

Stellungnahme des ZGV zur Überprüfung der gegenwärtigen Behandlung der Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EGV auf Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit

Der ZGV Zentralverband Gewerblicher Verbundgruppen e.V. vertritt die Interessen der über 300 deutschen Kooperationen mittelständischer Unternehmen (Händler, Handwerker, Freiberufler). Den Verbundgruppen gehören über 200.000 kleine und mittlere Unternehmen mit 2,5 Mio. Arbeitnehmern an. Die Verbundgruppen sind in nahezu allen relevanten Branchen tätig. Von kartellrechtlichen Fragen sowohl horizontaler wie vertikaler Art sind sie im Bereich des gemeinsamen Einkaufs, der gemeinsam zu beschaffenden Dienstleistungen und sehr stark im Feld der gemeinsamen Vermarktungsaktivitäten betroffen.

Zu den Fragen:

Diese Stellungnahme beschränkt sich auf die Leitlinien mit Ausnahme des Kapitel 2, Vereinbarung über Forschung und Entwicklung und des Artikel 3, Produktionsvereinbarung einschließlich Spezialisierungsvereinbarungen.

Zu 4. Einkaufsvereinbarungen

Rn. 115

Die in den Leitlinien zu Einkaufsvereinbarungen und Vermarktungsvereinbarungen festgehaltenen Überlegungen einschließlich der darin genannten Beispiele beziehen sich ganz überwiegend auf Kooperationen von Produktionsunternehmen. Dies zeigt sich bereits bei Randnummer 115, in der die Form der Zusammenarbeit angesprochen wird. Die Kooperationen von Handel, Handwerk und freiberuflichen, mittelständischen Unternehmen sind in der Rechtsform der Genossenschaft (Cooperative) oder aber als Verbundgruppen (Cooperative Groups of SME) in anderer Rechtsform als die der Genossenschaft organisiert. Diesen Verbundgruppen ist gemein, dass die kooperierenden KMU mit der Verbundgruppe vertraglich

oder aber gesellschaftsrechtlich als Mitglied der Genossenschaft oder Kommanditist einer KG (Partnership) verbunden sind. Wichtig bei dieser gesellschaftsrechtlichen Verbindung ist jedoch die Tatsache, dass die Verbundgruppen durch ein allein verantwortliches Management (board) geleitet wird, so dass die gesellschaftsrechtliche Verbindung nicht zu einer entscheidenden Beeinflussung der Unternehmenspolitik der einzelnen unternehmerischen Entscheidungen der Verbundgruppen führt.

Zu Rn. 116

Es ist zu unterstreichen, dass die durch die Zusammenarbeit von kleinen und mittleren Unternehmen im Bereich des gemeinsamen Einkaufs erreichten Preisvorteile an die Verbraucher weitergegeben werden, was letztlich zu einer Verbesserung des Wettbewerbs führt. Die Rolle der Verbundgruppen von KMU bedarf auch unter dem Gesichtspunkt des Small Business Act for Europe besonderer Beachtung. Es ist daher erforderlich, dass in den Leitlinien in größerem Umfang als bisher detailliert auf die Tätigkeiten der Verbundgruppen und deren positiven Folgen für den Erhalt und die Steigerung des Wettbewerbs eingegangen wird und die daraus notwendigen Schlussfolgerungen für etwaige notwendige Wettbewerbsbeschränkungen bezogen werden.

Zu Rn. 117

Einkaufs- wie auch Vermarktungsvereinbarungen können sowohl horizontale als auch vertikale Elemente enthalten. In Artikel 2 Abs. 2 der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen ist jedoch zu Recht festgehalten, dass auch Verbundgruppen als von ihren Mitgliedern und Kunden getragene Unternehmen mit diesen Mitgliedern und Kunden vertikale Vereinbarungen treffen können. Damit steht fest, dass allein die Tatsache, dass es sich bei den Verbundgruppen um Unternehmen handelt, die von ihren Vertragspartnern, z.B. den Einzelhändlern einer Branche getragen werden, nicht dazu führt, dass vertikale Vereinbarungen per se (auch) als horizontale Wettbewerbsbeschränkungen gewürdigt werden. In diesem Zusammenhang ist auf die Rechtskonstruktion der Verbundgruppen nochmals hinzuweisen, in denen das Management der Verbundgruppen die alleinige verantwortliche Leitungsmacht über die Entscheidungen der Verbundgruppenzentrale hat.

