

Dr. René Grafunder, Berlin, und Dr. Bernhard Kofler-Senoner, Wien*

Die Beurteilung vertikaler Preisbindungen durch das deutsche Bundeskartellamt und die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde

Vertikale Preisbindungen haben spätestens seit den Kartelluntersuchungen im Lebensmitteleinzelhandel (LEH) an Bedeutung gewonnen. Die Wettbewerbsbehörden in Deutschland und Österreich haben sich bemüht, das Thema dem Anwender auf Basis von Hinweispapieren näher zu bringen, die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) mit ihrem Standpunkt von Juli 2014, das Bundeskartellamt (BKartA) mit seinem Hinweispapier aus Juli 2017. Der Aufsatz beleuchtet essentielle Themengebiete und Herausforderungen, die sich auch über den LEH hinaus in der täglichen Compliance-Praxis stellen.

I. Einleitung

Die vertikale Preisbindung, also Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Hersteller und Händler in Bezug auf die Festsetzung von Wiederverkaufspreisen¹, ist seit vielen Jahren ein Kernthema in fast jeder Kartellrechtsschulung. Dafür gibt es verschiedene Gründe:

Zunächst ist das Risiko vergleichbar mit Preisabsprachen zwischen Wettbewerbern, da Verstöße als kaum zu rechtfertigende Kernbeschränkungen eingeordnet, regelmäßig verfolgt und mit hohen Bußgeldern belegt werden. Aktuelle Beispiele sind die Bußgelder des BKartA gegen *Wellensteyn* und *Peek & Cloppenburg*² sowie das laufende Verfahren der Europäischen Kommission im Bereich der Unterhaltungselektronik³. Auch in Österreich verfolgen die Wettbewerbsbehörden vertikale Abstimmungsmaßnahmen, wie die erst unlängst gegen *Pioneer & Onkyo Europe* und *De'Longhi-Kenwood* verhängten Bußgelder zeigen.⁴

Zweitens ist – anders als im Horizontalverhältnis – ein simples „Do not“ als Compliance-Anweisung in der Regel nicht ausreichend: Kontakte entlang der Vertikalkette lassen sich nicht generell untersagen oder unter den Vorbehalt einer vorherigen rechtlichen Prüfung oder Begleitung durch interne oder externe Juristen stellen (wie z. B. bei Verbandssitzungen üblich). Hersteller und Händler sprechen jeden Tag miteinander, ohne dass realistisch eine laufende Kontrolle durch Compliance- oder Rechtsabteilungen erfolgen kann.

Drittens sind Beweggrund und Schadenstheorie des Verbots der vertikalen Preisbindung weniger deutlich: Anders als beim Wettbewerb zwischen verschiedenen Marken geht es hier ja um den Schutz des Wettbewerbs zwischen Händlern, die dieselbe Marke verkaufen. Dieser markeninterne Wettbewerb steht aber grundsätzlich im Belieben des Herstellers – er hat diesen zusätzlichen Wettbewerb freiwillig durch die Einschaltung von unabhängigen Händlern eröffnet und könnte ihn – jedenfalls solange er nicht den Missbrauchsvorschriften unterliegt – jederzeit wieder beenden, also in den Eigenvertrieb „flüchten“. Laut der Sektoruntersuchung E-Commerce der Europäischen Kommission⁵ ist eine generelle Tendenz hin zum Eigenvertrieb durch Hersteller festzustellen – möglicherweise (auch) eine Reaktion auf die strenge RPM-Praxis einiger Behörden in Europa. Andererseits kann man fragen, ob sich der starke Handel in Deutschland und die verschiedenen, teils innovativen Händlerkonzepte auch so entwickelt hätten, wenn vertikale Preisbindun-

gen und ähnliche Beschränkungen weniger intensiv verfolgt worden wären. Und haben Hersteller nicht andere, weniger beschränkende Mittel zur Erreichung ihrer Ziele als die Preisbindung?

Viertens wird das Thema international (selbst innerhalb der EU) uneinheitlich beurteilt und in unterschiedlicher Intensität verfolgt. Z. B. wird in den USA und in Kanada teilweise ein stärkerer Fokus auf den Schutz des Inter-Brand-Wettbewerbs, also den Wettbewerb zwischen verschiedenen Marken, und eine wirkungsbasierte Analyse insbesondere auf Grundlage der Marktmacht des Herstellers gelegt (*rule of reason*-approach nach der *Leegin*-Rechtsprechung des US Supreme Court⁶). Auch in der EU haben Behörden teilweise (z. B. in den Niederlanden) öffentlich ihre Zurückhaltung im Hinblick auf die Verfolgung von Preisbindungsverstößen deutlich gemacht.⁷ Anders die Behörden in Deutschland und Österreich, die in den vergangenen Jahren durch ihre Praxis und Hinweispapiere erheblich zur Diskussion und Rechtsfortbildung beigetragen haben.

II. Unterschiedliche Genese der Hinweispapiere

Im September 2009 hat sich das BKartA in *Ciba-Vision* über den konkreten Fall hinaus zur Kommunikation von unverbindlichen Preisempfehlungen (UVP) geäußert.⁸ Anfang 2010 durchsuchte das BKartA dann den Lebensmitteleinzelhandel (LEH) und leitete verschiedene Verfahren ein, die z. T. erst kürzlich beendet wurden.⁹ Viele betroffene Unternehmen kooperierten, waren aber nach *Ciba-Vision* und den Ausführungen in den Durchsuchungsbeschlüssen verunsichert: Wo liegen die Grenzen zwischen zulässiger

* Dr. René Grafunder LL. M. (Brügge) ist Rechtsanwalt und Partner im Berliner Büro der Sozietät Dentons Europe LLP, Dr. Bernhard Kofler-Senoner LL. M. (Fordingham) ist Rechtsanwalt, Partner und Leiter der Praxisgruppe Kartellrecht der Sozietät Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Rechtsanwälte GmbH, Wien. Anlass für diesen Beitrag sind die Vorträge, die die Verfasser zu diesem Thema anlässlich der Jahrestagung der Studienvereinigung Kartellrecht im Dezember 2017 in Bonn gehalten haben. Die Verfasser danken *Alexandra Prohm*, *Johannes Frank* und *Patrick Samek* für die wertvolle Unterstützung bei der Fertigstellung dieses Beitrags.

1 Oder auch Preisbindung der zweiten Hand, im englischen Sprachraum: *retail price maintenance* (RPM).

2 BKartA, Fallbericht v. 8.8.2017, B2-62/16.

3 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 2.2.2017 (abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-201_de.htm).

4 Kartellgericht, Beschl. v. 9.11.2017, 128 Kt 5/17 f – *Pioneer & Onkyo Europe GmbH*; Kartellgericht Beschl. v. 14.11.2016, 25 Kt 6/16 v – *De'Longhi-Kenwood GmbH*.

