

Kartellrecht im Lebensmittelbereich

Rechtsanwältin *Dr. Barbara Klaus*, Nürnberg/Mailand und
Rechtsreferendar *Matthias Derra*, Nürnberg/Birmingham

Im Lebensmittelbereich, vor allem im Verhältnis zwischen Lebensmittelhandel und Herstellern von Lebensmitteln, stellen sich in der täglichen Praxis eine Vielzahl von kartellrechtlichen Fragen. Sie betreffen Themen, die in vielen Branchen eine Rolle spielen, aber auch für diese Branche spezifische Probleme, die in den letzten Jahren verstärkt von den Kartellbehörden aufgegriffen wurden und Gegenstand zahlreicher, auch öffentlichkeitswirksamer Verfahren waren. Der nachfolgende Beitrag zeigt die kartellrechtlichen Probleme im Lebensmittelbereich auf und erläutert sie anhand von Fallbeispielen.

A. Einführung

Die Rangliste der Bußgelder, die für Kartellrechtsverstöße verhängt worden sind, wird von der IT-Branche angeführt. Verfahren gegen Microsoft, Intel und zuletzt Google riefen eine breite mediale Resonanz hervor, wobei gegen letzteres Unternehmen allein ein Bußgeld von insgesamt 8,25 Milliarden Euro in drei Verfahren 2017, 2018 und 2019 verhängt worden ist.¹ Das Kartellrecht und die empfindlichen Bußgeldverfahren betreffen jedoch abseits der Schlagzeilen keinesfalls nur die prominenten „Tech-Riesen“, sondern insbesondere auch die Lebensmittelbranche.²

Zuletzt hat das „Zuckerkartell“ im Jahr 2014 großes Aufsehen erregt, weswegen den Herstellern Südzucker, Nordzucker und Pfeifer & Langen Bußgelder von insgesamt rund 280 Millionen Euro auferlegt worden sind. Darüber hinaus drohen Schadensersatzklagen von 35 geschädigten Unternehmen über Forderungen von rund 500 Millionen Euro.³ Doch die kartellrechtlichen Fragestellungen v. a. im Lebensmittelbereich betreffen nicht nur Großkartelle und deren „klassische“ Preisabsprachen. So müssen etwa bei der Vertragsgestaltung und Kommunikation zwischen Herstellern und Händlern von Lebensmitteln eine Vielzahl kartellrechtlicher Implikationen beachtet werden, wobei die Relevanz des Kartellrechts oftmals erst bei genauerer Be-

¹ Siehe <https://de.reuters.com/article/eu-google-strafe-idDEKCN1R119F>. Siehe zudem Handelsblatt, „Die höchsten Kartellstrafen für Unternehmen von 2001 bis 2018 (in Millionen Euro).“, online verfügbar: Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/257032/umfrage/die-hoechsten-kartellstrafen-fuer-unternehmen>.

² Die Autoren haben einen weiteren Aufsatz mit der Ausrichtung speziell auf den Pharma- und Gesundheitssektor verfasst, der kürzlich in der *Pharma Recht (PharmaR)*, Heft 3 vom 31.3.2020, S. 115 ff. erschienen ist.

³ *Nier, Hedda*, „Klagen gegen Zuckerkartell“, online verfügbar: <https://de.statista.com/infografik/5914/klagen-gegen-zuckerkartell/>.

trachtung erkennbar wird. Ein 2017 erschienenes Hinweispapier des Bundeskartellamtes zum stationären Lebensmittelhandel sorgt dabei aktuell für etwas mehr Klarheit.⁴

Im Lebensmittelbereich stellen sich auch einige **Sonderprobleme** gegenüber dem allgemeinen Kartellrecht, die nachfolgend erörtert werden. Beispielsweise ergeben sich besondere Gestaltungsformen wie etwa das „Category Management“ und zahlreiche Probleme um den Ladenverkaufspreis, die auch von Sonderregelungen⁵ für den Lebensmittelhandel betroffen sind.

B. Grundlagen des Kartellrechts

I. Regelungssystematik

Das Kartellrecht umfasst im Wesentlichen drei Säulen: das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und die Fusionskontrolle. Die EU-rechtliche gesetzliche Grundlage bilden insbesondere die Art. 101, 102 AEUV sowie die EG-Fusionskontrollverordnung⁶ (FKVO). Daneben stehen die nationalen Regelungen im GWB.⁷ Auch wenn ein Sachzusammenhang besteht, wird dagegen das Recht des unlauteren Wettbewerbs nicht dem Kartellrecht zugeordnet.

Das Verhältnis zwischen EU-Recht und nationalem Recht leitet sich grundsätzlich aus dem allgemeinen Anwendungsvorrang des EU-Rechts ab. Demnach dürfen Verhaltensweisen, die dem Anwendungsbereich der Art. 101, 102 AEUV unterfallen, nicht im Widerspruch zum EU-Recht behandelt werden. Das bedeutet also im Grundsatz, dass das nationale Recht EU-rechtlich verbotene Verhaltensweisen nicht erlauben darf, andererseits durch das EU-Recht erlaubte Verhaltensweisen aber auch nicht verbieten darf.⁸ Das nationale Recht bleibt jedoch maßgeblich, soweit der Anwendungsbereich der Art. 101, 102 AEUV nicht eröffnet ist. Entscheidend dafür, ob deren Anwendungsbereich eröffnet ist, ist die Eignung des Verhaltens zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten.⁹ Diese Grundlagen sind nun-

4 Bundeskartellamt, Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels, Juli 2017, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Hinweispapier%20Preisbindung%20im%20Lebensmitteleinzelhandel.pdf.

5 Etwa § 20 III Nr. 1 GWB für den Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis oder Art. 42 AEUV für die Anwendbarkeit des EU-Kartellrechts auf landwirtschaftliche Erzeugnisse.

6 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. 2004, L 24/1.

7 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl. 2013, I S. 1750, zuletzt geändert am 12.7.2018 durch BGBl. 2018, I S. 1151.

8 Demgegenüber stünden nach der mit dem Zweck des AEUV zum Schutz des europäischen Wettbewerbs unvereinbaren „Zweischrankentheorie“ beide Verbote kumulativ nebeneinander.

9 EuGH, Urteil vom 13.2.1969 – Rs. 14/68 – „Farbenhersteller“.

mehr in Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003¹⁰ sowie in § 22 GWB ausdrücklich niedergeschrieben. Eine Ausnahme bildet jedoch Art. 3 II 2 der zuvor genannten Durchführungsverordnung, wonach es den Mitgliedstaaten erlaubt ist, in ihrem Hoheitsgebiet strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden.¹¹ Die FKVO regelt in Art. 1 ihren Anwendungsbereich, wofür nach Abs. 1 ebenfalls die gemeinschaftsweite Bedeutung des Zusammenschlusses entscheidend ist. Abs. 2 und 3 regeln konkrete **Schwellenwerte**, bei denen eine gemeinschaftsweite Bedeutung anzunehmen ist.

Da das deutsche Kartellrecht weitgehend an das europäische angeglichen ist, hat die Abgrenzung der Anwendungsbereiche aber insgesamt nur selten inhaltliche Relevanz für das materiell-rechtliche Ergebnis, unbeschadet natürlich der unterschiedlichen verfahrensrechtlichen Zuständigkeit von Bundeskartellamt und EU-Kommission.

II. Sonderbestimmungen im Kartellrecht für Agrarerzeugnisse

Nach Art. 42 I AEUV finden die europäischen Wettbewerbsregeln auf die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse¹² und den Handel mit diesen nur insoweit Anwendung, als das Sekundärrecht dies unter Berücksichtigung der Ziele des Art. 39 AEUV bestimmt. Art. 39 AEUV legt die allgemeinen Ziele gemeinsamer Agrarpolitik fest.

Geltendes Sekundärrecht in diesem Sinne stellt die Gemeinsamen Marktorganisations-VO¹³ (GMO-VO) dar. Für Erzeugnisse aus Fischerei und Aquakultur gilt jedoch nicht die GMO-VO, sondern die Fischerei-Marktorganisations-VO¹⁴ (FMO-VO).

Nach Art. 206 GMO-VO bzw. Art. 40 FMO-VO findet das EU-Kartellrecht grundsätzlich Anwendung hinsichtlich landwirtschaftlicher Erzeugnisse. Art. 209 und 210 GMO-VO sowie Art. 41 FMO-VO regeln jedoch Ausnahmen, die relevante Verhaltensweisen unter bestimmten Voraussetzungen erlauben können. Nach Art. 209 I GMO-VO sind solche Verhaltensweisen freigestellt, die

10 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003, L1/1.

11 Die §§ 20, 21 GWB sind teils strenger als Art. 102 AEUV, bleiben jedoch auch dann anwendbar, wenn der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt ist.

12 Das sind alle „Erzeugnisse des Bodens, der Viehzucht und der Fischerei sowie die mit diesen in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Erzeugnisse der ersten Verarbeitungsstufe“, Art. 38 I 2 AEUV.

13 Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 922/72, (EWG) Nr. 234/79, (EG) Nr. 1037/2001 und (EG) Nr. 1234/2007 des Rates, ABl. 2013, L 347/671; zuletzt geändert durch ABl. 2017, L 350/15.

14 Verordnung (EU) Nr. 1379/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2013 über die gemeinsame Marktorganisation für Erzeugnisse der Fischerei und der Aquakultur, zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1184/2006 und (EG) Nr. 1224/2009 des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 104/2000 des Rates, ABl. 2013, L 354/1; zuletzt geändert durch ABl. 2015, L 133/1.

1. (a) zur Verwirklichung der Ziele des Artikels 39 AEUV notwendig sind, oder
 (b) die Erzeugung oder den Absatz landwirtschaftlicher Erzeugnisse oder die Benutzung gemeinschaftlicher Einrichtungen für die Lagerung, Be- oder Verarbeitung landwirtschaftlicher Erzeugnisse betreffen, es sei denn, dass dadurch die Ziele des Art. 39 AEUV gefährdet werden, und
2. nicht zu einer Preisbindung verpflichten oder zu einem Ausschluss des Wettbewerbs führen.

