

10. MÄRZ 2017

STELLUNGNAHME VON CMS

ZU DEN

**HINWEISEN ZUM PREISBINDUNGSVERBOT
IM BEREICH DES STATIONÄREN LEBENSMITTELEINZELHANDELS
DES BUNDESKARTELLAMTS**

IN DER FASSUNG FÜR DIE ÖFFENTLICHE KONSULTATION VOM 25. JANUAR 2017

**Hinweise des Bundeskartellamts
zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels**

Stellungnahme von CMS im Rahmen der öffentlichen Konsultation

Am 25.1.2017 hat das Bundeskartellamt Hinweise zu Fragen des Preisbindungsverbots im Rahmen des Lebensmitteleinzelhandels veröffentlicht. Im Rahmen der öffentlichen Konsultation wurden interessierte Kreise eingeladen, Stellungnahmen zu diesen Hinweispapier abzugeben.

Mit über 600 Rechtsanwälten und Steuerberatern ist CMS in Deutschland eine der führenden Anwaltssozietäten auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts. CMS berät und vertritt laufend Hersteller und Händler im Zusammenhang mit vertriebskartellrechtlichen Fragen und insbesondere zu Fragen des Preisbindungsverbots. CMS dankt daher für die Gelegenheit, die gesammelten praktischen Erfahrungen in den Konsultationsprozess einbringen zu können.

Zusammengefasst teilt CMS im Wesentlichen die im Hinweispapier vertretenen Positionen.

Die Erfahrungen von CMS zeigen aber auch, dass es in der Praxis zahlreiche legitime Gründe für Hersteller und Händler gibt, miteinander über Ladenverkaufspreise zu kommunizieren – ohne, dass es zu einer Preisbindung kommt. Aus Sicht von CMS darf daher derartige Kommunikation nicht unter Generalverdacht gestellt werden.

Die Erfahrungen von CMS führen insoweit auch nicht immer zur gleichen Bewertung der Fallbeispiele, wie sie im Hinweispapier vertreten wird. Die unterschiedliche Bewertung kann möglicherweise auch darin begründet liegen, dass die Fallbeispiele im Hinweispapier gegenüber den ihnen zugrunde liegenden realen Fällen vereinfacht dargestellt sind.

Dies vorangestellt, nimmt CMS zum Hinweispapier im Einzelnen wie folgt Stellung:

Rand- nummer	Originaltext (Kommentar in der rechten Spalte bezieht sich auf die <u>unterstrichene</u> Passage)	Kommentar
20	4. Verbot der versuchten Preisbindung	- CMS begrüßt, dass das Hinweispapier sich gerade auch an nicht speziell kartellrechtlich beratene Unternehmen richtet und dem mit einer möglichst einfachen, untechnischen Sprachgestaltung Rechnung trägt. Gleichwohl scheint es aus Sicht von CMS aus rechtsdogmatischen Gründen zu weit gehend, § 21 Abs. 2 GWB als Versuchstatbestand zu bezeichnen.
46 ff.	I. Vereinbarung von Fest- und Mindestpreisen	- CMS regt an, in diesem Abschnitt auch ein Fallbeispiel der im Hinweispapier noch nicht beleuchteten zulässigen Höchstpreisbindung aufzunehmen, z. B. den Fall, dass der Hersteller dem Händler eine Erhöhung des aktuellen Ladenpreises während einer „20%-Gratis“-Aktion untersagt.

Rand- nummer	Originaltext (Kommentar in der rechten Spalte bezieht sich auf die <u>unterstrichene</u> Passage)	Kommentar
50	<p><u>Vielfach wird allerdings Druck eingesetzt oder werden Anreize gewährt, um den Händler zum Abschluss der Vereinbarung oder ihrer Einhaltung zu bewegen, wie in den nachfolgenden Beispielen:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>Der Hersteller droht dem Händler mit Nichtbelieferung oder Liefereinschränkungen, falls dieser die UVP unterschreitet.</i> - <i>Der Hersteller macht die vom Händler gewünschte Belieferung mit weiteren Produkten in den Verhandlungen davon abhängig, dass der Händler künftig die UVP einhält.</i> - <i>Der Hersteller stellt für eine Aktion mit Verlosung drei Pkw als Hauptgewinn zur Verfügung, jedoch unter der Voraussetzung, dass der Aktions-LVP mindestens 1,85 € und höchstens 1,89 € beträgt. Der Händler nimmt zu diesen Bedingungen an der Aktion teil.</i> - <i>Der Hersteller stellt dem Händler eine Konditionenverbesserung in Aussicht, wenn der Händler die geforderte Einhaltung der UVP zusagt, was dieser auch tut.</i> - <i>Der Hersteller vereinbart mit dem Händler einen „Preispflegerabatt“ von 1,5 % auf den Einkaufspreis, der vierteljährlich nachträglich von der Rechnung abgezogen wird, sofern der Händler die UVP einhält.</i> 	<ul style="list-style-type: none"> - Nach Erfahrung von CMS kommt es auf den Einzelfall an, ob Hersteller Druck einsetzen oder nicht. <p>Die Formulierung „Vielfach wird allerdings Druck eingesetzt...“ erweckt hingegen den Eindruck einer empirisch gestützten Erfahrung des Bundeskartellamts, dass solche Verhaltensweisen häufig oder sogar typischerweise vorkommen. Dritte könnten die Formulierung gar als Grundlage für eine diesbezügliche Vermutung heranziehen.</p> <p>CMS regt daher an, den Absatz zum Beispiel wie folgt zu formulieren: "Sofern allerdings, wie in den folgenden Beispielen, Druck eingesetzt wird oder Anreize gewährt werden, um den Händler zum Abschluss der Vereinbarung oder ihrer Einhaltung zu bewegen, ist der Verbotstatbestand erfüllt."</p>