5 Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handeln der Europäische Kommission vom 10.5.2017, (COM) 2017, 229 final (abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_de.pdf).

6 *Leegin Creative Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

7 „ACM's strategy and enforcement priorities with regard to vertical agreements“ von der Autoriteit Consument & Markt v. 20.4.2015 (abrufbar unter: https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/14226_acm-strategy-and-enforcement-priorities-with-regard-to-vertical-agreements.pdf).

8 BKartA, Fallbericht v. 25.9.2009, B3-123/08, Rn. 43 ff.

9 Einen kompakten Überblick über den sog. „Vertikalfall“, der die Warengruppen Süßwaren, Kaffee, Tiernahrung, Bier und Körperpflegeprodukte betraf, und Hinweise zu den einzelnen Fallberichten des Bundeskartellamts sind abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/18_06_2015_Vertikal-fall.html.

und unzulässiger Kommunikation und Verhandlung zwischen Hersteller und Händler? Im Rahmen der Bonusregelung waren die Unternehmen ja insbesondere zur „sicheren Abstellung der Verstöße“ verpflichtet.¹⁰ Das BKartA reagierte mit der sog. Handreichung im April 2010¹¹, die über den LEH-Bereich hinaus, aber insbesondere dort, erhebliche Unsicherheit auslöste und als praxisfern und zu weitgehend wahrgenommen wurde.¹² Teilweise kam die Kommunikation im Vertikalverhältnis faktisch zum Erliegen. Im Mai 2010 folgten dann die Vertikal-Leitlinien der Europäischen Kommission mit erstmals konkreten Hinweisen, wann Preisbindungen aus Effizienzgründen freigestellt sein können.¹³

Spätestens nach Abschluss der LEH-Fälle stellte sich in Deutschland die Frage, was mit der Handreichung geschehen soll, die sich ja gerade auf diese Verfahren bezog. Das BKartA entschloss sich, ein Hinweispapier für den stationären LEH als „Orientierungshilfe“ zu entwerfen (Hinweispapier). Nach einer Konsultation wurde es schließlich im Juli 2017 veröffentlicht,¹⁴ womit die Handreichung gegenstandslos wurde.

Einen anderen Zugang wählte die BWB. Sie veröffentlichte ihren Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen bereits im Juli 2014 (BWB-Standpunkt).¹⁵ Zu diesem Zeitpunkt war ein Großteil der österreichischen LEH-Fälle gerade im Ermittlungsstadium bzw. gerichtsanhängig. So erging insbesondere die rechtskräftige und für Österreich wegweisende „SPAR“-Entscheidung erst im Oktober 2015.¹⁶ Die SPAR-Entscheidung folgte einer großen Zahl von Hausdurchsuchungen im österreichischen LEH. Davon betroffen waren nicht nur große LEH-Ketten wie SPAR oder REWE, sondern auch Lieferanten, insbesondere aus den Bereichen Milchprodukte, Bier und nichtalkoholische Getränke. Der BWB-Standpunkt ist daher im Lichte der nachgelagerten Entscheidungspraxis zu interpretieren und auch zu ergänzen.

III. Grundsätzliche Unterschiede zwischen den Hinweispapieren

Während sich die beiden Papiere bei der inhaltlichen Beurteilung in vielen Punkten überschneiden, gibt es auch wesentliche Unterschiede. Das deutsche Hinweispapier beschränkt sich bereits nach seinem Titel auf den Bereich des „stationären Lebensmitteleinzelhandels“ (wenngleich spezifische Ausführungen über den Bereich des LEH hinausgehen¹⁷) und das Hinweispapier in der Beratungspraxis wohl auch in anderen Bereichen (etwa zum Thema UVP) Relevanz entfaltet. Im Gegensatz dazu geht der Anwendungsbereich des BWB-Standpunkts über den LEH hinaus. Vielmehr stellt dieser einen Verhaltenskatalog für Lieferanten und den Handel dar, welcher insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen (KMUs) als Hilfestellung dienen soll.

Aufgrund der Einschränkung des Hinweispapiers auf den LEH konnte das BKartA in einem höheren Detailgrad auf die jeweiligen Fallkonstellationen eingehen, die (i) sich im LEH stellen und (ii) deren Beurteilung wesentlich von den Marktverhältnissen im LEH in Deutschland geprägt sind.

Der BWB-Standpunkt hat dagegen einen weiteren Anwendungsbereich: Er geht über den LEH und die reine Preisbindung hinaus. Daher trifft der BWB-Standpunkt auch tendenziell generalisierende (und damit weniger marktspezifische) Aussagen, die auch für andere Branchen (etwa den in Österreich verfahrensgegenständlichen Elektrohändler) herangezogen werden können. Für KMUs ist der BWB-Standpunkt

gerade vor diesem Hintergrund hilfreich, da einfach handhabbar.

Schließlich hat auch das verschiedene Alter der beiden Papiere Auswirkungen. So fehlen im ca. drei Jahre älteren BWB-Standpunkt naturgemäß neu entwickelte Themenbereiche wie etwa der „Datenaustausch zwischen Händlern und Herstellern“, dem sich das BKartA in den Rn. 95 ff. detailliert gewidmet hat. Aufgrund der steigenden Relevanz dieses Themas könnten ähnliche Konzepte und Ausführungen wohl auch in Österreich Anwendung finden.

IV. Rechtliche Einordnung des Preisbindungsverbots

Es würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, das Preisbindungsverbot vollständig und im Detail rechtlich einzuordnen.¹⁸ Stattdessen begnügen wir uns mit einigen wenigen Anmerkungen zu den wesentlichen Tatbestandsvoraussetzungen, wie sie auch in den Hinweispapieren erläutert sind.

Ausgangspunkt ist Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB bzw. § 1 KartG, wonach wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen verboten sind. In *Consten-Grundig*¹⁹ hat der EuGH deutlich gemacht, dass auch der markeninterne Wettbewerb geschützt ist und damit vertikale Sachverhalte erfasst sind. Der Begriff der Vereinbarung wird für vertikale und horizontale Konstellationen grundsätzlich einheitlich ausgelegt.²⁰ Im Horizontalverhältnis bereitet dies Behörden und Gerichten selten Schwierigkeiten, da häufig offengelassen wird, ob eine Vereinbarung oder eine – sehr weit ausgelegte – abgestimmte Verhaltensweise vorliegt.²¹

10 Bekanntmachung Nr. 9/2006 des Bundeskartellamtes über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung – vom 7.3.2006, Rn. 6 ff. (abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Bekanntmachungen/Bekanntmachung%20-%20Bonusregelung.pdf?__blob=publicationFile&cv=7).