Zu Rn. 118

Als Beispiel verweisen die Leitlinien auf eine Verbundgruppe von Einzelhändlern. Bereits die Vereinbarung über die Gründung dieser Vereinigung soll als horizontale Vereinbarung untersucht werden. Dies suggeriert wiederum die aus Sicht des ZGV unzutreffende Auffassung, dass allein die

Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens von auf der gleichen Stufe tätigen Einzelhändlern quasi per se zu Wettbewerbsbeschränkungen führt. Allein aus der Tatsache, dass ein Gemeinschaftsunternehmen, das den gemeinsamen Einkauf regelt, gegründet wird, kann nicht auf eine Wettbewerbsbeschränkung gefolgert werden. In den gesellschaftsrechtlichen Statuten ist allenfalls in dem Gesellschaftszweck/Gegenstand festgehalten, dass gemeinsame Einkaufs- oder Vermarktungsaktivitäten durchgeführt werden. Die Frage, ob horizontale Wettbewerbsbeschränkungen tatsächlich praktiziert werden, kann sich nur aus den verschiedenen ausgeübten Tätigkeiten der Gesellschaft und der damit in Zusammenhang stehenden vertraglichen Regelungen ergeben. Es ist die Ausnahme, dass wettbewerbsbeschränkende Verpflichtungen im Gesellschaftsvertrag festgehalten werden. Auch dann sind diese wettbewerbsbeschränkenden Rechte oder Verpflichtungen jedoch nicht unter dem Begriff „Gründung der Vereinbarung“, sondern „Bedingungen der unternehmerischen Tätigkeit“ zu subsumieren.

Zu Rn. 121 / 122 / 123

In der Regel sind die Mitglieder einer Verbundgruppe nicht zugleich Wettbewerber. Die Aufnahmepolitik der Verbundgruppe, aber auch das Interesse der potenziellen Mitglieder ist nicht darauf gerichtet, insbesondere bei Nutzung einer Dachmarke einzelne regionale Märkte mehrfach zu besetzen. Schon aus diesen Gründen sind die Verbundgruppen historisch gesehen so gewachsen, dass sie allenfalls flächendeckende Präsenz in einem Mitgliedsstaat aufweisen, ohne dass die Mitglieder regional im Wettbewerb stehen.

Die zunehmende Bedeutung des Online-Handels bedarf in diesem Zusammenhang einer Bewertung. Insbesondere für mittelständische Handelsunternehmen, die in der Regel beratungs- und serviceintensive Fachhändler sind, ist der Online-Handel immer nur ein Nebenmarkt. Er stellt in den meisten Fällen eine zusätzliche Verbindung zu den Kunden dar und nicht ein Medium, um neue, außerhalb des Einzugsgebietes des einzelnen Händlers ansässige Kunden zu gewinnen und zu bedienen. Vor diesem Hintergrund wäre es verfehlt, aus der Tatsache, dass Einzelhändler auch über ihre Website Geschäfte abwickeln, zu folgern, dass sie grundsätzlich im Wettbewerb miteinander stehen. Anders ausgedrückt: Bei der Frage, ob die Mitglieder einer Verbundgruppe untereinander im Wettbewerb stehen, ist der Online-Umsatz nicht zu berücksichtigen; es sei denn, er hat Größen erreicht, die aus dem regional tätigen Fachhändler mit Online-Bezugsmöglichkeiten ein Versandunternehmen mit überregionaler Bedeutung werden lassen.

