den im allgemeinen Teil dargelegten Vorgaben entspricht das Marktmachtgesetz nicht. In mehrfacher Hinsicht arbeitet es mit Pauschalierungen. Diese führen dazu, dass vielfach andernorts übliche Geschäftspraktiken ohne ein entsprechendes Schutzbedürfnis aufseiten der Lieferanten untersagt sind.

Dies gilt zum einen in *sachlicher* Hinsicht. Das Marktmachtgesetz verbietet pauschal bestimmte Praktiken. Die verbotenen Praktiken sind einzeln in den Anhängen aufgezählt. Das Verbot gilt dabei unabhängig davon, in welchem Kontext die einzelnen verbotenen Vereinbarungen stehen. Den als verboten aufgezählten Vereinbarungen wird damit *eo ipso* Missbräuchlichkeit unterstellt. Ein solches Vorgehen verkennt die Charakteristika vertraglicher Austauschverhältnisse. Vertragliche Regelungen können in der Regel nicht isoliert ohne Ansehung ihres Kontextes beurteilt werden. Viele Regelungen erweisen sich isoliert betrachtet als einseitige Belastung der einen Partei, werden aber im Gesamtkontext des Vertrages durch entsprechende Regelungen zugunsten der anderen Partei möglicherweise wieder ausgeglichen.

Anhang 5, Ziff. 1, 1. Spiegelstrich, der dem Abnehmer insbesondere verbietet, Leistungen vom Lieferanten zu verlangen, wenn diesen Leistungen keine angemessene Gegenleistung des Abnehmers gegenüber steht, belässt zwar über das Merkmal der

„Angemessenheit“ der Leistung ein Einfallstor für die Berücksichtigung der Gesamtumstände. Indes gelten nach Anhang 5 bestimmte Leistungen offenbar stets als unangemessen im Verhältnis zu der vom Abnehmer erbrachten Gegenleistung.

So verbietet etwa Anhang 5, Ziff. 2 dem Abnehmer pauschal, sich jedwede Form von retroaktiven Vorteilen in Form von Nachlässen, Provisionen oder Vereinbarungen auszubedingen. Auch hier bleibt unberücksichtigt, dass Nachlässe, die der Lieferant dem Abnehmer einräumt, einer angemessenen Gegenleistung auf Seiten des Abnehmers gegenüberstehen können.

Zum anderen und vor allem erweist sich das Marktmachtgesetz auch im Hinblick auf den *persönlichen* Anwendungsbereich als undifferenziert und daher als unverhältnismäßig. Dies gilt zunächst für den Anwendungsbereich des Marktmachtgesetzes auf Seiten der *Lieferanten*. Das Marktmachtgesetz schützt Lieferanten unabhängig von ihrer konkreten Marktsituation. Anders als der Abnehmer muss der Lieferant keine bestimmte Umsatzgröße aufweisen, um vom Marktmachtgesetz erfasst zu werden. Dies führt dazu, dass auch marktmächtige Lieferanten, wie beispielsweise Coca-Cola, unter den Schutz des Marktmachtgesetzes fallen. Dabei ist die bestehende Marktmacht eines Lieferanten kein Ausnahmefall, der wegen der Einschätzungsprärogative des nationalen Gesetzgebers zu vernachlässigen wäre, denn staatliche Regelungen müssen grundsätzlich auch in Einzelfällen zu rechtfertigen sein.⁶⁸ Für einen wirksamen Schutz des Wettbewerbs ist es nicht erforderlich, auch bei Vertragsbeziehungen vergleichbarer starker Unternehmen in die Vertragsfreiheit einzugreifen.

Ebenso arbeitet das Marktmachtgesetz im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Gesetzes auf *Abnehmer* mit unspezifischen Regelungen. Insbesondere die unbestimmte Definition der bedeutenden Marktstellung in § 3 Marktmachtgesetz, die weder danach differenziert, auf welchem Markt der Abnehmer eine bedeutende Marktstellung innehaben muss, noch danach, für welche Art von

⁶⁸ Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, 47. EL 2012, Rn. 390 m. Nachw. zur Rechtsprechung.

Umsatz die Vermutungsregelung des § 3 Abs. 3 Marktmachtgesetz greift, verfolgt das Schutzzanliegen in unspezifischer Weise und schränkt so die Niederlassungsfreiheit stärker ein, als dies vom Schutzzweck im Einzelfall geboten erscheint. Das Abstellen auf ein solches objektives Umsatzkriterium entbehrt nicht nur eines Vorbilds im europäischen Kartellrecht, sondern auch einer wirtschaftlichen Ratio. Denn es kann ohne entsprechende Analysen der relevanten Märkte keinesfalls davon ausgegangen werden, dass diese Umsatzschwelle auf so unterschiedlichen Märkten wie z.B. Energie oder Lebensmittel dieselbe Aussagekraft hat. Es ist damit zu rechnen, dass durch diese Ungenauigkeit zum einen Fallkonstellationen erfasst werden, bei denen eine Regulierung überzogen ist, zum anderen ist bei einem solchen Regelungskonzept zu befürchten, dass solche Konstellationen, die der tschechische Gesetzgeber eigentlich erfassen wollte, der Regulierung *nicht* unterfallen. Auch insofern ist die Regelung nicht erforderlich.

Entsprechendes gilt für die fehlende Präzisierung, auf welchen Markt – das heißt Absatz- oder Einkaufsmarkt – es für die Bestimmung der Umsatzschwelle ankommen soll. Für die Erforderlichkeit der Regulierung macht diese Frage einen entscheidenden Unterschied. Dies sei an einem Beispiel illustriert: Ein Unternehmen wie McDonald's wird zwar sowohl die Umsatzschwelle als auch den erheblich höheren Marktanteil auf dem Absatzmarkt von Fast Food erfüllen. Auf dem Einkaufsmarkt von Elektrizität, Bürobedarf oder Hygieneartikeln wird seine Nachfragemacht jedoch vergleichsweise sehr gering sein. Es kann nicht Sinn des Gesetzesentwurfs sein, McDonald's auf diesen Einkaufsmärkten als marktmächtig einzustufen.

Die Problematik der fehlenden Spezifizierung wird verstärkt durch die bereits beschriebene (D.1.b)(2)(e)) Unbestimmtheit einer Vielzahl von Regelungen des Marktmachtgesetzes. Diese vergrößern die Gefahr, dass das Marktmachtgesetz mit seinen Beschränkungen auch dann Anwendung findet, wenn es der Schutzzweck des Marktmachtgesetzes nicht erfordert.

Unabhängig von dieser zu befürchtenden unzulässigen Streubreite des Gesetzes ist in der Rechtsprechung des EuGH anerkannt, dass eine mitgliedstaatliche Regelung, welche die von ihr ausge-

henden Belastungen nicht deutlich werden lässt, schon wegen mangelnder Transparenz als nicht erforderlich angesehen werden kann.

Wie bereits ausgeführt (D.1.b)(2)(e)) ist der Umfang der aus dem Marktmachtgesetz resultierenden Pflichten für Abnehmer nur schwer erkennbar bzw. einzuschätzen. Einen solchen Zustand der Rechtsunsicherheit hat der EuGH in seiner bisherigen Rechtsprechung schon häufig als nicht rechtfertigungsfähig beurteilt.⁶⁹

(d) Angemessenheit

Schließlich sind die Regelungen des Marktmachtgesetzes auch unangemessen, weil das verfolgte Ziel nicht „*hinreichend schwerwiegend*“⁷⁰ im Verhältnis zur Beeinträchtigung der Grundfreiheit ist.⁷¹ Hier sind das Gewicht der Beeinträchtigung der Grundfreiheit und das Gewicht des verfolgten Schutzzweckes gegenüberzustellen.

Der Eingriff in die Niederlassungsfreiheit wirkt schwer. Jedenfalls an der Grenze zur versteckten Diskriminierung angesiedelt, fordert er gerade ausländischen Einzelhandelsunternehmen bei der Ansiedlung in Tschechien erhebliche Anpassungsleistungen ab. Die Vertragsfreiheit zwischen Lieferant und Abnehmer wird in schwerwiegender und unflexibler Weise gestört. Schließlich drohen dem Abnehmer bei Zuwiderhandlung beträchtliche Sanktionen.

Demgegenüber entspricht der mit dem Marktmachtgesetz verfolgte Schutz der Lieferanten vor marktmächtigen Abnehmern keinem unabweisbaren Bedürfnis. Das Bedürfnis für eine solche Regelung wie dem Marktmachtgesetz ist schon deshalb vermindert, weil bereits europäische Vorschriften dieses Anliegen weit-

⁶⁹ EuGH, Rs. C-118/96, *Safir*, Slg. 1998, I-1897 Rn. 32; Rs. C-54/99, *Scientology*, Slg. 2000, I-1335 Rn. 21 f.; Rs. C-162/99, *Kommission/Italien*, Slg. 2001, I-541 Rn. 22 ff.

⁷⁰ EuGH, Rs. C-121/85, *Conegate*, Slg. 1986, Slg. 1986, 1007.

⁷¹ *Jarass*, EuR 2000, 705 (722 f.).

gehend zu verwirklichen suchen.⁷² Der mit dem Marktmachtgesetz verfolgte Schutzzweck wiegt schließlich deshalb nicht besonders schwer, weil ein gewisser Wettbewerbsdruck im Handelsverkehr nicht nur üblich, sondern auch erwünscht ist. Dieser Gedanke verbietet den Erlass weitgehender Regelungen zum Schutz ganz bestimmter Wettbewerbsteilnehmer. Insbesondere sind bestimmte Wettbewerbsteilnehmer nicht auf ähnliche Weise schützenswert wie etwa außerhalb des Handelsverkehrs stehende Verbraucher. Das erkennt das Marktmachtgesetz, das viele handels- und wettbewerbsübliche Vereinbarungen der Dispositionsbefugnis der Wettbewerbsteilnehmer entzieht.

Auch unter diesem Gesichtspunkt erweist sich das Marktmachtgesetz als unverhältnismäßige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit.

(2) Keine Rechtfertigung gemäß Art. 52 AEUV

Beim MMG-CZ handelt es sich nicht um „Sonderregelungen für Ausländer“, die „aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind“ i. S. d. Art. 52 AEUV. Damit kommt eine Rechtfertigung nach Art. 52 AEUV nicht in Betracht.

3. Unvereinbarkeit des MMG-CZ mit der Konvergenzklausel

Jedenfalls mit dem Inhalt, den das MMG-CZ in der Anwendungspraxis durch das tschechische Kartellamt genommen hat, verstößt das MMG-CZ gegen die Konvergenzklausel des Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003. Nach dieser Vorschrift darf die Anwendung nationalen Wettbewerbsrechts nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen führen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind, aber den Wettbewerb nicht i.S.d. Art. 101 Abs.1 AEUV einschränken oder die Bedingungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen oder durch eine Verordnung zur Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV des Vertrags erfasst sind. Die Mitgliedstaaten dürfen

⁷² Vgl. Zu diesem Aspekt EuGH, Rs. 205/84, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1986, 3755, Rn. 36; Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459, Rn. 36; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rn. 135; Rs. C-444/05, *Stamatelaki*, Slg. 2007, I-3185, Rn. 37; Rs. C-341/05, *Laval un Partneri*, Slg. 2007, I-11767, Rn. 73 ff.

strengere Vorschriften nur zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Maßnahmen erlassen oder anwenden (Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003).

a) **Keine einseitigen Maßnahmen**

Die Anwendbarkeit der Konvergenzklausel hängt somit davon ab, ob eine einseitige Maßnahme oder eine Vereinbarung vorliegt.⁷³ Bei den vom MMG-CZ sanktionierten Praktiken handelt es sich um Vereinbarungen i.S.d. Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003, Art. 101 Abs. 1 AEUV. Sie sind typischerweise Gegenstand der von den Lieferanten und ihren Abnehmern geschlossenen Lieferverträge.

Ob eine Maßnahme als Vereinbarung oder als einseitige Maßnahme anzusehen ist, bestimmt sich nicht nach nationalem (hier: tschechischem) Recht, sondern nach europäischem Recht. Maßgeblich ist insbesondere die Auslegung des Art. 101 Abs. 1 AEUV durch die Praxis der Europäischen Kommission im Lichte der Rechtsprechung durch die europäischen Gerichte.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Europäischen Gerichts ist der Begriff der Vereinbarung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV „*durch das Vorliegen einer Willensübereinstimmung zwischen mindestens zwei Parteien gekennzeichnet (...)*“⁷⁴. Zwar kann es auch im Rahmen vertraglicher Beziehungen zu einseitigen Maßnahmen einer Partei kommen. Die Anwendbarkeit des Art. 101 Abs.1 AEUV ist in einem solchen Fall jedoch nur dann ausgeschlossen, wenn diese Maßnahme **ohne ausdrückliche oder zumindest stillschweigende Mitwirkung** der jeweils anderen Partei durchgeführt wird. Ist die andere Partei – auch nur stillschweigend – mit der (scheinbar) einseitigen Maßnahme einverstanden, liegt dagegen eine Vereinbarung vor.⁷⁵ Eine solche Willensübereinstimmung - konkret: die (auch stillschweigende) Zustimmung der anderen Partei zu einer (scheinbar) einseitigen Maßnahme der Verfahrensbe-

⁷³ De Smijter/Kjolbye in Faull/Nikpay, The EC Law of Competition, 2. Aufl.2007, Rn. 2.43.

