

Revision der Gruppenfreistellungsverordnung vertikale Vereinbarungen und der dazugehörigen Leitlinien

Stellungnahme des ZGV

I.

GVO und Leitlinien haben sich, wie die Kommission zu Recht feststellt, im Prinzip bewährt. Grundlegender Veränderungsbedarf besteht daher nicht. Allerdings gilt es, einiges zu verbessern und klarzustellen.

Weder die GVO selbst, noch die Leitlinien sind für den Unternehmer lesbar. Dies gilt insbesondere für die Regelung in Artikel 4 GVO, die letztlich mit den Kernbeschränkungen auch das Herzstück der Verordnung enthält. Das Prinzip der Darstellung „verboten ist, es sei denn dass“, führt nach unserer Erfahrung beim Leser immer zu Verwirrungen und Nachfragen. Auch die Leitlinien helfen nur dem Juristen, nicht dem Unternehmer weiter.

II.

Aus Sicht des ZGV ist im Interesse der Verbundgruppen, d.h. des kooperierenden Mittelstandes, im Einzelnen Folgendes anzumerken:

1. Zu Artikel 2 Abs. 2 GVO:

Mit dieser Vorschrift wurde bereits 1999 dem Petitum des ZGV und unseres Brüsseler Verbandes, der UGAL, Rechnung getragen und - verkürzt ausgedrückt - Verbundgruppen als Systemkopf eines vertikalen Vertriebssystems anerkannt. D.h., Verbundgruppen, auch wenn deren Mitglieder zugleich Gesellschafter sind und im Bereich des gemeinsamen Einkaufs ggf. in horizontaler Weise zusammenarbeiten, können mit ihren Mitgliedern grundsätzlich vertikale Vereinbarungen treffen. Sie sind damit jedem anderen Unternehmen, Hersteller, Großhändler oder Franchisegeber gleichgestellt.

Diese Gleichstellung ist allerdings de lege lata an die Voraussetzung gebunden, dass es sich bei der Verbundgruppe um eine „Vereinigung“ handelt, de-

ren sämtliche Mitglieder Wareneinzelhändler sind, von denen keines einen jährlichen Gesamtumsatz von mehr als 50 Mio. Euro erwirtschaftet. Diese Einschränkung entbehrt aus unserer Sicht jeglicher Begründung. Nachdem die Kommission das Argument überwunden hat, Verbundgruppen seien per se horizontale Gebilde, ist nicht ersichtlich, warum die oben skizzierte Gleichstellung mit anderen Unternehmen davon abhängen soll, dass die Mitglieder auf einer bestimmten Wirtschaftsstufe (Einzelhandel) tätig sind. Es gibt auch bei Verbundgruppen franchiseähnliche Vertriebssysteme von Großhandelskooperationen und von Dienstleistern.

Ebenso unverständlich ist, warum der Jahresumsatz der vertikalen Vereinbarung von Verbundgruppen-eingebundenen Unternehmen 50 Mio. Euro nicht überschreiten darf. Dies deutet auf eine Mittelstandsklausel hin und erinnert an § 4 Abs. 2 GWB (alt) des deutschen Kartellrechts. Ein Mittelstandsschutz oder Mittelstandsgedanke existiert aber weder im europäischen, noch jetzt im deutschen Kartellrecht. Bei Artikel 2 GVO gilt die Marktanteilsschwelle von 30 % für alle jeweils an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen. Das heißt z.B. für ein Franchisesystem ist lediglich die Frage zu stellen, ob einer der Franchisenehmer mehr als 30 % Marktanteil auf seinen Absatzmarkt hat. Die Frage, ob die Summe aller Franchisenehmer diesen Marktanteil überschreitet, wird nicht angesprochen. Demgegenüber ist es eine nicht vertretbare Beschränkung, die Vertragspartner einer Verbundgruppe auf einen Jahresumsatz von weniger als 50 Mio. Euro bei vertikalen Vereinbarungen zu beschränken.

Sollte der Gedanke dahinterstehen, dass latent die Gefahr einer horizontalen Wettbewerbsbeschränkung vorhanden ist, so ist zu entgegnen, dass es auch ohne den Hinweis in Artikel 2 Abs. 2 GVO auf die parallel laufende Untersuchung, ob horizontale Vereinbarungen praktiziert werden, grundsätzlich im Kartellrecht immer die Doppelprüfung gibt, ob neben Vertikalvereinbarungen nicht horizontale Vereinbarungen, Absprachen oder Verhaltensweisen vorliegen.

Die Beschränkung auf Einzelhändler verbunden mit der Umsatzschränke von 50 Mio. € ist daher ersatzlos zu streichen.

