

# STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

## RUNDSCHREIBEN 04/2010

An die  
Damen und Herren Mitglieder  
der Studienvereinigung Kartellrecht

---

Feldmühleplatz 1  
D - 40545 Düsseldorf  
Postfach 10 17 43  
D - 40008 Düsseldorf  
www.studienvereinigung-  
kartellrecht.de

**Büroanschrift des Vorsitzenden:**  
Place du Champ de Mars 5  
Bastion Tower  
B - 1050 Brüssel  
Tel: +32 2 504 7021  
Fax: +32 2 504 7500  
frank.montag@studienvereinigung-  
kartellrecht.de  
BRU2220584

**19. Mai 2010**

### **Mitgliederversammlung und Arbeitssitzung am 17. Juni 2010 in Baden Baden**

Liebe Kolleginnen und Kollegen,

nachstehend möchte ich Ihnen das endgültige Programm für unsere Mitgliederversammlung und Arbeitssitzung am 17. Juni in Baden-Baden mitteilen.

#### **16. Juni, 18:00 Uhr, Empfang**

Am Vorabend der Tagung findet ab 18:00 Uhr der traditionelle Empfang im Spiegelsaal des Kulturhauses (das zum Brenner's Parkhotel gehört), Lichtentaler Allee 8 statt.

#### **17. Juni, 09:00 Uhr, Mitgliederversammlung**

Die Mitgliederversammlung beginnt wie üblich um 09:00 Uhr. Folgende Tagesordnung ist vorgesehen:

- 1) Bericht des Vorsitzenden über die Tätigkeit der Studienvereinigung seit der letzten Mitgliederversammlung im April 2008
- 2) Berichte der Vorsitzenden der Landesarbeitsgruppen Österreich und Schweiz über die Tätigkeit der Landesarbeitsgruppen
- 3) Bericht des Schatzmeisters

**VORSTAND:** Dr. Frank Montag (Vorsitz) – Prof. Dr. Albrecht Bach - Dr. Ingo Brinker - Dr. Wolfgang Deselaers - Dr. Franz Hoffet - Prof. Dr. Dirk Schroeder - Dr. Christoph Stadler - Prof. Dr. Gerhard Wiedemann - Dr. Hanno Wollmann  
Ehrenvorsitzende: Dr. Cornelis Canenbley - Alfred-Carl Gaedertz  
Ehrenmitglieder: Oliver Axster † - Prof. Dr. Rainer Bechtold - Jochen Burrichter - Dr. Otfried Lieberknecht

- 4) Bericht des Kassenprüfers
- 5) Aussprache
- 6) Entlastung der Vorstandsmitglieder
- 7) Wahl des Vorstands und Bestätigung der Vorsitzenden der Landesarbeitsgruppen als Mitglieder des Vorstands

Die Mitglieder der Landesarbeitsgruppen Österreich und Schweiz haben ihre jeweiligen Vorsitzenden inzwischen gewählt, d.h. Frau Mag. Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber in Österreich und Herr Dr. Franz Hoffet in der Schweiz, die der Bestätigung durch die Mitgliederversammlung bedürfen.

- 8) Wahl der Kassenprüfer
- 9) Sonstiges

### **17. Juni, 10:00 Uhr, Arbeitssitzung**

Unmittelbar nach der Mitgliederversammlung (vermutlich ab ca. 10:00 Uhr) findet unsere Arbeitssitzung mit folgenden Vorträgen statt:

- 1) *Rechtsprobleme von sog. „E-Searches“*  
*Referent: Rechtsanwalt Christian Krohs, Köln*

Dieser Vortrag wird der Frage nachgehen, welchen rechtlichen Schranken die Unternehmen und ihre Berater im Rahmen der elektronischen Auswertung von internen Dokumenten, Unterlagen und elektronischen Daten im Rahmen von Kartellermittlungsverfahren bzw. zur Vorbereitung von Kronzeugenanträgen nach nationalem und europäischem Recht unterworfen sind.

- 2) *Zwei Seiten derselben Medaille?*  
*Das Verhältnis von Kartellrecht und Lauterkeitsrecht.*  
*Referent: Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Joachim Bornkamm*

Zwischen Kartell- und Lauterkeitsrecht gibt es vielfältige Berührungspunkte: Bedarf es lauterkeitsrechtlicher Ansprüche, um die Wettbewerbsregeln des Vertrages (Art. 101 ff. AEUV) effizient durchzusetzen? In welchem Verhältnis stehen das kartellrechtliche und das lauterkeitsrechtliche Behinderungsverbot? Was ist kartell- und lauterkeitsrechtlich von Wettbewerbsregeln (§§ 24 ff. GWB) oder Verhaltenskodizes (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 UWG) zu halten, mit denen sich die Wettbewerber in einer Branche Wohlverhalten versprechen? Diese Fragen wird der Referent, ein langjähriges Mitglied

des Kartellsenats, im Lichte der europarechtlichen Vorgaben in seinem Vortrag beleuchten.

