

# Stellungnahme

---

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

Stand: 25. Oktober 2016



## I. Einleitung

---

Der Handelsverband Deutschland (HDE) ist seit 90 Jahren die Spitzenorganisation des deutschen Einzelhandels – des drittgrößten Wirtschaftszweigs in Deutschland – mit insgesamt drei Millionen Beschäftigten und gut 450 Milliarden Euro Jahresumsatz. Er vertritt die Belange und Interessen von rund 300.000 Einzelhandelsunternehmen aller Branchen, Standorte und Betriebsgrößen.

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

## II. Grundsätzliches

---

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

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



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

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

### III. Zu den geplanten Änderungen im Einzelnen

---

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

Der HDE bedauert, dass im Regierungsentwurf nicht nur darauf verzichtet wird, bestehendes Potential zur Optimierung des freien Wettbewerbs zu nutzen, sondern darüber hinaus durch eine Ergänzung des § 20 Abs. 3 und eine Änderung des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB-E der Wettbewerb noch weiter als bisher beschränkt werden soll. Dabei wirken schon heute sowohl das Verbot des Forderns ungerechtfertigter Vorteile als auch das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis im Ergebnis wettbewerbsbeschränkend und sind ein Fremdkörper im deutschen Kartellrecht. Beide Verbote sollten daher im Zuge der 9. GWB-Novelle nicht weiter ausgebaut, sondern gestrichen werden.

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

Der HDE lehnt die geplante Entfristung und die Definition des Begriffs des „Einstandspreises“ in einem neuen Satz 3 des § 20 Abs. 3 entschieden ab. Das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis ist wettbewerbspolitisch grundsätzlich verfehlt. Die Ziele der geltenden Fassung aus dem Jahr 2007, nach der auch schon der gelegentliche Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis verboten ist, widersprechen dem Zweck des GWB.

Das Verbot wurde in der Vergangenheit mit dem Ziel begründet, das zunehmende Verschwinden kleinerer Händler vom Markt verhindern zu wollen. Wie die Praxis gezeigt hat, hat das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis aber keine Auswirkungen auf eine mögliche Verdrängung kleinerer Händler. Diese dürfte eher auf Skaleneffekte und höhere Effizienzen der größeren Händler beruhen. Festzustellen ist, dass das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis wettbewerbsökonomisch keine positiven Effekte hatte. Ein Vergleich mit anderen



europäischen Ländern wie z. B. Großbritannien, Finnland oder Österreich zeigt zudem, dass das Verbot keine Voraussetzung für einen funktionierenden Wettbewerb ist. Es drängt sich daher der Verdacht auf, dass der Gesetzgeber mit dem Verbot und der Verschärfung auch primär die Landwirtschaft vor den möglichen Folgen eines harten Preiswettbewerbs im Einzelhandel schützen und so mittelbar die Ertragssituation der Bauern verbessern wollte und will. Der Schutz bestimmter Branchen, wie z. B. der Landwirtschaft bzw. der Lebensmittelhersteller vor Preiswettbewerb ist aber mit dem Regelungsziel des GWB unvereinbar. Es wäre völlig verfehlt, einzelne Branchen durch Wettbewerbsbeschränkungen vor Wettbewerbsdruck schützen zu wollen (vgl. hierzu auch Gliederungspunkt III.2.).