Zu Rn. 124

Der Feststellung, dass verbotene Formen der Zusammenarbeit grundsätzlich gesehen Preisfestsetzung, Beschränkung der Produktion und Zuteilung von Märkten darstellt, die kaum legalisierungsfähig sind, ist zuzustimmen. Der Katalog der Maßnahmen, die im Rahmen des gemeinsamen Einkaufs grundsätzlich zulässig sind, sollte aber ebenfalls in den Leitlinien formuliert werden.

Zum Wesen des gemeinsamen Einkaufs gehört es, dass die kooperierenden Unternehmen

- ihre bisherigen Konditionen offenlegen,
- ggf. verbindliche Einkaufsmengen bündeln,
- oder aber bestimmte Bezugsbindungen formulieren,

so dass auf der Basis dieser Informationen und Vereinbarungen verbindliche Konditionen für die Einkäufe der Mitglieder ausgehandelt werden. Es verbleibt den Kooperationsmitgliedern die Möglichkeit, günstigere Konditionen auszuhandeln. Aus Letzterem folgt, dass in diesen Konditionsvereinbarungen auch eine Meist-Begünstigungsklausel enthalten sein kann.

Zu Rn. 126

Sofern die Kommission von wachsender Nachfragemacht der Kooperationen ausgeht, sieht sie eine mögliche negative Hauptauswirkung darin, dass niedrigere Einkaufspreise der Kooperationsmitglieder nicht an deren Kunden weitergegeben werden. Hier wiederum sieht sie möglicherweise negative Reflexe auf das Verhältnis der Wettbewerber der kooperierenden Händler dadurch, dass die Anbieter ihre Preiszugeständnisse an die Kooperationen durch Preiserhöhung gegenüber deren Wettbewerbern ausgleichen wollen. Diese Betrachtung ist theoretisch nachvollziehbar, entspricht jedoch nicht den Verhältnissen, wie sie im Konsumgütermarkt (in Deutschland zumindest) gegeben sind. Zwar beklagt insbesondere die Markenartikelindustrie die Nachfragemacht des Handels, die Handelsunternehmen verweisen auf die geringen Margen des Einzelhandels beginnend bei gerade mal ein Prozent im Lebensmittelhandel bis zu nur ein wenig besseren Margen in dem Non-Food-Konsumgüterhandel gegenüber den Gewinnmargen der Industrie, die ein Vielfaches darstellen und führen dies als Beleg an, dass

- günstigere Einkaufspreis der Handelskooperationen an die Endkunden weitergegeben werden (müssen),
- und die Hersteller in der Regel keine Gewinneinbußen, gleich aus welchen Gründen, erzielen.

Hinzu kommt auch, dass der Konsumgüterhandel Non-Food und Food von aggressivem Preiswettbewerb gegenüber dem Verbraucher gekennzeichnet ist. Nicht nur als Folge der seit Ende 2008 abzeichnenden Absatzschwierigkeiten infolge der weltweiten Finanzkrise, versuchen die Handelsunternehmen seit langem ganz überwiegend über den Preis zu verkaufen. In nahezu allen Branchen wird in allen zur Verfügung stehenden Medien der Verbraucher umworben und dies fast ausschließlich mit der Auslobung von Rabatten und sonstigen Vergünstigungen wie zinslose Ratenzahlungen mit vorgeschalteten tilgungsfreien Monaten bzw. Jahren. Die Handelsunternehmen selbst in oligopolistischen Märkten befinden sich in härtestem Wettbewerb. Dies ist auch dadurch belegt, dass Preiserhöhungen der Lieferanten nur teilweise an die Verbraucher weitergegeben werden können.

Die Kommission geht von einem sehr theoretischen Modell aus, das der Realität nicht standhält. Die Überlegungen der Kommission mögen auch eher aus den Erfahrungen auf den Stufen Hersteller / Importeur / Weiterverarbeiter resultieren, Märkte, in denen sich sehr oft weltweit agierende Großbetriebe gegenüber mittelständischen Weiterverarbeitern gegenüberstehen. Diese marktmächtigen Anbieter mögen durchaus die Möglichkeit haben, Preiszugeständnisse an nachfragestarke Gruppen durch weniger gute Konditionen gegenüber anderen (abhängigen) Nachfragern auszugleichen.