Sollte die Kommission trotz der ausgeführten Argumente daran festhalten wollen, bedarf die Umsatzschwelle zumindest einer Anpassung. Eine denkbare Lösung läge darin, darauf abzustellen, dass der Durchschnittsumsatz der Händler 50 Mio. € nicht übersteigt. Damit wird geduldet, dass einzelne Händler einen höheren Umsatz erzielen, die Gesamtheit der Mitglieder der Verbundgruppen aber innerhalb der Grenze bleibt.

2. Die Verordnung spricht von Vereinigungen, im englischen Text von Associations. Die Formulierung deutet eher auf einen Idealverein (e.V. im Sinne des BGB) als auf ein wirtschaftlich tätiges Unternehmen. Tatsächlich sind die Kooperationen selbständiger mittelständischer Unternehmen in

Deutschland GmbH & Co. KG oder Genossenschaften, in Europa auch noch Aktiengesellschaften mit genossenschaftlicher Ausprägung. Zumindest für die deutsche Übersetzung wäre es zielführender von Verbundgruppen als von Vereinigungen zu sprechen.

3. Zu Artikel 3 GVO:

Die in Artikel 3 GVO vorgeschlagene Regelung schränkt den Anwendungsbereich der Verordnung in unangemessener Art und Weise ein. Danach soll künftig für die Frage, ob ein Verhalten unter den Anwendungsbereich der GVO fällt, nicht nur der Marktanteil des Lieferanten, sondern überdies der Marktanteil des Händlers entscheidend sein. Die Einführung einer Marktanteilschwelle auf der Abnehmerseite wird vom ZGV abgelehnt. Sie ist ersatzlos zu streichen.

Würde man an dieser Neuregelung festhalten, könnte ein kleiner, regionaler Absatzmarkt – etwa ein Marktgebiet um eine Stadt mit einem Radius von 20 km – ausreichen, um den Anwendungsbereich der GVO zu verschließen, wenn in nur einem sachlich relevanten Teilmarkt ein Marktanteil vom Händler von 30% oder mehr erreicht wird. Es ist aber weder sachgerecht noch erforderlich, dem Händler, der in strukturschwachen Gebieten mit einer ausgedünnten Wettbewerberstruktur Versorgungssicherheit gewährleistet, den Zugang zur GVO zu verwehren.

Für den Fall, dass eine Streichung der Marktanteilsschwelle auf Seiten des Abnehmers nicht durchsetzbar ist, fordert der ZGV hilfsweise eine deutliche Klarstellung der Regelung. Hierzu wird folgendes vorgeschlagen:

Die Regelung sollte einerseits räumlich mindestens auf nationale Marktanteile abstellen, um regionale und lokale Wettbewerbsbilder und Ungleichgewichte zu vermeiden. Andererseits sollte sie sachlich allein auf den konkret betroffenen Produktmarkt abstellen. Schließlich sollte sichergestellt sein, dass bei Handelsunternehmen mit mehreren Vertriebsformaten auf die konkreten Vertragsparteien und die von der Vereinbarung betroffenen räumlichen und sachlichen Märkte für die Prüfung abgestellt wird.

4. Zu Artikel 4a GVO:

Artikel 4a GVO nimmt Vereinbarungen mit Kernbeschränkungen von der Freistellung aus. Buchstabe a nennt hierzu Preisbindungen, stellt aber Höchstverkaufspreise oder Preisempfehlungen wiederum frei. Der ZGV fordert, diese Freistellung, um Festpreisbindungen bei gemeinsamen Werbeaktionen zu ergänzen.

Selbständige kleine und mittlere Unternehmen, insbesondere im Konsumgüterhandel, stehen im Wettbewerb zu filialisierenden Großunternehmen. Wäh-