11 Schreiben des damaligen Vorsitzenden der 11. Beschlussabteilung v. 13.4.2010 (sog. „Handreichung“), B11-13 u. 19/09, 12/10 (abrufbar unter: http://www.fiw-online.de/files/bkarta_vorsschreiben_13042010_final_anonym.pdf).

12 U.a. wurde Kritik vom Markenverband (abrufbar unter: http://www.markenverband.de/aktuelles/nachrichten/stellungnahme-des-markenverbandes-zur-vorsitzenden-handreichung-des-bkarta/Stellungnahme_zur_Vorsitzenden_Handreichung_des_BKartA_Jahresgesprache%20final.pdf) und dem Handelsverband Deutschland (abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Stellungnahmen/Stellungnahme%20-%20Konsultation_Hinweispapier_LEH_HB_2017.pdf?__blob=publicationFile&cv=3) geäußert.

13 Leitlinien für vertikale Beschränkungen der Europäischen Kommission v. 19.5.2010, 2010/C 130/01 (abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:DE:PDF>).

14 „Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels“ des Bundeskartellamtes v. 12.7.2017 (abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Hinweispapier%20Preisbindung%20im%20Lebensmitteleinzelhandel.pdf?__blob=publicationFile&cv=8).

15 Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen der BWB vom Juli 2014 (abrufbar unter: https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/Downloads/standpunkte/BWB-Leitfaden%20-%20Standpunkt%20zu%20vertikalen%20Preisbindungen.pdf).

16 Kartellobergericht, Beschl. v. 8.10.2015, 16 Ok 2/15 b – Spar.

17 Hinweispapier des BKartA v. 12.7.2017, Rn. 34 ff. zur Prüfung relevanter Kriterien für die Bewertung in der Praxis.

18 Umfangreichere Darstellungen finden sich u. a. bei *Langen/Bunte*, Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, Bd. 1, § 1 Rn. 304 f., *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 1 Rn. 353 ff., *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 11 Rn. 146 ff., § 12.

19 EuGH, Urt. v. 13.7.1966, Rs. 56/64 u. 58/64, ECLI:EU:C:1966:41 – *Consten Grundig/Kommission*.

20 EuGH, Urt. v. 13.7.1966, Rs. 56/64 u. 58/64, ECLI:EU:C:1966:41, S. 386 f. – *Consten Grundig/Kommission*.

21 *Lübbig*, in *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 8 Rn. 12. Speziell bzgl. Horizontalverhältnis, allerdings nur in Bezug auf Kommission.

Für das Vertikalverhältnis wird in der Rechtsprechung darauf abgestellt, ob eine „Willensübereinstimmung“ vorliegt²², also eine Einigung auf einen gemeinsamen Willen. In der EU-Praxis zu vertikalen Vereinbarungen ging es meist um die Unterbindung von Parallelimporten, z. B. bei Kfz.²³ Allein im Abschluss des Händlervertrags wurde danach noch keine Zustimmung des Händlers zu einer solchen Geschäftspolitik des Herstellers gesehen.²⁴ Eine Vereinbarung kann danach aber vorliegen, wenn sich der Händler nachträglich der Geschäftspolitik des Herstellers anschließt, also z. B. tatsächlich weniger Kfz bestellt und keine Parallelimporte mehr vornimmt.²⁵ Wie zu zeigen sein wird, kann dies jedenfalls für das bloße Befolgen von UVP nicht gelten.

Eine abgestimmte Verhaltensweise ist eine Koordinierung zwischen Unternehmen, die bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.²⁶ Diese für die Koordination zwischen Wettbewerbern herkömmliche Definition kann so für das Vertikalverhältnis nicht gelten. Hersteller und Händler sind ja gerade darauf angewiesen, alltäglich praktisch zusammenzuarbeiten. So ist bei der UVP die Grundidee, dass der Hersteller einen Preis gegenüber dem Händler empfehlen, und der Händler dieser Empfehlung auch folgen darf. Im Horizontalverhältnis zwischen Wettbewerbern kann nach der *T-Mobile*-Rechtsprechung bereits die einmalige Übermittlung von wettbewerbslich sensiblen Informationen ausreichen, um eine Abstimmung mit einem vermuteten Marktverhalten, nämlich der Berücksichtigung der Information, zu begründen.²⁷ Während es also zwischen Wettbewerbern genügt, Informationen zu erhalten, kann dies für das Vertikalverhältnis nicht gelten.²⁸

Hinweispapier und BWB-Standpunkt gehen davon aus, dass Vereinbarungen zu Fest- und Mindestpreisen Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken.²⁹ Das mag auf die *Bimon*-Rechtsprechung des EuGH³⁰ zur Preisbindung im Pressevertrieb zurückgehen. Damit müssen Behörden und Gerichte keine wettbewerbschädlichen Auswirkungen nachweisen. Eine Freistellung ist unwahrscheinlich.³¹ Weiterhin gehen beide Behörden unter Verweis auf den EuGH in *Expedia*³² davon aus, dass bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen in jedem Fall spürbar sind.³³ Dem steht auch die deutsche „1 Riegel extra“-Rechtsprechung³⁴ nicht entgegen. Hier waren Händler faktisch aufgrund eines Aufdrucks gezwungen, die 11er duplo-Box nicht teurer als die 10er-Box anzubieten. Der BGH hatte – allerdings noch zum alten § 14 GWB, der die Handlungsfreiheit des Händlers stärker schützte, als dies heute im Rahmen des EU-weit harmonisierten Kartellverbots der Fall ist³⁵ – entschieden, dass ein Verstoß dann nicht vorliegt, „wenn die Preisgestaltungsfreiheit der Händler nur für eine kurze Zeitspanne und praktisch nicht spürbar eingeschränkt wird“. Darauf verweisend hat kürzlich ein Urteil des OLG Celle³⁶ für Aufsehen gesorgt, wonach – der *Expedia*-Entscheidung zum Trotz – eine zeitlich und gegenständlich beschränkte Preisbindungsaktion nicht spürbar sei. Der BGH hat dies zurückgewiesen und bekräftigt, dass für die Festsetzung von Mindestpreisen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung das Spürbarkeitserfordernis gar nicht erst gelte.³⁷ Grundsätzlich sei es zwar richtig, dass wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen nur unter Art. 101 AEUV fallen, wenn sie eine spürbare Einschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Die sich daraus ergebenden Anforderungen seien aber nach Art der jeweiligen Wettbewerbsbeschränkung zu bestimmen.³⁸ Vereinbarun-

gen wie die Festsetzung von Mindestpreisen, mit denen eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt werde und die bereits von Natur aus als schädlich angesehen werden, stellten aber grundsätzlich – unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen – eine spürbare Beeinträchtigung dar. Allein aufgrund der Tatsache, dass sie geeignet seien, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu haben, unterfielen sie Art. 101 AEUV.³⁹ Damit dürfte klar sein, dass jedenfalls die Spürbarkeit kein Ausweg aus der grundsätzlichen Unzulässigkeit von Fest- und Mindestpreisen ist.