3) *Preisbindung und Preisempfehlung – kartellrechtliche Grenzen*  
*Referentin: Direktorin beim Bundeskartellamt Birgit Krueger*

Das Bundeskartellamt hat in den vergangenen Monaten Durchsuchungen durchgeführt, die insbesondere den Einzelhandel und die Hersteller von Lebensmitteln und anderen Verbrauchsgütern betrafen. Dem vorausgegangen sind Bußgeldentscheidungen in Sachen Ciba Vision und Phonak, die beide Themen der vertikalen Preisbindung zum Gegenstand hatten. Das in diesem Zusammenhang vom Bundeskartellamt in anonymisierter Form an Verbände versandte und auf unserer Regionalsitzung in Brüssel verteilte Schreiben des Vorsitzenden der 11. Beschlussabteilung füge ich in der Anlage zur Information bei. Die 2. Beschlussabteilung ist ebenfalls maßgeblich in die Verfahren zum Themenbereich vertikale Preisbindung und Preisempfehlung involviert. Darüber wird die Referentin berichten.

Für diejenigen die sich bisher noch nicht zur Tagung angemeldet haben, ist das Anmeldeformular diesem Rundschreiben nochmals beigelegt. Bitte melden Sie sich bis spätestens zum

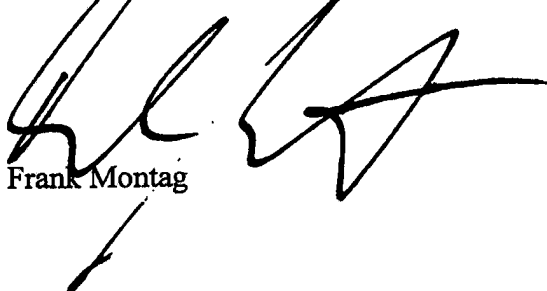
**10. Juni 2010**

zur Tagung an. Bitte beachten Sie, dass der Veranstaltungsraum in Brenner's Parkhotel nur eine begrenzte Teilnehmerzahl zulässt. Bitte melden Sie sich daher nur dann an, wenn Sie absehen können, dass Sie tatsächlich an der Tagung teilnehmen können, und sagen Sie bitte im Verhinderungsfall rechtzeitig wieder ab, auch um unnötige Kosten zu vermeiden.

Ich freue mich darauf, Sie in Baden-Baden zu sehen.

Mit den besten Grüßen

Ihr



Frank Montag



Bundeskartellamt

Bike  
Scannen  
"FCO or RPA"

Bundeskartellamt • Kaiser-Friedrich-Str. 16 • 53113 Bonn

**11. Beschlussabteilung  
Der Vorsitzende**

Telefon: 0228 9499-596

Telefax: 0228 9499-400

E-Mail: [markus.wagemann@bundeskartellamt.bund.de](mailto:markus.wagemann@bundeskartellamt.bund.de)

Über E-Mail sind nur informelle Kontakte möglich. Hinweise zur elektronischen Kommunikation mit dem BKartA finden Sie unter [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).

Aktenzeichen: B 11 - 13, 16 u. 19/09, 12/10

Vorab per Fax:

13. April 2010

**Betr.: Ordnungswidrigkeitenverfahren wegen des Verdachts vertikaler Preisbindung zwischen Markenartikelherstellern von Süßwaren, Tiernahrung und Kaffee und Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels sowie wegen des Verdachts der mittelbaren Abstimmung von Endverbraucherpreisen zwischen Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels;**

**hier: Vorläufige Bewertung von Verhaltensweisen in Verhandlungen zwischen Herstellern von Markenartikeln, Großhändlern und Einzelhandelsunternehmen zum Zwecke der Konkretisierung der Kooperationspflichten**

Sehr geehrte

I.

Im Januar 2010 wurden in den oben genannten Verfahren der 11. Beschlussabteilung Durchsuchungen bei Einzelhandelsunternehmen und bei Herstellern von Markenartikeln durchgeführt. Es besteht der Verdacht vertikal abgestimmter Endverbraucherpreise und der Festlegung von Untergrenzen für Endverbraucherpreise in den Bereichen Süßwaren, Tiernahrung und Kaffee sowie der Verdacht einer mittelbaren Abstimmung von Endverbraucherpreisen zwischen Unternehmen des Einzelhandels in den genannten Produktbereichen (§ 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV, vormals Art. 81 Abs. 1 EG). Darüber hinaus prüft die Beschlussabteilung den Verdacht von Verstößen gegen § 21 Abs. 2 GWB.