Rand- nummer	Originaltext (Kommentar in der rechten Spalte bezieht sich auf die <u>unterstrichene</u> Passage)	Kommentar
51	<p>Die Ausübung von Druck oder das Setzen von Anreizen macht in den genannten Beispielen deutlich, dass der Hersteller in wettbewerbswidriger Weise die Entscheidungsfindung des Händlers beeinflusst und bereits damit deutsches Recht (§ 21 Abs. 2 GWB) verletzt hat. Auch der Händler begeht einen Kartellrechtsverstoß, <u>weil er dem an ihn herangetragenen Preisbindungsbegehren letztlich zustimmt (1)</u> und so mit dem Hersteller eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung im Sinne des deutschen und europäischen Rechts schließt (§ 1 GWB; Artikel 101 Abs. 1 AEUV). <u>Der Händler kann diesen Rechtsverstoß vermeiden, indem er sich dem Versuch der Einflussnahme unter Hinweis auf die Rechtslage widersetzt und erforderlichenfalls die Kartellbehörden einschaltet (2).</u> Kommt dies angesichts der Marktverhältnisse ausnahmsweise nicht als realistische Handlungsoption in Frage – etwa weil ein Händler, der keine Nachfragemacht hat, von der Belieferung durch einen marktmächtigen Hersteller abhängig ist, der ihn mit Auslistung oder sonstigen wirtschaftlichen Nachteilen bedroht – <u>empfiehlt es sich für ihn zumindest, die Drohungen zu dokumentieren. In einem ggf. nachfolgenden behördlichen Verfahren kann der Händler dann nachweisen, dass die Initiative zur Preisbindung nicht von ihm ausging (3).</u> Hierbei handelt es sich um einen Umstand, der zugunsten des Händlers zu berücksichtigen sein kann, auch wenn er formal am Kartellverstoß ebenso beteiligt ist wie der Hersteller.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - (1) In den Beispielen in Randnummer 50 wird nicht immer ersichtlich, ob der Händler die gewünschten Preise tatsächlich einhält bzw. zusagt, diese einzuhalten. Nur dann wäre es aber nicht nur zu einer unerlaubten Beeinflussung i.S.d. § 21 Abs. 2 GWB, sondern auch zu einer Vereinbarung i.S.d. § 1 GWB/Art. 101 AEUV gekommen. Die Formulierung „weil er ... zustimmt“ suggeriert hingegen, es sei in jedem Beispielsfall eindeutig zu einer Vereinbarung gekommen. Die dringend gebotene Differenzierung zwischen rein einseitigem Verhalten, zweiseitigen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen verschwimmt dadurch. CMS regt daher an, den Halbsatz etwa wie folgt zu formulieren: „..., wenn er dem an ihn herangetragenen Preisbindungsbegehren letztlich zustimmt“. - (2) Die gewählte Formulierung könnte dahingehend missverstanden werden, der Händler könne den Rechtsverstoß nur durch die beschriebene Reaktionsmöglichkeit vermeiden. CMS regt daher an, den Satz etwa wie folgt zu formulieren: "Der Händler kann diesen Rechtsverstoß z. B. dadurch vermeiden, indem er sich ..." - (3) CMS regt an, klarzustellen, dass nicht in jedem Fall des § 21 Abs. 2 GWB der Händler verpflichtet ist, seinen Widerspruch gegen die Beeinflussung nach außen zu kommunizieren, um eine Vereinbarung auszuschließen. Insbesondere, wenn der Händler die gewünschten Preise tatsächlich nicht umsetzt, besteht aus Sicht von CMS auch ohne

Rand- nummer	Originaltext (Kommentar in der rechten Spalte bezieht sich auf die <u>unterstrichene</u> Passage)	Kommentar
51 (Forts.)		Widerspruch kein Anhaltspunkt für das Vorliegen einer Vereinbarung. Lediglich dann, wenn der Händler sich tatsächlich an die gewünschten Preise hält, und sei es aus autonomer Entscheidung, mag sich ein derartiger Widerspruch empfehlen, ist aus Sicht von CMS aber auch nicht zwingend erforderlich.