Neben der Freistellung von UVP und Höchstpreisen durch die Vertikal-GVO sind Frestellungsmöglichkeiten äußerst beschränkt und von Unsicherheiten belastet. Nach den Vertikal-Leitlinien der Kommission⁴⁰ kommt eine Freistellung bei Produktneueinführungen, kurzfristigen Sonderangebotskampagnen in Franchise- oder ähnlichen Systemen sowie zur Beschränkung des Trittbrettfahrerproblems in Betracht. Was „neues Produkt“ und „ähnliches Vertriebssystem“ in diesem Zusammenhang bedeutet, ist unklar und wird teilweise sehr eng ausgelegt. Es gab Fälle, in denen Unternehmen von Preisbindungen für neue Produkte wieder Abstand genommen haben, nachdem die Kommission entsprechende Verfahren eingeleitet hat. Zudem hat insbesondere das BKartA – auch im Hinweispapier⁴¹ – herausgestellt, dass eine Preisbindung in solchen Fällen *erforderlich* sein muss, d. h. keine weniger beschränkenden Maßnahmen in Betracht kommen dürfen.

22 EuGH, Urt. v. 13.7.2006, Rs. 74/04 P, ECLI:EU:C:2006:460, Rn. 37 – *Kommission/Volkswagen*.

23 EuGH, Urt. v. 13.7.2006, Rs. 74/04 P, ECLI:EU:C:2006:460 – *Kommission/Volkswagen*.

24 EuGH, Urt. v. 13.7.2006, Rs. 74/04 P, ECLI:EU:C:2006:460, Rn. 35 ff. – *Kommission/Volkswagen*.

25 EuGH, Urt. v. 13.7.2006, Rs. 74/04 P, ECLI:EU:C:2006:460, Rn. 40, 47 f. – *Kommission/Volkswagen*.

26 EuGH, Urt. v. 8.7.1999, Rs. 49/92, ECLI:EU:C:1999:356, Rn. 115–118 – *Kommission/Anic Partecipazioni*.

27 EuGH, Urt. v. 4.6.2009, Rs. 8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 58 ff. – *T-Mobile Netherlands u. a./Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*.

28 Häufig kann in Deutschland die Frage, ob eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt, offengelassen werden, da § 21 Abs. 2 GWB bereits den einseitigen Versuch der Preisbindung mittels Vorteilen oder Nachteilen verbietet. Eine vergleichbare Norm in Österreich ist § 1 Abs. 4 KartG, wonach Empfehlungen zur Einhaltung bestimmter Preise, Preisgrenzen, Kalkulationsrichtlinien, Handelsspannen oder Rabatte einem verbotenen Kartell gleichkommen (sog. Empfehlungskartell), wenn auf ihre Unverbindlichkeit nicht hingewiesen wird oder zu deren Durchsetzung wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Druck ausgeübt werden soll oder wird (wobei unter „wirtschaftlichem Druck“ auch wirtschaftliche Anreize verstanden werden, vgl. Kartellobergericht v. 5.3.2013, 16 Ok 1/13).

29 Hinweispapier des BKartA v. 12.7.2017, Rn. 46 ff.; Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen der BWB vom Juli 2014, S. 5.

30 EuGH, Urt. v. 3.7.1985, Rs. 243/83, ECLI:EU:C:1985:284 – *Bimon*.

31 Hinweispapier des BKartA v. 12.7.2017, Rn. 15.

32 EuGH, Urt. v. 13.12.2012, Rs. 226/11, ECLI:EU:C:2012:795, Rn. 37 – *Expedia*.

33 Hinweispapier des BKartA v. 12.7.2017, Rn. 10, 16. Kartellgericht, Beschl. v. 20.5.2015, 29 Kt 4/15 – *Franz Großschädl Stahlgroßhandel*; Kartellgericht, Beschl. v. 26.11.2014, 29 Kt 60/14 – *NÖM AG*.

34 BGH, Urt. v. 8.4.2003, KZR 3/02, Rn. 25 – *1 Riegel extra*.

35 Insbesondere waren nach altem Recht auch Höchstpreisbindungen generell untersagt.

36 OLG Celle, Urt. v. 7.4.2016, 13 U 124/15 (Kart), Rn. 66 ff. – *Almased Vitalkost*, NZKart 2016, 288.

37 BGH, Urt. v. 17.10.2017, KZR 59/16 – *Almased Vitalkost*, NZKart 2018, 52.

38 BGH, Urt. v. 17.10.2017, KZR 59/16, Rn. 19 – *Almased Vitalkost*, NZKart 2018, 52.

39 BGH, Urt. v. 17.10.2017, KZR 59/16, Rn. 20 ff. – *Almased Vitalkost*, NZKart 2018, 52.

40 Leitlinien für vertikale Beschränkungen der Europäischen Kommission v. 19.5.2010, 2010/C 130/01, Rn. 47, 225.

41 Hinweispapier des BKartA v. 12.7.2017, Rn. 18 f.

V. Konkrete Verhaltensweisen im Rahmen der Kommunikation zu Wiederverkaufspreisen

Sowohl das Hinweispapier als auch der BWB-Standpunkt erläutern die kartellrechtlichen Grenzen anhand von Beispielfällen. Diese liegen zum Teil sehr deutlich entweder im zulässigen oder im unzulässigen Bereich. Nachfolgend gehen wir zunächst auf zwei Themen – UVP und Aktionspreise – ein, bei denen die Sachverhalte und Erläuterungen in natürliche und als solche unproblematische Kommunikationsmuster eingreifen. Das BKartA macht an diesen Stellen nicht ausreichend klar, dass seine Erfahrungen aus konkreten Fällen nicht zwingend Rückschlüsse auf die alltägliche Praxis zulassen. Dadurch werden Compliance-Bestrebungen der Unternehmen nicht erleichtert, sondern sogar erschwert. Danach behandeln wir mit Spannengarantien einen weiteren Bereich mit einem Fokus auf die jüngere Praxis in Österreich.