Das von Ihnen vertretene Unternehmen sowie andere Hersteller- bzw. Handelsunternehmen, die mit der 11. Beschlussabteilung im Rahmen des o.g. Verfahrens kooperieren, haben eine Reihe von Klauseln und Praktiken mitgeteilt, die in Vertragsverhandlungen bzw. bestehenden Vertragsbeziehungen angewandt wurden und noch werden. Sie haben um eine rechtliche Einschätzung gebeten, die für die Einhaltung

der uneingeschränkten und ununterbrochenen Kooperation in den anhängigen Verfahren von wesentlicher Bedeutung ist<sup>1</sup>.

Die 11. Beschlussabteilung hat die vorgetragenen Klauseln und Verhaltensweisen geprüft und vorläufig kartellrechtlich bewertet. Die Anforderungen an Ihre Kooperation im vorliegenden Verfahren sind in der nachfolgend unter III. enthaltenen Liste zusammengefasst<sup>2</sup>. Die Bewertung erfolgte in enger Abstimmung mit der für die Konsumgüterindustrie und den Groß- und Einzelhandel zuständigen 2. Beschlussabteilung. Die Liste bezieht sich ausschließlich auf Sachverhalte der hier bekannt gewordenen Art. Sie ist nicht ohne weitere Prüfung auf andere Verfahren und Branchen übertragbar.

Mit dem vorliegenden Schreiben ist im Übrigen keine Aussage darüber verbunden, ob oder wann bestimmte Praktiken gegen die Bestimmungen der §§ 19, 20 Abs. 3 oder 20 Abs. 4 GWB verstoßen.

Im einzelnen enthält die Liste zum einen Praktiken, die nach vorläufiger Bewertung der 11. und der 2. Beschlussabteilung kartellrechtlich in der Regel unzulässig sind, weil sie für sich genommen die Vereinbarung oder Abstimmung von Wiederverkaufspreisen oder (Aktions-) Preisuntergrenzen gemäß § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. eine einseitige Druckausübung oder Vorteilsgewährung zur Veranlassung zu einer entsprechenden Vereinbarung oder Abstimmung i.S.d. § 21 Abs. 2 GWB darstellen. Daher sollten Sie deren Praktizierung im Rahmen Ihrer Kooperationspflichten unterlassen.

Zum anderen enthält die Liste Praktiken, die - für sich genommen - nicht ausreichen mögen, eine Preisbindung oder horizontale Abstimmungen herbeizuführen. Gleiches gilt für Praktiken, die für sich genommen nicht als einseitige Druckausübung oder Vorteilsgewährung bewertet werden können. Allerdings können sie Indizien sein und in einem Gesamtkontext bzw. in Verbindung mit unzulässigen Praktiken als

---

<sup>1</sup> Siehe Ziff. 6ff. (Kooperationspflichten) der Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen (Bonusregelung) vom 7. März 2006.

<sup>2</sup> Die Beispielsliste gilt sowohl für das Verhältnis Hersteller – Einzelhandel und Hersteller – Großhandel (einschl. Cash&Carry) als auch für das Verhältnis Großhandel – Einzelhandel. Sie erfasst dabei nur Lieferanten, von denen Produkte bezogen werden, um sie auf eigenes Risiko weiterzuveräußern. Werden die Produkte hingegen auf Risiko des Lieferanten weiterveräußert, fungiert der Händler nicht als selbstständiger Händler, sondern als Handelsvertreter.

Im Folgenden wird der Begriff des Lieferanten im Sinne eines „Warenlieferanten“ verwendet. Dies können sowohl Hersteller als auch Großhändler in ihrer Funktion als Warenlieferant von Einzelhändlern sein.

Maßnahmen zur Preisstabilisierung gewertet werden, die in der Gesamtbetrachtung unter das Verbot der vertikalen Preisbindung oder ggf. einer mittelbaren Preisabsprache zwischen Handelsunternehmen oder der unzulässigen Druckausübung bzw. Vorteilsgewährung fallen. Insoweit ist bei ihrer Praktizierung Vorsicht geboten, um die Pflicht zur Kooperation im laufenden Verfahren nicht zu verletzen.