rend die filialisierenden Großunternehmen in den vergangenen Jahren Umsatzzuwächse erzielt haben, die in der Regel im Konsumgüterhandel auf preisaggressiven Werbeaktionen beruhen, stagnieren die Marktanteile der kooperierenden, selbständigen, mittelständischen Händler und Dienstleister. Dies ist nicht unwesentlich darauf zurückzuführen, dass diese Mittelständler, auch wenn sie unter dem gemeinsamen Namen der Verbundgruppe auftreten, überregional nur mit Imagewerbung Kunden ansprechen können, nicht aber mit konkreten Angeboten, die die Leistungsfähigkeit, insbesondere mit Blick auf das Verhältnis von Preis und Gesamtleistung, zum Ausdruck bringen. Die unter einer gemeinsamen Marke auftretenden selbständigen Einzelhändler, die in Vertriebssysteme eingebunden sind, müssen die Möglichkeit erhalten, zumindest bei Werbeaktionen deutlich zu machen, dass sie neben ihren bekannten Beratungs- und Serviceleistungen ihre Ware zu einem interessanten Preis anbieten. Dies kann nur gelingen, wenn die unter einem Gruppennamen auftretenden Händler die beworbenen Produkte zum gleichen Preis während der Werbeaktion veräußern. Für den Verbraucher ist es in der Regel nicht erkennbar, ob sich hinter diesen Gruppen ein Filialsystem oder ein selbständiger Einzelhändler verbirgt. Das Image, das sich eine Gruppe durch Werbung versucht aufzubauen, würde sofort zerstört, wenn der Verbraucher davon ausgehen muss, dass die Werbeaussage unzutreffend ist, weil andere „Outlets“ der gleichen Gruppe die gleiche Ware zu anderen als dem beworbenen Preis veräußern. Dies gilt erst recht, wenn derartige Angebote von der Gruppe und von einzelnen Gruppenmitgliedern auch im Internet kommuniziert werden. Sofern die Verbundgruppen und deren Mitglieder diese Möglichkeiten der Festpreisbindung bei Werbeaktionen nicht haben, dürfte weiterer Verlust an Marktanteilen die Folge sein. Damit werden in größerem Umfang mittelständische Unternehmen aus dem Wettbewerb ausscheiden, die Marktstärke der Großbetriebe weiter wachsen, Oligopole entstehen oder verstärkt werden mit den üblichen Folgen für den Wettbewerb und für den Verbraucher.

Der von der Festpreisbindung für den Verbraucher ausgehende Vorteil im Sinne des Artikel 81 Abs. 3 EGV besteht im

- Erhalt des Wettbewerbs durch kleine und mittlere Unternehmen
- der Sicherstellung der Versorgung des Verbrauchers auch im ländlichen Raum und in den Nebenzentren
- Erhalt serviceorientierter und beratungsintensiver Betriebe
- Erhalt der langfristigen, durch Wettbewerb gekennzeichneten Warenvielfalt auf entsprechendem wettbewerbsgesteuerten niedrigen Preisniveau.

In Ergänzung des jetzigen Artikel 4a GVO schlagen wir folgende Formulierung vor:

„(...) Dies gilt auch für Festpreisbindung im Rahmen von gemeinsam durchgeführten Werbeaktionen, die auf einen Aktionszeitraum beschränkt sind.“

In der wettbewerblichen Wirkung können diesen Werbeaktionen Angebote im Rahmen von zeitlich unbefristeten Niedrigpreisangeboten gleichgestellt werden. Beispiel hierfür ist das Preiseinstiegssortiment. In diesem Bereich sind die kooperierenden Händler starkem Wettbewerb durch die Filialketten ausgesetzt, dem sie nur begegnen können, wenn sie als Gruppe einen einheitlichen, konkurrenzfähigen Niedrigpreis offerieren. Gleiches gilt, wenn die Gruppe der kooperierenden Händler auf ein Sonderangebot oder eine Niedrigpreisstrategie der filialisierenden Wettbewerber reagieren müssen. Auch in diesem Fall ist eine Preisbindung der Händler notwendig um im Wettbewerb bestehen zu können. In diesen beiden Beispielen ist der Vorteil für den Verbraucher offensichtlich, da nicht nur der Wettbewerb mit seinen langfristig positiven Aspekten erhalten bleibt, sondern kurzfristig ein geringes Preisniveau entsteht.

5. Zu den Leitlinien zu Rn. 30

„Vereinigungen von Einzelhändlern“ sind gem. Artikel 2 Abs. 2 GVO in den Freistellungsrahmen einbezogen. Nach Rn. 30 der Leitlinien sind Vereinbarungen, die zwischen den Mitgliedern geschlossen werden oder Entscheidungen der Vereinbarung zunächst unter dem Gesichtspunkt der Horizontalität, also der Wettbewerbsbeschränkungen der Mitglieder untereinander, zu prüfen. Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen zwischen der Vereinigung (Verbundgruppe) und den Anschlusshäusern dann unter horizontalen Gesichtspunkten zu würdigen sind, wenn die Anschlusshäuser auf sachlichen und räumlichen Märkten im Wettbewerb stehen. Da nahezu alle mittelständischen Unternehmen neben ihren lokalen Geschäften im Internet vertreten sind und auch dort ihre Leistungen anbieten, sollte hier klargestellt werden, dass ein Internetauftritt neben einem stationären Geschäftslokal nicht grundsätzlich zu der Bejahung von Wettbewerb zwischen den Anschlusshäusern untereinander führt.