1. UVP

UVP sind in Deutschland erst seit 2005 in allen Sektoren zulässig – vorher war dies nur für Markenwaren der Fall.⁴² Sie dienen – von ihrer Grundidee her – dem Verbraucher als Orientierung und dem Händler als Erleichterung bei der Kalkulation.⁴³ Die Bedeutung von UVP mag angesichts der Verbreitung des Online-Vertriebs, von Preissuchmaschinen sowie automatisierten und personalisierten Preisen abnehmen. Faktisch sind sie weiterhin – gerade beim Vertrieb von Markenwaren – allgegenwärtig.⁴⁴ UVP sind als einseitige Maßnahme des Herstellers nicht vom Tatbestand des Kartellverbots erfasst – das stellen das Hinweispapier und der BWB-Standpunkt ausdrücklich klar.⁴⁵

Hersteller dürfen UVP also übermitteln, erläutern – und auch argumentieren.⁴⁶ Sinn und Zweck einer UVP ist es gerade, den Händler von einem bestimmten Preispotential des Produkts *zu überzeugen* – und nicht nur über eine Ansicht des Herstellers *zu informieren*. Das BKartA stellt in seinen Hinweisen klar, dass Kalkulationshilfen – also die hypothetische Berechnung von Händlermargen – grundsätzlich zulässig sind (im BWB-Standpunkt findet sich keine vergleichbare Aussage).⁴⁷ Zulässig sollte auch die Äußerung des Herstellers sein, dass er von der UVP überzeugt ist und davon ausgeht, dass sich diese durchsetzen wird – alles andere wäre eine übertriebene und unnatürliche Heimlichkeit. Kritisch sind wegen der Kollusionsgefahr dagegen Hinweise des Herstellers auf konkrete Preissetzungsabsichten anderer Händler sowie – darauf verweist der BWB-Standpunkt⁴⁸ – Formulierungen wie der „Händler möge die UVP *möglichst* einhalten“.

Weniger klar ist, wie der Händler auf eine ihm kommunizierte und erläuterte UVP reagieren darf. Klar ist, dass er der Empfehlung folgen darf – so das BKartA ausdrücklich im Hinweispapier⁴⁹ – und zwar unabhängig davon, wie andere Händler reagieren – also auch dann, wenn die UVP flächendeckend im Markt umgesetzt wird.⁵⁰ In der Regel wird der Hersteller nämlich mit einer UVP genau dieses Ziel verfolgen. Bis 2005 waren UVP in Deutschland sogar nur dann erlaubt, wenn der empfohlene Preis „*dem von der Mehrheit der Empfehlungsempfänger voraussichtlich geforderten Preis entspricht*“ (§ 23 Abs. 1 Nr. 2 GWB a. F.). Entsprechend auch die Wertung des UWG, dass UVP ernst gemeint und nicht irreführend sein dürfen.⁵¹ Man kann nicht einerseits UVP zulassen, andererseits aber deren (flächendeckende) Befolgung verbieten.

Unklar ist, ob der Händler dem Hersteller auch kommunizieren darf, was er von der UVP hält, also z. B., dass er plant, dieser zu folgen oder nicht zu folgen.

Beispielsfall: Ein Hersteller ruft bei seinem Händler an und fragt, was er von den neuen UVP hält. Der Händler äußert, dass seiner Meinung nach die UVP für ein neues Produkt zu hoch ist und sich am Markt angesichts der Wettbewerbslage nicht realisieren lassen wird. Der Hersteller verweist auf eine Marketingstudie und das besondere Design des neuen Produkts. Daraufhin entgegnet der Händler, dass er sich bei den anderen Produkten „wohl an der UVP orientieren wird“, bei dem neuen Produkt müsse er noch schauen.

Nach dem Hinweispapier⁵² beginnen hier die Zweifel. Das BKartA meint, der Händler verlasse mit einer Rückäußerung den Bereich des „*eindeutig und ohne nähere Prüfung kartellrechtskonformen Verhaltens*“. Es empfiehlt, Rückäußerungen zu vermeiden, „*die den Anschein einer Zusage erwecken, man werde die UVP befolgen*“.⁵³ Dem ist in dieser Pauschalität nicht zuzustimmen. Auch in Österreich würde dies nicht weniger kritisch gesehen.

Im Vertikalverhältnis kann aus einer bloßen Information zur beabsichtigten Preissetzung (anders als im Verhältnis zwischen Wettbewerbern) weder eine Vereinbarung noch eine abgestimmte Verhaltensweise abgeleitet werden. Solange der Händler rechtlich und faktisch frei bleibt, seinen Verkaufspreis jederzeit zu ändern, und dem Hersteller lediglich seine Meinung zur UVP und seine derzeitigen Preisabsichten mitteilt, liegt keine Zusage des Händlers im Sinne einer Einigung auf einen gemeinsamen Willen vor. Im Horizontalverhältnis legt der EuGH in *T-Mobile* dem Empfänger einer wettbewerbslich sensiblen Information nahe, diese ausdrücklich zurückzuweisen und sich eindeutig zu distanzieren. Im Vertikalverhältnis wird man dagegen kaum von einem Hersteller verlangen wollen, sich von seiner eigenen UVP zu distanzieren, wenn ihm der Händler mitteilt, dieser folgen zu wollen. Ausweichen kann ein Mitarbeiter des Herstellers einer solchen Rückäußerung jedenfalls schlecht. Zudem ist es aus Sicht des Händlers lebensfremd und schlicht unhöf-

42 Bis zur 7. GWB-Novelle im Jahre 2005 hielt § 22 a. F. GWB den Grundsatz fest, dass Preisempfehlungen grds. verboten waren, eine Ausnahme für Markenwaren hielt § 23 a. F. GWB bei Erfüllen bestimmter Voraussetzungen fest.

43 Lettl, WRP 2011, 710, 717; vgl. auch Sosnitza, in Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl. 2016, § 5 Rn. 471–476 in Bezug auf unlautere Werbung; Seeliger, in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 11 Rn. 159, spricht von Orientierungshilfe für Abnehmer bei Weiterverkauf.

44 Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handeln der Europäische Kommission v. 10.5.2017, (COM) 2017, 229 final, Rn. 15 (abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_de.pdf).

45 Hinweispapier des BKartA v. 12.7.2017, Rn. 52. Es bedarf damit auch keiner Freistellung, weswegen die Formulierung der Vertikal-GVO unglücklich ist. Sie legt in Art. 4 lit. a) nahe, dass UVP erst durch die Vertikal-GVO freigestellt würden (so ausdrücklich auch in den Vertikal-Leitlinien der Kommission, Rn. 48).

46 Hinweispapier des BKartA v. 12.7.2017, Rn. 52.

47 Hinweispapier des BKartA v. 12.7.2017, Rn. 52.

48 Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen der BWB vom Juli 2014, S. 10.

49 Hinweispapier des BKartA v. 12.7.2017, Rn. 52 (obwohl sich diese Aussage im BWB-Standpunkt in dieser Form nicht findet, ist sie unseres Erachtens auch auf Österreich anzuwenden).

50 So auch Maritzen, in Busche/Röhling, Kölner Kommentar zum Kartellrecht, 1. Aufl. 2017, § 1 GWB Rn. 569 (mit Verweis auf Rn. 254) m. w. N.; Stancke, ZLR 2010, 543, 552; a. A. Zimmer, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 1 Rn. 365.