## II.

Es gehört zu den zentralen Elementen von Preiswettbewerb im Handel mit Konsumgütern, dass die Unternehmen des Groß- und Einzelhandels ihre Preissetzung auf der Grundlage der verhandelten Herstellerabgabepreise und der eigenen Preispolitik selbst durchführen und das wirtschaftliche Risiko ihrer Preispolitik selbst tragen. Bei jeder Vereinbarung und abgestimmten Verhaltensweise zwischen Lieferanten und Einzel- bzw. Großhändlern oder zwischen Groß- bzw. Einzelhändlern in mündlicher oder schriftlicher Form zur Festsetzung von Wiederverkaufspreisen oder (Aktions-) Preisuntergrenzen handelt es sich um eine sog. Kernbeschränkung des Wettbewerbs. Damit besteht sowohl die Vermutung, dass § 1 GWB / Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt ist, als auch die Vermutung, dass eine Freistellung gemäß § 2 Abs. 1 GWB / Art. 101 Abs. 3 AEUV ausscheidet (vgl. auch Art. 4 lit. b der Vertikal-GVO). Bei den im vorliegenden Verfahren bekannt gewordenen Fallgestaltungen handelt es sich nach gegenwärtiger Einschätzung der Beschlussabteilung nicht um solche, in denen ausnahmsweise eine Freistellung gemäß § 2 Abs. 1 GWB / Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht kommen könnte.

Das bloße Überreichen einer Liste mit Empfehlungen für Wiederverkaufspreise durch einen Lieferanten an ein nachfragendes Handelsunternehmen ist kein Tatbestand, der eine vertikale Preisbindung bewirkt. Der Lieferant darf bei Übergabe dieser Liste auch die Gründe für die Preisempfehlungen erläutern und grundsätzlich erklären, welche Strategie er im Hinblick auf die Positionierung und Vermarktung seiner Produkte verfolgt. Die Empfehlung muss aber rechtlich und tatsächlich unverbindlich bleiben. Sie darf in der Folge durch Einzel- bzw. Großhandelsunternehmen nur dann umgesetzt werden, wenn die Unternehmen dies aus einer autonomen Entscheidung heraus tun<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Die Streichung des § 14 GWB in der Fassung v. 1.1.1999, BGBl. 1998 I, S. 2546ff., ändert daran insofern nichts, als dass jedenfalls Mindest- und Festpreisbindungen weiterhin von § 1 GWB (in der seit 1. Juli 2005 geltenden Fassung, BGBl. 2005 I S. 1954ff.) erfasst sind.

Eine Kontaktaufnahme zwischen Lieferant und Händler betreffend den Wiederverkaufspreis stellt aber grundsätzlich dann eine verbotene **Vereinbarung oder Verhaltensabstimmung** im Vertikalverhältnis im Sinne von § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV dar, wenn es zu einer **Vereinbarung** in der Weise kommt, dass sich der nachfragende Händler und sein Lieferant über die zukünftige Preisgestaltung des Händlers verständigen. Wenn darüber hinaus Handelsunternehmen sich eines Herstellers als Mittler bedienen, um untereinander eine Abstimmung herbeizuführen, kann dadurch mittelbar eine i.S.v. § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV **abgestimmte Verhaltensweise** im **Horizontalverhältnis** der **Handelsunternehmen** untereinander realisiert werden, ohne dass diese selbst miteinander Kontakt aufnehmen müssten.

Eine **abgestimmte Verhaltensweise** liegt in Abgrenzung zu einer vertraglichen Vereinbarung in jeder Form der Kommunikation, die zwar nicht zum Abschluss eines Vertrages im eigentlichen Sinne führt, die aber bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt. Diese praktische Zusammenarbeit schafft Wettbewerbsbedingungen, die den normalen Marktbedingungen nicht entsprechen. Die tatbestandlichen Kollusionsformen der Vereinbarung und des abgestimmten Verhaltens unterscheiden sich dabei nur hinsichtlich Intensität und Ausdrucksform – gemein ist ihnen, dass sie eine irgendwie geartete Form der Willensübereinstimmung voraussetzen.

Eine **nochmalige Kontaktaufnahme** nach Übersendung der Unverbindlichen Preisempfehlung (UVP) kann ausreichen, es den beteiligten Unternehmen zu ermöglichen, ihr Marktverhalten abzustimmen. Hier wäre im Einzelfall zu ermitteln, ob es **„Plusfaktoren“** gibt, die über die bloße (einmalige) Kontaktaufnahme hinaus als Indizien für eine vertikale Vereinbarung oder ein vertikal abgestimmtes Verhalten im Hinblick auf Wiederverkaufspreise zu bewerten sind.