⁷⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 6. Januar 2004, verb. Rs. C-2/01 P und C-3/01 P; Slg. 2004, I-23, I-104, Rz. 97 – *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure / Bayer AG / Adalat*; EuG, Urt. v. 26.10.2000, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383, II-3408 Rz. 67 ff. – *Bayer AG / Kommission*.

⁷⁵ Vgl. EuG, Urt. v. 26.10.2000, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383, II-3409 Rz. 71 f. – *Bayer AG / Kommission*.

teiligten – wird vorliegend durch die zwischen den Lieferanten und ihren Abnehmern geschlossenen Lieferverträge begründet.

Eine Vereinbarung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV liegt ausweislich des Wortlauts der einschlägigen Vorschriften des MMG-CZ vor. Lieferant und Händler schließen einen Vertrag über die (nach tschechischem Recht unzulässigen) Konditionen. Eine Vereinbarung liegt immer dann vor, wenn Unternehmen – zumindest stillschweigend – einen gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten. Diesen gemeinsamen Willen wird man jedenfalls in den Fällen erkennen können, in denen der Lieferant die vereinbarten Geschäftsbedingungen befolgt. Einen geheimen Vorbehalt dergestalt, dass der Lieferant sich daran gar nicht halten will, wird man unter diesen Umständen nicht annehmen können.

b) Keine Wettbewerbsbeschränkung

Die Vereinbarung verstößt nicht gegen das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV, da keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Dieses negative Tatbestandsmerkmal ist konstitutiv für die Geltung der Konvergenzklausel (s.o.).

Art. 101 Abs. 1 AEUV sieht Vereinbarungen als wettbewerbsbeschränkend an, wenn sie entweder die wirtschaftliche Handlungsfreiheit einer Partei oder eines Dritten beschränken.⁷⁶ Die wirtschaftliche Handlungsfreiheit eines Unternehmens wird jedoch nicht schon bei engagierten Verhandlungen („*hard-bargaining*“) durch die Nachfrager eingeschränkt, sondern erst, wenn diese gegebenenfalls vorhandene Marktmacht ausnutzen.⁷⁷ Dazu ist anerkannt, dass das „*Streben eines Marktteilnehmers nach möglichst günstigen Bedingungen und Preisen [...] grundsätzlich wettbewerbskonform*“ ist.⁷⁸ Genau dies ist hier aber der Fall. Sowohl der Abnehmer als auch seine Lieferanten drängen bei den Verhandlungen auf für sie zufriedenstellende Ergebnisse. Dies ist gerade Ausdruck der von den Wettbewerbsregeln gewollten Vertragsfreiheit.

⁷⁶ Immenga/Mestmäcker/Emmerich, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 109 ff.

⁷⁷ So für § 20 GWB: Immenga/Mestmäcker/Markert, GWB, 4. Auflage, § 20 Rn. 262.

⁷⁸ Wiedemann/Lübbert § 29 Rn. 20; siehe auch BGH NJW-RR 2005, 269, 272.

c) **Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels?**

Darüber hinaus muss die Vereinbarung geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

An der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ließe sich zumindest in den Fällen zweifeln, in denen die Konditionen zwischen einem EU-ausländischen Abnehmer und einem lokalen oder regionalen tschechischen Lieferanten vereinbart werden. Es ließe sich argumentieren, dass die Vereinbarung dann lediglich einen innerstaatlichen – tschechischen – Bezug hat und insoweit auch nicht geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Gegen eine solche, die Zwischenstaatlichkeit verneinende Sichtweise bestehen jedoch gewichtige Bedenken:

- Nach ständiger Rechtsprechung kommt es für die zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung allein darauf an, ob eine Vereinbarung tatsächlich oder potentiell *geeignet* ist, die Freiheit des Handels in einer Weise zu gefährden, welche die Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen Marktes nachteilig beeinflussen kann.⁷⁹ Nicht erforderlich ist dagegen, dass die Vereinbarung den innergemeinschaftlichen Handel tatsächlich spürbar beeinträchtigt. Ausreichend ist vielmehr, dass die Vereinbarung eine solche Wirkung entfalten *kann*. Daher kann auch *ohne* einen unmittelbaren grenzüberschreitenden Bezug die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt sein.⁸⁰ Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ist eine Vereinbarung geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, wenn sie ihrem Wesen nach zu einer Abschottung der nationalen Märkte führt.⁸¹ Vorliegend kann es durch das MMG-CZ in der Tat zu einer Abschottung der tschechischen LEH-Beschaffungsmärkte kommen. Konditionenvereinbarungen, die nach europäischem Kartellrecht zulässig sind, aber in Tschechien verboten sind, können dazu führen, dass bestimmte Lieferanten und/oder Händler, die den

⁷⁹ EuGH, Rs. C-42/84, *Remia*, Slg. 1985, 2545, Rn. 22.

⁸⁰ *Bechthold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Auflage, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 15.

⁸¹ EuGH Rs. 8/72, *Cementhandelaren*, Slg. 1972, 977, 991; EuGH, Rs. C-295/04, *Manfredi*, Slg. 2006 I-6619, Rn. 41.

tschechischen „Sonderweg“ nicht beschreiten wollen, in Tschechien nicht oder nur eingeschränkt tätig werden. Auch der EuGH hat festgestellt, dass Maßnahmen *„im Bereich der Handelsspannen [und] der Jahresabschlussvergütung [...] geeignet sind, die Handelsströme [...] aus der Richtung abzulenken, die sie andernfalls genommen hätten.“*⁸²

- Konditionenvereinbarungen der vorliegenden Art werden von Händlern mit einer Vielzahl von Lieferanten sowohl in Tschechien als auch in anderen europäischen Ländern geschlossen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist bei der kartellrechtlichen Beurteilung einer Vereinbarung diese nicht isoliert zu betrachten, sondern das gesamte Vertragsbündel zu untersuchen (sogenannte: **„Bündeltheorie“**).⁸³ Für die Wirkung einer Maßnahme ist nach Auffassung des EuGH jeweils *„auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhang abzustellen, in dem die Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen stehen und zusammen mit anderen zu einer kumulativen Auswirkung auf den Wettbewerb führen können. Denn es hätte keinen Sinn, Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen nach ihren Wirkungen zu beurteilen, wenn diese aus dem Markt, in dem sie auftreten, herausgelöst werden und getrennt von dem Bündel in die gleiche oder andere Richtungen gehender Wirkungen betrachtet werden müßten, dem sie angehören.“*⁸⁴ Der EuGH führt dazu weiter aus, dass *„das Bestehen gleichartiger Verträge [...] ein Sachverhalt [ist], der gemeinsam mit anderen eine Gesamtheit wirtschaftlicher und rechtlicher Begleitumstände bilden kann, in deren Zusammenhang der Vertrag bei seiner Beurteilung betrachtet werden muß.“*⁸⁵
- Unter Zugrundelegung der Bündeltheorie kommt es daher nicht nur auf die Wirkung einer einzelnen Konditionenvereinbarung an, son-

⁸² EuGH, verb. Rs. 209 bis 215 u. 218/78, FEDETAB, Slg. 1980, 3125, 3275.

⁸³ EuGH, Rs. 23/67, *de Haecht*, Slg. 1967, 544, 555 = GRUR Int. 1968, 299; Rs. 31/80 *L'Oréal* Slg. 1980, 3775 Rn. 19; Immenga/Mestmäcker/Zimmer, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Auflage Art. 101 Abs. 1 Rn. 202.

⁸⁴ EuGH, Rs. 23/67, *de Haecht*, Slg. 1967, 544, 555 f.

⁸⁵ EuGH, Rs. 23/67, *de Haecht*, Slg. 1967, 544 556..

dern auf das gesamte, ggf. europaweit praktizierte, Konditionenmodell des jeweiligen Händlers.

- Viele Beschaffungsmärkte, auf denen Händler (d.h. Abnehmer i.S.d. MMG CZ) Waren von Lieferanten einkaufen, sind mittlerweile längst nicht mehr rein national bzw. regional, sondern gehen über die Landesgrenzen hinaus. Dies betrifft etwa den Einkauf bestimmter Markenprodukte.
- Europaweit tätige Händler schließen ähnliche Konditionenvereinbarungen mit einer Vielzahl von Lieferanten und ohne Berücksichtigung der Nationalität des Handelspartners. Der EuGH sieht bereits einen einzigen Vertriebsvertrag, selbst wenn er keine Import- oder Exportbeschränkungen enthält, als geeignet an, zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zu führen, wenn er im Zusammenwirken mit Parallelverträgen desselben, aber auch anderer Hersteller eine kumulative, über das Gebiet des jeweiligen Mitgliedstaates hinausgehende Wirkung zur Folge hat.⁸⁶
- Soweit Vereinbarungen mit Lieferanten geschlossen werden, die außerhalb Tschechiens ansässig sind, ist ein Zwischenstaatlichkeitsbezug ohnehin gegeben.
- Insbesondere die EU-ausländischen Händler schließen in mehreren anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (zulässige) Vereinbarungen über Prämien und Rabatte, die mit den (nach dem MMG-CZ unzulässigen) Vereinbarungen in Tschechien vergleichbar sind. Die Gleichartigkeit der Vereinbarungen erleichtert diesen Händlern die grenzübergreifende Beschaffung von Waren und Dienstleistungen und ist insofern geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinflussen. Konditionen, die in anderen Ländern erlaubt sind, können in Tschechien nicht verboten sein.
- Eine Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels wird ferner angenommen für Vereinbarungen, an denen (ggf. über Tochtergesellschaften) Unternehmen aus mindestens zwei

⁸⁶ So: So: MSHF/*Habermeier* § 36 Rn. 28 unter Verweis auf: EuGH, Rs. 56/65 *Maschinenbau Ulm* Slg. 1966, 282 ff. 306; Rs. 23/67, *de Haecht* 1967, 543, 555; Rs. 31/80, *L'Oreal* 1980, 3775, 3792.

Mitgliedstaaten beteiligt sind.⁸⁷ Diese Voraussetzung ist bei vielen Händlern in zweifacher Hinsicht erfüllt. Einerseits schließen die tschechischen Tochtergesellschaften der betreffenden Händler auch Lieferverträge mit Unternehmen außerhalb Tschechiens ab. Andererseits sind die tschechischen Tochtergesellschaften regelmäßig mit einer Konzernobergesellschaft des Händlers mit Sitz im EU-Ausland verbunden.

- Die Geeignetheit der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung folgt darüber hinaus auch aus dem Grundsatz der vertragskonformen Auslegung der europäischen Verträge. Wie bereits an anderer Stelle festgestellt, sind die Grundfreiheiten u.a. deshalb anwendbar, weil ein grenzüberschreitender Bezug gegeben ist. Es wäre nicht vertragskonform, bei evident grenzüberschreitendem Bezug einer Maßnahme zugleich deren Geeignetheit zur zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung zu verneinen.

Damit bleibt festzuhalten, dass die überwiegenden Gründe *für* eine zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung durch die von MMG-CZ verbotenen Vereinbarungen sprechen. Dies gilt auch für Vereinbarungen mit regionalen oder lokalen Lieferanten. Ein **Restrisiko**, dass das Merkmal der Zwischenstaatlichkeit von einem tschechischen Gericht in solchen Konstellationen im Ergebnis abgelehnt wird, besteht aber gleichwohl.

d) **Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung**

Die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels muss auch spürbar sein.⁸⁸ Die Kommission hat in ihrer Bekanntmachung die sogenannte NAAT-Regel (*no appreciable affectation of trade*) aufgestellt. Das *Nichtvorliegen* einer spürbaren Beeinträchtigung wird gemäß der NAAT-Regel dann vermutet, wenn die folgenden Voraussetzungen *kumulativ* erfüllt sind:

- der gemeinsame Marktanteil der Parteien überschreitet auf keinem von der Vereinbarung betroffenen relevanten Markt innerhalb der Gemeinschaft 5 %; und

⁸⁷ MüKoEUWettbR/Kirchhoff Art. 81 Rn. 587; *Bellamy/Child*, fifth Edition, 2-131 m.w.N.

⁸⁸ Langen/Bunte/Bunte, Europäisches Kartellrecht, 11. Aufl., Art. 81 Gen. Prinz. Rn. 151 m.w.N.