Ein solcher Schutz ist auch nicht erforderlich, weil im Lebensmitteleinzelhandel ein intensiver und harter Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern auf der Einzelhandelsstufe stattfindet. Auch die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts aus dem Jahr 2014 hat keine Wettbewerbsprobleme im Lebensmittel-einzelhandel belegt (Bundeskartellamt: Zusammenfassung der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, September 2014, S. 2). Auch wenn in der Öffentlichkeit immer wieder darauf hingewiesen wird, dass sich große Teile des Einzelhandelsumsatzes auf vier bis fünf Handelsunternehmen konzentrieren, so gibt diese Feststellung gleichwohl wenig Aufschluss über die tatsächlichen Machtverhältnisse zwischen dem Handel und seinen Lieferanten. Es bleibt dabei nämlich unberücksichtigt, dass der Absatzmarkt der Hersteller tatsächlich deutlich größer ist und die großen Lebensmitteleinzelhändler deshalb auch keineswegs 85 Prozent dieses Absatzmarktes beherrschen. Neben den großen Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels stehen den Herstellern nämlich als Absatzkanäle z. B. der Lebensmittelfachhandel, der Großhandel und der vielfach intensiv genutzte Direktvertrieb zur Verfügung. Ein immer wichtigerer Absatzkanal ist daneben der Export. Außerdem hat bereits das Bundeskartellamt mit der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel die u. a. vom Markenverband vertretene These widerlegt, die mit der Herstellung von Lebensmitteln befasste Marktgegenseite des Lebensmitteleinzelhandels sei weit überwiegend mittelständisch geprägt und befände sich damit gegenüber dem Einzelhandel per se in einer marktschwächeren Position. Das Bundeskartellamt verweist im Gegenteil darauf, dass den Lebensmitteleinzelhändlern auf Herstellerseite eine heterogene Spitzengruppe von höchstens vier (international agierenden) Unternehmen gegenüberstünde. Diese konzentrierte Anbieterseite könne die Beschaffungsalternativen des Lebensmitteleinzelhandels verringern und somit die Verhandlungsmacht des Einzelhandels schwächen (Bundeskartellamt: Zusammenfassung der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, September 2014, S. 6).

Aber auch wenn der Blick ausschließlich auf die sogenannten großen Unternehmen des stationären Lebensmitteleinzelhandels gerichtet wird, ergibt eine genaue Analyse ein deutlich differenzierteres Bild der Wettbewerbsverhältnisse. So wurde in einer wissenschaftlichen Untersuchung von Heinen und Lademann im Jahr 2011 dargelegt, dass die Besonderheiten kooperativ organisierter Handelsorganisationen mit ihren selbstständigen Einzelhändlern in der politischen Diskussion häufig unterschätzt werden. Die Selbstständigen agieren in diesen



Organisationen nämlich mit großen, in der Öffentlichkeit wenig wahrgenommenen Freiheiten im lokalen Wettbewerb, indem sie z. B. die Sortimente individuell gestalten und alternative Beschaffungsquellen nutzen. Aber auch kapital- oder vertragsseitig verbundene Unternehmen können mit hoher Autonomie ausgestattet sein, so dass sie auf dem Absatzmarkt in der Praxis als Konkurrenten auftreten. Hier werden z. B. Regal- und Aktionspreise von den einzelnen Unternehmen unabhängig voneinander festgelegt und Sortimente nicht abgestimmt. Nicht immer liegt deshalb bei kapital- oder vertragsseitigen Verbindungen eine wettbewerbliche Einheit vor. Insgesamt betrachtet ist die „faktische Konzentration“ (Lademann) des Lebensmittelmarktes damit deutlich geringer als sich dies aus der reinen Betrachtung der Umsatzzahlen ergibt.

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

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

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



nachgeschärft werden. Es besteht keine Notwendigkeit, für diese verfehlte Regelung einen erweiterten praktischen Anwendungsbereich zu schaffen.

Völlig verfehlt ist daher der mit dem Gesetzentwurf verfolgte Ansatz, die Anwendbarkeit des Verbots durch eine Definition des Begriffs des Einstandspreises zu erleichtern.