Aber auch wenn es in dem Vertikalverhältnis nicht zu einer Vereinbarung oder Verhaltensabstimmung im Sinne von § 1 GWB oder Art. 101 AEUV gekommen ist, kann ein Kartellrechtsverstoß vorliegen. Denn der **einseitige Einsatz von Druck- und Lockmitteln** zur Durchsetzung vertikaler Preisbindungen - sei es durch den Lieferanten oder durch den Handel – kann gegen das Verbot des **§ 21 Abs. 2 GWB** verstoßen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Adressat zu einem Verhalten veranlasst werden soll, das, vertraglich vereinbart, gegen § 1 GWB verstoßen würde. Das Verbot der Druckausübung nach § 21 Abs. 2 GWB greift auch schon im Vorfeld einer echten Zwangslage, d.h. schon im Falle der Androhung eines ernstzunehmenden Übels oder eines Versprechens

von Vorteilen. Bereits ein geringfügiger Druck kann als Indiz für die Annahme eines Verstoßes ausreichen.

Die Verbotsnormen des § 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV oder des § 21 Abs. 2 GWB können durch eine Vielzahl von Praktiken erfüllt werden. Ob eine einseitige Druckausübung oder Vorteilsgewährung i.S.d. § 21 Abs. 2 GWB vorliegt oder die Tatbestände einer Vereinbarung oder eines abgestimmten Verhaltens i.S.d. § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt sind, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab.

Vor dem aufgezeigten Hintergrund dient die nachfolgende Liste dazu, Ihre Kooperationspflichten im laufenden Verfahren zu konkretisieren.

### III.

1. Als in der Regel unzulässig und nicht freistellbar erachtet die Beschlussabteilung im vorliegenden Verfahren die schriftliche oder mündliche Abstimmung bzw. Festsetzung (z.B. in Jahresvereinbarungen) von Wiederverkaufspreisen oder (Aktions-) Preisuntergrenzen.
  - a) Dies ist z.B. der Fall, wenn der **Wiederverkaufspreis durch Vertragsbestimmungen oder abgestimmte Verhaltensweisen festgesetzt** oder durch **einseitige Druck- und Lockmittel** durchgesetzt wird. Eine vertikale Preisbindung kann aber auch auf **indirektem Wege** erfolgen. Beispiele hierfür sind Abmachungen über Absatzspannen oder über Preisnachlässe, die auf ein vorgegebenes Preisniveau höchstens gewährt werden dürfen.<sup>4</sup>
  - b) Gleiches gilt für die **Unterstützung von Werbemaßnahmen** des Handels durch produktbezogene Vergütungen oder Pauschalrabatte seitens des Lieferanten, wenn hierbei von einem der beiden Vertragspartner **konkrete Aktionspreise** verlangt werden.
  - c) Gleiches gilt auch für Vereinbarungen oder Abstimmungen zwischen Herstellern und Handelsunternehmen über eine **Spannenneutralität** bzw.

---

<sup>4</sup> Vgl. auch Mitteilung der Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen (ABl. EU 2000 C 291/01), Rz 47.

**Verbesserung der Spannen bei Erhöhung der Herstellerabgabepreise mit gleichzeitiger Erhöhung der Wiederverkaufspreise (gleitende Preisbindung).<sup>5</sup>**

- d) Auch eine Benennung von **verbindlichen Wiederverkaufspreisen** oder **Wiederverkaufspreisuntergrenzen** durch den Lieferanten in **Bestellvordrucken, Ordervordrucken** oder sonstigen Dokumenten und deren unveränderte Verwendung durch das Handelsunternehmen im Zusammenhang mit Beschaffungsvorgängen fällt in diese Kategorie.

2. Das **Androhen von Nachteilen** bzw. **Versprechen** oder **Gewähren von Vorteilen** für die Nichteinhaltung bzw. Einhaltung und Umsetzung der UVP, eines sonstigen empfohlenen Wiederverkaufspreises oder von Preisuntergrenzen von Seiten der Lieferanten oder von Seiten der Handelsunternehmen ist unzulässig. Hierdurch verliert die Empfehlung ihre Unverbindlichkeit.

**Nachteile** zur Durchsetzung von unzulässigen Preisbindungen können beispielsweise Strafen (z.B. einseitige Kürzung von Rechnungen), Auslistungen, Konditionenverschlechterungen, Beendigung, Verzögerung, Aussetzung oder Beschränkung von Lieferungen, Streichung oder Verringerung von Aktionen/Platzierungen/Regalplatz, Vertriebsweegeinschränkungen sein.