Weiterhin können bestimmte Tätigkeiten anerkannter Branchenverbände gemäß Art. 157 und 162 GMO-VO unter den zusätzlichen formellen und materiellen Voraussetzungen des Art. 210 freigestellt werden. Demgegenüber sehen Art. 41 I und II FMO-VO für Fischereierzeugnisse ebenfalls Freistellungsvoraussetzungen vor, die tendenziell etwas strenger als diejenigen des Art. 209 I GMO-VO formuliert sind.

Die Ausnahmetatbestände zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des EU-Kartellrechts sind eng auszulegen.¹⁵ Sie greifen nur dann, wenn die Anwendung der Wettbewerbsregeln ausnahmsweise die Ziele der Gemeinsamen Agrarpolitik gefährden würde.¹⁶ In der jüngeren „Chicorée“-Entscheidung¹⁷ hat der EuGH nochmals konkretisiert, „dass die gemeinsamen Marktorganisationen für landwirtschaftliche Erzeugnisse keinen wettbewerbsfreien Raum darstellen“,¹⁸ sondern vielmehr „die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf den Märkten für landwirtschaftliche Erzeugnisse zu den Zielen der gemeinsamen Agrarpolitik und der gemeinsamen Marktorganisation“ zähle.¹⁹ Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dürften die betreffenden Verhaltensweisen dabei nicht über das hinausgehen, was unbedingt erforderlich ist, um die betreffenden Ziele zu erreichen.²⁰ Insgesamt stellt sich die praktische Relevanz der Sonderregelungen für den Agrarsektor also als gering dar. Zudem seien nach Auffassung der Kommission bereits hinreichende Maßnahmen für die gemeinsamen Agrarziele verwirklicht (zum Beispiel Preisstützungsmaßnahmen und Subventionen, so etwa im Jahr 2018 allein für Deutschland im Umfang von rund 6,2 Milliarden Euro²¹), die für Privatinitiativen überhaupt nur wenig Raum ließen.²² Folglich ist es kaum denkbar, dass in Fällen, in denen die en-

15 EuGH, Urteil vom 12.12.1995, Rs. C-399/93 – „Molkereigenossenschaftssatzungen“, Rn. 23.

16 Vgl. 173. Erwägungsgrund der GMO-VO.

17 EuGH, Urteil v. 14.11.2017, Rs. C-671/15.

18 EuGH, Urteil v. 14.11.2017, Rs. C-671/15, Rn. 47.

19 EuGH, Urteil v. 14.11.2017, Rs. C-671/15., Rn. 48.

20 EuGH, Urteil v. 14.11.2017, Rs. C-671/15, Rn. 49.

21 Für das Jahr 2018 standen beispielsweise für unterschiedliche Projekte im Bereich Agrarwirtschaft und landwirtschaftliche Entwicklung allein in Deutschland rund 6,2 Milliarden Euro zur Verfügung, die sich aus dem Europäischen Garantiefond für Landwirtschaft (EGFL) und dem Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER) speisten. Quelle: Spiegel (Online), Summe der Agrarsubventionen der Europäischen Union für Deutschland im Jahr 2018 (in Milliarden Euro), wiedergegeben von Statista, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/865462/umfrage/summe-der-eu-agrarsubventionen-fuer-deutschland/>.

22 Kommission, Entscheidung vom 26.11.1986, Az. IV/31.204, ABl. 1986, L 348/50 – „Meldoc“, Rn. 54. Vgl. *Rintelen/Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 64. EL 2018, AEUV Art. 42 Rn. 24. Zustimmung *Härtel/Strein*, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, AEUV Art. 42 Rn. 7.

gen Voraussetzungen einer Freistellung nach Art. 42 AEUV i.V.m. den Marktordnungsverordnungen gegeben wären, nicht zugleich auch die allgemeine Einzelfreistellung nach Art. 101 III AEUV durchgreifen würde.²³

Soweit mangels gemeinschaftsweiter Bedeutung das nationale Wettbewerbsrecht Anwendung findet, trifft § 28 GWB eine mit Art. 209 I GMO-VO vergleichbare Regelung.

III. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung

Nach Art. 101 I AEUV, § 1 GWB sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten.

Unternehmen sind autonom handelnde wirtschaftliche Einheiten.²⁴ Auf eine Gewinnerzielungsabsicht kommt es dabei nicht an; sogar öffentlich-rechtliche Stellen können Unternehmen sein, wenn sie am Wirtschaftsverkehr teilnehmen.²⁵ Zwischen diesen Unternehmen bzw. im Rahmen einer Unternehmensvereinigung muss es zu einer Verhaltensabstimmung kommen. Grundsätzlich genügt jeder Informationsaustausch, wobei die verbotene Verhaltensabstimmung von marktkonformem Verhalten (sog. *gleichförmiges Parallelverhalten*) abzugrenzen ist. Die Buchstaben a-e legen einige Regelbeispiele für Verhaltensabstimmungen fest, bei deren Vorliegen jedoch auch die übrigen Voraussetzungen des Art. 101 I AEUV zu prüfen sind.²⁶ Eine Wettbewerbsbeschränkung muss entweder bezweckt sein oder bewirkt werden. Soweit es um die Bewirkung geht, ist eine weitere ungeschriebene Voraussetzung die *Spürbarkeit* dieser Wettbewerbsbeschränkung.²⁷ Nach der sog. „de-minimis“-Bekanntmachung der Kommission²⁸ kann als Richtwert eine Schwelle von 10 % Marktanteil für Mitwettbewerber, im Übrigen von 15 % Marktanteil für die Spürbarkeit angenommen werden.

Damit ist das Vorliegen einer „bezweckten“ Wettbewerbsbeschränkung unter Umständen von entscheidender Bedeutung, da hierfür der Spürbarkeitsnachweis und somit der „de-minimis“-Schwellenwert entbehrlich ist. Der EuGH legt dies in jüngerer Rechtsprechung eher eng aus, als Verhaltensweise die „schon ihrem Wesen nach als schädlich für das gute Funktionieren des Wettbewerbs angesehen werden“²⁹ kann, und somit „die Annahme rechtfertigt, dass eine Prüfung ihrer Auswirkungen

23 Vgl. *Groteloh/Dombert/Witt*, Münchener Anwaltshandbuch Agrarrecht, 2. Auflage 2016, § 27 Rn. 56.

24 Vgl. EuG, Urteil vom 11.3.1999, Rs. T-136/94, Rn. 126.

25 EuGH, Urteil vom 16.11.1995, Rs. C-244/94.

26 Weiß/Calliess/Ruffert AEUV Art. 101 Rn. 133.

27 Ausführlich zur Entwicklung dieses Kriteriums *Wiedemann*, Kartellrecht, § 2 Rn. 3-5.

28 Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl. 2001, C 368/13.

29 EuGH, Urteil vom 26.11.2015, Rs. C-345/14, Rn. 21.

auf den Wettbewerb nicht erforderlich ist“.³⁰ Als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung werden daher regelmäßige Kernbeschränkungen anzusehen sein.

Eine wesentliche Ausnahme von Art. 101 I AEUV liefern Art. 101 III AEUV, § 2 I GWB, wonach Verhaltensabstimmungen auch unter den oben genannten Voraussetzungen freigestellt sind, wenn sie

1. unter *angemessener Beteiligung der Verbraucher* an dem entstehenden Gewinn
2. zur *Verbesserung* der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, und den beteiligten Unternehmen
3. keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht *unerlässlich* sind, und
4. keine Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Diese Ausnahme wird durch die *Gruppenfreistellungsverordnungen* sekundärrechtlich konkretisiert und ergänzt.³¹ Soweit eine Verhaltensabstimmung nicht nach einer Gruppenfreistellungsverordnung freigestellt ist, muss eine Freistellung im Einzelfall anhand der gesetzlichen Voraussetzungen des Art. 101 III AEUV bzw. § 2 I GWB geprüft werden – man spricht insofern auch von Einzelfreistellung. Zwar spricht der Wortlaut des Art. 101 III AEUV von „kann freigestellt werden“,³² jedoch regelt (nunmehr) Art. 1 II der Durchführungsverordnung,³³ dass es hierzu keiner vorherigen Entscheidung bedarf. Art. 101 III AEUV ist daher genauso wie § 2 I GWB wie eine Legalausnahme anzuwenden.

Ebenfalls von Art. 101 I AEUV ausgenommen sein können Verhaltensweisen, die aus nicht wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt sind, etwa aus Gründen des Umweltschutzes oder der Volksgesundheit.³⁴ Die Kommission spricht von Vereinbarungen, die als „objektiv notwendig und angemessen angesehen werden, beispielsweise aus Sicherheits- oder Gesundheitsgründen“.³⁵

IV. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Nach Art. 102 S. 1 AEUV, § 19 I GWB ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verboten. Art. 102 S. 2

³⁰ EuGH, Urteil vom 26.11.2015, Rs. C-345/14, Rn. 20.

³¹ Die Gruppenfreistellungsverordnungen gelten kraft gesetzlicher Verweisung auch im deutschen Kartellrecht, § 2 II GWB.

³² In § 2 I GWB heißt es dagegen „sind freigestellt“.

³³ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003, L1/1.

³⁴ Vgl. *Ellger/Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, AEUV Art 101 Abs. 3 Rn. 311 ff.