- der Jahresumsatz des Lieferanten mit den von der Vereinbarung erfassten Waren in der Gemeinschaft überschreitet nicht den Betrag von 40 Mio. EUR. Im Falle von Vereinbarungen zwischen einem Abnehmer und mehreren Lieferanten ergibt sich der relevante Umsatz aus der Gesamtheit der von den Vereinbarungen erfassten Käufe des Abnehmers dieser Waren.⁸⁹

Mit Blick auf die Händler lässt sich dabei folgendes festhalten: Da die Händler jeweils mit mehreren Lieferanten gleich lautende Konditionenvereinbarungen treffen, ist der Gesamtumsatz der von diesen Vereinbarungen erfassten Waren relevant.. Es ist davon auszugehen, dass aufgrund dieser Gesamtbetrachtung die 40 Mio. EUR-Schwelle bei den betreffenden Händlern in der Regel (deutlich) überschritten ist, sodass das Merkmal der Spürbarkeit erfüllt wäre.

e) Zwischenergebnis

Das MMG-CZ verbietet Vereinbarungen, die nicht gegen das europäische Kartellverbot verstoßen. Der Anwendungsbereich der Konvergenzklausel in Art. 3 Abs. 2 KartellVO ist damit grundsätzlich eröffnet: Mit dem MMG-CZ verbietet ein mitgliedstaatliches Wettbewerbsgesetz ein Verhalten, welches den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist, aber nicht den Wettbewerb beschränkt und daher auch nicht gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstößt. Das MMG-CZ hat daher hinter Art. 101 Abs. 1 AEUV zurückzutreten.

f) Kein Ausschluss der Konvergenzklausel wegen unterschiedlichem Schutzzweck des MMG-CZ

Die Bestimmungen des MMG-CZ könnten vorliegend allenfalls dann parallel anwendbar sein, wenn die fraglichen Bestimmungen des MMG-CZ überwiegend ein von den Art. 101, 102 AEUV abweichendes Ziel verfolgen würden (Art. 3 Abs. 3 2. Alt. VO 1/2003). Hierzu führt Erwägungsgrund Nr. 9 zur VO 1/2003 aus:

„Sofern derartige Rechtsvorschriften überwiegend auf ein Ziel gerichtet sind, das von dem des Schutzes des Wettbewerbs auf

⁸⁹ Bekanntmachung Rn. 52, ABl. 2004/C 101/07.

dem Markt abweicht, dürfen die Wettbewerbsbehörden und Gerichte in den Mitgliedstaaten solche Rechtsvorschriften in ihrem Hoheitsgebiet anwenden. Dementsprechend dürfen die Mitgliedstaaten im Rahmen dieser Verordnung in ihrem Hoheitsgebiet innerstaatliche Rechtsvorschriften anwenden, mit denen unlautere Handelspraktiken — unabhängig davon, ob diese einseitig ergriffen oder vertraglich vereinbart wurden — untersagt oder geahndet werden. Solche Rechtsvorschriften verfolgen ein spezielles Ziel, das die tatsächlichen oder vermuteten Wirkungen solcher Handlungen auf den Wettbewerb auf dem Markt unberücksichtigt lässt. Das trifft insbesondere auf Rechtsvorschriften zu, mit denen Unternehmen untersagt wird, bei ihren Handelspartnern ungerechtfertigte, unverhältnismäßige oder keine Gegenleistungen umfassende Bedingungen zu erzwingen, zu erhalten oder den Versuch hierzu zu unternehmen.“

Diese Voraussetzungen sind vorliegend jedoch nicht gegeben; das MMG-CZ verfolgt **nicht überwiegend** ein von Art. 101, 102 AEUV abweichendes Ziel.

Zwar läge es nahe, alle oder einige der durch das MMG-CZ als unzulässig angesehenen Vereinbarungen (bspw. überlange Zahlungsziele, überhöhte Skonti usw.) als Bedingungen anzusehen, die – nach Wertung des tschechischen Gesetzgebers – als ungerechtfertigt oder unverhältnismäßig oder ohne entsprechende Gegenleistung erbracht gelten sollten. Das reicht allerdings nicht aus, um dem MMG-CZ eine überwiegend abweichende Zielsetzung im vorstehenden Sinne zuzuschreiben.

Maßgeblich ist insofern – wie aus dem Erwägungsgrund ersichtlich –, ob die nationalstaatliche Regelung „*die tatsächlichen oder vermuteten Wirkungen auf den Wettbewerb unberücksichtigt lässt*“, d.h. dem Schutz der Allgemeinheit oder der anderen Marktteilnehmer dient und nicht dem Schutz des Wettbewerbs. Vorliegend hängt die Anwendbarkeit des MMG-CZ ausschließlich davon ab, dass ein Abnehmer über eine Marktstellung verfügt, bei der die Marktgegenseite – hier: der Lieferant – sich (vermeintlich) in einer solchen Abhängigkeit zu diesem Abnehmer befindet, dass der (marktmächtige) Abnehmer dem abhängigen Lieferanten einseitig vorteilhafte Geschäftsbedingungen aufzwingen kann (§ 3 Abs. 1 MMG-CZ). Eine Abhängigkeit im vorstehenden Sinne setzt demnach

grundsätzlich voraus, dass dem Lieferanten entweder keine anderen Abnehmer zur Verfügung stehen bzw. die potentiellen Abnehmer keine gleichwertige Alternative gegenüber dem marktmächtigen Unternehmen darstellen. Für eine als typisch angesehene Marktsituation – (kleiner) Lieferant steht einem bedeutenden Abnehmer gegenüber – unterstellt damit das MMG-CZ eine bestimmte *per se* Wirkung auf den Wettbewerb, nämlich mangelnde Ausweichmöglichkeiten des Lieferanten auf andere Abnehmer, mit denen die Endverbraucher in gleichwertiger Weise erreicht werden können und der Lieferant somit im Vergleich zu seinen Wettbewerbern eine gleichartige Marktposition erreichen kann. Das Kriterium ist demnach als wettbewerbsbezogen anzusehen.⁹⁰

An der Wettbewerbsbezogenheit des MMG-CZ ändert auch die Vermutung des § 3 Abs. 3 MMG-CZ nichts, nach der Marktmacht ab einem Umsatz von CZK 5 Mrd. vermutet wird. Auch wenn das Abstellen auf eine bestimmte Umsatzgröße eines Unternehmens nur im Verhältnis zur Gesamtgröße des Marktes eine verlässliche Aussage zur Marktposition des jeweiligen Unternehmens treffen kann, so handelt es sich auch bei diesem Kriterium letztlich um ein wettbewerbsbezogenes Merkmal. Denn die Wettbewerbsbezogenheit einer Regelung setzt nicht voraus, dass in jedem Einzelfall eine Marktanalyse durchzuführen ist, ausreichend ist das Abstellen auf einen – wie auch immer bestimmten – Grad an Marktmacht.⁹¹

Der Umstand, dass das MMG-CZ möglicherweise *auch* unlautere Handelspraktiken in vertraglichen Beziehungen verhindern will, kann u.E. nicht bewirken, dass das MMG-CZ ein überwiegend von Art. 101, 102 AEUV abweichendes Ziel verfolgt. Durch die Einschränkung der Anwendbarkeit des MMG-CZ auf (angeblich) marktmächtige Unternehmen ist das Ziel der Verhinderung unlauterer Praktiken gegenüber dem Ziel des Wettbewerbsschutzes weit in den Hintergrund gerückt. Zumindest stehen beide Ziele jedenfalls gleichwertig nebeneinander – somit fehlt

⁹⁰ Dalheimer in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 3 VO 1/2003 Rn. 24; Rehbindner in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG, 4. Aufl. 2007, Art. 3 VO 1/2003 Rn. 48

⁹¹ De Smijter/Kjolbye in Faull/Nikpay, The EC Law of Competition, 2. Aufl. 2007, Rn. 2.59; Dalheimer in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 3 VO 1/2003 Rn. 24.

das für die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 3 2. Alt VO 1/2003 erforderliche Überwiegen des von Art. 101, 102 AEUV abweichenden Ziels.

g) Folgen des Verstoßes gegen die Konvergenzklausel

Ist die Konvergenzklausel anwendbar, so ist der Vorrang des europäischen Rechts durch die nationalstaatliche Behörde in ihrer Entscheidungsfindung strikt zu beachten. Jede nationalstaatliche Entscheidung, nach der – unter Verletzung der Konvergenzklausel – eine Vereinbarung verboten wird, die unter Anwendung des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder als eine nach Art. 101 Abs. 3 AEUV vom Kartellverbot freigestellte Vereinbarung gelte, stünde deshalb im Widerspruch zum europäischen Recht. Eine auf die betreffenden Vorschriften des MMG-CZ gestützte behördliche Entscheidung wäre deshalb unwirksam und nicht vollstreckbar.⁹²

III. Besonderer Teil 2: Slowakei

1. Die Bestimmungen des slowakischen Wettbewerbsgesetzes („UWG-SK“)

Das Gesetz über unfaire Bedingungen in Geschäftsbeziehungen im Nahrungsmittelsektor („UWG-SK“) reguliert ausweislich seines § 1 die Definition und die Überwachung von unfairen Bedingungen in Geschäftsbeziehungen im Lebensmittelsektor sowie das Vorgehen gegen solche unfairen Geschäftsbedingungen.

§ 2 UWG-SK enthält Definitionen zur Anwendung des Gesetzes; § 3 UWG-SK nennt bestimmte Mindestinhalte von Verträgen, aufgrund derer Lebensmittel in Verkehr gebracht werden. § 3 Abs. 2 UWG-SK bestimmt, dass der Zahlungsanspruch des Lieferanten für die Lieferung der Nahrungsmittel spätestens 30 Tage nach Rechnungsstellung und nicht später als 45 Tage nach *Lieferung*

⁹² Vgl. Generell zu den Rechtsfolgen *De Smijter/Kjolbye* in Faull/Nikpay, *The EC Law of Competition*, 2. Aufl. 2007, Rn. 2.51.

fällig wird. § 4 Abs. 1 UWG-SK verbietet schließlich die Vereinbarung unfairer Geschäftsbedingungen zwischen dem Abnehmer und dem Lieferanten. Zwar verbietet das Gesetz allgemein unfaire Geschäftsbedingungen; aus dem Katalog der im Einzelnen aufgezählten verbotenen unfairen Geschäftsbedingungen wird aber ersichtlich, dass sich die Verbote vorwiegend an die Abnehmer richten und die Lieferanten schützen sollen; teilweise folgt dies bereits aus dem Wortlaut.

So nennt § 4 Abs. 3 UWG-SK Beispiele, in denen eine geldwerte Leistung *des Lieferanten*, die mehr als 3 % des Wertes seiner jährlichen Lebensmittellieferungen zum jeweiligen Abnehmer ausmacht, eine unfaire Bedingung sein kann. Der Abnehmer darf danach keine Zahlungen in Höhe von mehr als 3 % des jährlichen Umsatzes mit dem jeweiligen Lieferanten für die folgenden Handlungen entgegen nehmen:

- Nutzung des Vertriebsnetzwerks des Abnehmers (es sei denn, der Lieferant selbst hat keine Möglichkeit, dem Abnehmer die Lebensmittelware im vereinbarten Volumen an den vereinbarten Ort zu liefern und greift deshalb auf das Vertriebsnetzwerk des Abnehmers zurück);
- Aktivitäten zur Förderung des Verkaufs der Lebensmittel des Lieferanten, insbesondere Geschenke, Boni, Reduktionen und Preisnachlässe und Rabatte;
- Aktivitäten des Abnehmers, die darauf zielen, den Verkauf von Lieferanten gelieferten Waren unter der Marke des Abnehmers zu fördern, insbesondere durch Geschenke, Boni, Preisnachlässe und Rabatte;
- Platzierung der vom Lieferanten gelieferten Nahrungsmittel an einen bestimmten Platz in den Verkaufsflächen des Abnehmers;
- Dienstleistungen eines Dritten für die Unterstützung und Förderung eines Verkaufs des Abnehmers im Hinblick auf die Außendarstellung und Verpackung.

Als unfaire Geschäftsbedingung gilt gemäß § 4 Abs. 4 lit. b) UWG-SK auch, wenn der Abnehmer Inspektionen der Geschäftsräume des Lieferanten bzw. des Herstellers auf Kosten des Lieferanten verlangt. Ebenso um eine unfaire Geschäftsbedingung soll es sich in den folgenden Fällen handeln:

- der Abnehmer reduziert den vereinbarten Preis für die gelieferten Lebensmittel, anstatt die vereinbarten Preise fristgerecht zu bezahlen (lit. g);
- eine Partei verlangt zusätzliche Leistungen in Geld oder auf andere Weise nach Empfang der Lieferung (lit. h);
- der Abnehmer verkauft die Lebensmittel, die der Lieferant für ein Sonderangebot geliefert hat, an den Verbraucher doch zu einem höheren Preis als dem vorgesehenen Sonderangebot (lit. m);
- Diskriminierungen einzelner Lieferanten und Bevorzugung anderer (lit. w);
- der Abnehmer verlangt, dass der Lieferant Lebensmittel, über die der Lieferant und der Abnehmer hinsichtlich Anzahl und Art bereits zuvor eine Vereinbarung getroffen hatten, zu einem Preis auf den Markt bringt, der geringer ist, als der vom Lieferanten aufzubringende Erwerbspreis im Zeitpunkt des Kaufvertrags (lit. x);
- eine Vertragspartei verlangt einen festen Preis für einen Zeitraum von mehr als drei Monaten (lit. z);
- der Abnehmer verlangt, Verpackungs- und Abfallmaterial zu beseitigen, das nicht von der Lieferung durch den Lieferanten herrührt (lit. aa);
- der Schuldner verlangt, dass der gegen ihn gerichtete Zahlungsanspruch nur mit seiner Zustimmung abgetreten werden darf (lit. ab).

Die vorgenannten Bestimmungen sind gemäß § 8 UWG-SK als Verwaltungsdelikte bußgeldbewehrt.

2. Unvereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV)

a) Schutzbereich

Die Regelungen des UWG-SK berühren den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit. Es reguliert zwar nicht die *Aufnahme* einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit in der Slowakei. Die Niederlassungsfreiheit schützt ausdrücklich aber auch die *Ausübung* einer solchen Tätigkeit. Dieser Aspekt der Niederlassungsfreiheit wird durch die Regelungen des

UWG-SK tangiert, weil das UWG-SK (u. a.) in der Slowakei ansässige Unternehmen wie slowakische Tochtergesellschaften von EU-ausländischen Händlern Regelungen unterwirft, die der erwerbswirtschaftlichen Betätigung Grenzen setzen.

b) Grenzüberschreitender Bezug

Das UWG-SK muss sich *abstrakt* an der Niederlassungsfreiheit messen lassen. Das UWG-SK differenziert in seinem Anwendungsbereich nicht nach der Herkunft der Unternehmen. Insbesondere stellt es etwa Filialen oder Tochtergesellschaften von EU-ausländischen Unternehmen nicht von seinen Beschränkungen frei. Weil das UWG-SK somit potentiell auch auf EU-ausländische Unternehmen, die in der Slowakei tätig sind, Anwendung findet, muss es sich *abstrakt* an den europäischen Vorgaben messen lassen. Dies bedeutet insbesondere, dass die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren wegen Unvereinbarkeit des UWG-SK mit den Grundfreiheiten auch dann einleiten könnte, wenn es vorliegend im Übrigen an jedwedem grenzüberschreitendem Bezug fehlen würde. Insofern genügt also ein rein potentieller grenzüberschreitender Bezug.

Überdies können sich slowakische Tochtergesellschaften der Händler gegenüber der Slowakei auch im *konkreten* Fall auf den Schutz der Niederlassungsfreiheit berufen. Eine solche Konstellation genügt nach Auffassung des EuGH für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten.⁹³

c) Eingriff in den Schutzbereich

Das UWG-SK greift in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit ein.

(1) Offene Diskriminierung

Das UWG-SK erweist sich jedenfalls nicht als offen diskriminierend. Das UWG-SK differenziert indes nicht danach, ob es sich bei einem Abnehmer um ein slowakisches oder ein (EU-)ausländisches Unternehmen handelt.

⁹³ EuGH, Rs. C-108/96, Mac Quen, Slg. 2001, I-837 Ls. 1; ebenso EuGH Rs. C-79/01, Payroll, Slg. 2002, I-8923 Rn. 25; vgl. auch die Ausführungen im Allgemeinen Teil.

(2) Versteckte Diskriminierung

Nicht auszuschließen ist jedoch, dass das Marktgesetz trotz seiner unterschiedslosen Anwendbarkeit eine verdeckte Diskriminierung ausländischer Niederlassungen bzw. slowakischer Unternehmen mit deutschen Muttergesellschaften bewirkt.

Vorliegend begründet das Gesetz eine Ungleichbehandlung zwischen Abnehmer und Lieferant. Zwar verbietet das Gesetz primär schlicht „*die Vereinbarung unfairer Geschäftsbedingungen*“, ohne dabei zu bestimmen, dass lediglich der Abnehmer gegenüber dem Lieferanten solche unfairen Bedingungen vereinbaren kann. Jedoch ergibt sich aus den einzelnen Verbotstatbeständen, dass sich das Gesetz lediglich gegen solche Vorteile richtet, die sich der Abnehmer gegenüber dem Lieferant ausbeutungen hat. Daher ist zu erwarten, dass in der Praxis lediglich die Abnehmer durch das UWG-SK nachteilig betroffen werden.

Die Ungleichbehandlung von Lieferanten und Abnehmern wäre dann als faktische Diskriminierung aus Gründen der Staatszugehörigkeit zu qualifizieren, wenn sich *tatsächlich* das Gesetz hierdurch primär zulasten EU-ausländischer Marktteilnehmer auswirken würde. Dies setzt voraus, dass die betroffenen Abnehmer in der Regel Unternehmen mit Auslandsbezug sind, und sich das UWG-SK primär zugunsten slowakischer Lieferanten auswirken würde. Letzteres dürfte bereits deshalb der Fall sein, weil das UWG-SK auf Vertragsbeziehungen mit im EU-Ausland ansässigen Lieferanten von vornherein keine Anwendung findet. Ob auch die umgekehrte Prämisse zutrifft, dass Abnehmer in der Regel Unternehmen mit EU-Auslandsbezug sind, bedürfte einer eingehenden Analyse der slowakischen Marktstruktur im Lebensmittelsektor.

(3) Jedenfalls: Beschränkungsverbot

Letztlich kann dahinstehen, ob eine faktische Diskriminierung vorliegt, da das UWG-SK zumindest als relevante *Beschränkung* der Niederlassungsfreiheit zu werten ist:

(a) Vertragsfreiheit

Das UWG-SK schafft einen umfassenden Katalog an Verboten für – in anderen Staaten übliche – Geschäftspraktiken. Es regelt dabei – teilweise sehr detailliert – die noch zulässigen Inhalte eines Vertrages zwischen Abnehmer und Lieferanten und nimmt den Parteien hierdurch die im freien Wirtschaftsverkehr erforderliche Flexibilität.

Die in einem geschäftlichen Verhältnis übliche und erforderliche Flexibilität wird beispielsweise durch die Regelung in § 4 Abs. 4 lit. h) beeinträchtigt, nach der die Erhebung zusätzlicher Geld- oder anderer Leistungen nach Warenlieferung verboten ist. Gleiches gilt für das Gebot, ursprünglich vereinbarte Lieferpreise nachträglich nur aufgrund eines „*speziellen schriftlichen Vertrages*“ senken zu dürfen.

Auch an anderen Stellen wird Abnehmern und Lieferanten die Möglichkeit genommen, eine adäquate Risiko- und Lastenverteilung zu vereinbaren: So versagt § 4 Abs. 3 UWG-SK dem Abnehmer, für bestimmte Leistungen gegenüber seinem Lieferanten von diesem eine Gegenleistung zu verlangen, die über 3 % des Umsatzes hinausgeht, den der jeweilige Lieferant mit dem Abnehmer erwirtschaftet. Damit behandelt das Gesetz die Vereinbarungen solcher Leistungen bzw. Gegenleistungen im Ergebnis wie unzulässige Eintrittsgelder, die gemäß § 4 Abs. 2 UWG-SK verboten sind.

Für Lieferanten wie Abnehmer bedeuten diese Vorgaben eine erhebliche Einschränkung der **Vertragsfreiheit**. Insbesondere durch die Regelung des § 4 Abs. 3 UWG-SK wird es Abnehmern wie slowakischen Tochterunternehmen von EU-ausländischen Händlern erheblich erschwert, neben der Vereinbarung eines Preises für die Lieferung der Ware weitere Zusatzvereinbarungen zu treffen. Das Verhältnis zwischen Lieferant und Abnehmer wird damit in unflexibler Weise auf den reinen Warenaustausch reduziert. Die Erbringung von Leistungen, die zum Warenaustausch gewissermaßen „*akzessorisch*“ sind, können die Parteien

nicht mehr vereinbaren; für den Abnehmer lohnen sich solche Vereinbarungen nicht, weil er insoweit jedenfalls zum Teil die Kosten allein zu tragen hätte und den Lieferanten nur beschränkt an den Kosten partizipieren lassen dürfte.

(b) Wirtschaftliche Belastung der Abnehmer

Zugleich führen die Regelungen des UWG-SK zu einer **erheblichen wirtschaftlichen Belastung** der Abnehmer. So können beispielsweise die Kosten für Werbeaktionen, die den Verkaufserfolg der Waren des Lieferanten fördern wollen, nicht mehr in angemessener Weise zwischen Abnehmer und Lieferanten verteilt werden.

Dies gilt erst recht, als § 4 Abs. 3 UWG-SK den Abnehmern den Nachweis versperrt, dass auch die Erhebung von Kosten in einer Höhe, die 3 % des Umsatzes des Lieferanten im Verhältnis zum jeweiligen Abnehmer übersteigt, eine angemessene Gegenleistung für eine vom Abnehmer zu erbringende **Leistung** darstellen kann. Damit bürdet diese Regelung einseitig und pauschal dem Abnehmer die Kosten für bestimmte – auch im Interesse des Lieferanten stehende (wie z. B. Werbung für dessen Produkte) – Leistungen auf, die 3 % des jährlichen Umsatzes des Lieferanten übersteigen. Dies geschieht ohne Rücksicht darauf, ob der tatsächliche Wert der erbrachten Leistungen wesentlich höher und demgemäß auch eine höhere Gegenleistung des Lieferanten angemessen ist.

Der Effekt dieser Regelung erweist sich dabei als besonders schwerwiegend, weil die Höchstgrenze von 3 % auf den *jährlichen Umsatz* des Lieferanten im Verhältnis zu dem jeweiligen Abnehmer bezogen ist. Es lässt sich somit nicht bereits *ex ante*, d.h. im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ermitteln, ob eine bestimmte Gegenleistung des Lieferanten als „*unfaire Geschäftsbedingung*“ anzusehen ist, sondern erst nach Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres. Sofern sich am Ende des Kalenderjahres herausstellt, dass die Grenze von 3 % überschritten ist, muss der Abnehmer mit erheblichen Rückforderungen seitens seiner Lieferanten rechnen. Hinzu kommt das Bußgeldrisiko. Beides wird

in der Regel davon abhalten, zum Warenaustausch „*akzessorische*“ Vereinbarungen wie etwa Werbemaßnahmen und Werbekostenzuschüsse überhaupt zu vereinbaren. Eine Einnahmequelle wird ihm hierdurch genommen. Es wird daher gerade für ein internationales Unternehmen, das in einem anderen EU-Mitgliedstaat seinen Sitz hat, weniger attraktiv, in der Slowakei Zweigstellen oder Tochterunternehmen zu gründen. Denn diese könnten das in anderen Mitgliedstaaten erprobte und erlaubte Geschäftsmodell in der Slowakei nur in beschränkter Weise betreiben.

(c) Anpassungsdruck

Überdies lösen die Regelungen des UWG-SK einen erheblichen **Anpassungsdruck** für die betroffenen Abnehmer aus. Aufgrund der Beschränkungen des UWG-SK müssen Abnehmer ihre Geschäftspolitik und Strategie für die Slowakei überdenken. Für international aufgestellte Konzerne, die nicht nur in der Slowakei, sondern auch in anderen Mitgliedstaaten der Union tätig sind, ist dieser Anpassungsdruck besonders spürbar, weil sie ihr in anderen Mitgliedstaaten entwickeltes und zulässigerweise praktiziertes Geschäftsmodell in der Slowakei nicht umsetzen dürfen. Gerade diesen Gesichtspunkt – die Notwendigkeit, Geschäftspolitik und -strategie überdenken zu müssen – hatte der EuGH in der Rechtssache C-518/06, Kommission/Italien (Slg. 2009 I-3491, Rn. 60-93) als für die Annahme einer relevanten Beschränkung entscheidend gewertet.

(d) Unbestimmtheit und Sanktionsrisiko

Schließlich tragen auch die Unbestimmtheit und die Bußgeldbewehrtheit des UWG-SK dazu bei, dass diesem Gesetz eine relevante beschränkende Wirkung beigemessen werden muss.

Unbestimmt ist beispielsweise die Vorschrift des § 4 Abs. 4 lit. h UWG-SK. Sie versagt pauschal „*Zahlungen im Nachgang zu der Lieferung der Nahrungsmittel*“. Diese Vorschrift lässt erhebliche Auslegungsmöglichkeiten zu. Insbesondere ist ihr Verhältnis zu § 4 Abs. 3 UWG-SK, der die Vereinbarung bestimmter Gegen-

leistungen des Lieferanten untersagt, fraglich. Nach seinem Wortlaut könnte § 4 Abs. 4 lit. h UWG-SK so verstanden werden, als seien jegliche Zahlungen nach Lieferung der Lebensmittel unzulässig. Erfasst wären demnach auch Zahlungen, beispielsweise für Werbung zugunsten des gelieferten Produkts, die *nach* Lieferung der Ware erfolgen. Es ist fraglich, wie diese pauschale Aussage mit der Vorschrift des § 4 Abs. 3 UWG-SK vereinbar sein soll. Denn § 4 Abs. 3 UWG-SK verbietet lediglich Zahlungen, die über 3 % des jährlichen Umsatzes der Lieferanten bei dem jeweiligen Abnehmer hinausgehen, und untersagt überdies Zahlungen als Gegenleistungen lediglich für ganz bestimmte Zwecke. In diesen Zusammenhang lässt sich die Bestimmung des § 4 Abs. 4 lit. h UWG-SK nicht widerspruchsfrei einfügen.