**Vorteile** zur Durchsetzung von unzulässigen Preisbindungen können beispielsweise Marken- oder Preispflegerabatte, Aktionspreisunterstützungen, Rückvergütungen, Spannausgleichszahlungen/-forderungen oder die Gewährung sonstiger Vorteile durch einen Lieferanten für die Einhaltung einer Mindest-Händlermarge auf den Herstellerabgabepreis sein.

---

<sup>5</sup> Es gehört zu den zentralen Elementen von Preiswettbewerb in der Herstellung von und im Handel mit Konsumgütern, dass die Unternehmen des Groß- und Einzelhandels Margenberechnungen auf der Grundlage der verhandelten netto-netto-Preise und der eigenen Preispolitik selbst durchführen und das wirtschaftliche Risiko ihrer Preispolitik selbst tragen. Dabei können Handelsunternehmen auf Verkaufspreise von Wettbewerbern „einsteigen“, wenn sie dies aus autonomer Entscheidung und ohne direkten oder mittelbaren Kontakt und/oder Abstimmung mit den Wettbewerbern tun.

3. Nachfolgend werden Beispiele von in den Verfahren bekannt gewordenen Verhaltensweisen aufgelistet, deren Praktizierung ein **Risiko** birgt und die deshalb von den Unternehmen und ihren Anwälten **sorgfältig auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit hin geprüft werden sollten**, um die Kooperationspflichten im laufenden Verfahren nicht zu verletzen. Diese Verhaltensweisen stellen nach derzeitiger Auffassung der 11. und 2. Beschlussabteilung – **für sich genommen – keinen Verstoß** gegen § 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV oder § 21 Abs. 2 GWB dar. Sie können aber in einem entsprechenden Kontext ein Indiz für eine unzulässige Verhaltensweise bzw. deren Bestandteil sein. Jedenfalls zu unterlassen sind sie, wenn sie verbotene Maßnahmen **verstärken und unterstützen** oder deren Durchsetzung dienen. Gleiches gilt, wenn sie **in einer Bündelung auftreten**, die in der Gesamtschau eine Vereinbarung oder ein abgestimmtes Verhalten i.S.d. § 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV oder eine unzulässige Druckausübung oder Vorteilsgewährung i.S.d. § 21 Abs. 2 GWB darstellt<sup>6</sup>. Der Prüfmaßstab sollte dabei immer der Zweck oder die Wirkung der jeweiligen Maßnahme sein.

a) Die **Thematisierung des Wiederverkaufspreises** oder einer maximal möglichen **Unterschreitung einer UVP** oder eines sonstigen **empfohlenen Wiederverkaufspreises** oder **Aktionspreises**. Hierunter sind das Ansprechen oder die Abgabe von Hinweisen zu verstehen, soweit diese über die Erläuterung der Gründe für die erstmalige Übermittlung von unverbindlichen Preisempfehlungen und die grundsätzliche Erklärung der Strategie im Hinblick auf die Positionierung und Vermarktung der Produkte (s.o. unter II., 2. Absatz) hinausgehen<sup>7</sup>.

b) Die **Beteiligung oder Mitwirkung** von Handelsunternehmen an der systematischen **Beobachtung der Wiederverkaufspreise** durch Lieferanten oder an Maßnahmen, die als **Überwachung** verstanden werden könnten. Direkte oder indirekte Maßnahmen zur Preissetzung sind noch wirksamer, wenn sie mit Maßnahmen zur Preisüberwachung kombiniert werden, wie zum Beispiel dem Inaussichtstellen oder Gewähren von Nachteilen oder Vorteilen für die Übermittlung von produktbezogenen Mengen- und Umsatzdaten des Groß- oder Einzelhändlers an den Lieferanten (Preisüberwachungssystem).

---

<sup>6</sup> Die unter § 1 GWB oder Art. 101 Abs. 1 AEUV fallenden Verhaltensweisen sind dabei im Einzelfall noch auf ihre Freistellungsfähigkeit nach § 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV zu prüfen.

<sup>7</sup> Siehe dazu oben unter II. zur Prüfung eventuell vorliegender „Plusfaktoren“.