51 Sosnitza in Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl. 2016, § 5 Rn. 472.

52 Hinweispapier des BKartA v. 12.7.2017, Rn. 52 f.

53 Hinweispapier des BKartA v. 12.7.2017, Rn. 58.

lich, auf eine Erläuterung und Argumentation mit Schweigen zu reagieren. Solche Heimlichkeiten sind Vertriebs- und Einkaufsmitarbeitern auch in Compliance-Schulungen kaum zu vermitteln, die ansonsten auf klare und unmissverständliche Kommunikation ausgerichtet sind.

Vor dem Hintergrund der Entscheidungspraxis in Deutschland und in Österreich sollten Unternehmen jedoch jedenfalls überlegen, die Kommunikation zu UVPs mit ihren Geschäftspartnern (Lieferanten/Händlern) auf das Nötigste zu reduzieren, um nicht den Anschein des „Verhandelns“ einer UVP zu erwecken. Ein solches „Verhandeln“ würde, insbesondere im Fall von bereits am Markt befindlichen Produkten, kritisch betrachtet werden. Darüber hinaus muss ein Informationsfluss zwischen Händlern über den Lieferanten im Sinne eines „hub & spoke“ verhindert werden. Ein Händler ist zwar (ohne Zusatzelemente wie etwa ein eindeutiges Auffordern) nicht für die Weitergabe vertraulicher Informationen durch den Lieferanten an einen Dritten (etwa einen anderen Händler) verantwortlich, eine Weitergabe von vertraulichen Informationen (z. B. über den Zeitraum geplanter Aktionen) des Lieferanten an Wettbewerber eines Händlers und Reaktionen der Wettbewerber bzw. Korrespondenz dazu könnte jedoch dazu führen, dass eine Behörde von einem hub & spoke-Verdacht ausgeht. Eine Möglichkeit, ein solches Risiko zu minimieren, besteht darin, dass der Händler gegenüber dem Lieferanten Informationen grundsätzlich bereits entsprechend restriktiv kommuniziert, explizit verlangt, dass etwaige Informationsflüsse an Dritte zu unterlassen sind, und entsprechende Sicherheitsvorkehrungen durch den Lieferanten zu treffen sind.

Im Hinblick auf die wiederholte Übersendung oder Thematisierung einer UVP stellt das Hinweispapier klar – und nimmt damit von *Ciba Vision*⁵⁴ und der Handreichung in gewisser Weise Abstand –, dass die nochmalige Thematisierung nicht zwingend zu einem Verstoß führt. Der BGH hatte die Frage 2012 offengelassen.⁵⁵ Im Hinweispapier wird dieses Thema im Kontext von Drohungen und unter Berücksichtigung der konkreten Machtverhältnisse sowie vergangener Verhaltensmuster behandelt.⁵⁶ Es geht nicht mehr um das bloße mehrmalige Übermitteln oder Thematisieren, sondern konkret um das „Ansprechen des Händlers auf einen Niedrigpreis“.⁵⁷ Dies könne schon beim ersten Mal unzulässig sein, wenn es sich entweder um einen bedeutenden Hersteller mit entsprechender Markt- und Verhandlungsmacht handelt und/oder in der Vergangenheit Konsequenzen auf solche Hinweise folgten. Nach dem BWB-Standpunkt überschreitet der Hersteller die Grenze, wenn er „nachdrücklich insistiert“ oder den Händler „gezielt und wiederholt bearbeitet“.⁵⁸ Vor diesem Hintergrund sollten Hersteller grundsätzlich so oder so ein gezieltes Ansprechen des Händlers auf einen Niedrigpreis unterlassen: entweder ist es faktisch aussichtslos, weil der Händler zu mächtig ist, oder man befindet sich im Bereich der unzulässigen Druckausübung. Eine Ausnahme sollte gelten, wenn exogene Umstände (z. B. eine neue Wettbewerbssituation) eine erneute Kontaktaufnahme rechtfertigen – dies entspricht dann der Situation des erstmaligen Übermittels einer UVP (selbst wenn sich diese nicht ändert).

2. Aktionspreise

Hersteller und Händler kommunizieren regelmäßig zu Aktionspreisen. In der Praxis kommt es vor, dass Hersteller und Händler für eine Aktion Sonderkonditionen vereinbaren, d. h. einen niedrigeren Einkaufspreis oder aktionsbezogene Zuschüsse des Herstellers. Der Hersteller kann im Gegenzug

verlangen, dass der Händler einen bestimmten Preis nicht überschreitet – ansonsten wäre es für den Händler ein Leichtes, zum Nachteil von Hersteller und Verbraucher zusätzliche Gewinne zu generieren. Solche Höchstpreisvereinbarungen sind in der Regel zulässig. Zwar ist die Freistellung in der Vertikal-GVO mit Unsicherheiten verbunden: Wann wandelt sich eine freigestellte Höchstpreisbindung in einen unzulässigen Mindest- oder Festpreis? Wann ist ein Höchstpreis zu niedrig, also zu nah am Einkaufspreis, so dass der Händler faktisch keinen Spielraum hat? Sind die Marktanteilsschwellen eingehalten? Hinweispapier und BWB-Standpunkt stellen jedoch klar, dass Höchstpreisbindungen grundsätzlich nicht von den Behörden beanstandet werden. Das BKartA nennt die Höchstpreisbindung ausdrücklich als zulässige Alternative zur Preisbindung, um übermäßige doppelte Preisaufschläge zu vermeiden.⁵⁹ Zumindest für zeitlich begrenzte Aktionen wird entweder die Spürbarkeit fehlen oder eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB bzw. § 2 KartG greifen.

Unklar bleibt nach dem Hinweispapier, ob der Händler dem Hersteller seinen Aktions-Verkaufspreis mitteilen und wie der Hersteller darauf reagieren darf.

Beispielsfall: Der Händler meldet sich beim Hersteller, weil das neue Produkt nicht mehr so gut läuft. Der Händler schlägt eine konkrete Aktion vor und nennt den geplanten Aktionspreis, der erheblich unterhalb der Aktions-UVP liegt. Der Hersteller verweist auf andere, erfolgreiche Aktionen und darauf, dass bei dem geplanten Aktionspreis aufgrund des zu erwartenden Ansturms ein Lieferengpass droht. Er teilt dem Händler mit, dass er die voraussichtlich nötigen Mengen zu dem geplanten Aktionszeitraum nicht wird liefern können.