Zu Rn. 126

Aus dem vorher gesagten folgt bereits, dass es der Realität (zumindest in Deutschland) nicht entspricht, dass die Verbundgruppen mittelständischer Handelsunternehmen auf den Verkaufsmärkten marktstark oder marktmächtig sind. Die harten Wettbewerbsverhältnisse im Lebensmittelhandel sind bekannt. Hier herrscht verbitterter Preiswettbewerb. Preiswettbewerb herrscht auch in den Non-Food-Konsumgütermärkten, ganz abgesehen davon, dass die Marktanteile der Verbundgruppenmitglieder gemessen an deren Außenumsatz in der Regel deutlich unter 15 % liegen. Hinzu kommt, dass der Außenumsatz der Anschlusshäuser nur zu einem geringen Teil, der meistens deutlich unter 50 % liegt, nur mit gemeinsam eingekauften Waren erzielt wird. Das heißt, das Einkaufsvolumen der Verbundgruppen macht nur 20-50 % des Gesamteinkaufsvolumen der Verbundgruppenmitglieder aus.

Dies belegt bereits die Tatsache, dass es nicht richtig ist, die Marktanteile auf dem Verkaufsmarkt gleichzusetzen mit einer diesem Prozentsatz entsprechenden Marktstärke auf den Einkaufsmärkten. Es wird nicht geleugnet, dass es Wechselwirkungen zwischen Einkaufs- und Verkaufsmarkt geben kann, jedoch seien für beide Märkte Einkauf und Verkauf die Marktanteile getrennt zu berechnen. Wenn die Kommission von Marktanteilen

spricht, muss sie immer differenzieren, ob dies den Einkauf oder den Verkauf betrifft.

Zu Rn. 131

Selbst wenn die Kommission hier von einem Einkaufsmarktanteil von über 15 % ausgeht, ist es nicht richtig, davon zu sprechen, dass wahrscheinlich damit der gemeinsame Einkauf unter Artikel 81 Abs. 2 EGV fällt. Entscheidend kommt es in diesem Zusammenhang darauf an, wie strukturiert die Wettbewerber als Einkäufer und Verkäufer auf dem Markt tätig sind und wie der Verkäufermarkt gestaltet ist.

Wenn eine Einkaufskooperation ein Einkaufsmarktanteil von deutlich über 15 % (bei zu 30 %) hat und es daneben kleinere Einkaufskooperationen gibt, der Markt aber ganz wesentlich von zwei oder mehr Großbetrieben (Filialsysteme) beherrscht wird, die jeweils einen Marktanteil von 20 oder 30 % haben, dann ist die Tätigkeit der scheinbar marktstarken Einkaufskooperation nach wie vor der einzig mögliche Versuch, für selbständige und mittelständische Unternehmen auch nur annähernd Einkaufskonditionen zu erlangen, die ein Überleben auf der Verkaufsseite im preisaggressiven Wettbewerb um den Verbraucher gegenüber den Großbetrieben ermöglicht. Diese Situation spiegelt sich in vielen Konsumgütermärkten in Deutschland exakt so wider.

Zu Rn. 132 ff

Den Ausführungen und dem Beispiel ist im Grundsatz zuzustimmen. Es bleibt noch einmal festzuhalten, dass – wie oben bereits erläutert – die Wettbewerbssituation der Kooperationen im Konsumgüterhandel sich in der Regel dadurch kennzeichnet, dass

- die kooperierenden Händler nur eine geringe Bezugskonzentration auf die Verbundgruppe haben,
- sie auf der Verkaufsseite im Wettbewerb gegenüber bundesweit tätigen Großunternehmen sind,
- der Verkaufsmarkt von diesen Großunternehmen in der Regel durch preisaggressive Werbung gekennzeichnet ist,
- die Marktanteile auf der Einkaufsseite, erst Recht auf der Verkaufsseite der Verbundgruppe in der Regel unter 15 % liegen.