³⁵ Mitteilung der Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen („Vertikal-Leitlinien“), Amtsblatt 2010, C 130/1, Rn. 60.

lit. a–d und § 19 II Nr. 1–5 sehen Regelbeispiele vor. §§ 19 I, II GWB erstreckt dieses Missbrauchsverbot auch auf eine bloße „relative Marktmacht“, wenn kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig³⁶ sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Eine weitere Abstufung sieht § 19 III GWB vor, der lediglich eine „überlegene Marktmacht“ voraussetzt, bei der eine „unbillige Behinderung“ verboten ist. § 21 I GWB regelt schließlich ein Boykottverbot, ohne dass es auf jegliche Marktbeherrschung ankäme. Die strengeren Vorschriften des GWB gelten auch für einseitige Wettbewerbsbeschränkungen von gemeinschaftsweiter Bedeutung.³⁷

§ 19 II Nr. 5 GWB konkretisiert das sog. „Anzapfverbot“, das beispielsweise zum Tragen kam, als die Einzelhandelskette „Edeka“ bei der Übernahme von „Plus“-Filialen ohne Gegenleistung „Hochzeitsrabatte“ von Lieferanten gefordert hatte.³⁸

Eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art 102 S. 1 AEUV, § 19 I GWB liegt vor, wenn die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.³⁹ Wichtigstes Indiz ist hierfür der Marktanteil, wobei bei einem Anteil von über 90 % regelmäßig auch ohne Rücksicht auf andere Kriterien eine marktbeherrschende Stellung bewiesen sein wird.⁴⁰

V. Marktabgrenzung

Durch die Marktabgrenzung bestimmt sich der relevante Markt für ein Produkt, was für die Berechnung der Marktanteile entscheidend ist. Die Marktanteile wiederum entscheiden insbesondere darüber, ob ein Unternehmen hinsichtlich eines Produktes eine marktbeherrschende Stellung einnimmt, wettbewerbsbeschränkende Verhaltensabstimmungen spürbar sind, Gruppenfreistellungen in Betracht kommen oder die Eingriffsschwellen für die Fusionskontrolle erfüllt werden. Die Marktabgrenzung stellt also oftmals die grundlegende Weichenstellung für kartellrechtliche Fragestellungen dar und ist daher von essentieller Bedeutung.

Die Berechnung des Marktanteils hängt allerdings entscheidend von der Festlegung des relevanten Marktes ab. Hierfür ist das maßgebliche Kriterium, dass Konkurrenz-

36 Nach § 19 I 2 GWB wird vermutet, dass ein Anbieter einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen von einem Nachfrager abhängig ist, wenn dieser Nachfrager bei ihm zusätzlich zu den verkehrüblichen Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden.

37 Art. 3 II 2 der VO (EG) Nr. 1/2003.

38 BGH, Urteil vom 23.1.2018, Az. KVR 3/17.

39 EuGH, Urteil v. 9.11.1983, Rs. 322/81 – „Michelin“.

40 Vgl. EuGH, Urteil v. 14.11.1996, Rs. C-333/94 P – „Tetra Pak“.

produkte mit dem Produkt des entsprechenden Unternehmens im Wettbewerb stehen.⁴¹ Man spricht von Austauschbarkeit oder Substituierbarkeit. Dies umfasst einerseits die Nachfragesubstituierbarkeit, also den Kreis derjenigen Produkte, die von den Abnehmern als austauschbar angesehen werden. Andererseits kann auch die Angebotssubstituierbarkeit eine Rolle spielen, soweit sie sich genauso unmittelbar auswirkt. Letzteres setzt jedoch voraus, dass die Anbieter auf dem jeweiligen Markt durch schnelle Produktionsänderungen reagieren können, sodass zusätzlich auf den Markt gelangende Produkte auf den Wettbewerb der beteiligten Unternehmen eine disziplinierende Wirkung ausüben können, die hinsichtlich Wirksamkeit und Unmittelbarkeit dem Nachfrage-Substitutionseffekt gleichwertig ist.⁴²

Die Substituierbarkeit ist ferner sowohl in sachlicher als auch räumlicher Hinsicht zu untersuchen. Die Kommission verwendet zur Prüfung der Substituierbarkeit eines Produktes die Vorgehensweise (sog. „SSNIP“-Test), dass untersucht wird, ob bei einer hypothetischen Preiserhöhung von 5–10 % für das Produkt der Gewinn zunehmen oder abnehmen würde. Denn bei hinreichender Substituierbarkeit würden die Abnehmer auf Konkurrenzprodukte umsteigen.⁴³

Fallbeispiel 1: Marktabgrenzung verschiedener Milchsorten und -verpackungen

Die „British Technology Group“ („BTG“) ist ein öffentlich-rechtliches Selbstfinanzierungsunternehmen, das die Ergebnisse der staatlichen Forschung der Industrie im Vereinigten Königreich über Lizenzverfahren für die kommerzielle Nutzung zur Verfügung stellt.

Diese Aufgaben übernahm zuvor das National Research and Development Council (NRDC). Das NRDC entwickelte etwa ein patentiertes Sterilisierungsverfahren zur Herstellung beschichteter aseptischer Papier- und Kartonverpackungen und zum Abfüllen und Verschließen dieser mit Milch und anderen Getränken.

Die „Liquipak“-Gruppe war auf die Entwicklung und Herstellung von Abfüllanlagen für flüssige Lebensmittel spezialisiert. Ein Mitglied der Gruppe, „Novus Corp“, erwarb von NRDC/BTG eine exklusive Lizenz für das Sterilisierungsverfahren, welche anschließend an die „Liquipak“-Gruppe abgetreten wurde. Die „Tetrapak“-Gruppe („Tetra“) ist eine der weltweit führenden Unternehmensgruppen für die Herstellung von Kartons für flüssige Lebensmittel (insbesondere Milch). Tetra hatte die „Liquipak“-Gruppe später übernommen, wodurch auch die Lizenz auf Tetra überging.

41 So hatte der EuGH beispielsweise im „Michelin“-Urteil entschieden, dass für die Berechnung des Marktanteils an Autoreifen nur auf PKW-Reifen abgestellt werden kann, und nicht etwa für diesen Markt auch LKW-Reifen zu berücksichtigen wären.

42 Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, 9.12.1997, ABl. 1997, C 372/03, Rn. 20.

43 Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, 9.12.1997, ABl. 1997, C 372/03, Rn. 15–19.

Die Kommission beanstandete 1988 den mit der Übernahme von Liquepak bewirkten Erwerb der Exklusivlizenz als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV).⁴⁴ Erst mit einem erklärten Verzicht auf die Ausschließlichkeit der Lizenz konnte Tetra den Kartellrechtsverstoß abstellen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die FKVO erst ab 2004 in Kraft trat, weshalb zuvor auch Zusammenschlüsse und Unternehmensstrukturierungen an den jetzigen Art. 101, 102 AEUV zu messen waren. Art. 21 I der FKVO bestimmt nunmehr die ausschließliche Prüfung nach den Vorschriften der FKVO in ihrem Anwendungsbereich. Da das Sekundärrecht das Primärrecht nicht ausschließen kann, hat dies aber nur verfahrensrechtliche Reichweite; Dritte könnten somit zivilrechtliche Ansprüche in einem Fall wie dem vorliegenden immer noch auf Art. 102 AEUV stützen.⁴⁵ Ebenfalls würde die Kommission Art. 102 AEUV anwenden, wenn Tetra die Lizenz direkt von BTG/NRDC erworben hätte, was nach alter Rechtslage aber mit der hier vorliegenden Unternehmensübernahme gleichgestellt werden konnte.

Entscheidend für die rechtliche Würdigung war die Bestimmung der Marktanteile. Dabei war insbesondere die Festlegung des sachlich relevanten Marktes fraglich. Den Schwerpunkt der abgefüllten Lebensmittel machte mit 90 % Anteil Milch aus. Entscheidend war nun, ob verschiedene Milcharten, also frische Milch, UHT-Milch und sterilisierte Milch, die wiederum an bestimmte Verpackungsarten wie Glasflaschen oder Kartons gebunden sind, einen getrennten Markt bildeten. Nach einer Prüfung der Nachfrage- und Angebotssubstitution stellte die Kommission fest, dass die verschiedenen Verpackungsarten und die verschiedenen Milchsorten, mit denen sie im allgemeinen im Zusammenhang stehen, unterschiedliche Merkmale haben, die die Verbraucher veranlassen, sie als durchaus nicht einwandfreie Ersatzprodukte zu betrachten.⁴⁶

VI. Horizontale und vertikale Beschränkungen

Grundsätzlich sind aus kartellrechtlicher Perspektive zwei Arten von Vertragsbeziehungen der beteiligten Unternehmen zu unterscheiden. Einerseits bestehen Vertriebsbeziehungen entlang der Lieferkette zwischen Unternehmen auf über- und untergeordneter Stufe (*vertikale* Beziehungen), andererseits können Vereinbarungen zwischen Mitwettbewerbern auf gleicher Stufe getroffen werden (*horizontale* Beziehungen). Vereinbarungen über den Vertrieb eines bestimmten Produkts werden je nach genauer Ausgestaltung und Beteiligung der Vertragsparteien in der Regel als

⁴⁴ Kommission, Entscheidung vom 26.7.1988, ABl. 1988, L 272/27.

⁴⁵ Vgl. dazu *Körber/Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, Band 1, 5. Auflage 2015, FKVO Art. 21, Rn. 4–5; *K. Westermann/Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann*, Kartellrecht, 3. Auflage 2016, FKVO Art. 21, Rn. 1.

⁴⁶ Kommission, Entscheidung vom 26.7.1988, ABl. 1988, L 272/27, Rn. 29–41.

„Co-Marketing“, „Co-Promotion“ oder „Mitvertrieb“ bezeichnet, was sowohl vertikale als auch horizontale Vereinbarungen beinhalten kann.

Die Differenzierung ist insbesondere wichtig für die jeweilige Anwendbarkeit der Vertikal-GVO und der Vertikal- bzw. Horizontal-Leitlinien der Kommission.