Schließlich wird auch die Regelung des § 4 Abs. 3 UWG-SK selbst zu erheblicher Unsicherheit bei der Rechtsanwendung führen, die sich ebenfalls unter der Überschrift der Unbestimmtheit abhandeln lässt. Nach § 4 Abs. 3 UWG-SK sind lediglich solche Gegenleistungen des Lieferanten verboten, die 3 % seines Jahresumsatz mit dem jeweiligen Abnehmer übersteigen. Der Verstoß lässt sich somit erst am Jahresende feststellen. Dies bedeutet, dass *bei der Vereinbarung* der einzelnen Gegenleistungen, beispielsweise für Werbung oder für die Nutzung des Vertriebsnetzwerks des Abnehmers, noch nicht mit Bestimmtheit gesagt werden kann, ob es sich hierbei um einen Verstoß gegen das UWG-SK handelt. Erst am Ende des Jahres stellt sich heraus, ob die als Gegenleistung verlangten Zahlungen des Lieferanten über die 3 %-Schwelle hinausgehen und demnach gemäß § 4 Abs. 3 UWG-SK als unfaire Geschäftsbedingung zu qualifizieren sind. In diesem Fall drohen dem Abnehmer aber gemäß § 8 UWG-SK Bußgeldzahlungen. Auf sie kann sich der Abnehmer indes wegen der Ungewissheit, ob es zu einem Verstoß kommen wird, nicht einstellen. Dies wird ihn dazu bewegen, solche Verträge erst gar nicht abzuschließen. Insbesondere dann, wenn solche Verträge Bestandteil eines ausdifferenzierten, in anderen Ländern erprobten Geschäftsmodells sind, wird auf diese Weise die Niederlassung in der Slowakei erheblich weniger attraktiv. Das UWG-SK

stellt damit eine am Maßstab von Art. 49 AEUV zu überprüfende Beschränkung dar.

d) Fehlende Rechtfertigung

Die Rechtfertigung dieser Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gelingt weder aufgrund „*zwingender Gründe des Allgemeinwohls*“, noch aufgrund des geschriebenen Rechtfertigungsgrundes gemäß Art. 52 AEUV.

(1) Keine Rechtfertigung wegen „zwingender Gründe des Allgemeinwohls“ (Cassis-de-Dijon)

(a) Anwendbarkeit der Cassis-Rechtsprechung

Eine Rechtfertigung des Eingriffs aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls ist nur möglich, sofern man dem UWG-SK keine zumindest versteckt diskriminierende Wirkung beilegt (dazu siehe oben unter D.III.2.c)(2)).

(b) Legitimer Zweck

Es spricht viel dafür, dass das UWG-SK lediglich wirtschaftliche Zwecke verfolgt und daher eine Rechtfertigung nach den Grundsätzen der *cassis*-Rechtsprechung nicht in Betracht kommt.

Wie bereits die Vorgängerregelung, die vom 01.05.2010 bis zum 31.07.2011 gültig war, will das neue UWG-SK die Beziehungen zwischen den Abnehmern und Lieferanten von Lebensmitteln neu ordnen. Ziel ist die Stärkung der Position der Lieferanten im Lebensmittelsektor. Hintergrund ist die in der Slowakei, wie in vielen anderen osteuropäischen Ländern zu beobachtende Entwicklung, dass Lieferanten – jedenfalls vom Gesetzgeber – als zunehmend von großen Einzelhandelsketten abhängig angesehen werden und ihnen aufgrund ihres vermeintlichen Abhängigkeitsverhältnisses nachteilige (d.h. abnehmerfreundliche) Bedingungen in den Verträgen aufgezwungen werden. Es will die – vermeintlich – bestehende strukturelle Unterlegenheit der Lieferanten ausgleichen. Das UWG-SK zielt somit auf Korrekturen an

der *Marktstruktur*. Dies dürfte ein rein wirtschaftliches Ziel darstellen.

Letztlich kann diese Frage aber dahinstehen. Denn selbst wenn die Slowakei mit dem UWG-SK einen „zwingenden Grund“ des Allgemeinwohls verfolgen würde, so wäre der hierdurch bewirkte Eingriff jedenfalls unverhältnismäßig.

(c) Geeignetheit

Schon an der Geeignetheit des UWG-SK bestehen erhebliche Bedenken. Den Regelungen dürfte es an der erforderlichen Kohärenz fehlen.

Dies gilt insbesondere für die Regelung des § 4 Abs. 3 UWG-SK. Als unfaire Geschäftsbedingungen werden danach solche Zahlungen des Lieferanten für bestimmte Leistungen des Abnehmers qualifiziert, die in ihrer Gesamtheit in einem Jahr 3 % des Umsatzes des jeweiligen Lieferanten mit seinem Abnehmer übersteigen. Damit ist aber die Frage, ob eine bestimmte Zahlung des Lieferanten „unfair“ ist, allein von dem *Gesamtbetrag* abhängig, den ein Lieferant in einem Jahr für bestimmte Leistungen an seinen Abnehmer gezahlt hat. Die Beurteilung ist damit vom Verhältnis der jeweiligen Leistung und Gegenleistung völlig abgekoppelt. Im Hinblick auf den bezweckten Schutz der Lieferanten setzt sich die Regelung damit dem Vorwurf der Inkohärenz aus: Denn mit diesem Konzept kann § 4 Abs. 3 UWG-SK Konstellationen nicht erfassen, in denen sich der Abnehmer lediglich für eine einzige Leistung eine Gegenleistung ausbedingt, die den Wert der im Gegenzug vom Lieferanten erbrachten Leistung um ein Vielfaches übersteigt, die aber – auf das Jahr gerechnet – die 3 %-Schwelle *nicht* erreicht. Solche Regelungen sind aber wesentlich unfairer, als wenn sich ein Abnehmer für viele verschiedene Leistungen eine Gegenleistung versprechen lässt, die für sich genommen nach allgemeinen Maßstäben angemessen erscheint, die aber – mit den weiteren Gegenleistungen zusammengerechnet – mehr als 3 % des Umsatzes des Lieferanten im maßgeblichen Jahr ausmacht.

(d) Erforderlichkeit

Das UWG-SK ist zur Erreichung des angestrebten Ziels jedenfalls nicht erforderlich. Es arbeitet in mehrfacher Hinsicht mit Pauschalisierungen. Diese führen dazu, dass andernorts übliche Geschäftspraktiken vielfach ohne ein entsprechendes Schutzbedürfnis auf Seiten der Lieferanten untersagt sind.

Dies gilt zum einen in *sachlicher* Hinsicht. Das UWG-SK verbietet pauschal bestimmte Vereinbarungen. Das Verbot gilt dabei unabhängig davon, in welchem Kontext die einzelnen verbotenen Vereinbarungen stehen. Den als verboten aufgezählten Vereinbarungen wird damit *eo ipso* Missbräuchlichkeit unterstellt. Ein solches Regelungskonzept erkennt die Charakteristika vertraglicher Austauschverhältnisse. Vertragliche Regelungen können in der Regel nicht isoliert ohne Ansehung ihres Kontextes beurteilt werden. Viele Regelungen erweisen sich isoliert betrachtet als einseitige Belastung der einen Partei, werden aber im Gesamtkontext des Vertrages durch entsprechende Regelungen zugunsten der anderen Partei möglicherweise wieder ausgeglichen.

So können etwa auch Gegenleistungen, die der Lieferant für eine der in § 4 Abs. 3 UWG-SK genannten Leistungen des Abnehmers zu leisten hat, auch dann angemessen sein, wenn sie die Schwelle von 3 % überschreiten. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn ein Abnehmer *viele* der in § 4 Abs. 3 genannten Leistungen für den Lieferanten erbringt.

Ebenso ist nicht ersichtlich, weshalb der Verkauf eines Produkts unter dem Warenzeichen des Abnehmers (§ 4 Abs. 4 lit. m)) *per se* eine „unfaire Bedingungen“ sein soll. Tatsächlich kann dies auch Ergebnis eines gerechten Interessenausgleichs zwischen Abnehmer und Lieferant sein. So ist es etwa möglich, dass der Lieferant kein eigenes Warenzeichen hat und von der Magnetwirkung der Marke einer großen Einzelhandelskette profitieren möchte.

Die Berücksichtigung solcher Aspekte erlaubt das UWG-SK indes nicht. Es stellt vielmehr einen umfassenden und starren Ka-

talog von einzelnen Verboten auf. Eine Einzelfallbetrachtung ist nicht möglich. Dies führt aber dazu, dass das UWG-SK in großer Zahl auch solche Vereinbarungen verbieten wird, die den Lieferanten gerade nicht unangemessen benachteiligen. Es schränkt die Niederlassungsfreiheit damit mehr als erforderlich ein.

Zum anderen erweist sich das UWG-SK auch im Hinblick auf den *persönlichen* Anwendungsbereich als undifferenziert und daher als unverhältnismäßig. Anders als noch sein Vorgänger verzichtet das UWG-SK auf ein Konzept, das für die Anwendbarkeit der Verbote eine Situation „wirtschaftlicher Abhängigkeit“ voraussetzt. Vielmehr sollen „unfaire Geschäftsbedingungen“ als solche in Verträgen zwischen Lieferanten und Abnehmer im Lebensmittelsektor verboten sein. Indes ergibt sich aus den einzelnen Verboten, dass tatsächlich primär Vereinbarungen zugunsten des Abnehmers unfaire Bedingungen darstellen können. Das Gesetz setzt mithin eine strukturelle Unterlegenheit des Lieferanten gegenüber dem Abnehmer voraus und legt diesen Sachverhalt seinem Schutzkonzept zugrunde. Auch dies stellt eine unzulässige Pauschalisierung dar. Denn auf diese Weise schützt das UWG-SK auf der einen Seite Lieferanten unabhängig von ihrer konkreten Marktsituation. Dies führt dazu, dass auch marktmächtige Lieferanten, wie beispielsweise Coca-Cola, unter den Schutz des UWG-SK fallen. Auf der anderen Seite erlegt es *allen* Abnehmern Verbote auf. Auch insoweit stellt das UWG-SK nicht auf die Größe der Abnehmer ab. Es *unterstellt* damit bestimmten Vereinbarungen zwischen Lieferanten und Abnehmern, stets Ausdruck einer strukturellen Überlegenheit der Abnehmer zu sein, obgleich es ebenso Fälle erfasst, in denen ein solches Abhängigkeitsverhältnis aufgrund der Größe des Lieferanten oder des Abnehmers gar nicht gegeben sein kann.

Die Problematik der fehlenden Spezifizierung wird verstärkt durch die bereits beschriebene (D.III.2.c)(3)(d)) Unbestimmtheit einer Vielzahl von Regelungen des UWG-SK. Diese vergrößern die Gefahr, dass das UWG-SK mit seinen Beschränkungen auch

dann Anwendung findet, wenn es der Schutzzweck des UWG-SK nicht erfordert.

Wie bereits ausgeführt (D.III.2.c)(3)(d)) ist der Umfang der aus dem UWG-SK resultierenden Pflichten für Abnehmer jedenfalls *ex ante* vielfach nur schwer erkennbar. Einen solchen Zustand der Rechtsunsicherheit hat der EuGH vielfach als nicht rechtfertigungsfähig beurteilt.⁹⁴

Auch unter diesem Gesichtspunkt erweist sich das UWG-SK als unverhältnismäßige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit.

(2) Keine Rechtfertigung gemäß Art. 52 AEUV

Ebenso scheidet eine Rechtfertigung gemäß Art. 52 AEUV. Diese Vorschrift erlaubt „Sonderregelungen für Ausländer“, die „aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind“. Die mit dem UWG-SK verfolgten Ziele fallen indes weder unter die Begriffe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung noch der Gesundheit. Damit kommt eine Rechtfertigung nach Art. 52 AEUV nicht in Betracht.

3. Unvereinbarkeit des UWG-SK mit der Konvergenzklausel

Die bereits oben unter D.II.3 zum Verhältnis des MMG-CZ und der Konvergenzklausel gemachten Ausführungen gelten entsprechend und uneingeschränkt auch für das UWG-SK.

a) Vereinbarungscharakter der verbotenen Maßnahmen

Die vom UWG-SK verbotenen Maßnahmen weisen Vereinbarungscharakter auf. Art. 4 Abs. 1 verbietet, wie seinem Wortlaut explizit zu entnehmen ist, gerade eine unfaire Vertragsbedingung zu vereinbaren.

⁹⁴ EuGH, Rs. C-118/96, *Safir*, Slg. 1998, I-1897 Rn. 32; Rs. C-54/99, *Scientology*, Slg. 2000, I-1335 Rn. 21 f.; Rs. C-162/99, *Kommission/Italien*, Slg. 2001, I-541 Rn. 22 ff.

b) Vereinbarkeit mit europäischem Kartellrecht

Die vom UWG-SK verbotenen Maßnahmen sind mit europäischem Kartellrecht grundsätzlich vereinbar. Sie betreffen unter anderem die Vereinbarung von Eintrittsgeldern, Zahlungen für vom Abnehmer zur Verfügung gestellte Infrastruktur, das Abweichen von vereinbarten Sonderangebotspreisen, die Vereinbarung eines Fixpreises für drei Monate und vertragliche Abtretungsverbote. Diese Maßnahmen bewirken vielfach bereits keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung und sind anderenfalls durch die Vertikal-GVO freigestellt, wenn der Marktanteil der Vertragsparteien 30 % nicht überschreitet.

c) Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Die Maßnahmen sind auch geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinflussen. Die Verbote europarechtlich zulässiger Vereinbarungen beeinflussen die Bereitschaft von Unternehmen daran, sich in der Slowakei niederzulassen. Es ist zudem vielfach einfacher und erstrebenswerter, Liefervereinbarungen mit Unternehmen aus anderen angrenzenden Mitgliedstaaten zu schließen, als mit landesansässigen Unternehmen. Eine nachteilige Beeinflussung der Handelsströme ist daher zu erwarten.

d) Kein abweichender Regelungszweck

Das UWG-SK enthält eine Vielzahl von Regelungen, die den gleichen Zweck wie das europäische Kartellrecht verfolgen.