Selbst wenn die Verkaufsmarktanteile der Verbundgruppenmitglieder in der Summe höher sind, ist auf deren fehlende zentrale Marktbearbeitung und die geringe Bezugskonzentration über die Verbundgruppe im preisaggressiven Wettbewerb der Großunternehmen hinzuweisen, so dass in der Summe eine Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen des gemeinsamen Einkaufs wie oben bereits skizziert im Sinne

von Artikel 81 Abs. 3 gegeben ist. Die Vorteile im Bereich des gemeinsamen Einkaufs werden nahezu ausnahmslos an die Verbraucher weitergegeben.

Zu 5. Vermarktungsvereinbarungen

Die Ausführungen zu den Vermarktungsvereinbarungen beschränken sich auf die Situation, dass die kooperierenden Unternehmen Wettbewerber, zumindest potenzielle zukünftige Wettbewerber, sind.

Auf die Ausführungen zum potenziellen Wettbewerb durch Online-Handel im Konsumgüterbereich wurde bereits hingewiesen. Es ist zu wiederholen, dass dieser Online-Wettbewerb theoretisch denkbar ist, praktisch auch in Einzelfällen vorhanden ist, dass die Marktanteile der kooperierenden Händler im Online-Handel jedoch so gering sind, dass eine konkrete Wettbewerbssituation zwischen den kooperierenden Händlern nicht angenommen werden kann.

Potenzieller Wettbewerb zwischen den kooperierenden Händlern ist grundsätzlich immer gegeben, da es den Unternehmen freisteht, etwa in den regionalen Vermarktungsgebieten anderer Verbundgruppenmitglieder tätig zu werden. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass sich grundsätzlich alle Mitglieder einer Verbundgruppe untereinander im potenziellen Wettbewerb befinden. Es wäre verfehlt, an diesem rein hypothetischen Merkmal die Anwendung von der Gruppenfreistellungsverordnung vertikal und den darauf basierenden Leitlinien zu verneinen.

Sollte die Kommission grundsätzlich den Überlegungen zum potenziellen Wettbewerb nicht folgen, d.h. davon ausgehen, dass schon aufgrund eines nicht bestehenden Filialisierungsverbotes die Kooperationspartner einer Verbundgruppe des Konsumgüterhandels miteinander im potenziellen Wettbewerb stehen, ist es notwendig, dass die Schwellen bis zu denen im Rahmen der Leitlinie der horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen im Kern, zumindest auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen auf der Vermarktungsseite zulässig sind.

Bis zu einem Marktanteil von 15 % sollten grundsätzlich die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, wie sie aus der GVO und den Leitlinien ersichtlich sind, auch in den Verbundgruppen des Konsumgüterhandels zulässig sein.

Konkret sind dies folgende denkbare Wettbewerbsbeschränkungen.

Als derartige vertikale Wettbewerbsbeschränkungen kommen in Frage:

- Lizenzvereinbarungen im Rahmen der gemeinsamen Vermarktung unter einer Dachmarke,

- Vertriebsbindungen im Sinne von festgelegten Kern- oder Spezialsortimenten,
- gemeinsame Werbeaktionen mit verbindlich festgelegten Artikeln und vereinbarten Festpreisen während der Marketingaktionen und ähnliche vertriebsorientierte Wettbewerbsbeschränkungen, wie z.B. auch verschiedene vertragliche Vereinbarungen, wie sie im Rahmen von Franchiseverträgen üblich sind,

Verkaufspreisempfehlung durch Verbundgruppen

Eine wesentliche Dienstleistung der Verbundgruppen in allen Branchen besteht darin, den angeschlossenen Händlern Kalkulationshilfen zur Verfügung zu stellen. Konkret sehen diese Kalkulationshilfen so aus, dass zu den einzelnen Produkten, die über die Verbundgruppe bezogen werden können, unverbindliche Preisempfehlungen für die Verkaufspreise an den Abnehmer der Verbundgruppenmitglieder ausgesprochen werden.