VII. Gruppenfreistellung

Vertikale Vereinbarungen fallen in den Anwendungsbereich der Vertikal-GVO.⁴⁷ Eine Freistellung kommt jedoch nach Art. 2 IV 1 nur zwischen Nichtwettbewerbern in Betracht, es sei denn der Anbieter ist zugleich Hersteller und Händler von Waren, der Abnehmer dagegen Händler, jedoch kein Wettbewerber auf der Herstellungsebene,⁴⁸ oder der Anbieter ist ein auf mehreren Handelsstufen tätiger Dienstleister, und der Abnehmer bietet dagegen Waren oder Dienstleistungen auf der Einzelhandelsstufe an, und auf der Handelsstufe, auf der er die Vertragsdienstleistungen bezieht, ist er kein Wettbewerber.⁴⁹ Nach Art. 3 I gilt die Freistellung weiterhin nur, wenn der Gesamtmarktanteil nicht mehr als 30 % beträgt. Art. 4 und 5 zählen bestimmte Beschränkungen (Art. 4, sog. „Kernbeschränkungen“) auf, die ebenfalls keiner Freistellung zugänglich sind.

Auch wenn es sich um eine nicht freigestellte (Kern-)Beschränkung handelt, kann diese ausnahmsweise kartellrechtlich im Einzelfall erlaubt sein, wenn die Voraussetzungen des Art. 101 III AEUV erfüllt sind. Das kann insbesondere der Fall sein bei Unternehmen, die erst in einen relevanten Markt eingetreten sind, wofür sie erhebliche Investitionen tätigen mussten, die zu amortisieren sind.⁵⁰ Auch sind Vereinbarungen einer bestimmten Art oder Beschaffenheit, die als objektiv notwendig und angemessen angesehen werden, beispielsweise aus Sicherheits- oder Gesundheitsgründen, zulässig.⁵¹ Anders herum besteht ebenfalls nach Art. 29 der Durchführungsverordnung die Möglichkeit für die zuständige Wettbewerbsbehörde, den Vorteil der Gruppenfreistellung im Einzelfall durch eine Entscheidung zu entziehen.

Weitere relevante Gruppenfreistellungsverordnungen gelten etwa für Spezialisierungsvereinbarungen (Verordnung (EU) Nr. 1218/2010), Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen (Verordnung (EU) Nr. 1217/2010) oder Technologie-Transfervereinbarungen (Verordnung (EG) Nr. 772/2004).

47 Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 2010, L 102/1.

48 Art. 2 IV 2 lit. a. Verordnung (EU) Nr. 330/2010.

49 Art. 2 IV 2 lit. b. Verordnung (EU) Nr. 330/2010.

50 Vertikal-Leitlinien, Rn. 61. Die Voraussetzung für einen „echten Markteintritt“ ist dabei, dass das Unternehmen „als Erster eine neue Marke verkauft oder als Erster eine bestehende Marke auf einem neuen Markt verkauft“.

51 Mitteilung der Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen („Vertikal-Leitlinien“), Amtsblatt 2010, C 130/1, Rn. 60.

C. Allgemeine Kartellrechtsfragen im Lebensmittelbereich

Im Lebensmittelbereich stellen sich eine Vielzahl von Rechtsfragen auf den verschiedenen Stufen der Entwicklung, Produktion und dem Vertrieb eines Produktes, die nachfolgend systematisch untersucht werden sollen. Es können dabei vertikale Absprachen zwischen Nichtwettbewerbern und horizontale Absprachen zwischen Wettbewerbern getroffen werden, was kartellrechtlich zu differenzieren ist.

I. Einkauf und Vertrieb von Lebensmitteln

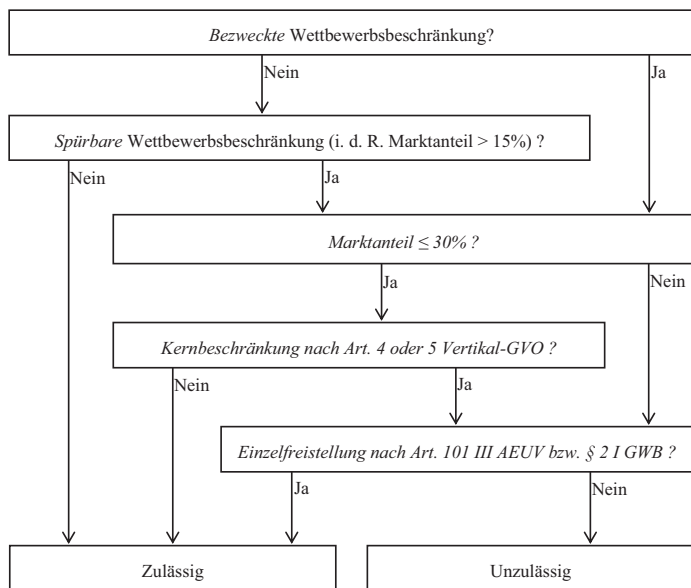
Im Rahmen des Einkaufs und Vertriebs werden zunächst vertikale Vertriebsverträge untersucht und anschließend die horizontale Zusammenarbeit bei Einkauf, Vertrieb und Vermarktung analysiert.

1. Vertrieb und Vermarktung

a) Vertriebsverträge

Vertriebsverträge zwischen Herstellern und Händlern von Lebensmitteln stellen **vertikale Vereinbarungen** dar. Nachfolgend werden einige für solche Verträge typische Vertragsklauseln dargestellt, die in Konflikt mit dem Kartellrecht geraten können.

Die kartellrechtliche Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer bestimmten Klausel kann jedoch niemals generell bestimmt werden, da diese immer auch von der jeweiligen Marktstruktur abhängt, die im Einzelfall zu prüfen ist. So kann etwa eine Kernbeschränkung im Einzelfall freigestellt sein oder eine eigentlich freigestellte Klausel bei hohem Marktanteil oder gar marktbeherrschender Stellung unzulässig sein. Anders als etwa bei einer AGB-Kontrolle gibt es also keine generell zulässigen oder unzulässigen Formulierungen, sondern es müssen auch immer die einzelfallbezogenen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation anhand einer konkreten Marktanalyse berücksichtigt werden; eine gleich formulierte Klausel kann also in einem Fall kartellrechtlich zulässig und in einem anderen unzulässig sein. Nichtsdestotrotz können allgemein bedenkliche und allgemein unbedenkliche Vertragsbestimmungen ausgelotet werden, was im Folgenden dargestellt wird. Zusammenfassend und vereinfacht gilt für die Einzelfallprüfung einer Vertriebsklausel nach Art. 101 AEUV bzw. §§ 1 und 2 GWB folgendes Schema:



aa) Preisbindung und Preisempfehlung

Die Beschränkung der Möglichkeit des Abnehmers, seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen, stellt eine Kernbeschränkung dar und unterliegt keiner Freistellung (Art. 4 lit. a Hs. 1 Vertikal-GVO). Keine unzulässige Preisbindung liegt jedoch vor, wenn lediglich Höchstverkaufspreise festgesetzt oder unverbindliche Preisempfehlungen ausgesprochen werden, sofern sich diese nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken (Art. 4 lit. a Hs. 2 Vertikal-GVO).

Die fehlende Spürbarkeit dürfte bei Preisbindungen in keinem Fall geltend gemacht werden können, da es sich immer um bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen handeln wird.

bb) Marktaufteilung

Auch eine Gebiets- oder Kundengruppenbeschränkung an den Abnehmer ist grundsätzlich eine unzulässige Kernbeschränkung (Art. 4 lit. b Vertikal-GVO). Eine grundsätzlich zulässige Gebietsbeschränkung liegt vor, wenn lediglich der Ort der Niederlassung beschränkt wird. Weiterhin sind insbesondere erlaubt:

- i) Beschränkung des *aktiven* Verkaufs in Gebiete oder an Kundengruppen, die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschließlich einem anderen Abnehmer

zugewiesen hat, sofern dadurch der Verkauf durch die Kunden des Abnehmers nicht beschränkt wird,

- ii) Beschränkung des Verkaufs an Endverbraucher durch Abnehmer, die auf der Großhandelsstufe tätig sind,
- iii) Beschränkung des Verkaufs an nicht zugelassene Händler durch die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems innerhalb des vom Anbieter für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets,
- iv) der Beschränkung der Möglichkeit des Abnehmers, Teile, die zur Weiterverwendung geliefert werden, an Kunden zu verkaufen, die diese Teile für die Herstellung derselben Art von Waren verwenden würden, wie sie der Anbieter herstellt.

Im Umkehrschluss aus Art. 4 lit. b Nr. ii Vertikal-GVO sind demnach auch sog. Großhandelsverbote, also Vereinbarungen mit dem Hersteller, nur an Endverbraucher weiterzuverkaufen, unzulässig.⁵²

cc) Internethandelsverbot

Eine Vereinbarung, die einem Händler untersagt, Waren über das Internet zu verkaufen, ist **grundsätzlich unzulässig**. Ausgangspunkt ist Art. 4 lit. b und c der Vertikal-GVO. Art. 4 lit. b Nr. i unterscheidet zunächst zwischen aktivem und passivem Verkauf, wobei nur letzterer eine Kernbeschränkung darstellt. Aktiver Verkauf bedeutet dabei die aktive Ansprache einzelner Kunden, zum Beispiel mittels Direktwerbung einschließlich Massen-E-Mails oder persönlichen Besuchs, während passiver Verkauf die Erledigung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden meint.⁵³ Demgemäß schwieriger gestaltet sich die Abgrenzung beim Internethandel. Nach Auffassung der Kommission wird eine Internetseite aber „in der Regel als Form des passiven Verkaufs angesehen, da damit den Kunden ein angemessenes Mittel zur Verfügung gestellt wird, den Händler zu erreichen. Der Umstand, dass eine Website Wirkungen auch über das eigene Gebiet oder die eigene Kundengruppe des Händlers hinaus haben kann, ist eine Folge der technischen Entwicklung, d.h. des einfachen Internetzugangs von jedem beliebigen Ort aus.“⁵⁴ Die Grenze zum aktiven Verkauf sei jedoch überschritten, wenn „gezielt an bestimmte Kunden gerichtete Online-Werbung“ geschaltet wird, also beispielsweise Werbebanner auf Drittseiten, die nur für Nutzer aus bestimmten Gebieten angezeigt werden. Nach Art. 4 lit. c Vertikal-GVO gilt in einem selektiven Vertriebssystem auf der Einzelhandelsstufe darüber hinaus auch die Beschränkung des aktiven Verkaufs als Kernbeschränkung.