Rand- nummer	Originaltext (Kommentar in der rechten Spalte bezieht sich auf die <u>unterstrichene</u> Passage)	Kommentar
52	<p>Das Aussprechen von unverbindlichen Preisempfehlungen durch den Hersteller ist erlaubt. Im Ausgangspunkt handelt es sich <u>um eine einseitige, erlaubte Verhaltensweise des Herstellers (1)</u>, der die Möglichkeit hat, seine Meinung darüber auszusprechen, welchen Ladenverkaufspreis er für das von ihm gelieferte Produkt als sinnvoll erachtet. Eine solche Meinung darf grundsätzlich auch erläutert werden, solange dadurch die Unverbindlichkeit der Empfehlung nicht in Frage gestellt wird oder dem Händler <u>nicht Zusatzinformationen geliefert werden, die darauf abzielen, seine Entscheidung in Richtung der Einhaltung der UVP wettbewerbswidrig zu beeinflussen (2)</u>. Bewegt sich der Hersteller in diesem Rahmen, so darf der Händler der unverbindlichen Preisempfehlung folgen, ohne dass dies bereits eine Vereinbarung oder eine Verhaltensabstimmung über den LVP begründen würde.</p>	<p>- (1) CMS begrüßt die Klarstellung, dass eine UVP für sich genommen eine erlaubte, einseitige Verhaltensweise ist und daher auch bei Überschreiten der Marktanteilsschwellen der Vertikal-GVO keiner besonderen Rechtfertigung bedarf.</p> <p>- (2) Die schwierige Frage, wie eine unverbindliche, einseitige Preisempfehlung von einer verbotenen Preisvereinbarung zu differenzieren ist, wird hier in zwei Unterfragen aufgeteilt nämlich (i) ob die Empfehlung tatsächlich „unverbindlich“ ist und (ii) ob der Händler mittels „Zusatzinformationen ... wettbewerbswidrig beeinflusst“ wird.</p> <p>Die zweite Unterfrage nach Zusatzinformationen ist neu. Sie verlagert die Abgrenzung Empfehlung / Vereinbarung auf die Folgefrage, mittels welcher „Zusatzinformationen“ eine „wettbewerbswidrige Beeinflussung“ herbeigeführt wird. Mit dieser Fallgruppe befasst sich dann aber nur der Beispielsfall in Randnummer 67 des Hinweispapiers. Dieser gibt wenig Aufschluss darüber, welche Zusatzinformationen ein Hersteller etwa im Rahmen weiterer Erläuterungen abgeben darf. Dieses Kriterium der Zusatzinformationen ist im Übrigen für die Annahme einer Vereinbarung irrelevant, weil es für die Annahme einer Vereinbarung nicht ausreicht, wenn der Hersteller dem Händler – meist ungefragt – Zusatzinformationen liefert, sondern eine entsprechende Willenserklärung des Händlers erforderlich ist.</p> <p>Auch die Formulierung „darauf abzielen“ in Randnummer 52 des Hinweispapieres ist insoweit problematisch, als naturgemäß jegliche</p>

Rand- nummer	Originaltext (Kommentar in der rechten Spalte bezieht sich auf die <u>unterstrichene</u> Passage)	Kommentar
52 (Forts.)		<p>Erläuterung des Herstellers zu seiner UVP letztlich „darauf abzielt“, den Händler dahingehend zu beeinflussen, die UVP doch möglichst anzuwenden. Ziel jeder Empfehlung ist, dass diese befolgt werde. Wird eine Empfehlung mittels Zusatzinformationen begründet, sollte dies nicht als unzulässige Beeinflussung betrachtet werden und schon gar nicht als Vereinbarung.</p> <p>CMS regt daher an, im Diskussionspapier das Kriterium der Lieferung von Zusatzinformationen zu streichen oder zumindest genauer darzulegen, welcher Natur „Zusatzinformationen“ sein dürfen bzw. nicht sein dürfen, um den Verdacht einer „wettbewerbswidrigen Beeinflussung“ auszuschließen. Außerdem regt CMS an klarzustellen, dass es zur Annahme einer Vereinbarung zwischen Hersteller und Händler einer entsprechenden Willenserklärung des Herstellers und einer des Händlers bedarf.</p> <p>In diesem Zusammenhang wäre aus Sicht von CMS auch eine Klarstellung wünschenswert, dass z. B. Kalkulationsgrundlagen oder die Bereitstellung von Kalkulationshilfen zur Erläuterung der UVP für sich genommen keine wettbewerbswidrige Beeinflussung darstellen und schon gar nicht die Annahme einer Vereinbarung begründen können.</p>