In Deutschland war bis zur Adaption des Europäischen Kartellrechts Basis hierfür die sogenannte Mittelstandsempfehlung. Die Mittelstandsempfehlung war Ausnahme vom im Deutschen Kartellrecht festgeschriebenen Empfehlungsverbot. Sie erlaubte den Verbundgruppen, gegenüber ihren Mitgliedern unverbindliche Preisempfehlungen auszusprechen, um deren Wettbewerbsfähigkeit gegenüber Großbetrieben zu stärken.

Das Europäische Kartellrecht sieht kein Empfehlungsverbot vor. Die herrschende Kommentar-Meinung geht jedoch davon, dass Preisempfehlungen, wenn sie von allen oder nahezu allen Empfehlungsempfängern befolgt werden, den Tatbestand des Kartells erfüllen können. Diese Auffassung mag aufgrund Erfahrungen bei Preisempfehlungen von Herstellern und den Versuchen, diese Preisempfehlungen insbesondere bei Markenartikeln durchzusetzen, begründet sein. Dieser Gedanke ist jedoch auf die Situation der Verbundgruppen nicht übertragbar.

Wie bereits mehrfach ausgeführt, befinden sich die Mitglieder der Verbundgruppen im Konsumgüterhandel im Wettbewerb mit Großbetrieben. Neben den betriebswirtschaftlichen Grundsätzen der Kalkulation ist daher die konkrete Festsetzung der Verkaufspreise abhängig von der jeweiligen Wettbewerbssituation, der Marktstärke der Wettbewerber und der von diesen ausgehende Druck auf mittelständische Anbieter. Vor diesem Hintergrund gehört es – wie gesagt – zum Leistungsspektrum einer Verbundgruppe, den Mitgliedern Preisempfehlungen an die Hand zu geben, die ihnen die Reaktion im Wettbewerb zeitnah und wettbewerbsgerecht ermöglicht.

Anders bei der Interessenlage eines Markenartikelherstellers, der verständlicherweise darum bemüht sein wird, ein von ihm für angemessen gehaltenes Preisniveau seiner Markenartikel durch Herstellerpreis-

empfehlungen umzusetzen, geht es den Verbundgruppen nicht um die Realisierung eines bestimmten Preisniveaus, sondern um eine schnelle Reaktion auf die Marktgegebenheiten und eine Positionierung ihrer Verbundgruppenmitglieder dergestalt, dass sie ihre Waren zu einem marktgerechten Preis auf der Basis eines ausgewogenen Preis-Leistungs-Verhältnisses anbieten. Dies führt automatisch dazu, dass Preisempfehlungen der Verbundgruppen zugleich den Verbraucherinteressen, die ein ebensolches ausgewogenes Preis-Leistungs-Verhältnis wünschen, gerecht wird.

Unabhängig von der Möglichkeit, wie sie in Artikel 4 GVO vertikal festgelegt ist, im Vertikalverhältnis Preisempfehlungen oder Höchstpreisbindungen auszusprechen, sollte unter dem Stichwort „Vermarktungsvereinbarungen“ klargestellt werden, dass Verbundgruppen Preisempfehlungen gegenüber ihren Mitgliedern aussprechen können. Bei diesen Preisempfehlungen ist im Grundsatz davon auszugehen, dass es sich nicht um eine horizontale Preiskoordinierung zu Lasten der Verbraucher handelt, sondern Verbraucherinteressen hierdurch nicht negativ beeinträchtigt werden. Selbstverständlich bleibt im Einzelfall der Gegenbeweis möglich, dass zusätzlich zu den Preisempfehlungen der Tatbestand der Absprache oder des gleichgerichteten Verhaltens gegeben ist.

Anmerkung:

Im Rahmen der Überarbeitung GVO vertikal und der Leitlinien horizontal sollte durch die Kommission sichergestellt werden, dass die Tätigkeitsfelder der Verbundgruppen in übereinstimmender Art und Weise in beiden Leitlinien und erst recht in der gegenseitigen Abgrenzung behandelt werden.

Köln, 29.01.2009

gs-cp

Dr. Günther Schulte