52 Vgl. beispielsweise im Ergebnis ebenso BKartA, Beschluss vom 25.9.2009, Az. B 3 – 123/08 – „Kontaktlinien“, Rn. 38.

53 Vertikal-Leitlinien, Rn. 51.

54 Vertikal-Leitlinien, Rn. 52.

Eine Kernbeschränkung liegt daher beispielsweise auch vor, wenn einem Händler für seine Internetseite eine Gebietssperre⁵⁵ oder automatische gebietsspezifische Umleitung⁵⁶ vorgeschrieben wird, ebenso eine Beschränkung des Gesamtvolumens der über das Internet verkauften Waren oder die Einführung eines „Doppelpreissystems“, also schlechtere Konditionen für zum Verkauf über das Internet bestimmten Waren als für diejenigen für den stationären Handel.⁵⁷

Freigestellt sind dagegen reine Qualitätsanforderungen an den Internethandel, wozu etwa realistische Lieferzeiten, die Einrichtung einer Online-Kundendienststelle, die Übernahme der Kosten bei Rückgabe eines Produkts, die Anwendung sicherer Zahlungssysteme oder auch das Verbot der Nutzung einer Drittplattform zählen können.⁵⁸ Für die Zulassung zu einem Vertriebssystem kann auch eine oder mehrere physische Verkaufs- oder Ausstellungsräume verlangt werden, solange nicht der Internethandel daneben verboten wird. Gleiches gilt für mengenmäßige Mindestvorgaben für den stationären Handel, um den effizienten Betrieb des physischen Verkaufspunkts zu gewährleisten.⁵⁹ Zulässig sind auch Beschränkungen der Abgabemenge an einzelne Kunden, um zu verhindern, dass nicht zugelassene Händler Zugang zum Vertriebssystem erhalten (Art. 4 lit. b Nr. ii Vertikal-GVO), und zwar selbst dann, wenn die Höchstmengen (nicht willkürlich) wegen abweichender Verkehrsbedingungen strenger als im stationären Handel vereinbart werden.⁶⁰

dd) Wettbewerbsverbot

Wettbewerbsverbote⁶¹ sind nur unter den Voraussetzungen des Art. 5 I Vertikal-GVO freigestellt. Das Wettbewerbsverbot darf demnach nur befristet und nicht länger als fünf Jahre vereinbart werden (Abs. 1 S. 1 lit. a),⁶² sowie nicht über die Beendigung der Vertragsverhältnisse hinaus (Abs. 1 S. 1 lit. b). Die Befristung darf sich auch nicht stillschweigend über fünf Jahre hinaus verlängern (Abs. 1 S. 2). Im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems darf ferner nicht der Verkauf von Marken bestimmter konkurrierender Anbieter verboten werden (Abs. 1 S. 1 lit. c).

55 Das gilt auch, wenn der Herkunftsort des Kunden erst bei der Transaktion überprüft werden soll, etwa anhand der Kreditkartendaten.

56 Zulässig ist aber die Verpflichtung, zusätzliche Links anzubieten.

57 Vgl. Vertikal-Leitlinien, Rn. 52–54.

58 Vgl. Vertikal-Leitlinien, Rn. 54 und 56.

59 Vgl. Vertikal-Leitlinien, Rn. 52 und 54.

60 Vertikal-Leitlinien, Rn. 56.

61 Ein Wettbewerbsverbot ist nach Art. 1 I lit. d Vertikal-GVO „eine unmittelbare oder mittelbare Verpflichtung, die den Abnehmer veranlasst, keine Waren oder Dienstleistungen herzustellen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen, oder eine unmittelbare oder mittelbare Verpflichtung des Abnehmers, auf dem relevanten Markt mehr als 80 % seines Gesamtbezugs an Vertragswaren oder -dienstleistungen und ihren Substituten, der anhand des Werts des Bezugs oder, falls in der Branche üblich, anhand des bezogenen Volumens im vorangehenden Kalenderjahr berechnet wird, vom Anbieter oder von einem anderen vom Anbieter benannten Unternehmen zu beziehen.“

62 Abs. 2 sieht eine Ausnahme vor, wenn der Anbieter dem Abnehmer eigene Räumlichkeiten zur Verfügung stellt.

Folgende Formulierungen genügen daher grundsätzlich nicht den Voraussetzungen für eine Gruppenfreistellung:

- *Der Vertragshändler darf befristet auf fünf Jahre ab Vertragsbeginn mit den Vertragsprodukten in Wettbewerb stehende Erzeugnisse nicht beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen.*⁶³
- *Die Laufzeit dieses Vertrages beträgt zwei Jahre. Der Vertrag verlängert sich nach Ablauf automatisch jeweils um ein weiteres Jahr, wenn nicht eine Partei mit einer Frist von drei Monaten zum Ende der Laufzeit schriftlich kündigt. (...) Der Vertragshändler darf für die Dauer dieses Vertrages mit den Vertragsprodukten in Wettbewerb stehende Erzeugnisse nicht beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen.*

Nach der Vertikal-GVO zulässig wären dagegen beispielsweise folgende Formulierungen:

- *Der Vertragshändler darf für die Dauer dieses Vertrages, jedoch befristet auf einen Höchstzeitraum von fünf Jahren ab Vertragsbeginn, mit den Vertragsprodukten in Wettbewerb stehende Erzeugnisse nicht beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen.*⁶⁴
- *Die Laufzeit dieses Vertrages beträgt zwei Jahre. Der Vertrag verlängert sich nach Ablauf einmalig um zwei weitere Jahre, wenn nicht eine Partei mit einer Frist von drei Monaten zum Ende der Laufzeit schriftlich kündigt. (...) Der Vertragshändler darf für die Dauer dieses Vertrages mit den Vertragsprodukten in Wettbewerb stehende Erzeugnisse nicht beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen.*
- *Die Laufzeit dieses Vertrages beträgt zwei Jahre. Der Vertrag verlängert sich nach Ablauf automatisch jeweils um ein weiteres Jahr, wenn nicht eine Partei mit einer Frist von drei Monaten zum Ende der Laufzeit schriftlich kündigt. Der Vertrag verlängert sich jedoch nicht über eine Höchstlaufzeit von fünf Jahren hinaus. (...) Der Vertragshändler darf für die Dauer dieses Vertrages mit den Vertragsprodukten in Wettbewerb stehende Erzeugnisse nicht beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen.*

Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot von längstens einem Jahr ist jedoch nach Abs. 3 ausnahmsweise zulässig, wenn (kumulativ) folgende Bedingungen erfüllt sind: (a) die Verpflichtungen beziehen sich auf Waren oder Dienstleistungen, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen; (b) sie beschränken sich auf Räumlichkeiten und Grundstücke, von denen aus der Abnehmer während der Vertragslaufzeit seine Geschäfte betrieben hat; und (c) sie sind unerlässlich, um dem Abnehmer vom Anbieter übertragenes Know-how zu schützen.

⁶³ Bei dieser Formulierung wäre nicht ausgeschlossen, dass das Wettbewerbsverbot nach dem Vertragsende fortbesteht. Selbst im Falle einer festen Laufzeit von fünf Jahren wäre eine außerordentliche Kündigung denkbar.

⁶⁴ Angelehnt an *Pautke/Fuhrmann/Klein/Fleischfresser, Arzneimittelrecht*, 2. Auflage 2014, § 49, Rn. 35.

ee) Bezugsverpflichtung

Eine unmittelbare oder mittelbare Verpflichtung des Abnehmers, auf dem relevanten Markt mehr als **80 % seines Gesamtbezugs** an Vertragswaren oder -dienstleistungen von einem bestimmten Anbieter zu beziehen, darf ebenfalls für eine Freistellung nach der Vertikal-GVO nur befristet auf **längstens fünf Jahre** vereinbart werden.⁶⁵

Darunter fällt auch für eine sog. „Englische Klausel“, bei welcher dem Verkäufer ein Vorzugsrecht eingeräumt wird, beim Nachweis eines günstigeren Drittangebots zu denselben Konditionen vorzugsweise beliefern zu dürfen.

Eine Direktbezugsverpflichtung, also die Verpflichtung des Abnehmers, die Vertragsware ausschließlich beim Anbieter beziehen zu dürfen, ist nach der Vertikal-GVO freigestellt, wenn sie so formuliert ist, dass sie den Bezug eines mit der Vertragsware im Wettbewerb stehenden Konkurrenzproduktes nicht verbietet oder beschränkt.⁶⁶ Das heißt also zum Beispiel, ein Lebensmittelhändler darf von einem Großhändler verpflichtet werden, „Ritter Sport“-Schokolade nur bei ihm zu beziehen, soweit es ihm freigestellt ist, „Milka“-Schokolade in beliebigem Umfang anderweitig zu beziehen und anzubieten.

ff) Alleinvertriebsvereinbarung

Beim Alleinvertrieb setzt der Hersteller einen einzigen Händler ein, der am Vertrieb seines Produktes teilnimmt. Wird lediglich eine Vertriebsgesellschaft als Tochtergesellschaft oder ein Handelsvertreter eingesetzt, handelt es sich allerdings bereits nicht um ein „anderes Unternehmen“ im Sinne des Kartellrechts, da hier von wirtschaftlicher Identität ausgegangen werden kann, weshalb hier nicht von einer Alleinvertriebsvereinbarung zweier Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne zu sprechen wäre.