Rand- nummer	Originaltext (Kommentar in der rechten Spalte bezieht sich auf die <u>unterstrichene</u> Passage)	Kommentar
55-58	<p>Ausgangsfall: Händler X nimmt die Erläuterungen zur Kenntnis, äußert sich aber nicht abschließend zur Preisgestaltung. Nach internen Beratungen bepreist er die Produkte wie empfohlen.</p> <p>Das Verhalten von Hersteller und Händler ist kartellrechtskonform. <u>Die Erläuterungen des Herstellers zur eigenen UVP sind zulässig (1)</u>. Der Händler hat seine Entscheidung, die empfohlenen Preise der eigenen Preissetzung zugrunde zu legen, autonom getroffen und dem Hersteller keine Zusage hinsichtlich der Preisgestaltung gemacht. Damit fehlt es an einer Vereinbarung hinsichtlich der Ladenverkaufspreise, und es liegt auch keine unzulässige einseitige Einflussnahme seitens des Herstellers vor.</p> <p>Abwandlung 1: <i>Händler X nimmt die Erläuterungen zur Kenntnis. Nach weiteren internen Beratungen kündigt er dem Hersteller gegenüber an, der UVP zu folgen.</i></p> <p>Im Unterschied zum Ausgangsfall hat der Händler in Abwandlung 1 dem Hersteller mitgeteilt, welchen LVP er setzen wird. Damit <u>verlässt der Händler</u> den Bereich des eindeutig und ohne nähere Prüfung kartellrechtskonformen Verhaltens. Ob seine Rückäußerung als Zustimmung zu einer ihm <u>angetragenen vertikalen Preisbindung (2)</u> gewertet werden kann, ist vielmehr aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller Umstände des Sachverhalts zu ermitteln. Zur Vermeidung von Unsicherheit über das Bestehen einer vertikalen Preisbindung ist es ratsam, dass der Händler dem Hersteller gegenüber Rückäußerungen vermeidet, die den Anschein einer Zusage erwecken, man werde die UVP befolgen.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - (1) CMS begrüßt die Klarstellung, dass im Ausgangsfall keine und auch in der Abwandlung nicht automatisch eine verbotene Preisbindung zu sehen ist. - (2) Problematisch ist aus Sicht von CMS aber, dass Ausgangsfall und Abwandlung in tatsächlicher Hinsicht ein und dasselbe Herstellerverhalten betrachten, dieses aber rechtlich unterschiedlich bewerten. Im Ausgangsfall soll das Verhalten als eine einseitige Verhaltensweise, in der Abwandlung hingegen als angetragene Vereinbarung gewertet werden (können). Grund für die unterschiedliche Bewertung scheint die Reaktion des Händlers auf die Erläuterung des Herstellers zu sein. Richtigerweise kann aber die Frage, ob ein und dieselbe Äußerung des Herstellers als zulässige einseitige Empfehlung oder als „angetragene vertikale Preisbindung“ gewertet wird, nur an den konkreten Merkmalen dieser Herstelleräußerung festgemacht, nicht aber daran, ob/wie der Händler darauf reagiert. Diese Unstimmigkeit klingt auch darin an, dass laut Bewertung „der Händler“ den Bereich des eindeutig zulässigen Verhaltens angeblich verlässt – dem Hersteller will das Fallbeispiel also offenbar keinen Vorwurf machen.

Randnummer	Originaltext (Kommentar in der rechten Spalte bezieht sich auf die <u>unterstrichene</u> Passage)	Kommentar
60	<p>Hier ist für den Händler klar, dass es um verbindliche Aussagen zum LVP geht, die der Hersteller für eine marktweite Koordinierung verwenden möchte. Trifft der Händler hier die Aussage, den LVP in Höhe der Preisempfehlung zu setzen, ist dies als Zusage und damit als Zustimmung zu einer Vereinbarung über den LVP zu werten; ein etwaiger innerer Vorbehalt des Händlers, doch einen niedrigeren Preis zu setzen, wäre unerheblich. <u>Die weitere Verwendung der Zusage von X als Argument gegenüber anderen Handelsunternehmen durch den Hersteller liegt so nahe, dass X nicht darauf vertrauen kann, der Hersteller werde die Zusage für sich behalten.</u> Die Vertikalvereinbarung weist damit einen starken Bezug zu einer horizontalen Koordinierung der Händler durch den Hersteller auf, an der X durch seine Zusage mitwirkt.</p>	<p>- Aus Sicht von CMS ist die pauschale Annahme, der Hersteller werde die Zusage von X auch gegenüber anderen Handelsunternehmen verwenden, so nicht zutreffend. Dies dürfte vielmehr von den konkreten Umständen des Einzelfalls, den Marktumständen, der Bedeutung des Handelsunternehmens etc. abhängen.</p>
64/65	<p>Ergänzung zum Ausgangsfall: <i>Einige Monate später beschwert Händler X sich bei Hersteller B über eine Aktion des Händlers Y, weil darin die Preisempfehlung des B unterschritten wird, und fordert den B auf, mitzuteilen, was dieser zu tun gedenke.</i></p> <p>Die Beschwerde des X ist als Aufforderung an B zu verstehen, dafür zu sorgen, dass auch Y die Preisdisziplin wahrt. Sie lässt darauf schließen, dass X die UVP als verbindlich erachtet und die von ihm vorgenommene LVP-Anhebung eine Zustimmung zu der Preisbindungsvereinbarung darstellte. Die Bewertung des Verhaltens des X im Zusammenhang mit der von ihm vorgenommenen Anhebung der LVP wird somit bestätigt.</p>	<p>- Aus Sicht von CMS kann aus dem beschriebenen Sachverhalt kein Verstoß hergeleitet werden. Es sind auch andere Deutungsweisen möglich. So wäre zum Beispiel vorstellbar, dass der Hersteller auf die Anfrage feststellt, dass die bisherige UVP sich als nicht marktgerecht erwiesen hat und die UVP überarbeitet. Jedenfalls liegt in der Ergänzung zum Ausgangsfall in der bloßen Frage des Händlers gegenüber dem Hersteller keine zweiseitige Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise, die einen Kartellverstoß darstellen würde. CMS regt an, dies klarzustellen.</p>