Diese beispielhafte Hersteller-Händlerkommunikation liegt laut Hinweispapier⁶⁰ im Graubereich – Händler sollen nach Möglichkeit davon absehen, dem Hersteller den Aktions-Verkaufspreis zu nennen. Die bloße Nennung des (beabsichtigten) Verkaufspreises liegt aber im Bereich der einseitigen Äußerungen und autonomen Entscheidungen. Die beispielhafte Kommunikation kann zu unterschiedlichen Ergebnissen führen: der Händler könnte die Aktion wie geplant durchführen, er könnte den Zeitraum oder die Dauer anpassen, oder er könnte dem Hersteller mitteilen, dass er die Aktion doch zur Aktions-UVP durchführt. Ohne entsprechende Bindung oder sonstige Plusfaktoren handelt es sich nicht um eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 101 AEUV. Freilich muss der Verweis des Herstellers auf die Produktionsgrenzen ernsthaft sein. Darin liegt dann aber gerade eine objektive Rechtfertigung der Mitteilung des Aktions-Verkaufspreises – nämlich zur Planung der Produktion und des Vertriebs. Der BWB-Standpunkt verweist ausdrücklich auf diese Interessen und erachtet die Mitteilung des Aktionsverkaufspreises daher für zulässig, solange gewährleistet ist, dass dieser vom Handel autonom festgelegt und nicht abgestimmt oder vereinbart wird.⁶¹ Der Händler sollte aber mit entsprechenden Vor-

54 BKartA, Fallbericht v. 25.9.2009, B3-123/08, Rn. 44, 52.

55 BGH, Urt. v. 6.11.2012, KZR 13/12, Rn. 5 f. – UVP für Rücksäcke, NZKart 2013, 84.

56 Hinweispapier des BKartA v. 12.7.2017, Rn. 66.

57 Hinweispapier des BKartA v. 12.7.2017, Rn. 64 ff.

58 Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen der BWB vom Juli 2014, S. 10, 13.

59 Hinweispapier des BKartA v. 12.7.2017, Rn. 32.

60 Hinweispapier des BKartA v. 12.7.2017, Rn. 74.

61 Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen der BWB vom Juli 2014, S. 13 f.

gaben sicherstellen, dass es über den Lieferanten zu keiner Informationsweitergabe an andere Händler kommt.

3. Spannengarantien / Nachverhandlungen

Eine weitere besonders praxisrelevante Frage ist, ob und inwieweit das Margenrisiko des Händlers auf den Lieferanten übertragen werden darf. Dass es in der Praxis nicht selten zu Diskussionen zwischen dem Händler und dem Hersteller über die mit dessen Produkten erzielbaren Margen kommt, ist nicht verwunderlich. Die Verkaufspreis-Erwartungen eines Händlers bestimmen regelmäßig den Einkaufspreis, den er bereit ist zu zahlen.

Der BWB-Standpunkt enthält zu diesem Themenkomplex im Wesentlichen zwei Aussagen: (a) Unternehmen haben ihre Margenberechnungen selbständig durchzuführen und das wirtschaftliche Risiko ihrer Preispolitik selbst zu tragen. (b) Dementsprechend wird eine rückwirkende Reduktion des Einkaufspreises im Fall des Nichteintretens von Verkaufspreiserwartungen als „starkes Indiz“ für das Vorliegen von Preisbindungen oder gar horizontalen Abstimmungen angesehen.⁶²

Positiv beachtlich ist hier die vergleichsweise „liberalere“ und differenzierte Haltung des BKartA. Nach dem Hinweispapier stellt die Garantie einer Mindestspanne des Händlers durch den Lieferanten und Nachverhandlungen „für sich grundsätzlich“ und „vorbehaltlich der besonderen Verhaltensvorschriften für marktstarke bzw. marktbeherrschende Unternehmen“ keinen Kartellverstoß dar. Vielmehr handelt es sich um ein Verhandlungsergebnis zwischen Händler und Lieferant „im freien Spiel der Kräfte“.⁶³ Dennoch sind auch im Hinweispapier Vorbehalte gegen diese Verhaltensweisen erkennbar. Einerseits könnte die Zusicherung einer Spannengarantie zum Verständnis führen, dass andere Händler bei der Verkaufspreissetzung im Sinne der UVP „mitziehen“ (d.h. eine Zusicherung darstellen). Andererseits kann eine Ausgleichsforderung durch den Händler unter Hinweis auf die Preisgestaltung seiner Wettbewerber auch als Druckausübung auf den Hersteller mit dem Ziel gewertet werden, diesen zur Etablierung oder Aufrechterhaltung von Preisbindungen bei anderen Händlern zu veranlassen. Dieses Risiko wird von beiden Behörden gesehen.

Weiterführend stellt sich in diesem Zusammenhang dann die Frage, wie ein Szenario zu beurteilen ist, in dem nicht *ex ante* Spannenneutralität bzw. ein Ausgleich der Marge vereinbart ist, sondern *ex post*-Verhandlungen über enttäuschte Margenerwartungen geführt werden. Nach dem Hinweispapier des BKartA ist die Gewährung eines nachträglichen Ausgleichs primär eine Sache der jeweiligen Marktposition und des Verhandlungsgeschicks der Parteien. Entsprechende Forderungen eines Händlers könnten zwar in den Missbrauchsbereich fallen, würden für sich genommen aber noch nicht für einen Kartellverstoß ausreichen. Dafür müssten weitere Anhaltspunkte hinzukommen.⁶⁴ Diesem Ansatz ist zuzustimmen. Derartige Verhandlungen und Forderungen *per se* mit einem Kartellrisiko zu belasten, würde in den Kern der Verhandlung zwischen Händler und Lieferant eingreifen.

Erste hilfreiche Ansatzpunkte für die Praxis zur Beurteilung dieser „weiteren Anhaltspunkte“ bieten die Ausführungen des BKartA:

- Ist der Ausgleich, der vom Lieferanten gefordert wird, bereits eingespielte Praxis – und damit *de facto* keine *ex post*-Verhandlung, sondern Teil einer *ex ante*-Vereinbarung oder zumindest abgestimmten Verhaltensweise?

- Besteht ein ausreichender zeitlicher Abstand zwischen den einzelnen Verkaufspreisänderungen am Markt und den *ex post*-Verhandlungen?
- Ergibt sich aus dem Sachverhalt entweder eine explizite Forderung des Händlers an den Lieferanten nach Beeinflussung der Verkaufspreise der Mitbewerber oder drängt sich eine solche Forderung aus den Umständen auf?

In der Praxis lassen sich die verschiedenen Verhandlungssituationen nicht immer so klar einordnen. Die dogmatisch angebrachte „Gesamtbewertung aller Umstände“ stellt den Anwender in der täglichen Compliance-Arbeit regelmäßig vor große Schwierigkeiten. Vor diesem Hintergrund können für Händler und Lieferanten gewisse Begleitmaßnahmen empfehlenswert sein, um ein mögliches Kartellrechtsrisiko zu minimieren. Als Beispiele seien eine Absicherung, dass es zu keinem Informationsfluss über Lieferanten an andere Händler kommt, sowie die Schaffung eines klaren Verständnisses über den Verhandlungsgegenstand genannt.