Das Vertragsverhältnis kann daher typischerweise zwei Vereinbarungen enthalten: Der Hersteller verpflichtet sich, ausschließlich den Händler mit dem Produkt zu beliefern, und zweitens, der Händler verpflichtet sich, keine Konkurrenzware zu beziehen oder zu verkaufen. Bei letzterer Vereinbarung handelt es sich als um eine (Allein-)Bezugsverpflichtung, die für eine Freistellung nach der Vertikal-GVO auf fünf Jahre befristet sein muss.⁶⁷ Bei ersterer Vereinbarung ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt. Der EuGH hatte in der Entscheidung *Grundig/Consten* ausgeführt: „Eine Alleinvertriebsvereinbarung kann, auch wenn sie nicht zum Mi[ss]brauch einer beherrschenden Stellung führt, den Handel zwischen Mitglied-

⁶⁵ Dies gilt jedoch nicht für das Verbot nachvertraglicher Alleinbezugsverpflichtungen nach Art. 5 I 1 lit. b Vertikal-GVO, wie sich dort aus der abweichenden Definition ergibt.

⁶⁶ Vgl. *Pautke/Fuhrmann/Klein/Fleischfresser*, Arzneimittelrecht, 2. Auflage 2014, § 49, Rn. 37.

⁶⁷ Vgl. Bezugsverpflichtung, oben 3.1.1.1.ee).

staaten zu beeinträchtigen geeignet sein und zugleich eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken [...]“.⁶⁸

Der Alleinvertrieb kann auch nach einer räumlichen Aufteilung des Absatzgebietes erfolgen, wobei mehrere Vertriebshändler jeweils einen Teilbereich exklusiv zugewiesen erhalten. Hierbei handelt es sich zusätzlich um eine exklusive Marktaufteilung, die jedoch nach Art. 4 lit. b Nr. i Vertikal-GVO freigestellt ist, sofern dadurch der Verkauf durch die Kunden des Abnehmers nicht beschränkt wird.

gg) Ein- und Ausfuhrverbote

Verbote der Ausfuhr der gelieferten Ware in andere Länder als den Vertragsländern spielen im Lebensmittelbereich eine sehr große Rolle um sog. Parallelimporte zu erschweren. Dadurch sollen in erster Linie verschiedene Preisniveaus auf verschiedenen Märkten etabliert und gesichert werden.

Der EuGH hatte 1978 eine Vereinbarung eines Bananenlieferanten mit Reifereien in verschiedenen Mitgliedstaaten als missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung angesehen.⁶⁹ Diese Vereinbarung hat den Reifereien untersagt, die Bananen im grünen Zustand weiterzuverkaufen. Das Verbot führte faktisch dazu, dass die Bananen nicht in andere Staaten exportiert werden konnten und wurde deshalb als missbräuchliche Marktabschottung bewertet.

In einer weiteren Vorlageentscheidung betreffend dem Vertrieb von Luxuskosmetika erläutert der EuGH, dass der jetzige Art. 101 AEUV es verbiete, „da[ss] ein [...] Lieferant einem [...] Vertriebshändler, dem er den Vertrieb seiner Erzeugnisse in einem Gebiet außerhalb der Gemeinschaft überträgt, jeden Verkauf in einem anderen Gebiet als dem Vertragsgebiet, einschließlich des Gebietes der Gemeinschaft, sowohl durch Direktverkauf als auch durch Rücklieferung aus dem Vertragsgebiet, untersagt, wenn dieses Verbot die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb der Gemeinschaft bewirkt und die Handelsströme zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen droht. Dies kann der Fall sein, wenn der Gemeinschaftsmarkt der betreffenden Erzeugnisse durch eine oligopolistische Struktur oder durch einen spürbaren Unterschied zwischen den innerhalb und den außerhalb der Gemeinschaft praktizierten Preisen der Vertragserzeugnisse gekennzeichnet ist und wenn angesichts der Bedeutung der Stellung des Lieferanten der betreffenden Erzeugnisse, des Umfangs seiner Erzeugung und seines Absatzes in den Mitgliedstaaten die Gefahr besteht, da[ss] das Verbot die Handelsströme zwischen den Mitgliedstaaten spürbar in einer Weise beeinflusst, die der Verwirklichung der **Ziele des Gemeinsamen Marktes** abträglich sein kann.“⁷⁰

68 EuGH, Urteil vom 13.7.1966, verb. Rs. 56 und 58/64, in GRUR Ausl 1966, 580, Leitsatz Nr. 2.

69 EuGH, Urteil vom 14.2.1978, Rs. 27/76. Vgl. dazu auch *Zimmer/Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2014, GWB § 1 Rn. 343.

70 EuGH, Urteil vom 28.4.1998, Rs. C-306/96 („Javico“).

Die Kommission hat Exportverbote beispielsweise auch in den folgenden beiden Fällen aus dem Lebensmittelbereich beanstandet:⁷¹

- „The Distillers Company Limited“ als Hersteller von schottischem Whisky, Gin, Wodka und Pimm's vereinbarte mit seinen Abnehmern ein unzulässiges Verbot des Weiterverkaufs von zur Lieferung in Großbritannien bestimmten Spirituosen außerhalb Großbritanniens.⁷²
- Erst kürzlich ging die Kommission gegen die Strategie der weltweit größten Brauereigruppe „Anheuser-Busch InBev“ (kurz „AB InBev“) mit einem Bußgeld von über 200 Millionen Euro und weiteren Auflagen vor, mit der in den Jahren 2009 bis 2016 der Verkauf von an Einzelhandelskanal-Kunden gelieferten Bierprodukte aus den Niederlanden nach Belgien durch die Umsetzung von folgenden restriktiven Praktiken beschränkt wurde, welche allesamt gegen Art. 102 AEUV verstießen, weil sie darauf abzielten, den Binnenmarkt entlang nationaler Grenzen aufzuteilen:
 - a) AB InBev beschränkte die Menge an Bierprodukten, die einem Großhändler in den Niederlanden geliefert wurde, um die Einfuhr dieser Erzeugnisse nach Belgien zu beschränken.
 - b) AB InBev änderte die Verpackung einiger seiner an Einzelhandelskanal-Kunden in den Niederlanden gelieferten Bierprodukte, um die Einfuhr dieser Erzeugnisse nach Belgien zu beschränken;
 - c) AB InBev machte die Belieferung eines Einzelhändlers in Belgien mit nicht in den Niederlanden verfügbaren Bierprodukten von der in Belgien erfolgenden Abnahme anderer, auch in den Niederlanden verfügbarer Bierprodukte abhängig;
 - d) AB InBev machte Sonderangebotspreise für die einem Einzelhändler in den Niederlanden angebotenen Bierprodukte davon abhängig, dass diese Sonderangebote nicht in Belgien erhältlich sind.⁷³

b) Gemeinsamer Vertrieb und Vermarktung

Horizontale Vermarktungsvereinbarungen regeln die Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern in Bezug auf den Verkauf, den Vertrieb oder die Verkaufsförderung ihrer untereinander austauschbaren Produkte. Wettbewerbsbeschränkungen können sich insbesondere durch Preisfestsetzung, Produktionsmengen oder Marktaufteilung ergeben. Vermarktungsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern können nur dann

⁷¹ Weitere Beispiele aus dem Pharmasektor bei *Klaus/Derra*, Kartellrecht im Pharma- und Gesundheitssektor, *PharmaR*, 2020, 115, 120.

⁷² Kommission, Entscheidung vom 20.12.1977, Az. IV/28.282, ABl. 1977, L 50/16.

⁷³ Kommission, Zusammenfassung des Beschlusses vom 13.5.2019, Sache AT.40134, ABl. C 407/6.

wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn die Parteien über ein gewisses Maß an Marktmacht verfügen, regelmäßig wenigstens 15 % Marktanteil.⁷⁴

Fallbeispiel 2: Abgestimmte Preiserhöhung durch Instant-Kaffeehersteller

Zur Jahreswende 2007/2008 haben leitende Mitarbeiter der drei Instant-Kaffeehersteller „Melitta“, „Krüger“ und „Kraft“ in jeweils bilateralen Telefongesprächen beabsichtigte Preiserhöhungen besprochen. Gegenstand der Gespräche waren dabei exakte Erhöhungsbeträge zwischen 20 und 40 Cent pro Packung für den Fabrikabgabepreis sowie für die Regalpreis- und Aktionspreisempfehlungen verschiedener Instant-Cappuccino-Produkte. Nachdem alle beteiligten Unternehmen in zeitlich engem Zusammenhang entsprechende Preiserhöhungsschreiben verschickt hatten, stiegen die Einzelhandelsverkaufspreise der betroffenen Produkte an. Das Bundeskartellamt verhängte Geldbußen in einer Gesamthöhe von rund neun Millionen Euro.⁷⁵

2. Zusammenarbeit im Einkauf

Gemeinsame Einkaufsregelungen können wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, zum Beispiel höhere Preise, geringere Produktionsmenge, Produktqualität oder -vielfalt, oder Innovation, wobei es wahrscheinlich ist, dass die mit der gemeinsamen Einkaufsregelung erzielten niedrigeren Einkaufspreise nicht an die Verbraucher weitergegeben werden. Auch auf dem Nachfragemarkt besteht bei entsprechender Marktmacht die Gefahr von missbräuchlichem Verhalten, etwa dem Ausschluss konkurrierender Einkäufer.⁷⁶

Die Anwendung von Art. 101 III AEUV, § 2 I GWB kommt beispielweise unter dem Gesichtspunkt reduzierter Transaktions-, Transport- und Lagerkosten oder der Veranlassung des Verkäufers zur Produktverbesserung in Betracht.