Die vorgesehene Definition des „Einstandspreises“ ist nicht geeignet, dieses Ziel des Gesetzgebers zu erreichen. In diesem Zusammenhang ist die Begründung der gesetzlichen Änderung, durch die Neuregelung solle „die Position des Lieferanten gegenüber den Händlern gestärkt“ und „die Freiheit der Händler ... zu Gunsten der Lieferanten beschränkt“ werden (S. 58), befremdlich. Wie oben ausgeführt wurde, ist es wettbewerbsökonomisch verfehlt, die Vorschriften zur Missbrauchskontrolle zu instrumentalisieren, um Unternehmen anderer Stufen der Wertschöpfungskette zu schützen. Über diese verfehlte Motivation des Gesetzgebers hinaus ist die geplante Regelung zudem unpraktikabel und wird in der Praxis zu unnötigem und höherem Verwaltungsaufwand führen. Die Änderung soll nach dem Willen des Gesetzgebers nämlich dazu führen, dass ein Händler allgemeine Vergünstigungen wie z. B. Werbekostenzuschüsse grundsätzlich nur noch auf das gesamte Sortiment seines Lieferanten anrechnen und nicht mehr überproportional zur Absenkung des Einstandspreises eines bestimmten Produkts verwenden kann. Dies ist schon aus praktischen Gründen bei unterjährigen Änderungen des Sortiments sehr problematisch und führt de facto zu einer Unkalkulierbarkeit des Einstandspreises mit den entsprechenden rechtlichen Risiken. Damit wird es in der Praxis in Zukunft erforderlich sein, bei geplanten Aktionen die Werbekostenzuschüsse im Rahmen von Individualvereinbarungen einzelnen Produkten zuzuordnen. Diese Möglichkeit wird den Vertragsparteien nach der Gesetzesbegründung auch richtiger Weise explizit eröffnet. Lieferanten und Händler werden in Zukunft von dieser Möglichkeit auch Gebrauch machen, um die gewünschten niedrigen Aktionspreise rechtskonform anbieten zu können. Unter diesen Umständen sind keine Änderungen im Hinblick auf das Preisniveau zu erwarten. Stattdessen werden aber die Vertragsverhandlungen verkompliziert und zusätzliche Dokumentationen sowie vertragliche Regelungen werden erforderlich, um rechtskonformes Verhalten zu gewährleisten. Ggf. müssen auch im Nachgang der Konditionenverhandlungen weitere Gespräche und Verhandlungen geführt werden, weil nicht immer im Voraus feststeht, für welche Produkte und zu welchem Zeitpunkt vereinbarte Vergünstigungen verwendet werden sollen.

Durch die geplante Ergänzung wird also rechtssicheres Handeln grundlos erschwert und die Effizienz der Vertragsverhandlungen beeinträchtigt, ohne das die ohnehin verfehlte Zielsetzung der Norm erreichen würde, den Verkauf unterhalb des Netto-Herstellerabgabepreises tatsächlich einzuschränken.



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

Nach dem Regierungsentwurf sollen die Regelungen zur missbräuchlichen Ausnutzung von Nachfragemacht gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB weiter verschärft werden, um auf diese Weise mittelbar auch die Anwendbarkeit des § 20 Abs. 2 effizienter zu gestalten. Mit den geplanten Änderungen und Ergänzungen sollen auch Rechtsunsicherheiten beseitigt werden.

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

Mit dem Urteil des OLG Düsseldorf wurde der Beschluss des Bundeskartellamts, mit dem die Missbräuchlichkeit des Verhaltens eines Lebensmitteleinzelhändlers im Rahmen von „Sonderverhandlungen“ mit Lieferanten nach einer Fusion festgestellt wurde, im Wesentlichen aus Gründen mangelnder Feststellungen durch das Bundeskartellamt aufgehoben. Das OLG hat mit seiner Entscheidung im Übrigen den Tatbestand des § 20 Abs. 2 richtig und praxisgerecht definiert und einige wichtige, wenn auch nicht neue, Klarstellungen getroffen.

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





dass auch unterjährige Sonderverhandlungen – z. B. aus Anlass von Übernahmen – zwar nur unter hinreichend engen Voraussetzungen, aber nicht per se unzulässig sind.