Das Verbot von 3 % der Liefersumme übersteigenden Zahlungen für die Nutzung der Infrastruktur und des Vertriebsnetzwerks des Händlers wird in den Vertikal-Leitlinien der Kommission unter dem Stichpunkt „*Vorauszahlungen für den Zugang*“ thematisiert.⁹⁵ Diese Leitlinien betreffen die Vereinbarkeit mit europäischem Kartellrecht. Die Kommission erkennt somit an, dass derartige Vereinbarungen auf ihre Wirkungen auf den Wettbewerb und den Markt untersucht werden müssen, es sich mit hin um originär kartellrechtliche Zielsetzungen handelt.

⁹⁵ Vertikal-Leitlinien Rn. 203.

Auch die durch Art. 4 Abs. 4 lit. h) UWG-SK verbotenen Gebühren, die nach Erhalt der Waren fällig werden, sind kartellrechtlich zulässig. Die Kommission bezeichnet solche Gebühren als sogenannte „*pay-to-stay*“ Gebühren und stellt sie unterhalb von 30 % Marktanteil ebenfalls frei.⁹⁶ Auch derartige Gebühren sind daher primär auf ihre Auswirkungen auf den Markt zu untersuchen. Ihr Verbot betrifft somit kartellrechtliche Zwecke.

Die Vorschrift des Art. 4 Abs. 4 lit. m) UWG-SK untersagt dem Abnehmer, vom vereinbarten Preis einer Sonderangebotskampagne abzuweichen. Die Vorschrift legt den Abnehmern somit die Pflicht zur Beachtung des vereinbarten Angebotspreises auf und bewirkt somit eine Preisbindung. Sie ist daher ebenfalls kartellrechtlicher Art. Die Preisbestimmungsfreiheit gehört zum Kernbereich wettbewerbsrechtlich geschützten Handelns.⁹⁷ Eingriffe sind somit nur in eng begrenzten Ausnahmefällen möglich. Die Kommission nennt in den Vertikal-Leitlinien unter anderem auch die von der Klausel erwähnten Sonderangebotskampagnen.⁹⁸

Durch das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis des Art. 4 Abs. 4 lit. u) UWG-SK wird den Abnehmern ein Mindestpreis⁹⁹ vorgegeben. Somit handelt es sich auch hierbei um einen Eingriff in die Preissetzungsfreiheit der Abnehmer, der den Marktzutritt betrifft und daher kartellrechtliche Zielsetzungen verfolgt.

In Anbetracht der Vielzahl der kartellrechtlichen Berührungspunkte des UWG-SK ist dessen Schwerpunkt kartellrechtlicher Art. Es lässt die (behaupteten) Wirkungen der verbotenen Maßnahmen auf den Markt nicht unberücksichtigt, sondern beabsichtigt, den Wettbewerb auf dem Markt zu schützen. Seine Zielsetzung weicht nicht von der europäischen Wettbewerbsregeln ab.

Damit bleibt festzuhalten, dass das UWG-SK gemäß Art. 3 Abs. 2 KartellVO hinter die Vorschriften des europäischen Kartellrechts zurücktritt. § 4 UWG-SK verbietet europarechtlich grundsätzlich zulässige (da

⁹⁶ Vertikal-Leitlinien Rn. 203.

⁹⁷ vgl. etwa Art. 101 Abs. 1 lit. a) AEUV.

⁹⁸ Vertikal-Leitlinien Rn. 225.

⁹⁹ vgl. Vertikal-Leitlinien Rn. 48.

jedenfalls freistellungsfähige) Vereinbarungen, die auch in anderen Mitgliedstaaten legal durchgeführt werden. Die slowakische Vorschrift steht der Verwirklichung eines Gemeinsamen Marktes entgegen und darf deshalb nicht angewendet werden.

IV. Besonderer Teil 3: Polen

1. Die Bestimmungen des UWG-PL

Das Gesetz über die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs (UWG-PL) regelt ausweislich seines Art. 1 die Vorbeugung und Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs im Wirtschaftsverkehr, insbesondere in der industriellen und landwirtschaftlichen Produktion sowie im Bau-, Handels- und Dienstleistungswesen im Interesse der Öffentlichkeit von Unternehmern und Kunden.

Im zweiten Abschnitt des Gesetzes sind verschiedene Fälle unlauterer Wettbewerbshandlungen aufgezählt. Während die Art. 5 bis 14 UWG-PL hauptsächlich Vorschriften enthalten, die typischerweise die Lauterkeit des Handelsverkehrs betreffen, weist Art. 15 UWG-PL einen anderen Einschlag auf. Nach Art. 15 UWG-PL gilt als unlautere Wettbewerbshandlung auch die Erschwerung des Marktzugangs für andere Unternehmer. Die folgenden Absätze listen auf, welche Maßnahmen eine Erschwerung des Marktzugangs darstellen. Unlauter handelt danach etwa, wer Waren oder Dienstleistungen unter den Herstellungs- oder Ausführungskosten vertreibt oder wer Dritte dazu verleitet, keine Waren an andere Unternehmer zu verkaufen. Schließlich liegt eine solche unlautere Wettbewerbshandlung durch Erschwerung des Marktzugangs gemäß Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL dann vor, wenn ein Unternehmer für die Annahme von Waren zum Verkauf andere Kosten erhebt als die Handelsmarge.

Nach der Rechtsprechung der polnischen Gerichte besteht dabei eine praktisch unwiderlegbare Vermutung dafür, dass alle neben dem Warenaustausch vereinbarten Leistungen *andere Kosten als die Handelsmarge* darstellen.

Im Folgenden wird diese Auslegung durch die polnischen Gerichte bei der Überprüfung des UWG-PL auf seine Vereinbarkeit mit dem Europarecht mit berücksichtigt. Eine solche Berücksichtigung ist geboten, weil sich die tatsächliche Bedeutung nationaler Rechts- und Verwaltungsvorschriften nur in der Auslegung durch die nationalen Gerichte ermeszen lässt.¹⁰⁰ Isolierte nationale Entscheidungen oder solche, die in einem durch eine andere Ausrichtung gekennzeichneten Rechtsprechungskontext deutlich in der Minderheit sind, oder auch eine von einem obersten Gericht verworfene Auslegung sind hingegen außer Acht zu lassen.¹⁰¹

2. Unvereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit

a) Schutzbereich

Die Regelungen des UWG-PL berühren den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit. Sie regulieren zwar nicht die *Aufnahme* einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit in Polen. Die Niederlassungsfreiheit schützt ausdrücklich aber auch die *Ausübung* einer solchen Tätigkeit. Dieser Aspekt der Niederlassungsfreiheit wird durch die Regelungen des UWG-PL tangiert, weil das UWG-PL (u. a.) in Polen ansässige Tochtergesellschaften von EU-ausländischen Händlern Regelungen unterwirft, die der erwerbswirtschaftlichen Betätigung Grenzen setzen.

b) Grenzüberschreitender Bezug

Das UWG-PL muss sich *abstrakt* an der Niederlassungsfreiheit messen lassen. Das UWG-PL differenziert in seinem Anwendungsbereich nicht nach der Herkunft der Unternehmen. Insbesondere stellt es etwa Filialen oder Tochtergesellschaften von EU-ausländischen Unternehmen nicht von seinen Beschränkungen frei. Weil das UWG-PL somit potentiell auch auf EU-ausländische Unternehmen, die in Polen tätig sind, Anwendung findet, muss es sich *abstrakt* an den europäischen Vorgaben messen lassen. Dies bedeutet insbesondere, dass die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren wegen Unvereinbarkeit des UWG-PL mit den Grundfreiheiten auch dann einleiten könnte, wenn es vorliegend im Üb-

¹⁰⁰ S. EuGH, Urt. v. 09.12.2003, C-129/00, *Kommission/Italien*, Slg. 2003, I-14637 Rn. 30; Rs. C-382/92, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, Slg. 1994, I-2435 Rn. 36.

¹⁰¹ EuGH, Urt. v. 09.12.2003, C-129/00, *Kommission/Italien*, Slg. 2003, I-14637 Rn. 32.

rigen an jedwedem grenzüberschreitendem Bezug fehlen würde. Insoweit genügt also ein rein potentieller grenzüberschreitender Bezug.

Überdies können sich polnische Tochtergesellschaften EU-ausländischer Händler gegenüber Polen auch im *konkreten* Fall auf den Schutz der Niederlassungsfreiheit berufen. Ein konkreter grenzüberschreitender Bezug liegt vor. Eine solche Konstellation genügt nach Auffassung des EuGH für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten (s. dazu oben im allgemeinen Teil).¹⁰²

c) **Eingriff in den Schutzbereich**

Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL greift in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit ein. Das gilt unbeschadet der Tatsache, dass sich das UWG-PL nicht als offene Diskriminierung erweist. Ob Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL verdeckt diskriminierend wirkt, kann vorliegend offen bleiben, weil die Niederlassungsfreiheit nicht nur vor (offenen oder verdeckten) Diskriminierungen schützt, sondern auch vor nicht-diskriminierenden *Beschränkungen* und eine solche Beschränkung in Gestalt von Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL vorliegt.

(1) **Regelungen des Art. 15 UWG-PL als relevante Beschränkung**

Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL in seiner Auslegung durch die polnischen Gerichte schafft einen umfassenden Katalog an Verboten für – in anderen Staaten übliche – Geschäftsausancen.

(a) **Vertragsfreiheit**

Art. 15 Abs. 1 UWG-PL verbietet Unternehmern, anderen Unternehmern den Marktzugang zu erschweren. Eine solche unlautere Wettbewerbshandlung durch Erschweren des Marktzugangs für andere Unternehmer soll gemäß Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL u. a. dann vorliegen, wenn ein Unternehmer für die Annahme von Waren zum Verkauf andere Kosten erhebt als die Handelsmarge.

¹⁰² EuGH, Rs. C-108/96, *Mac Quen*, Slg. 2001, I-837 Ls. 1; ebenso EuGH Rs. C-79/01, *Payroll*, Slg. 2002, I-8923 Rn. 25.

In der Anwendung durch die polnischen Gerichte sind dabei „andere Kosten als die Handelsmarge für die Annahme von Waren zum Verkauf“ im Ergebnis *alle* Bezugskonditionen zwischen Lieferant und Händler, die über den Netto-Einkaufspreis hinausreichen (zu den verbotenen Konditionen im Einzelnen siehe oben). Denn insoweit *vermuten* die Gerichte, dass es sich bei zwischen Lieferant und Abnehmer vereinbarten Entgelten um „andere Kosten für die Annahme von Waren zum Verkauf“ handelt.

Für Lieferanten wie Abnehmer bedeutet dies eine erhebliche Einschränkung der Vertragsfreiheit. Abnehmern wie polnischen Tochterunternehmen EU-ausländischer Händler wird aufgrund dieser Regelung wesentlich erschwert, neben der Vereinbarung eines Preises für die Annahme – inklusive Handelsmarge – weitere Zusatzvereinbarungen zu treffen. Das Verhältnis zwischen Lieferant und Abnehmer wird restriktiv und starr auf den reinen Warenaustausch reduziert. Die Erbringung von Leistungen, die zum Warenaustausch gewissermaßen „akzessorisch“ sind, können die Parteien nicht mehr vereinbaren; jedenfalls für den Abnehmer lohnen sich solche Vereinbarungen nicht, weil er insoweit die Kosten allein zu tragen hätte und den Lieferanten nicht an den Kosten partizipieren lassen dürfte. Schon wegen dieser relevanten Beschneidung der Vertragsfreiheit erweist sich die Regelung des Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL als maßgebliche Beschränkung.

(b) Wirtschaftliche Belastung der Abnehmer

Zugleich führt die Regelung in Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL zu einer erheblichen wirtschaftlichen Belastung der Abnehmer (Händler). Dies gilt zumal, als Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL den Abnehmern den Nachweis versperrt, dass die Erhebung anderer Kosten als der Handelsmarge konkret eben keine Erschwerung des Marktzugangs bedeutet, sondern Teil eines insgesamt austarierten Gesamtkonzepts ist. So wird dem Abnehmer in der Auslegung des Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL durch die staatlichen Gerichte auch dann die Erhebung anderer Kosten als der Handelsmarge verboten, wenn er diese als *Gegenleistung* für

weitere Dienstleistungen verlangt, die der Abnehmer auch im Interesse des Lieferanten erbringt. Den Händlern wird auf der Grundlage von Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL etwa versagt, mit den Lieferanten Entgelte für Werbekostenzuschüsse, beispielsweise in Handzetteln, zu vereinbaren. Ebenso werteten polnische Gerichte Prämien für Logistikleistungen des Abnehmers als nach Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL unzulässige Erhebung anderer Kosten als der Handelsmarge. Damit bürdet diese Regelung dem Abnehmer sämtliche Kosten zum Beispiel dafür auf, dass der Lieferant die Waren nur an ein Zentrallager und nicht an die einzelnen Filialen des betreffenden Abnehmers liefern muss. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Regelung des Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL eine Maßnahme, „*die die Ausführung der Niederlassungsfreiheit unterbindet, behindert und weniger attraktiv macht*“. Sie stellt eine relevante Beschränkung dar.