Einkaufsgemeinschaften sind v.a. im Lebensmitteleinzelhandel von hoher wirtschaftlicher Relevanz. Als historisch geprägtes Beispiel kann die Kette „Edeka“ angeführt werden, deren Name sich aus den Anfangsbuchstaben „E. d. K.“ abgeleitet hat, die für die bereits 1898 in Berlin gegründete „Einkaufsgenossenschaft der Kolonialwarenhändler“ stehen.⁷⁷

Die kartellrechtliche Problematik verdeutlicht etwa folgendes Fallbeispiel, das in den Leitlinien der Kommission wiedergegeben ist:⁷⁸

⁷⁴ Unter dieser Schwelle kommen aber auch *bezweckte* Wettbewerbsbeschränkungen in Betracht.

⁷⁵ Bundeskartellamt, Entscheidungen vom 24.8.2010 und 18.10.2011, Az. B11-20/08; vgl. den Fallbericht vom 19.9.2014, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de.

⁷⁶ Vgl. Horizontal-Leitlinien, Rn. 200 ff.

⁷⁷ Vgl. zur Unternehmensgeschichte die Internetseite von „Edeka“: www.edeka-verbund.de.

⁷⁸ Horizontal-Leitlinien, Rn. 222.

Zwei Supermarktketten schließen eine Vereinbarung über den gemeinsamen Einkauf von Produkten, auf die rund 80% ihrer variablen Kosten entfallen. Auf den relevanten Märkten für die verschiedenen Produktgruppen liegt der gemeinsame Marktanteil der Parteien zwischen 25 % und 40 %. An dem relevanten Verkaufsmarkt haben sie einen gemeinsamen Anteil von 60 %. Es gibt vier weitere bedeutende Einzelhändler mit einem Marktanteil von je 10 %. Mit einem Marktzutritt ist nicht zu rechnen.

Diese Koordination beim Einkauf hat nach Auffassung der Kommission wahrscheinlich ein Kollusionsergebnis zur Folge. Dafür, dass die Einkaufsvereinbarung wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, sprechen folgende Aspekte:

- Die Marktmacht auf dem Verkaufsmarkt,
- erheblichen Kostangleichung,
- ggf. ähnliche Kostenstrukturen und ähnliche Margen, wodurch sich die Kollusionsgefahr weiter erhöhe, und
- das Risiko, dass durch zurückhaltende Nachfrage der Parteien und damit infolge geringerer Mengen die Verkaufspreise auf dem nachgelagerten Markt steigen.

Ein Effizienznachweis wird kaum gelingen, da die erzielten Kosteneinsparungen wegen der erheblichen Marktmacht der Parteien auf dem Verkaufsmarkt wahrscheinlich nicht in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen.

Verfügt die Einkaufskooperation über einen nicht unbeachtlichen gemeinsamen Marktanteil, ist diese jedoch kartellrechtlich gleichwohl regelmäßig zulässig, wenn die Parteien auf verschiedenen räumlichen Märkten tätig sind. Denn dann ist eine Koordinierung des Verhaltens oder eine Kollusion der Parteien auf den Verkaufsmärkten unwahrscheinlich, da sie auf den nachgelagerten Märkten weder tatsächliche noch potenzielle Wettbewerber sind. Die Kommission hält daher die Zusammenarbeit in folgendem Beispielsfall⁷⁹ für zulässig:

Sechs große Einzelhändler aus verschiedenen Mitgliedstaaten gründen eine Einkaufsgemeinschaft, um gemeinsam mehrere Markenprodukte aus Hartweizenmehl einzukaufen. [...] Mitglieder der Einkaufsgemeinschaft haben einen gemeinsamen Anteil von rund 22% am relevanten unionsweiten Einkaufsmarkt. Auf dem Einkaufsmarkt gibt es drei weitere ähnlich große Unternehmen. Der Anteil der Parteien der Einkaufsgemeinschaft an den nationalen Verkaufsmärkten, auf denen sie tätig sind, beträgt jeweils zwischen 20% und 30 %. Keine von ihnen ist in einem Mitgliedstaat präsent, auf dem ein anderes Mitglied der Gemeinschaft tätig ist. Die Parteien sind keine potenziellen neuen Anbieter auf den Märkten der anderen Parteien.

⁷⁹ Horizontal-Leitlinien, Rn. 223.

III. Forschung, Entwicklung und Produktion von Lebensmitteln

1. Zusammenarbeit bei Forschung und Entwicklung

Im Lebensmittelbereich wird Forschung und Entwicklung seltener eine Rolle spielen, kann im Einzelfall jedoch durchaus relevant sein, so zum Beispiel bei „Novel Food“, bei diätetischen Lebensmitteln für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diäten) oder im Rahmen des wissenschaftlichen Nachweises für genehmigungsbedürftige gesundheitsbezogene Angaben.⁸⁰ Auch bei neuartigen oder verbesserten Produktions- oder Verpackungsverfahren können Entwicklungskooperationen von Lebensmittelunternehmen sinnvoll sein.⁸¹

Eine Zusammenarbeit kann jedoch im Einzelfall geeignet sein, den Wettbewerb zu beschränken, etwa indem Innovationen verlangsamt oder die Verhaltenskoordinierung zu höheren Preisen führt. Eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung kann vorliegen, wenn die Zusammenarbeit nicht wirklich gemeinsame Forschung und Entwicklung betrifft, sondern als Mittel zur Bildung eines verschleierte Kartells für verbotene Praktiken wie Preisfestsetzung, Produktionsbeschränkung oder Marktaufteilung genutzt wird.⁸²

Wird eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bewirkt, kommt bis zu einer gemeinsamen Marktanteilsschwelle von 25 % eine Freistellung nach der *Forschungs- und Entwicklungs-VO*⁸³ in Betracht,⁸⁴ im Übrigen die Einzelfreistellung nach Art. 101 III AEUV (§ 2 I GWB), wenn die Beschränkung unerlässlich für die Erzielung von Effizienzgewinnen ist, die in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Vereinbarung überwiegen.⁸⁵

2. Vereinheitlichung durch Normen

Auch wenn Normung **in aller Regel positiv** auf die Volkswirtschaft wirkt, kann sie unter bestimmten Umständen jedoch auch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, da sie potenziell den Preiswettbewerb beeinträchtigen und Produktionsmengen, Märkte, Innovation und technische Entwicklung einschränken oder kontrollieren kann, beispielsweise durch eine Verringerung des Preiswettbewerbs, die Marktverschließung gegenüber innovativen Technologien oder den Ausschluss oder

80 Siehe speziell zu Pharmaprodukten Klaus/Derra, Kartellrecht im Pharma- und Gesundheitssektor, PharmaR, 2020, 115, 121 f.

81 Vgl. etwa das Fallbeispiel 4 zu einem besonderen Tiefkühlverfahren für Hefeprodukte.

82 Horizontal-Leitlinien, Rn. 127 f.

83 Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl. 2010, L 355/36.

84 Der Marktanteil darf dazu höchstens 25 % betragen (Art. 4). Art. 5 und 6 regeln Kernbeschränkungen und sonstige nicht freigestellte Beschränkungen.

85 Vgl. Horizontal-Leitlinien, Rn. 141–146.

die Diskriminierung bestimmter Unternehmen, indem ihnen effektiv der Zugang zu der Norm verwehrt wird.⁸⁶

Fallbeispiel 3: Nährwertampel

Bei einer Nährwertampel oder Lebensmittelampel handelt es sich um eine graphische Darstellung der in einem Lebensmittel enthaltenen Lebensmittel durch die Ampelfarben, die die Einhaltung der Überschreitung bestimmter Grenzwerte signalisieren, die als eher gesund oder eher ungesund betrachtet werden. Initiativen zur Einführung einer solchen Nährwertampel gab es bereits auf nationaler und europäischer Ebene; zuletzt hat sich das Europäische Parlament jedoch im Rahmen der LMIV gegen eine solche Ampel entschieden.

Umgesetzt ist eine Nährwertampel jedoch beispielsweise seit 2015 in Frankreich, nämlich das sog. „5-C-Label“. Nach einem bestimmten Berechnungsverfahren wird anhand der Nährwertanteile ein „Score“ ermittelt, der nach einem festgelegten Schlüssel durch eine fünfstufige Farbskala von grün bis dunkelrot dargestellt wird. Die Teilnahme am „5-C-Label“ bleibt jedoch freiwillig, auch wenn abweichende graphische Darstellungen untersagt werden.⁸⁷

Eine solche Normung der Gesundheit von Lebensmitteln unterliegt der kartellrechtlichen Kontrolle. Zwar stammt der Entwurf und das Regelsystem von einer staatlichen Stelle, jedoch bleibt den einzelnen Lebensmittelunternehmern ein (eingeschränkter) Handlungsspielraum,⁸⁸ der es ihnen freilässt, die Ampeldarstellung zu verwenden. Soweit sich die Darstellung in entsprechendem Ausmaß beworben wird und sich im Lebensmittelmarkt praktisch durchsetzt, wird sie im Wege einer Verhaltensabstimmung einen allgemein akzeptierten Standard etablieren, der es Unternehmer erheblich erschwert, Lebensmittel mit einem schlechten „Score“ abzusetzen und deshalb eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen kann. Auch besteht die Gefahr, dass die verfügbare Produktpalette eingeschränkt werden könnte.

Die Kommission hält in solchen Fällen gleichwohl einen Verstoß gegen Art. 101 I AEUV für unwahrscheinlich.⁸⁹ So seien die Lebensmittelunternehmer weiterhin in der Lage, mit einer Reihe anderer Produktmerkmale (zum Beispiel Preis, Produktgröße, Qualität, Geschmack, Salzgehalt, Ausgewogenheit der Zutaten und Markenname) mit ihren Produkten auf dem Markt zu konkurrieren. Außerdem könne sich der Wettbewerb bezüglich der Grenzwerte verschärfen, wenn sich die Marktteilnehmer darum bemühen, den „Score“ zu verbessern.