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

Es gibt daher keinesfalls einen Grund, wegen der aktuellen, nicht rechtskräftigen Rechtsprechung die Verbotsvorschrift zu überarbeiten oder sogar zu verschärfen. Sie ist nach wie vor praxistauglich. Der Gesetzgeber sollte daher auf die geplanten Änderungen und Ergänzungen verzichten, zumal sie geeignet sind, die bestehenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Verbotsnorm noch verstärken.

Die geplante Änderung wird die noch bestehenden Verhandlungsspielräume nämlich in unverhältnismäßiger Weise einschränken und den Handel aus Gründen der Risikoprävention dazu veranlassen, in Vertragsverhandlungen sehr zurückhaltend zu agieren. Obwohl auch in der Gesetzesbegründung erfreulicher Weise klargestellt wird, dass harte Verhandlungen grundsätzlich legitim sind, werden die Spielräume der Parteien in den Vertragsverhandlungen durch die Verschärfungen de facto erheblich eingeschränkt und eine effiziente Verhandlungsführung damit erschwert. Die Folgen dieser faktischen Einschränkung der Vertragsverhandlungsfreiheit werden voraussichtlich die Verbraucher durch höhere Preise zu tragen haben.

Zu den geplanten Modifikationen im Einzelnen:

- Der Gesetzgeber will das Erfordernis der Ausnutzung einer Marktstellung streichen. Damit soll auch für mehr Rechtsklarheit gesorgt werden, da es bisher umstritten gewesen sei, ob das „Ausnutzen einer Marktstellung“ bisher tatsächlich notwendiges Tatbestandsmerkmal des Verbots ist.

Hierzu ist festzustellen, dass diese behauptete Rechtsunsicherheit in der Praxis nicht besteht. Die Erforderlichkeit des Ursachenzusammenhangs zwischen „Marktstellung“ und „Auffordern“ für ein tatbestandsmäßiges Verhalten ist in der (obergerichtlichen) Rechtsprechung und Verwaltungspraxis unbestritten. Etwaige völlig vereinzelt Mindermeinungen in der Literatur können in der Praxis getrost vernachlässigt werden.

Die geplante Streichung des Tatbestandsmerkmals ist zudem rechtssystematisch verfehlt, weil dadurch der Schutzzweck der Norm auf ordnungspolitisch unzulässige Weise vollständig geändert wird: Während das Verbot bisher richtiger Weise den Schutz kleiner Wettbewerber intendierte, wird die Norm durch die Streichung des Ursächlichkeitserfordernisses zu einem Verbot im Interesse der – häufig marktstarken – Anbieter wie z. B.





der Lebensmittelindustrie umgestaltet. Dies ist mit den Zielen der Wettbewerbsordnung, den freien Wettbewerb, nicht aber einzelne Lieferanten zu schützen, unvereinbar.

Der Gesetzgeber sollte daher darauf verzichten, das Erfordernis der Ausnutzung der Marktstellung zu streichen.

- Die vorgesehene Streichung der Tatbestandsalternative des „Veranlassens“ hat – wie in der Gesetzesbegründung festgestellt wird – rein redaktionelle Bedeutung und begegnet daher keinen grundsätzlichen Bedenken.
- Unpraktikabel ist dagegen das Erfordernis, Aufforderungen des Abnehmers in Zukunft nachvollziehbar zu begründen. Dabei soll es ausweislich der Gesetzesbegründung darauf ankommen, ob „der Adressat ... in der Lage ist, den Grund und gegebenenfalls auch die Berechnung der Forderung nachzuvollziehen“.