(c) Anpassungsdruck

Der Annahme einer relevanten Beschränkung der Niederlassungsfreiheit kann nicht entgegengehalten werden, diese wirke sich nicht spezifisch auf den Marktzugang aus und sei daher wegen der ebenfalls fehlenden diskriminierenden Wirkung kein am Maßstab der Niederlassungsfreiheit zu überprüfender Eingriff. Denn tatsächlich ist der Regelung eine solche auf den Marktzugang bezogene Wirkung beizumessen. Dies gilt bereits wegen der erwähnten wirtschaftlichen Folgen der Regelung für den Abnehmer. Zudem führt das Verbot des Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL aber auch zu einem erheblichen Anpassungsdruck für die betroffenen Abnehmer. Aufgrund der durch Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL bewirkten Beschränkung müssen Abnehmer ihre Geschäftspolitik und Strategie für Polen grundsätzlich überdenken. Für international aufgestellte Unternehmen, die nicht nur in Polen, sondern auch in anderen Mitgliedstaaten der Union tätig sind, ist dieser Anpassungsdruck besonders spürbar, weil sie ihr in anderen Mitgliedstaaten entwickeltes und zulässigerweise praktiziertes Geschäftsmodell in Polen nicht praktizieren dürfen. Gerade diesen Gesichtspunkt – die Notwendigkeit, Geschäftspolitik und -strategie überdenken zu müssen – hatte der

EuGH in der Rechtssache C-518/06, Kommission/Italien (Slg. 2009 I-3491, Rn. 60-93) als für die Annahme einer relevanten Beschränkung entscheidend gewertet.

d) Fehlende Rechtfertigung

Die Rechtfertigung dieser Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gelingt weder aufgrund „*zwingender Gründe des Allgemeinwohls*“, noch aufgrund des geschriebenen Rechtfertigungsgrundes gemäß Art. 52 AEUV.

Dies gilt unbeschadet der bestehenden Einschätzungsprärogative des polnischen Gesetzgebers bzw. der polnischen Gerichte.

(1) Keine Rechtfertigung wegen zwingender Gründe des Gemeinwohls („Cassis-de-Dijon“)

Nach den Grundsätzen der *Cassis-de-Dijon*-Rechtsprechung ist eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt, wenn sie auf zwingenden Gründen des Gemeinwohls beruht.

(a) Legitimes Ziel

Auch bei § 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL ist bereits äußerst zweifelhaft, ob der polnische Gesetzgeber mit der Regelung ein legitimes Ziel verfolgt. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen verbessert und insbesondere verhindert werden, dass große Handelsketten Ungleichheiten im Wirtschaftspotenzial der einzelnen Marktteilnehmer ausnutzen. Zwar findet das UWG-PL grundsätzlich auf Lieferanten und Abnehmer gleichermaßen Anwendung. Indes zeigt gerade die hier vorwiegend untersuchte Vorschrift des § 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL, dass der Schutz der Lieferanten im Vordergrund steht. Denn nur diesem könnten evtl. „andere Kosten als die Handelsmarge“ auferlegt werden. Damit geht es offenbar auch darum, die – vermeintlich – bestehende strukturelle Unterlegenheit der Lieferanten auszugleichen. Das UWG-PL zielt somit auf Korrekturen an der *Marktstruktur*. Dies dürfte ein rein wirtschaftliches Ziel darstellen.

(b) Geeignetheit

Auch die Geeignetheit der Regelung begegnet Bedenken. Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL verbietet schlicht die Erhebung anderer Kosten als der Handelsmarge. Die Vorschrift enthält jedoch keine Vorgaben dazu, wie hoch die Handelsmarge zulässigerweise sein darf. Das heißt: Die Handelsmarge wird der Höhe nach nicht begrenzt. Ob nun aber der Lieferant „andere Kosten“ zahlen muss oder eine der Höhe nach nicht gerechtfertigte Handelsmarge aufgrund eines zu geringen Einkaufspreises vorliegt, ist im Hinblick auf das Ziel, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen zu verbessern, unerheblich. Mit anderen Worten: Der Marktzugang kann für einzelne Lieferanten auch dadurch erschwert werden, indem unverhältnismäßig niedrige (z.B. unter Herstellungskosten liegende) Einkaufspreise vereinbart werden. In einer solchen Konstellation liefe Art. 15 Abs. 1 Ziff 4 UWG-PL leer, weil keine „anderen Kosten als die Handelsmarge“ im Sinne der Vorschrift vereinbart würden. Insoweit bestehen schon erhebliche Zweifel an der Geeignetheit der Vorschrift zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels.

(c) Erforderlichkeit

Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL ist zur Erreichung des angestrebten Ziels jedenfalls nicht erforderlich. Die Vorschrift untersagt pauschal die Erhebung „*anderer Kosten als der Handelsmarge für die Annahme von Waren zum Verkauf*“. Diese Pauschalisierung führt dazu, dass andernorts übliche Geschäftspraktiken ohne ein entsprechendes Schutzbedürfnis auf Seiten der Lieferanten untersagt sind.

Dies gilt zum einen in *sachlicher* Hinsicht. Das Verbot, „*andere Kosten*“ zu erheben, gilt ohne Einschränkung, der Kostenerhebung wird damit *eo ipso* Missbräuchlichkeit unterstellt. Die Erhebung „*anderer Kosten als der Handelsmarge*“ begründet somit eine *Fiktion* unzulässigen marktzugangsbeschränkenden Verhaltens. Ein weiterer Nachweis, dass der Marktzugang tatsächlich beschränkt wurde, ist entbehrlich. Nach der Rechtsprechung der polnischen Gerichte wird dabei diese strenge Fiktion einer

Marktzugangsbeschränkung immer bereits dann ausgelöst, wenn zwischen Abnehmer und Lieferanten *irgendeine* über den Einkaufspreis hinausgehende Vereinbarung getroffen wurde. Nach Auffassung der polnischen Gerichte besteht eine *Vermutung* dafür, dass die Vereinbarung anderer Entgelte zwischen Abnehmer und Lieferant unzulässige Gebühren für die „*Annahme von Waren zum Verkauf*“ sind. Eine solche Auslegung verkennt jedoch die tatsächlich gegebene Vielgestaltigkeit vertraglicher Austauschverhältnisse und erfasst damit Fallgestaltungen, die im Hinblick auf den Schutzzweck des Gesetzes, den Schutz des Wettbewerbs, nicht erfasst sein dürften. Eine solche Auslegung des Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL lässt insbesondere völlig außer Acht, dass der Lieferant eine *Gegenleistung* für die von ihm zu tragenden „*anderen Kosten*“ erhalten kann und in der Praxis häufig erhält, und es sich insoweit gerade nicht um „*andere Kosten ... für die Annahme von Waren zum Verkauf*“ handelt. So führt die von den polnischen Gerichte praktizierte Vermutung etwa dazu, dass die Kostenbeteiligung eines Lieferanten an der Durchführung von Werbung für sein Produkt als unzulässige „Eintrittsgebühr“ für die Annahme von Waren zum Verkauf aufgefasst wird und die Fiktion der Marktzugangserschwerung auslöst, obgleich eine solche „Gebühr“ den Markterfolg des Lieferanten kaum erschweren dürfte. Gleichermaßen haben Gerichte vermutet, dass es sich bei Mengenrabatten um unzulässige „Eintrittsgebühren“ für die Annahme von Waren zum Verkauf handelt, obgleich Mengenrabatten ebenfalls eine Leistung des Abnehmers gegenübersteht, nämlich die Abnahme großer Warenmengen, die mit für den Lieferanten günstigen Skaleneffekten einhergeht. Eine solche Vermutung erfasst somit völlig unbedenkliche Verhaltensweisen ebenso wie solche, die das Gesetz ursprünglich bekämpfen wollte. Damit beschränkt Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL die Niederlassungsfreiheit *nicht nur im Einzelfall* stärker, als dies das Schutzanliegen des UWG-PL verlangt, sondern dürfte tatsächlich *viele* Fälle erfassen, in denen die Vereinbarung „*anderer Kosten*“ von vornherein nicht geeignet ist, den Marktzugang zu erschweren.

Zum anderen erweist sich Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL im Hinblick auf den *persönlichen* Anwendungsbereich als undifferenziert. Auch insoweit ist die Regelung zu pauschal und daher nicht erforderlich.

Sie schützt zunächst den *Lieferanten* unabhängig davon, ob er im konkreten Fall tatsächlich schutzwürdig ist. Das Verbot „*andere Kosten als die Handelsmarge*“ zu erheben, gilt gegenüber marktmächtigen Lieferanten, wie beispielsweise Coca-Cola und Nestlé, ebenso wie gegenüber dem regionalen Zulieferer landwirtschaftlicher Produkte. Die fehlende Schutzwürdigkeit eines Lieferanten ist dabei kein Ausnahmefall, der wegen der Einschätzungsprärogative des nationalen Gesetzgebers vernachlässigt werden dürfte. Vielmehr müssen staatliche Regelungen grundsätzlich auch in Einzelfällen zu rechtfertigen sein.¹⁰³

Überdies nimmt Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL in undifferenzierter Weise jeden *Abnehmer* in die Pflicht. Auch kleinen Abnehmern ist es dem Wortlaut von Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL nach versagt, „*andere Kosten als die Handelsmarge*“ zu erheben; auch hier greift die Fiktion, dass die Erhebung anderer Kosten als der Handelsmarge *per se* den Marktzugang beschränkt. Bei kleinen, im Verhältnis zum Lieferanten unterlegenen Abnehmern entbehrt eine solche Vermutung jeder tatsächlichen Grundlage. Die Vorschrift des Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL ist daher auch aus diesem Grund nicht erforderlich.

(2) Keine Rechtfertigung gemäß Art. 52 AEUV

Auch beim UWG-PL handelt es sich nicht um „Sonderregelungen für Ausländer“, die „aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind“ i. S. d. Art. 52 AEUV. Damit kommt eine Rechtfertigung nach Art. 52 AEUV nicht in Betracht.

¹⁰³ Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, 47. EL 2012, Rn. 390 m. Nachw. zur Rechtsprechung.

3. Unvereinbarkeit des UWG-PL mit der Konvergenzklausel

Die bereits oben unter D.II.3 zum Verhältnis des MMG-CZ und der Konvergenzklausel gemachten Ausführungen gelten entsprechend und uneingeschränkt auch für das UWG-PL.

Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWGL-PL ist mit dem europäischen Wettbewerbsrecht nicht vereinbar und somit auf Sachverhalte mit zwischenstaatlichem Bezug nicht anzuwenden.

Im Einzelnen:

a) Vereinbarungscharakter der verbotenen Maßnahmen

Eine Vereinbarung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV liegt ausweislich des Wortlauts von Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL vor. Lieferant und Händler schließen einen Vertrag über die (nach polnischem Recht unzulässigen) Konditionen.

b) Vereinbarkeit mit europäischem Kartellrecht

Die Vereinbarung verstößt nicht gegen das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV, da keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

Art. 101 Abs. 1 AEUV sieht Vereinbarungen als wettbewerbsbeschränkend an, wenn sie entweder die wirtschaftliche Handlungsfreiheit einer Partei oder eines Dritten beschränken.¹⁰⁴ Die wirtschaftliche Handlungsfreiheit eines Unternehmens wird jedoch nicht schon bei engagierten Verhandlungen („*hard-bargaining*“) durch die Nachfrager eingeschränkt, sondern erst, wenn diese gegebenenfalls vorhandene Marktmacht ausnutzen.¹⁰⁵ Dazu ist anerkannt, dass das „*Streben eines Marktteilnehmers nach möglichst günstigen Bedingungen und Preisen [...] grundsätzlich wettbewerbskonform*“ ist.¹⁰⁶ Genau dies ist hier aber der Fall. Sowohl Abnehmer als auch Lieferanten drängen bei den Verhandlungen auf für

¹⁰⁴ Immenga/Mestmäcker/Emmerich, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 109 ff.

¹⁰⁵ so für § 20 GWB: Immenga/Mestmäcker/Markert, GWB, 4. Auflage, § 20 Rn. 262.

¹⁰⁶ Wiedemann/Lübbert § 29 Rn. 20; siehe auch BGH NJW-RR 2005, 269, 272.

sie zufriedenstellende Ergebnisse. Dies ist gerade Ausdruck der von den Wettbewerbsregeln gewollten Vertragsfreiheit.

Insbesondere liegt kein Verstoß gegen das Regelbeispiel in Art. 101 Abs. 1 lit. e) (Kopplungsverbot) vor, da dieses nicht schon dann anwendbar ist, wenn bloße ökonomische Anreize für die Abnahme zusätzlicher Leistungen gewährt werden.¹⁰⁷

c) Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Darüber hinaus ist eine Vereinbarung, die durch Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL verboten wird, regelmäßig geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

An der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ließe sich zwar in den Fällen zweifeln, in denen die Konditionen zwischen Abnehmer und einem lokalen oder regionalen polnischen Lieferanten vereinbart werden. Es ließe sich argumentieren, dass die Vereinbarung dann lediglich einen innerstaatlichen – polnischen – Bezug hat und insoweit auch nicht geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Gegen eine solche, die Zwischenstaatlichkeit verneinende Sichtweise bestehen jedoch gewichtige Bedenken:

Nach ständiger Rechtsprechung kommt es für die zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung allein darauf an, ob eine Vereinbarung tatsächlich oder potentiell *geeignet* ist, die Freiheit des Handels in einer Weise zu gefährden, welche die Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen Marktes nachteilig beeinflussen kann.¹⁰⁸ Nicht erforderlich ist dagegen, dass die Vereinbarung den innergemeinschaftlichen Handel tatsächlich spürbar beeinträchtigt. Ausreichend ist vielmehr, dass die Vereinbarung eine solche Wirkung entfalten *kann*. Daher kann auch *ohne* einen unmittelbaren grenzüberschreitenden Bezug die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt sein.¹⁰⁹ Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ist eine Vereinbarung geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.