Rand- nummer	Originaltext (Kommentar in der rechten Spalte bezieht sich auf die <u>unterstrichene</u> Passage)	Kommentar
66	<p>Drohungen für den Fall der Nichtbeachtung stehen der Unverbindlichkeit der Preisempfehlung im Übrigen auch dann entgegen, wenn sie subtil zum Ausdruck gebracht werden. Hier ist die Sichtweise eines verständigen Empfängers der Erklärungen des Lieferanten maßgeblich. Zu berücksichtigen sind dabei die Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Machtverhältnisse zwischen dem Lieferanten und dem Händler und in der Vergangenheit gezeigte Verhaltensmuster, die den Verständnishintergrund des Händlers bilden. Es ist zum Beispiel nicht zu beanstanden, wenn ein wenig bedeutender, für den Händler ohne weiteres ersetzbarer Lieferant einen nachfragemächtigen Händler im Jahresgespräch und sodann nochmals unterjährig auf die UVP hinweist. Denn in einer solchen Konstellation werden aus der Perspektive des Händlers regelmäßig keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Hersteller aus einer Nichtbeachtung der Preisempfehlung negative Konsequenzen ziehen wird. Ist der Lieferant allerdings für den Absatzerfolg des Händlers bedeutend, z.B. weil er mit seinem Sortiment zu den führenden Anbietern in der jeweiligen Produktgruppe gehört, und steht, etwa <u>wegen Lieferverweigerungen in der Vergangenheit</u>, zu befürchten, dass der Hersteller wieder zu diesem Mittel greifen wird, so kann bereits ein einmaliges Ansprechen des Händlers auf einen Niedrigpreis als nach deutschem Recht (§ 21 Abs. 2 GWB) verbotene Drohung und unzulässige Druckausübung aufzufassen sein.</p>	<p>- Liefersperrern können aus verschiedenen Gründen rechtmäßig verhängt werden. Um die vom Bundeskartellamt befürchtete Drohwirkung zu entfalten, müssten die Lieferverweigerungen in der Vergangenheit tatsächlich auch bekanntermaßen aus Gründen des Preisverhaltens verhängt worden sein.</p> <p>CMS regt daher an, klarzustellen, dass nur im Preisverhalten des Händlers motivierte Lieferverweigerungen Anlass für die Befürchtung weiterer solcher Lieferverweigerungen geben.</p>

Rand- nummer	Originaltext (Kommentar in der rechten Spalte bezieht sich auf die <u>unterstrichene</u> Passage)	Kommentar
67/68	<p>Abwandlung des Ausgangsfalles: <i>Hersteller B droht dem Händler X nicht, lässt in den Gesprächen aber durchblicken, dass dessen wesentliche Wettbewerber Y und Z bereits zugesagt haben, zum neuen Quartal die LVP in Höhe der neuen UVP anzuheben. X gibt an, dass er sich „der Marktentwicklung anpassen“ werde.</i></p> <p>Auch in diesem Fall wird die Entscheidung des Händlers wettbewerbswidrig beeinflusst, denn durch die Informationen des B über die Haltung der Wettbewerber Y und Z wird dem X die Unsicherheit über die Preisgestaltung dieser konkurrierenden Händler zumindest teilweise genommen. <u>In diesem Zusammenhang ist die Rückmeldung des X an B als Zusage dahin zu verstehen, dass er ebenfalls den LVP auf die neue UVP anheben wird, sofern auch Y und Z dies tun.</u> Hierin liegt nach deutschem und europäischem Recht eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung (§ 1 GWB; Artikel 101 Abs. 1 AEUV).</p>	<p>- Aus Sicht von CMS kann die Äußerung eines Händlers, sich „der Marktentwicklung“ anzupassen, nicht als Preiszusage gewertet werden. In Wirklichkeit sollte dies die idealtypisch zulässige Antwort sein, denn der Händler bindet sich an keinerlei Preisvorgaben, sondern bringt zum Ausdruck, er werde sein Preisverhalten den Marktentwicklungen anpassen. CMS hält es für bedenklich, in der eigentlich selbstverständlichen Aussage eines Händlers, sich den Wettbewerbsverhältnissen anzupassen, ein Indiz für kartellrechtswidriges Verhalten zu sehen.</p>