Eine solche Bewertung aus dem subjektiven Empfängerhorizont ist lebensfremd und stellt den rechtstreuen Anbieter in den Vertragsverhandlungen vor unlösbare praktische Probleme. So mag es für den Anbieter in Vertragsverhandlungen noch möglich sein, die Nachvollziehbarkeit einer Forderung aus dem objektiven Empfängerhorizont sicherzustellen. Die Abstellung auf die subjektiven Fähigkeiten macht es aber für den Abnehmer erforderlich, die kognitiven Fähigkeiten des Vertragspartners zu antizipieren, was praktisch ausgeschlossen ist.

Damit eröffnet dieses Erfordernis dem Anbieter in Vertragsverhandlungen ungeahnte strategische Verhandlungsmöglichkeiten, da er sich bei für ihn ungünstigen Verhandlungsverläufen stets darauf berufen kann, die Begründung einer Forderung nicht nachvollziehen zu können. Es liegt auf der Hand, dass die Verhandlungsposition des Lieferanten auf diese Weise künstlich vom Gesetzgeber zu dessen Gunsten verbessert wird und effiziente Vertragsverhandlungen in der Praxis erschwert werden.

Wenn auf dieses Erfordernis aus politischen Gründen nicht vollständig verzichtet werden kann, so muss doch mindestens klargestellt werden, dass eine nachvollziehbare Begründung aus dem objektiven Empfängerhorizont ausreichend ist.

Davon abgesehen stößt das geplante Begründungserfordernis aber in der Praxis auch an rechtliche Grenzen und ist daher unpraktikabel. So wird z. B. auch der Abnehmer verlangen können, dass sein marktstarker Lieferant ein Preiserhöhungsverlangen nachvollziehbar begründet. Dies erfordert jedoch zumindest teilweise eine Offenlegung der Kalkulation des Anbieters. Begründet der Lieferant sein Preiserhöhungsverlangen mit der Steigerung von Rohstoffpreisen, so hätte er seine Beschaffungskosten zumindest beispielhaft darzulegen. Da es sich bei diesen Kalkulationsgrundlagen gemeinhin um Geschäfts-



geheimnisse handelt, wird eine solche „nachvollziehbare Begründung“ kaum umsetzbar sein.

Die Anforderung sollte daher gestrichen werden.

- Das zusätzlich geplante neue Verhältnismäßigkeitserfordernis ist außerordentlich problematisch. In Zukunft soll geprüft werden, ob der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zu dem angegebenen Grund der Forderung steht. Dies soll nach der Gesetzesbegründung der Fall sein, wenn zwischen Forderung und Gegenleistung ein Missverhältnis besteht. Auf dieser Grundlage kann aber in der Praxis keine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt werden. Da tatsächlich umfangreiche Konditionenpakete verhandelt werden, führt die Gegenüberstellung von Forderung und angebotener Gegenleistung nicht weiter, da nach diesem Ansatz die einzelne Kondition isoliert zu betrachten wäre, während realistischer Weise das gesamte Paket zu beurteilen ist. Ob bei der Prüfung auch andere Elemente aus den Verhandlungen herangezogen werden dürfen, bleibt nach der Gesetzesbegründung ebenfalls offen. Da damit auch der Maßstab für die geplante Verhältnismäßigkeitsprüfung unklar bleibt, wird das neue Verhältnismäßigkeitserfordernis in der Praxis zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit führen. Schlimmstenfalls wird das neue Prüfkriterium zu einer Gegenüberstellung von Forderung und Gegenleistung sowie Prüfung nach monetärem Maßstäben führen, so dass diese neue Voraussetzung de facto auf eine Preiskontrolle hinauslaufen kann. Eine Einführung einer (mittelbaren) Preiskontrolle ist aber mit den Grundsätzen einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung keinesfalls zu vereinbaren.