VI. Fazit

Der derzeitige Zustand der rechtlichen Einordnung und Verfolgung von vertikalen Preisbindungen ist aus mehreren Gründen trotz der für den Rechtsanwender grundsätzlich als positiv zu betrachtenden Hilfestellung durch die Leitfäden von BKartA und BWB unbefriedigend:

Es liegt erstens die Vermutung nahe, dass nur die wenigsten Fälle vertikaler Preisbindungen erkannt und aufgegriffen werden. Behörden haben im Zweifel wenig Interesse an der Verfolgung klassischer, nicht-komplexer, einseitiger Preisbindungsfälle. Beide Behörden sehen Preisbindungen einerseits als bezweckte Beschränkungen – also solche, die ihrer Natur nach schädlich sind – und trotzdem wollen bzw. können sie (auch aufgrund von begrenzten Ressourcen) in der Regel nur Fälle mit hohen Marktanteilen oder horizontalen Elementen aufgreifen. Darin liegt ein klarer Widerspruch. Auflösen ließe sich dieser Widerspruch möglicherweise mit einer Amnestie für Preisbindungsverstöße bei vollständiger Offenlegung und Nachweis der Abstellung. Dies würde Unternehmen eine Brücke in die Legalität bauen, die erwägen, eine lang geübte und möglicherweise branchenweite Praxis zu beenden.⁶⁵

Zweitens besteht in der Praxis teilweise große Verunsicherung im Graubereich, wodurch Unternehmen übermäßig (und unnötig) in der alltäglichen und notwendigen Hersteller-Händler-Kommunikation beschränkt und zudem Compliance-Anstrengungen erschwert werden. Häufig ist der derzeitige Umgang mit der Preisbindung in der Compliance-Praxis eine Frage des Sicherheitsabstandes, den man einhalten will. Dies kann im schlechtesten Fall zu „Überreaktionen“ führen und Compliance-Anforderungen schaffen, die von Mitarbeitern in der täglichen Kommunikation zwischen Händlern und Lieferanten praktisch kaum umsetzbar sind. Dies beeinträchtigt einerseits die Effektivität von Compliance-Regeln und widerspricht andererseits den kommerziellen

62 Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen der BWB vom Juli 2014, S. 12 f.

63 Hinweispapier des BKartA v. 12.7.2017, Rn. 77.

64 Hinweispapier des BKartA v. 12.7.2017, Rn. 81.

65 Die Kartellbehörde in Mauritius hat 2017 ein solches Amnestie-Programm für Preisbindungs-Verstöße durchgeführt, und innerhalb von 4 Monaten haben mehr als 100 Unternehmen davon Gebrauch gemacht, s. Pressemitteilung der Competition Commission of Mauritius v. 5.6.2017 (abrufbar unter: <http://www.ccm.mu/English/Documents/RPM/Media%20Release%20-%20RPM%20Amnesty%20programme%20Final.pdf>) sowie generelle Informationen zum Amnestie-Programm unter: <http://www.ccm.mu/English/Pages/RPM.aspx>.

Realitäten und Bedürfnissen. Aus Sicht der Rechtsanwender wären EU-weite und sektorübergreifende Leitlinien wünschenswert, um immer noch bestehende Graubereiche im Sinne einer möglichst hohen Konvergenz aufzulösen.

Drittens ist im Bereich des Verfahrens bedauerlich, dass die deutsche Bonusregelung und das EU-Kronzeugenprogramm auf horizontale Kartelle beschränkt und entsprechend auf Vertikalfälle nicht anwendbar sind. Das BKartA hat in der Vergangenheit im Rahmen seines allgemeinen Ermessens – also außerhalb der Bonusregelung – die Kooperation von Unternehmen auch bei vertikaler Preisbindung bis zu einem vollständigen Erlass berücksichtigt, so wie kürzlich in den sog. Vertikalfällen.⁶⁶ Garmin war dagegen 2010 noch bestraft worden, obwohl es – wie ein Kronzeuge – sein Verhalten gegenüber dem BKartA freiwillig aufgedeckt hatte.⁶⁷ Die Hoffnung auf einen Erlass ist derzeit wohl umso höher, desto mehr sich der Antragsteller dies aufgrund der Komplexität des Falles „verdient“. In etwa der Hälfte der EU-Länder sind dagegen Kronzeugenprogramme auch für Vertikalfälle offen, z.B. in Österreich, Polen, Schweden und Großbritannien. Eine entsprechende Öffnung der Kronzeugenregelungen in Deutschland und der EU wäre wünschenswert.

De lege ferenda ist spätestens im Hinblick auf die neue Vertikal-GVO 2022 eine ergebnisoffene Neubewertung der vertikalen Preisbindung sinnvoll und nötig. Dabei wird sicher auch die von der Rechtsprechung getriebene zunehmende Abkehr von *per se*-Verstößen im Bereich der horizontalen Absprachen (*Cartes Bancaires*⁶⁸) und des Missbrauchsver-

bots (*Intel*⁶⁹ und *Meo*⁷⁰) zu berücksichtigen sein. Zudem stellt sich die Frage, ob eine Analogie zum Preishöhenmissbrauch möglich ist, wo nach AKKA/LAA⁷¹ nur signifikante und andauernde Preisüberhöhungen missbräuchlich sein sollen. Das würde dafür sprechen zumindest bei niedrigen Marktanteilen (z. B. unter 15 %) und/oder für zeitlich beschränkte Aktionen und Produkteinführungen klare Ausnahmen vorzusehen. Schließlich bleibt aber auch die technische Entwicklung abzuwarten, insbesondere welche Relevanz die vertikale Preisbindung in Zukunft überhaupt noch hat, wenn Preise zunehmend automatisiert und personalisiert gesetzt werden. ■

66 BKartA, Fallbericht v. 14.12.2016, B10-040/14 (*Süßwaren 1*) (abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/18_06_2015_Vertikalfall.html); BKartA, Fallbericht vom 18.6.2015, Az. B 10 – 041/14 (*Süßwaren 2*) (abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2015/B10-41-14.pdf?__blob=publicationFile&v=2); BKartA, Fallbericht vom 18.1.2016, Az. B 10 – 50/14 (*Kaffee*) (abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2016/B10-50-14-aktualisiert.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

67 BKartA, Fallbericht v. 28.6.2010, B5-100/09 (abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2010/B5-100-09.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

68 EuGH, Urt. v. 11.9.2014, Rs. 67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204 – *Cartes Bancaires/Kommission*.

69 EuGH, Urt. v. 6.9.2017, Rs. 413/14, ECLI:EU:C:2017:632 – *Intel/Kommission*.

70 EuGH, Urt. v. 19.4.2018, Rs. 525/16, ECLI:EU:C:2018:270 – *MEO/Autoridade de Concorrência*.

71 EuGH, Urt. v. 14.9.2017, Rs. 177/16, ECLI:EU:C:2017:689 – *AKKA/LAA*.