Randnummer	Originaltext (Kommentar in der rechten Spalte bezieht sich auf die <u>unterstrichene</u> Passage)	Kommentar
74	<p>Die Nennung eines mit der Preisempfehlung übereinstimmenden Aktions-LVP im Zusammenhang mit der Warenorder kann in Anbetracht dieser Erfahrungen den Verdacht nahelegen, dass es sich tatsächlich um eine Zusage handelt, die Preisempfehlung zu befolgen. Dies gilt insbesondere dann, wenn davon auszugehen ist, dass der Händler in der Lage ist, die Mengeneffekte des geplanten Aktions-LVP selbst abzuschätzen. Angesichts der genauen Aktionsanalysen, die in den Handelsunternehmen vorgenommen werden, und der großen Erfahrung des Handels mit Aktionspreisen <u>dürfte dies regelmäßig der Fall sein (1).</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Händler sollten deshalb nach Möglichkeit davon absehen, dem Hersteller vorab den geplanten Aktionspreis zu nennen, um von vornherein der Gefahr vorzubeugen, dass eine geplante Unterschreitung der <u>Aktions-UVP (2)</u> vom Hersteller zum Anlass für Interventionen mit dem Ziel genommen wird, den LVP noch „zu drehen“ oder dass – sofern derartige Preispflegemaßnahmen des Herstellers bekannt sind – ein mitgeteilter geplanter Aktionspreis in Höhe der Aktions-UVP als Zusage zur Einhaltung des Mindestpreises verstanden werden kann. - Sofern Händler gleichwohl die Einschätzung des Herstellers zu den Mengeneffekten eines Aktions-LVP wünschen, erscheint es ratsam, die empfohlenen Ordermengen für mehrere alternative LVP abzufragen, um dem Anschein entgegenzuwirken, ein bestimmter Aktionspreis werde zugesagt. - Hersteller sollten insbesondere nicht die Händler zur Vorab-Information über Aktionspreise verpflichten, da dies den Verdacht einer geplanten Einflussnahme auf den LVP begründet und entsprechende Angaben des Händlers kaum als unverbindlich angesehen werden können. 	<ul style="list-style-type: none"> - (1) Trotz des moderat formulierten Einleitungssatzes begründet das Hinweispapier hier einen Generalverdacht („regelmäßig“) der Preisabstimmung, wenn Händler Herstellern den geplanten Aktions-LVP mitteilen. Dieser Generalverdacht ist aus Sicht von CMS nicht angemessen. Rechtlich ist in der bloß einseitigen Mitteilung eines autonom festgelegten, geplanten Aktionspreises durch den Händler gerade noch keine Vereinbarung zu sehen. Vielmehr müssten – wie auch in den Beispielen in Randnummer 73 des Hinweispapiers – weitere Umstände vorliegen, die auf einen übereinstimmenden Willen zur Preisabstimmung schließen lassen. CMS regt an, dies klarzustellen. - (2) Dem Beispielsfall ist zu entnehmen, dass die bloße Tatsache, dass der Hersteller neben einer allgemeinen UVP auch eine Aktions-UVP ausspricht, für sich genommen kartellrechtlich nicht bedenklich ist. CMS begrüßt dies, denn nach Auffassung von CMS ist maßgeblich für die Frage der Zulässigkeit von Preisempfehlungen nur deren Unverbindlichkeit. Solange die Empfehlungen unverbindlich bleiben, darf ein Hersteller auch verschiedene parallele UVPs für verschiedene Vermarktungsszenarien aussprechen.

Rand- nummer	Originaltext (Kommentar in der rechten Spalte bezieht sich auf die <u>unterstrichene</u> Passage)	Kommentar
78	<p>Zum einen könnte die Abgabe einer <u>Spannengarantie (1)</u> durch den Hersteller als Zusicherung dafür gewertet werden, dass der übrige Handel bei der Preissetzung gemäß der UVP „mitzieht“. <u>Denn bei vernünftiger Auslegung aus der Perspektive des Händlers wird sich der Hersteller ansonsten nicht auf eine für ihn wirtschaftlich potentiell nachteilige Garantie einlassen, die ihm das Risiko des Preissetzungsverhaltens des Händlers aufbürdet (2)</u>. Zum anderen kann das Stellen einer Ausgleichsforderung durch den Händler unter Hinweis auf die Preisgestaltung seiner Wettbewerber auch als <u>Druckausübung auf den Hersteller mit dem Ziel gewertet werden, diesen zur Etablierung oder Aufrechterhaltung von Preisbindungen bei anderen Händlern zu veranlassen (3)</u>.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - (1) In der Praxis kommt es zu vielfältigen Verhaltensweisen, die sämtlich als "Spannengarantie" bezeichnet werden. Spannengarantien stehen insbesondere nicht immer unter der Bedingung der Einhaltung der UVP. Vorrangig auf diese Situation scheinen aber die im Hinweispapier geäußerten Vermutungen über zu erwartendes Verhalten abzustellen. CMS regt an, im Hinweispapier klarer festzuhalten, was unter "Spannengarantie" konkret zu verstehen ist. - (2) Aus Sicht von CMS ist diese Sichtweise verengt, da sie suggeriert, einziger Grund für eine Spannengarantie könne die Beschränkung des Preiswettbewerbs zwischen den Produkten eines Herstellers sein (intra-brand Wettbewerb). Tatsächlich können Spannengarantien auch Ergebnis des Machtgefälles zwischen Hersteller und Händler im Markt oder darin begründet sein, dass der Hersteller von der Marktfähigkeit seiner UVP überzeugt ist. Allgemein können Spannengarantien ein Mittel für den Hersteller sein, den Vertrieb seines Produktes für den Handel gegenüber konkurrierenden Produkten attraktiver zu machen (inter-brand Wettbewerb). - (3) Diese Annahme scheint CMS fernliegend. Nach Erfahrung von CMS wollen Händler mit Spannengarantien ihre Spannen sichern. Eine Druckausübung, der Hersteller möge andere Händler zu Preiszusagen bewegen, ist damit in aller Regel nicht verbunden.