- c) Die Zusammenstellung/Erarbeitung oder das Einfordern von **Preisspiegeln** bzw. **Kassenbonsammlungen** oder sonstiger wettbewerblich sensibler Informationen zum Zwecke der Übermittlung an Unternehmen der Marktgegenseite<sup>8</sup>.
  - d) Die Bereitstellung von **Kalkulationshilfen** oder von **Anleitungen zur Verkaufspreisberechnung** durch Hersteller an Groß- oder Einzelhandelsunternehmen.
  - e) Im Rahmen einer Gesamtschau können auch **Aufdrucke der UVP** oder **Aufkleber mit der UVP** auf Produkten des Herstellers bzw. die Verwendung von Verkaufshilfen des Herstellers mit vorgefertigten Preisangaben oder UVP bedenklich sein.
  - f) **Aufdruck** von Wiederverkaufspreisen auf Packungen oder Materialien, die zum Ausweis des Preises im Geschäft bestimmt sind, oder deren Angabe in Werbemaßnahmen des Herstellers **ohne** den Hinweis „Unverbindliche Preisempfehlung“.
4. Vertikale Preisbindungen aufgrund von Verhaltensweisen, wie sie unter 1. – 3. aufgeführt sind, haben regelmäßig eine horizontale Auswirkung auf das Preissetzungsverhalten des Handels. Es ist zudem nicht ausgeschlossen, dass sie mit einer horizontalen Abstimmung zwischen Handelsunternehmen verbunden sind, die über die übliche Horizontalwirkung vertikaler Preisbindungen hinausgehen. Dies kann auch bei Vorliegen eines **Dreiecksverhältnisses** zwischen Lieferanten und Groß-/Einzelhändlern der Fall sein („Hub & Spoke“), wenn die Kommunikation der Handelsunternehmen über den Lieferanten (mittelbar) eine **horizontale Abstimmung über Preise oder andere Wettbewerbsparameter zwischen den Handelsunternehmen bezweckt oder bewirkt**<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Davon nicht erfasst wird die Erstellung entsprechender Übersichten durch darauf spezialisierte Dienstleister oder durch Mitarbeiter des eigenen Unternehmens. Diese Übersichten dürfen jedoch Lieferanten oder Händler nur für eigene Zwecke erstellen, erwerben und verwerten und Dritten nicht zur Verfügung stellen, um z.B. ein bestimmtes „Marktpreisniveau“ zu belegen oder einzufordern.

<sup>9</sup> Die unter § 1 GWB oder Art. 101 Abs. 1 AEUV fallenden Verhaltensweisen sind dabei im Einzelfall auf ihre Freistellungsfähigkeit nach § 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV zu prüfen. Aufgrund der horizontalen Abstimmungswirkung bei Preisen oder anderen Wettbewerbsparametern dürfte eine Freistellung nach bisheriger Fallpraxis jedoch kaum in Betracht kommen.

- a) Folgende aus den vorliegenden Unterlagen bekannte Beispiele für derartige Verhaltensweisen werden von der Beschlussabteilung als **In der Regel unzulässig** erachtet und sollten deshalb im Rahmen Ihrer Kooperation im laufenden Verfahren unterlassen werden:
- aa) Die teilweise oder vollständige **Offenlegung der Konditionen bzw. Verträge**, die ein Lieferant mit einem konkurrierenden Handelsunternehmen vereinbart hat, sofern sie (mittelbar) eine Abstimmung über Preise oder andere Wettbewerbsparameter zwischen den Handelsunternehmen bezweckt oder bewirkt.
  - bb) **Meistbegünstigungsklauseln<sup>10</sup>** oder vergleichbare mündliche oder schriftliche Übereinkünfte, die auf ein einheitliches Preisniveau im Groß- bzw. Einzelhandel abzielen, sofern sie (mittelbar) eine Abstimmung über Preise oder andere Wettbewerbsparameter zwischen den Handelsunternehmen bezwecken oder bewirken.
  - cc) Die Übermittlung von **preisbezogenen Informationen**, die der Lieferant aus seinem **Vertragsverhältnis** mit einem Händler gewonnen hat, an andere **Händler** auf deren Veranlassung hin, sofern sie (mittelbar) eine Abstimmung über Preise oder andere Wettbewerbsparameter zwischen den Handelsunternehmen bezweckt oder bewirkt. Hierunter kann z.B. die Vorabinformation über den Zeitpunkt und die Höhe der Wiederverkaufspreisveränderung eines Händlers durch den Lieferanten an andere Händler fallen.
  - dd) Handelsunternehmen dürfen nicht mit ihren Lieferanten das **Sortiment**, die **Verkaufsstrategie** oder die **Werbung** abstimmen, soweit dies dem Zweck der mittelbaren oder unmittelbaren Abstimmung solcher Maßnahmen mit anderen Handelsunternehmen dient. Dies gilt auch für die zeitliche Abstimmung von Aktionen zwischen Handelsunternehmen und Lieferanten, wenn sie dem o.g. Zweck dient.

---

<sup>10</sup> Meistbegünstigungsklauseln sind Vereinbarungen, in denen eine Partei zugesichert bekommt, von der anderen Partei stets die günstigsten Konditionen zu erhalten; z.B. verpflichtet sich ein Lieferant, keinem anderen Bezieher bessere Konditionen zu gewähren als dem Vertragspartner.