Die Fragwürdigkeit der geplanten Verhältnismäßigkeitsprüfung und die Beschränkung der objektiven Beurteilungskriterien im Hinblick auf einzelne Vereinbarungen zeigt sich auch an der Tatsache, dass Vereinbarungen mit Chancen für den Lieferanten ex ante kaum rechtssicher im Hinblick auf ihren tatsächlichen wirtschaftlichen Wert beurteilt werden können. Vereinbaren zum Beispiel Händler und Lieferant einen Aktionsrabatt und verpflichtet sich der Händler als Gegenleistung zur Durchführung einer (Werbe-)Aktion in Bezug auf das Produkt des Lieferanten, in deren Rahmen er den Verbraucherabgabepreis absenkt, so müsste der Händler in Zukunft sicherstellen, dass die Höhe des vereinbarten Aktionsrabatts verhältnismäßig ist. Hierzu wäre der Rabatt ins Verhältnis zu dem gesteigerten Absatz und dem daraus folgenden Verdienst des Lieferanten zu setzen. Nur wenn der Lieferant durch die Aktion unter Berücksichtigung des Rabatts mehr verdient, wäre die Verhältnismäßigkeit von Forderung und Gegenleistung gewahrt. Dies kann der Händler aber in der Praxis nicht prüfen, da er die Kalkulation des Lieferanten nicht kennt. Da es sich dabei um Geschäftsgeheimnisse handelt, kann er auch keine entsprechende Information durch den Lieferanten erwarten. In der Realität muss er sich darauf verlassen können, dass der Lieferant selbst seine Gewinnchancen kalkuliert und prüft, ob die Vereinbarung für ihn wirtschaftlich sinnvoll ist oder nicht. Aus dieser unternehmerischen Ver-



antwortung wird der Lieferant durch das neue Verhältnismäßigkeitserfordernis entlassen. Gleichzeitig wird diese Verantwortung mit weitreichenden rechtlichen Folgen dem Händler übertragen, der diese Prüfung aufgrund seines Informationsdefizits überhaupt nicht zuverlässig vornehmen kann.

Angesichts dieser schwierigen Gemengelage und der strukturellen Unterlegenheit des Händler aufgrund seines mangelhaften Informationsstands ist außerdem nicht auszuschließen, dass der Lieferant auch noch weit nach Abschluss der Konditionenverhandlungen – z. B. nach Ende der Geschäftsbeziehung – mit Hinweis auf die Unverhältnismäßigkeit von Leistung und Gegenleistung die Unwirksamkeit in der Vergangenheit verhandelter Klauseln geltend macht, dies mit seinen internen Ertragszahlen belegt und den Händler zur Rückerstattung gewährter Rabatte auffordert. Im Rahmen der Verjährungsfristen befände sich der Händler damit in einer unerträglichen rechtsunsicheren Situation, aus der sich ggf. sogar Rückstellungsbedarf ergeben könnte.

Diese betriebswirtschaftlich, aber auch aus Compliance-Gesichtspunkten unerwünschte Situation könnte der Händler nur vermeiden, indem er im Zuge einer harten Risikoprävention die Konditionentitel und angebotenen Leistungsarten massiv reduziert und sich auf die Forderung sicherer Konditionen, mit denen hinreichende praktische Erfahrungen bestehen, beschränkt. In der Folge würden die Konditionengefüge verarmen und verkrusten, innovative Verhandlungen würden unterbleiben und der Konditionenwettbewerb würde nicht unerheblich eingeschränkt.

Diese drohenden Konsequenzen konterkarieren in offensichtlicher Weise das Ziel des GWB, für mehr Wettbewerb zu sorgen.

Statt den untauglichen Versuch zu unternehmen, durch Änderungen und Ergänzungen der Norm dieses Verbot „effizienter“ zu gestalten, sollte sich der Gesetzgeber daher vielmehr die weitergehende Frage stellen, ob das Verbot überhaupt sinnvoll und zur Sicherung des freien Wettbewerbs erforderlich ist.