Rand- nummer	Originaltext (Kommentar in der rechten Spalte bezieht sich auf die <u>unterstrichene</u> Passage)	Kommentar
79/80	<p>Beispiel 1: Hersteller A möchte gegenüber Händler X einen Einkaufspreis von 0,60 € durchsetzen. Der bisherige Einkaufspreis des Händlers X lag bei 0,55 €. Die neue UVP für das Produkt lautet 0,99 € inkl. 7 % MwSt, eine Steigerung um 0,10 € gegenüber der bisherigen UVP. X ist skeptisch, ob der Verbraucher diese Preiserhöhung akzeptieren wird. A sichert ihm daraufhin zu, für den Fall, dass ein LVP von 0,99 € (netto 0,9252 €) sich als „nicht realisierbar“ erweisen sollte, für eine Spanne von 0,3252 € pro Stück zu garantieren und etwaige Differenzen durch einen Nachlass auf den Einkaufspreis zu berücksichtigen.</p> <p><u>Händler X dürfte die Formulierung „nicht realisierbar“ dahingehend verstehen, dass damit eine Unterschreitung der UVP durch andere Händler gemeint ist. X wird aus der Risikoübernahme seitens A folgern, diesem sei in den Gesprächen mit den übrigen Handelsunternehmen signalisiert worden, dass diese ebenfalls die UVP umsetzen werden.</u></p>	<p>- Aus Sicht von CMS ist diese Sichtweise verengt und beschränkt den Blick von A und X realitätsfern auf den intra-brand Wettbewerb. Ob die neue UVP im Markt „realisierbar“ ist, ist vor allem eine Frage des inter-brand Wettbewerbs – jedenfalls, solange das betreffende Produkt hinreichendem Wettbewerb ausgesetzt ist. Insoweit kann die Spannengarantie ein geeignetes Mittel sein, den skeptischen Händler zur Abnahme des Produkts auch zum erhöhten Einkaufspreis zu bewegen. Eine verbotene Anreizgewährung oder Preisbindung ist damit nicht verbunden.</p>

Rand- nummer	Originaltext (Kommentar in der rechten Spalte bezieht sich auf die <u>unterstrichene</u> Passage)	Kommentar
88	<p>Dieser Beweggrund ist so lange kartellrechtlich unerheblich, wie er eine autonome interne Entscheidung des Herstellers bleibt. Macht der Hersteller hingegen deutlich, dass er sich wegen der Preisgestaltung des Händlers für einen Abbruch der Geschäftsbeziehung entschieden habe, so kann dies als Druckausübung und Beeinflussung der LVP des Händlers zu werten sein, die bereits für sich genommen nach deutschem Recht (§ 21 Abs. 2 GWB) verboten ist. <u>Denn grundsätzlich wird davon auszugehen sein, dass der Hersteller bei Veränderung des Preissetzungsverhaltens des Händlers durchaus bereit ist, ihn wieder zu beliefern. Die Bezugnahme des Herstellers auf die Preispolitik des Händlers wird daher nicht als abschließende, unabänderliche Weigerung zu verstehen sein, den Händler zu beliefern, sondern als Aufforderung an ihn, durch eine Änderung seiner Preissetzungspolitik die Voraussetzungen für eine Wiederbelieferung zu schaffen. ...</u></p>	<p>- Nach Erfahrung von CMS trifft es nicht zu, dass Hersteller bei Abbruch einer Lieferbeziehung zu einem preisaggressiven Händler grundsätzlich dazu bereit seien, diesen Händler bei Änderung des Preissetzungsverhaltens wieder zu beliefern. Einen Erfahrungssatz, der die Mutmaßung rechtfertigt, von einem solchen Herstellerwillen sei "grundsätzlich" auszugehen, gibt es nicht.</p> <p>Aus Sicht von CMS muss zwischen der Androhung oder Verhängung eines vorübergehenden Lieferstopps und dem echten Abbruch von Geschäftsbeziehungen klar getrennt werden. Bei einem Abbruch von Geschäftsbeziehungen ist nach Erfahrung von CMS die Geschäftsbeziehung auch aus anderen Gründen zerrüttet und es kommt eine sofortige Weiterbelieferung für den Hersteller in aller Regel ungeachtet des Preissetzungsverhaltens des Händlers nicht in Betracht.</p>

Rand- nummer	Originaltext (Kommentar in der rechten Spalte bezieht sich auf die <u>unterstrichene</u> Passage)	Kommentar
89	<p>[Eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung liegt auch dann vor], wenn der Hersteller seine Unzufriedenheit mit den LVP des Händlers nicht offen kommuniziert, sondern, etwa auf Nachfragen des Händlers hin, entsprechende Andeutungen macht oder durch allgemeine Ankündigungen seine diesbezügliche Vertriebspolitik offenbart. <u>Gerade bei Beendigung einer bestehenden Vertragsbeziehung erscheint es nur schwer vorstellbar, dass der Hersteller seine Beweggründe dem Händler gegenüber vollständig geheim hält.</u></p>	<p>CMS regt an, hier genauer zu differenzieren. CMS begrüßt die Klarstellung in Randnummer 86 des Hinweispapiers, dass vorbehaltlich der §§ 19, 20 GWB der Abbruch von Lieferbeziehungen zulässig ist, und zwar auch dann, wenn er durch das Preisverhalten des Händlers motiviert ist. Zu Unrecht scheint Randnummer 89 dies wieder in Frage zu stellen. Richtigerweise darf ein Hersteller im Falle eines endgültigen Abbruchs der Lieferbeziehung dem Händler auch die Gründe für diesen Abbruch, etwa das Preisverhalten des Händlers, mitteilen. Lediglich dann, wenn er die Wiederaufnahme der Lieferbeziehung bei wunschgemäßem Preisverhalten in Aussicht stellt, ließe sich das Verhalten unter § 21 Abs. 2 GWB oder ggf. § 1 GWB / Art. 101 Abs. 1 AEUV subsummieren. Es kann aber gerade nicht unterstellt werden, dass in einem Lieferstopp auch immer das Angebot der Weiterbelieferung bei UVP-Einhaltung enthalten ist (siehe auch oben zu Randnummer 88).</p>