- ee) Das Inaussichtstellen oder Gewähren von **Nachteilen oder Vorteilen**, mit denen die **Einhaltung** eines empfohlenen Wiederverkaufspreises oder einer Verkaufspreisuntergrenze an die **Einhaltung** dieses empfohlenen Wiederverkaufspreises oder einer Verkaufspreisuntergrenze **durch Dritte geknüpft** wird, sofern dies (mittelbar) eine Abstimmung über Preise oder andere Wettbewerbsparameter zwischen den Handelsunternehmen bezweckt oder bewirkt. Hierunter fallen z.B. die Forderung von Schadensersatz und Ausgleichsbeträgen, Rechnungskürzungen sowie Margengarantien für das Handelsunternehmen, wenn die von einem Lieferanten empfohlenen Wiederverkaufspreise bei anderen Handelsunternehmen im Markt nicht umgesetzt werden.
- b) Nachfolgend werden auch unter dem Aspekt der Horizontalwirkung Beispiele von in den Verfahren bekannt gewordenen Verhaltensweisen aufgelistet, deren Praktizierung ein **Risiko** birgt und die deshalb von den Unternehmen und ihren Anwälten **sorgfältig auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit hin geprüft werden sollten**, um die Kooperationspflichten im laufenden Verfahren nicht zu verletzen. Diese Verhaltensweisen stellen nach derzeitiger Auffassung der 11. und 2. Beschlussabteilung – **für sich genommen – keinen Verstoß** gegen § 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV dar. Sie können aber in einem entsprechenden Kontext ein Indiz für eine unzulässige Verhaltensweise bzw. deren Bestandteil sein. Jedenfalls zu unterlassen sind sie immer dann, wenn sie **verbotene Maßnahmen verstärken und unterstützen** oder deren Durchsetzung dienen. Gleiches gilt, wenn sie in einer **Bündelung auftreten**, die in der Gesamtschau eine Vereinbarung oder ein abgestimmtes Verhalten zwischen Handelsunternehmen i.S.d. § 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen<sup>11</sup>. Der Prüfmaßstab sollte dabei immer der Zweck oder die Wirkung sein, dem die jeweilige Maßnahme tatsächlich dient.
- aa) Der Austausch oder die **Beschwerde** über am Markt beobachtete **Wiederverkaufspreise von Wettbewerbern gegenüber dem Lieferanten**.
- bb) Die Beteiligung von Handelsunternehmen an der **Überwachung der Wiederverkaufspreise** durch Lieferanten sowie umgekehrt die Beteiligung von

---

<sup>11</sup> Die unter § 1 GWB oder Art. 101 Abs. 1 AEUV fallenden Verhaltensweisen sind dabei im Einzelfall auf ihre Freistellungsfähigkeit nach § 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV zu prüfen. Aufgrund der horizontalen Abstimmungswirkung bei Preisen oder anderen Wettbewerbsparametern dürfte eine Freistellung nach bisheriger Fallpraxis jedoch kaum in Betracht kommen.

Lieferanten an Maßnahmen der Überwachung der Verkaufspreise durch Handelsunternehmen.

Hierunter fallen zum einen Maßnahmen, mit denen Handelsunternehmen verpflichtet werden sollen, dem Lieferanten solche Handelsunternehmen zu melden, die vom empfohlenen Wiederverkaufspreis oder von Verkaufspreisuntergrenzen des Lieferanten abweichen, oder die Gewährung von Anreizen, wie z.B. Ausgleichszahlungen, dafür.

Zum anderen sind Maßnahmen gemeint, mit denen Lieferanten verpflichtet werden sollen, den nachfragenden Groß- oder Einzelhandelsunternehmen solche Handelsunternehmen zu melden, die vom empfohlenen Wiederverkaufspreis oder von Verkaufspreisuntergrenzen des Lieferanten abweichen, oder die Gewährung von Anreizen, wie z.B. Ausgleichszahlungen, dafür.

#### IV.

Eine Ergänzung der Liste während oder nach Abschluss des Verfahrens bleibt vorbehalten. Die Liste lässt deshalb auch nicht den Schluss zu, dass alle nicht erwähnten Verhaltensweisen unproblematisch sind. Die Bewertung hängt insbesondere nicht von der Bezeichnung einer Verhaltensweise ab. Maßgeblich sind vielmehr der Zweck oder die Wirkung einer Verhaltensweise. Von daher sind die Unternehmen nicht ihrer Verantwortung enthoben, die Rechtmäßigkeit ihres Handelns selbständig zu prüfen.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Wagemann