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

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



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

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

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

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

Es ist auch zu bezweifeln, dass diese Maßnahme den Verlagen langfristig nutzen wird. Zwar ist eine Kartellbildung auf Verlagsseite geeignet, kurzfristig die Ertragsituation der Kartellanten zu verbessern. Mittel- und langfristig wird die damit verbundene Erhöhung der Preise aber dazu führen, dass die Werbekunden der Verlagshäuser Ausweichoptionen auf anderen Märkten nutzen und ihre Werbekonzepte der künstlich von den Verlagen veränderten Kostenstruktur anpassen und umstellen. Gleichzeitig wird die Wettbewerbsfähigkeit der Verlage abnehmen, die Strukturen werden sich verfestigen und eine flexible Reaktion auf die Herausforderungen der digitalisierten Wirtschaft wird den Betroffenen immer schwerer fallen. Im Ergebnis werden die Verbraucher den



Preis der wettbewerbsökonomisch verfehlten Ausnahmevorschrift durch mittelfristig höhere Verbraucherpreise und langfristig eine geringere Pressevielfalt zahlen müssen. Dies kann nicht das Ziel des Gesetzgebers sein.

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

Der HDE hält es daher sowohl aus wettbewerbsökonomischen Gründen als auch im Hinblick auf die Zielsetzung des Gesetzgebers für dringend geboten, die geplante Ausnahmevorschrift des § 30 Abs. 2 a komplett aus dem Regierungsentwurf zu streichen. Dies ist schon deshalb geboten, weil der Gesetzgeber in der Vergangenheit kartellrechtliche Bereichsausnahmen richtigerweise Schritt für Schritt aufgehoben hat. Diesen Weg muss der Gesetzgeber konsequent weiterverfolgen. Auch die Monopolkommission weist darauf hin, dass mit der geplanten Ausnahmevorschrift ein wettbewerbspolitisch fragwürdiges Signal in den Markt gesendet werde und bei den Wirtschaftsakteuren der Eindruck entstehen könne, dass der politische Wille zum Schutz des unverfälschten Wettbewerbs begrenzt sei (XXI. Hauptgutachten der Monopolkommission 2016, S. 15). Dies gilt für den vorliegenden Fall der Presseverlage besonders, weil hier keine sachlichen Gründe bestehen, die eine einseitige Privilegierung der Verlagswirtschaft rechtfertigen könnten. Dies gilt auch deshalb, weil die Freistellungsmöglichkeit nach § 3 i. V. m. § 2 Abs. 1 GWB eine hinreichende Grundlage für kartellrechtlich zulässige Kooperationen zwischen Verlagen bieten und diesen damit Handlungsspielräume eröffnen, um wirtschaftliche Vorgänge durch die Zusammenarbeit zu rationalisieren und die Wettbewerbsfähigkeit der Verlage zu verbessern. Für eine kartellrechtliche Bereichsausnahme besteht auch vor diesem Hintergrund daher keine Notwendigkeit.





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

### 3. Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU)

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

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

Für nicht ganz befriedigend halten wir auch die Umsetzung der europäischen Vorgaben zur Bindungswirkung (§ 33 b GWB-E). Es erschließt sich nicht, warum der Gesetzgeber die Bindungswirkung der Gerichte auf Entscheidungen von Kartellbehörden in der Europäischen Union beschränken will. Das Ziel, die Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen zu erleichtern, kann so nur eingeschränkt erreicht werden. Aus Sicht des HDE wäre es deutlich effizienter, wenn die Gerichte auch an Entscheidungen anderer Kartellbehörden außerhalb der Europäischen Uni-





on, z. B. aus dem Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, gebunden wären. Da der Regierungsentwurf ohnehin über die Vorgaben der Richtlinie hinausgeht, spricht auch nichts gegen eine Erweiterung der Bindungswirkung in § 33 b GWB-E.

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

## IV. Zusammenfassung

---

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

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



Strukturen bei den Verlagen und in der Konsequenz zu einer weiter sinkenden Wettbewerbsfähigkeit im Verhältnis zu anderen Medien führen wird.

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