¹⁰⁷ Hoffmann, in Dauses, EU-Wirtschaftsrecht, 31. EL 2012, H. I. § 2 Rn. 127.

¹⁰⁸ EuGH, Rs. C-42/84, *Remia*, Slg. 1985, 2545, Rn. 22.

¹⁰⁹ *Bechthold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Auflage, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 15.

trächtigen, wenn sie ihrem Wesen nach zu einer Abschottung der nationalen Märkte führt.¹¹⁰ Vorliegend kann es durch Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL in der Tat zu einer Abschottung der polnischen LEH-Beschaffungsmärkte kommen. Konditionenvereinbarungen, die nach europäischem Kartellrecht zulässig sind, aber in Polen verboten sind, können dazu führen, dass bestimmte Lieferanten und/oder Händler, die den polnischen „Sonderweg“ nicht beschreiten wollen, in Polen nicht oder nur eingeschränkt tätig werden. Auch der EuGH hat festgestellt, dass Maßnahmen *„im Bereich der Handelsspannen [und] der Jahresabschlussvergütung [...] geeignet sind, die Handelsströme [...] aus der Richtung abzulenken, die sie andernfalls genommen hätten.“*¹¹¹

Unter Zugrundelegung der Bündeltheorie (s.o. I.3.c im Allgemeinen Teil) kommt es daher nicht nur auf die Wirkung einer einzelnen Konditionenvereinbarung an, sondern auf das gesamte, europaweit praktizierte Konditionenmodell eines Abnehmers an.

Viele Beschaffungsmärkte sind mittlerweile längst nicht mehr rein national bzw. regional, sondern gehen über die Landesgrenzen hinaus. Dies betrifft etwa den Einkauf von Fleisch- und Wurstwaren sowie den Bezug bestimmter Markenprodukte.

Daher werden Konditionenvereinbarungen regelmäßig mit einer Vielzahl von Lieferanten und ohne Berücksichtigung der Nationalität des Handelspartners geschlossen. Der EuGH sieht bereits einen einzigen Vertriebsvertrag, selbst wenn er keine Import- oder Exportbeschränkungen enthält, als geeignet an, zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zu führen, wenn er im Zusammenwirken mit Parallelverträgen desselben, aber auch anderer Hersteller eine kumulative, über das Gebiet des jeweiligen Mitgliedstaates hinausgehende Wirkung zur Folge hat.¹¹²

Ein einheitlich praktiziertes Konditionenmodell ermöglicht Abnehmern eine international einheitliche Vertriebsstruktur und damit die Umset-

¹¹⁰ EuGH Rs. 8/72, *Cementhandelaren*, Slg. 1972, 977, 991; EuGH, Rs. C-295/04, *Manfredi*, Slg. 2006 I-6619, Rn. 41.

¹¹¹ EuGH, verb. Rs. 209 bis 215 u. 218/78, *FEDETAB*, Slg. 1980, 3125, 3275.

¹¹² so: *MSHF/Habermeier* § 36 Rn. 28 unter Verweis auf: EuGH, Rs. 56/65 *Maschinenbau Ulm* Slg. 1966, 282 ff. 306; Rs. 23/67, *de Haecht* 1967, 543, 555; Rs. 31/80, *L’Oreal* 1980, 3775, 3792.

zung eines europaweit ausgerichteten Geschäftsmodells. Ein derartiges Geschäftsmodell basiert wesentlich auf Vereinbarungen der vorliegenden Art. Sofern der Abschluss solcher Vereinbarungen wegen der Anwendung des Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL nicht möglich sein sollte, ist davon auszugehen, dass in einem größtmöglichen Ausmaß Alternativen zur rein nationalen Belieferung gesucht werden. Dies wird etwa der Fall sein, wenn die Belieferung durch nicht-polnische Lieferanten trotz der Nachteile einer größeren geographischen Distanz wegen der mit der Rabattvereinbarung verbundenen Vorteile günstiger ist. Daher ist die Gleichartigkeit der Vereinbarungen – also das „Bündel“ – zumindest potentiell *geeignet*, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinflussen.

Soweit Vereinbarungen mit Lieferanten geschlossen werden, die außerhalb Polens ansässig sind, ist ein Zwischenstaatlichkeitsbezug ohnehin gegeben.

Die Geeignetheit der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung folgt darüber hinaus auch aus dem Grundsatz der vertragskonformen Auslegung der europäischen Verträge. Wie bereits an anderer Stelle festgestellt, sind die Grundfreiheiten u. a. deshalb anwendbar, weil ein grenzüberschreitender Bezug gegeben ist.¹¹³ Es wäre nicht vertragskonform, bei evident grenzüberschreitendem Bezug einer Maßnahme¹¹⁴ zugleich deren Geeignetheit zur zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung zu verneinen.

Damit bleibt festzuhalten, dass die überwiegenden Gründe *für* eine zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung durch die von Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL verbotenen Vereinbarungen sprechen. Dies gilt auch für Vereinbarungen mit regionalen oder lokalen Lieferanten.

d) Kein abweichender Regelungszweck

Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL verfolgt keinen von den europäischen Wettbewerbsregelungen abweichenden Regelungszweck.

¹¹³ s.o. D.I.1.d.

¹¹⁴ s.o. D.I.1.d.

(1) Regelungszweck des Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL

Gemäß der Gesetzesbegründung dient die Vorschrift der *„Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmer auf dem polnischen Markt durch die Erweiterung des Katalogs von Handlungen, die durch das Gesetz als unlautere Wettbewerbshandlung durch Erschwerung des Marktzugangs für Unternehmen angesehen werden“*.

(2) Abweichung von kartellrechtlicher Zielsetzung?

Fraglich ist, ob das UWG-PL einen kartellrechtsfremden Zweck verfolgt. Dies wird jedenfalls für das deutsche UWG bejaht.¹¹⁵ Die Vorschriften des deutschen UWG bezwecken demnach, Auswüchse des Wettbewerbs, welche die Mindestvoraussetzungen des redlichen Geschäftsverkehrs verletzen, zu verhindern.¹¹⁶

Das UWG-PL regelt in erster Hinsicht privatrechtliche Abwehrrechte der Unternehmen untereinander, während das Kartellgesetz-PL öffentlich-rechtlicher Natur ist.¹¹⁷ Laut Prof. Szwaja ist *„in der Praxis [...] die Unterscheidung der Anwendungsbereiche des UWG-PL und des Kartellrechts erschwert, was sich sowohl aus dem Wesen der geregelten wirtschaftlichen Ereignisse (die die Wettbewerbsfreiheit und die Lauterkeit des Wettbewerbs verletzen) als auch aus den Zielen und dem Wesen beider Regelungen ergibt. Die Gegenstände der Regelungen sind grundsätzlich voneinander unabhängig. Es kann aber eine Situation eintreten, in der deren Bereiche korrespondieren, einander ergänzen und gegenseitig bedingen. Der gemeinsame Bereich ist zweifelsohne das Erschweren des Marktzugangs für andere Unternehmer und hierbei decken sich zumeist teilweise die Hypothesen der Vorschriften des UWG-PL und des Kartellrechts-PL.“*¹¹⁸

Sowohl die Vorschriften des europäischen Kartellrechts als auch die des Art. 15 Abs. 1 Ziff.4 UWG-PL regeln aber gerade den freien Marktzugang.

¹¹⁵ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, 2. Auflage, Art. 3 VO 1/2003 Rn. 24; MüKoEUWettbR/Böge/Bardong Art. 3 VO 1/2003 Rn. 21 ff.; Langen/Bunte/Sura, Europäisches Kartellrecht, 11. Aufl., Art. 3 VO 1/2003 Rn. 27.

¹¹⁶ MüKoEUWettbR/Böge/Bardong Art. 3 VO 1/2003 Rn. 21.

¹¹⁷ vgl. J. Szwaja, Kommentar zum UWG-PL, Art. 15, nb. 91.

¹¹⁸ ebenda.

gang von Unternehmen. Art. 15 Abs 1 Ziff. 4 UWG-PL lässt die tatsächlichen oder vermuteten Wirkungen solcher Handlungen auf den Wettbewerb auf dem Markt daher eben nicht unberücksichtigt, sondern hat sie vielmehr zum Gegenstand. Divergierende Zwecke sind demnach nicht festzustellen.

Auch Erwägungsgrund (9) der KartellVO, demzufolge diese das Recht der Mitgliedstaaten zur Anwendung der Vorschriften des unlauteren Wettbewerbs nicht einschränkt, gebietet keine andere Auslegung. Sofern es dort heißt, dass insbesondere Rechtsvorschriften, mit denen Unternehmen untersagt wird, bei ihren Handelspartnern ungerechtfertigte, unverhältnismäßige oder keine Gegenleistungen umfassende Bedingungen zu erzwingen, zu erhalten oder den Versuch hierzu zu unternehmen, nationaler Regelungshoheit unterliegen, ist diese Situation mit der vorliegenden aus unserer Sicht *nicht* vergleichbar:

- Erwägungsgrund (9) belässt den Mitgliedstaaten zwar Gestaltungsspielräume zur Regelung unlauteren Verhaltens. Dieser wird aber begrenzt auf ungerechtfertigte, unverhältnismäßige oder gegenleistungslose Verhaltensweisen. Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL stellt dagegen ein *per-se*-Verbot auf. Er beschränkt die Möglichkeit der Unternehmen, *generell* andere Kosten als die Handelsmarge als Maßstab bei der Entscheidung über den Vertrieb eines Produktes zu berücksichtigen. Bei einer wirtschaftlichen Betrachtung können jedoch auch andere Faktoren wie etwa Liefer-, Lager- und Werbungskosten sowie Umtausch- und Gewährleistungsrisiken eine Rolle spielen. Eine dahingehende Vereinbarung ist also zumindest nicht *per se* als ungerechtfertigt, unverhältnismäßig oder keine Gegenleistungen umfassend anzusehen. Die Regelung geht also deutlich weiter als in Erwägungsgrund (9) der KartellVO als zulässige Abweichung vorgesehen.
- Der Ausschluss jeglichen Verhandlungsspielraums bezüglich anderer Konditionen als der Handelsmarge ist nicht vom Wortlaut der KartellVO gedeckt und verfolgt Ziele, die mit denen der Art. 101, 102 AEUV zumindest vergleichbar, in jedem Fall ähnlicher und sachnäher sind als lauterkeitsrechtliche Motive. Der Anwendungsvorrang des europäischen Kartellrechts gemäß Art. 3 Abs. 2 KartellVO besteht daher.

- Selbst wenn – fälschlicherweise – unterschiedliche Normzwecke unterstellt werden, scheidet eine Anwendbarkeit des Art.15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL aus. Kartellrechtlichen Vorschriften kommt gegenüber lauterkeitsrechtlichen eine Sperrwirkung zu.¹¹⁹ Köhler führt dazu aus: *„Die einer kartellrechtlichen Norm zu Grunde liegenden Wertungen dürfen nicht dadurch unterlaufen werden, dass vermeintliche kartellrechtliche Schutzlücken mit Hilfe der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel geschlossen werden. Wenn die kartellrechtliche Norm bewusst nur bestimmte Verhaltensweisen von bestimmten Unternehmen verbietet, kann das entsprechende Verbot nicht ohne weiteres durch Rückgriff auf die lauterkeitsrechtliche Generalklausel erweitert werden. Dies wäre eine "Normerschleichung.“*¹²⁰
- Da die kartellrechtlichen Vorschriften die vorliegenden Vereinbarungen jedoch nicht verbieten, ist eine Anwendung des Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL ausgeschlossen.
- Dieses Ergebnis wird auch durch einen Vergleich mit der deutschen Rechtslage bestätigt. Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL bezweckt ähnlich wie § 20 Abs. 3 GWB Unternehmen vor den Forderungen marktmächtiger Unternehmen zu schützen. Für § 20 Abs. 3 GWB ist anerkannt, dass dieser restriktiv ausgelegt werden muss, um den Anforderungen des Art. 3 Abs. 2 KartellVO gerecht zu werden.¹²¹

¹¹⁹ Köhler WRP 2006, 139, 146; ders. WRP 2005, 645, 648; dort jeweils zum Verhältnis des deutschen Lauterkeitsrechts (UWG) zum Kartellrecht.

¹²⁰ Köhler WRP 2005, 645, 648.

¹²¹ Säcker WRP 2010, 1, 25.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass Art. 15 Abs. 1 Ziff. 4 UWG-PL gemäß Art. 3 Abs. 2 KartellVO hinter die Vorschriften des europäischen Kartellrechts zurücktritt. Die polnische Vorschrift verbietet europarechtlich zulässige Vereinbarungen, die auch in vielen (insbesondere mittel- und westeuropäischen) Mitgliedstaaten durchgeführt werden. Sie steht der Verwirklichung eines Gemeinsamen Markt entgegen und darf deshalb nicht angewendet werden.

Berlin, den 9. August 2013

Gez.

Noerr LLP
Dr. Fabian Badtke, LL.M.
Rechtsanwalt

Noerr LLP
Dr. Cosima Haselmann, LL.M.
Rechtsanwältin