In Rn. 52 wird von der Kommission festgestellt, dass die Nutzung des Internets grundsätzlich nicht als Form des aktiven Verkaufs in andere Gebiete angesehen wird. Der Umstand, dass damit ggf. über das eigene Gebiet oder die eigene Kundengruppe hinaus etwas bewirkt wird, also konkret Wettbewerb untereinander besteht, sei eine Folge der technischen Entwicklung, d.h. des einfachen Internet-Zugangs von jedem beliebigen Ort aus. Insofern sollte eindeutig festgestellt werden, dass Wettbewerbsbeschränkungen in vertikalen Vereinbarungen nicht unter dem Gesichtspunkt der Horizontalität zu überprüfen sind, wenn sich der Wettbewerb der gebundenen Unternehmen untereinander nur im Online-Geschäft ergibt und die gebundenen Unternehmen primär im stationären Geschäft tätig sind.

6. Zu den Leitlinien zu Rn. 52 ff Internet Handel

Der ZGV begrüßt die klarstellenden Ausführungen zum Online-Handel.

7. Zu den Leitlinien zu 2.10. Rn. 219 ff

Hier legt die Kommission dar, wie sie zu Preisbindungen grundsätzlich steht, stellt aber bei Rn. 212 fest, dass Preisbindungen der „zweiten Hand“ auch Effizienzgewinne (ermöglichen), die nach Artikel 81 Abs. 3 EGV zu würdigen sind.

So kann eine Preisbindung der „zweiten Hand“ für einen Hersteller, der ein neues Produkt auf den Markt bringt, in den Markt einsteigen will, hilfreich sein, um die Händler dafür zu gewinnen, ihm zu helfen, die Nachfrage für das Produkt zu schaffen. „(...) Entsprechend könnten feste Weiterverkaufspreise und nicht nur Preisobergrenzen erforderlich sein, um in einem Franchisesystem oder einem ähnlichen Vertriebssystem eine kurzfristige Sonderangebotskampagne zu koordinieren, die auch den Verbrauchern zugute kommt. In Anbetracht der kurzen Dauer (in den meisten Fällen zwei bis sechs Wochen) dürfte dies keine spürbaren negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben.“

Bei dieser Formulierung geht die Kommission, nicht zuletzt aufgrund der Forderung von UGAL und ZGV, auf das Problem der Festpreisbindung bei gemeinsamen Werbekampagnen, die von Verbundgruppen ausgehen, ein. Erfreulich an dieser Feststellung ist die Tatsache, dass sie damit grundsätzlich das Petitionum des ZGV anerkennt. Gleichwohl ist festzustellen, dass durch die Formulierung zwar eine Tür geöffnet wird für notwendige Preisbindungen bei Werbekampagnen, es für die betroffenen Unternehmerkreise jedoch nicht ersichtlich ist, welche zusätzlichen Bedingungen hierzu notwendig sind. Es wird von Sonderangebotskampagnen, im englischen Text „Lowprice-Campaign“, gesprochen, die dem Verbraucher zugute kommen. Damit wird angedeutet, dass die Kommission davon ausgeht, dass derartige Werbekampagnen grundsätzlich einen geringeren Preis als der zurzeit marktübliche ausloben.

Akzeptiert die Kommission derartige Festpreisbindungen nur dann, wenn der Verbraucher kurzfristig durch einen sofort erkennbaren Preisvorteil begünstigt wird? Dies entspricht zwar bedauerlicherweise der grundsätzlichen Betrachtungsweise der Kommission, vor allen Dingen durch in Preise direkt niederschlagende kurzfristige Vorteile zu würdigen. Dies mag ggf. bei Werbekampagnen, die von Verbundgruppen ausgehen, der Fall sein. In der Regel basieren diese Werbekampagnen zwar auf einer durchschnittlich günstigen Kalkulation, es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass die Preise in jeder Hinsicht niedriger als die der Wettbewerber sind. Der Vorteil für den Verbraucher liegt wie oben skizziert, im langfristigen Erhalt des Wettbewerbs und damit im Erhalt von service- und beratungsintensiver mittelständischer Unternehmer. Es müsste in den Leitlinien deutlich gemacht werden, dass es nicht auf eine Niedrigpreisstrategie bei diesen gemeinsamen Werbeaktionen ankommt, sondern grundsätzlich darauf, dass durch diese Werbeaktionen die Wettbewerbsfähigkeit mittelständischer Unternehmer langfristig zum Nutzen des Verbrauchers erhalten und gestärkt wird. Ansonsten könnte der Eindruck entstehen, dass nur durch einen einfachen Preisvergleich die Frage

geklärt wird, ob die Voraussetzung des Artikel 81 Abs. 3 EGV erfüllt ist oder nicht.

10.09.2009

Dr. Günther Schulte