Rand- nummer	Originaltext (Kommentar in der rechten Spalte bezieht sich auf die <u>unterstrichene</u> Passage)	Kommentar
97	<p>Für Absatzdaten der Vergangenheit ist von Bedeutung, ob diese lediglich den eingangs angeführten legitimen Zwecken dienen oder ob stattdessen oder daneben die Lieferung der Absatzdaten Bestandteil eines Systems der Kontrolle der LVP des Händlers ist, mittels dessen die Einhaltung einer vertikalen Preisbindung überwacht wird. Für eine Einstufung der Datenlieferung als Instrument einer solchen Preisüberwachung wird es u.a. auf die Aktualität der gelieferten Daten ankommen. Denn regelmäßig wird allein die Lieferung aktueller Daten die effektive Durchsetzung einer Preisbindung ermöglichen bzw. erleichtern. Auch die Lieferung aktueller Daten kann allerdings <u>nur ein erstes Indiz für das Vorliegen einer Preisbindung sein</u>. Für die Feststellung, dass Hersteller und Händler tatsächlich eine Preisbindung vereinbart haben, bedarf es weiterer Anhaltspunkte.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - CMS begrüßt die Klarstellung, dass der Austausch aktueller oder historischer Absatzdaten zwischen Hersteller und Lieferant grundsätzlich zulässig ist. Hersteller haben zahlreiche berechnigte Interessen daran, Einblick in die Vermarktung ihrer Produkte zu erhalten. - CMS hält es daher nicht für angemessen, in der Lieferung von Absatzdaten an sich überhaupt ein Indiz für das Vorliegen einer Preisbindung zu sehen. Vielmehr sollte nach Auffassung von CMS klargestellt werden, dass reines Monitoring von Absatzdaten zulässig ist. Auch die Aktualität der gelieferten Daten sollte keine Indizwirkung für eine Preisüberwachung entfalten. Vielmehr müssen weitere Umstände vorhanden sein, die auf einen übereinstimmenden Willen zur Preisabstimmung schließen lassen. CMS regt an, dies klarzustellen.

Rand- nummer	Originaltext (Kommentar in der rechten Spalte bezieht sich auf die <u>unterstrichene</u> Passage)	Kommentar
101	<p><u>In der Abwandlung ist der Zeitraum zwischen Datenübermittlung und Verkaufsvorgang sehr kurz. Er erlaubt rasche Reaktionen und Interventionen des Herstellers, wozu es hier auch gekommen ist (1).</u> Die prompte Reaktion des A durch den Kundenbetreuer, insbesondere auch die Bezugnahme auf die geplante Preiserhöhung und die Sichtweise anderer Händler, lassen erkennen, dass A die Preisdaten als Koordinierungs- und Kontrollinstrument bezüglich der LVP einsetzt. Dass X auch nach dieser Reaktion unverändert mit der Datenlieferung fortfährt und dabei nunmehr flächendeckend die Einhaltung der Preisempfehlung des A dokumentiert, lässt sich als Zusage verstehen, die Preisempfehlung künftig zu befolgen. Hierin liegt dann eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung nach deutschem und europäischem Recht (§ 1 GWB; Artikel 101 Abs. 1 AEUV). <u>Diesem Eindruck hätte X entgegenwirken können, z.B. indem er sich gegen die Intervention verwehrt, eine Klarstellung seitens der Vertriebs- oder Geschäftsleitung des A sowie eine deutliche Verlängerung des Abstandes zwischen Verkaufsperiode und Datenübermittlung verlangt (2).</u></p>	<ul style="list-style-type: none"> - (1) Maßgeblich für das Vorliegen eines Kartellverstoßes ist aus Sicht von CMS nur, dass es zu einer erfolgreichen Intervention des Herstellers auf den Händlerpreis kam, nicht aber der Zeitraum zwischen Datenübermittlung und Verkaufsvorgang. Kommt es zu keiner Intervention, ist dieser Zeitraum rechtlich völlig irrelevant. - (2) Soweit sich X gegen die Intervention verwehrt und ggf. sogar eine diesbezügliche Klarstellung seitens der Vertriebs- oder Geschäftsleitung des A verlangt, ist nicht ersichtlich, warum zugleich X auch eine Verlängerung des Abstandes der Meldeperiode verlangen muss. Wie bereits dargelegt, können Hersteller zahlreiche berechnete Interessen an den Absatzdaten ihrer Produkte haben. Wird die Datenmeldung – entsprechend der Weigerung des Händlers – nicht zur Beeinflussung des Händlerverhaltens genutzt, besteht kein Grund, auf einen langen Meldezeitraum zu bestehen.

* * *