⁸⁶ Vgl. Horizontal-Leitlinien, Rn. 263 ff.

⁸⁷ Vgl. zum „5-C-Label“ Kolb/Meyer/Verbeek, „Ampel“-Kennzeichnung, Gastro-Ampel, Hygiene-Ampel, Nährwertprofile, München 2016.

⁸⁸ Vgl. Stockenhuber/Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 64. EL 2018, Art. 101 AEUV Rn. 119.

⁸⁹ Horizontal-Leitlinien, Rn. 330 (bezüglich einer Fettbergrenze für Lebensmittel).

3. Zusammenarbeit bei der Produktion

Produktionsvereinbarungen können zu einer unmittelbaren Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Parteien führen, zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Parteien als Anbieter führen und höhere Preise oder geringere Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation, also ein Kollusionsergebnis zur Folge haben, und darüber hinaus zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung führen.⁹⁰

Zu berücksichtigen sind hinsichtlich einer Gruppenfreistellung die *Technologie-transfer-VO* (Gemeinsame Marktanteilsschwelle bis 20 % für Wettbewerber und 30 % für Nichtwettbewerber) und die *Spezialisierungs-VO* (bis zu 20 % gemeinsamer Marktanteil).

Fallbeispiel 4: Exklusivlizenzierung eines Verfahrens zur Tiefkühlung von Hefe zur Herstellung von Backwaren

Der Teig für einige Backwaren (insbesondere für Brot) muss Hefe enthalten, damit er während des Backens aufgehen kann und so gewährleistet ist, dass das Enderzeugnis eine leichte und luftige Struktur hat. Das Tieffrieren von Hefeteig ist deswegen technisch schwierig, weil Hefe ein lebender Mikroorganismus ist, der zerstört werden kann, wenn er bei sehr niedrigen Temperaturen eingefroren wird. Nach Durchführung von Forschungsarbeiten hat das Unternehmen „Rich Products“ ein Gefrierverfahren für Hefe entwickelt, das es gegenwärtig in seinen Produktionsstätten in Nordamerika anwendet. Das Unternehmen „Jus-rol“ mit Produktionsstätten ausschließlich im Vereinigten Königreich hatte mit „Rich Products“ eine Knowhow-Lizenzvereinbarung getroffen, um so ihre Produktpalette zu erweitern. Durch diese Vereinbarung ermächtigte „Rich Products“ „Jus-rol“, sein Verfahren zur Herstellung von Backwaren aus tiefgefrorenem Hefeteig zu verwenden. Dieses Recht wurde „Jus-rol“ exklusiv für das Vereinigte Königreich erteilt.

Die Kommission nahm bei folgenden Teilvereinbarungen bereits keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des jetzigen Art. 101 I AEUV an:⁹¹

- eine Geheimhaltungsvereinbarung über das Knowhow,
- ein Unterlizenzierungsverbot,
- ein Verwendungsverbot für das lizenzierte Verfahren für zehn Jahre nach Ablauf der Lizenz,⁹²
- eine Verpflichtung, das Verfahren ausschließlich für die Herstellung der vereinbarten Vertragserzeugnisse zu verwenden,

90 Vgl. Horizontal-Leitlinien, Rn. 157–159.

91 Kommission, Entscheidung vom 22.12.1987, ABl. 1987, L 69/21, Rn. 31–38.

92 Davon wären jedoch in zwei Fällen Ausnahmen zu machen: (1) Das Know-how ist aus einem dem Lizenznehmer nicht anzulastenden Grunde offenkundig geworden, oder (2) der Lizenznehmer hat ähnliche Kenntnisse von einem Dritten erhalten.

- eine Verpflichtung des Lizenznehmers, dem Lizenzgeber die Nutzung aller vom Lizenznehmer vorgenommenen Verbesserungen am lizenzierten Verfahren einzuräumen (Rücklizenz),
- eine Verpflichtung des Lizenznehmers, dem Lizenzgeber eine geheime Grundzutat, die für das Herstellungsverfahren benötigt wird, abzukaufen, und
- eine erfolgsunabhängige Lizenzgebühr, jedenfalls soweit der auf zehn Jahre geschlossene Vertrag für den Lizenznehmer kündbar ist.

Folgende Teilvereinbarungen stuft die Kommission zwar als Wettbewerbsbeschränkung ein, nahm jedoch eine Einzelfreistellung nach dem jetzigen Art. 101 III AEUV an:⁹³

- die Exklusivität der eingeräumten Lizenz für das Vereinigte Königreich, die andere Unternehmer ausschließt, und
- die Beschränkung der Lizenz auf das Gebiet des Vereinigten Königreichs.

D. Besondere Kartellrechtsprobleme im Lebensmittelbereich

I. Preisbindung und Preispflege

Eine *Mindestpreisbindung* stellt eine Kernbeschränkung dar.⁹⁴ Eine ausnahmsweise Zulässigkeit nach Art. 101 III AEUV bzw. § 2 I GWB kann sich im Lebensmittelbereich im Einzelfall etwa unter folgenden Voraussetzungen ergeben: Bei der Markteinführung neuer Produkte, bei kurzfristigen Sonderangebotskampagnen in Franchise- oder franchiseähnlichen Systemen und zur Vermeidung der Trittbrettfahrerproblematik bei beratungsintensiven Produkten.⁹⁵

Zulässig sind *Höchstverkaufspreise* oder *unverbindliche Preisempfehlungen* (auch unverbindlicher Verkaufspreis, kurz UVP; im Einzelhandel auch Ladenverkaufspreis, kurz LVP), sofern sich diese nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken. Letzteres kann beispielsweise in folgenden Fallgruppen⁹⁶ angenommen werden:

⁹³ Kommission, Entscheidung vom 22.12.1987, ABl. 1987, L 69/21, Rn. 28–30. Zur Prüfung der Freistellungsvoraussetzungen Rn. 39–45. Nach aktuellem Recht wäre auch eine Gruppenfreistellung nach der Technologietransfer-GVO zu prüfen.

⁹⁴ Vgl. dazu bereits unter C.I.1.a)aa).

⁹⁵ Bundeskartellamt, Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels vom Juli 2017, S. 8, Rn. 19, online abrufbar: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Hinweispapier%20Preisbindung%20im%20Lebensmitteleinzelhandel.pdf.

⁹⁶ Beispielsfälle übernommen vom Bundeskartellamt, Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels vom Juli 2017, S. 18f., Rn. 50.

- Der Hersteller droht dem Händler mit Nichtbelieferung oder Liefereinschränkungen, falls dieser den UVP unterschreitet.
- Der Hersteller macht die vom Händler gewünschte Belieferung mit weiteren Produkten in den Verhandlungen davon abhängig, dass der Händler künftig den UVP einhält.
- Der Hersteller stellt dem Händler eine Konditionenverbesserung in Aussicht, wenn der Händler die geforderte Einhaltung des UVP zusagt, was dieser auch tut.
- Der Hersteller stellt für eine Aktion mit Verlosung drei Pkw als Hauptgewinn zur Verfügung, verlangt hierfür jedoch nicht nur, dass der Aktionspreis höchstens 1,89 € beträgt, sondern darüber hinaus auch, dass er 1,85 € nicht unterschreitet. Der Händler nimmt zu diesen Bedingungen an der Aktion teil.⁹⁷
- Der Hersteller vereinbart mit dem Händler die Belieferung mit Aktionsware, bei der die Packungen 25 % mehr Inhalt als üblich haben, worauf ein auffälliger Verpackungsaufdruck („Vorteilspackung! 25 % extra!“) hinweist. Der Hersteller verlangt, dass der Händler den Verkaufspreis während der Aktion auf dem bisherigen Preis belässt; anderenfalls sei ein Verstoß gegen das Verbot unlauteren Wettbewerbs wegen Irreführung der Kunden über die Preiswürdigkeit der Aktionsware zu befürchten. Der Händler werde allerdings nur dann mit der Aktionsware beliefert, wenn er nach dem Ende der Aktion den Ladenverkaufspreis für die dann wieder normal große Packung auf mindestens 2,59 € anhebe. Der Händler sichert zu, sich an diese Vorgaben zu halten.⁹⁸
- Der Hersteller vereinbart mit dem Händler einen „Preisflegerabatt“ von 1,5 % auf den Einkaufspreis, der vierteljährlich nachträglich von der Rechnung abgezogen wird, sofern der Händler den UVP einhält.⁹⁹

97 Während die Vereinbarung eines Höchstpreises – hier maximal 1,89 € – zulässig ist, stellt die Abrede über den Mindestpreis von 1,85 € einen Verstoß gegen das Preisbindungsverbot dar.

98 Das erste Element der Vereinbarung – den Preis während der Aktion nicht anzuheben – ist zulässig. Denn unabhängig davon, ob diese Regelung durch das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) geboten ist, stellt sie kartellrechtlich eine Höchstpreisbindung dar und ist insofern nicht zu beanstanden. Das zweite Element, die Vereinbarung einer Anhebung des Verkaufspreises nach der Aktion, ist hingegen eine unzulässige vertikale Preisbindung.

99 Der unter der genannten Bedingung stehende Rabatt zielt objektiv darauf ab, dem Händler Anreize für vorstoßenden Preiswettbewerb zu nehmen (in diesem Fall würde er den Rabatt einbüßen) und ihn von einem sofortigen Nachziehen bei Niedrigpreisen eines konkurrierenden Händlers abzuhalten (der Händler wird eher als sonst bereit sein, durch die Niedrigpreisaktion eines Wettbewerbers verursachte kurzfristige Umsatzeinbußen hinzunehmen, um den Rabatt nicht zu gefährden). Damit ist die Vereinbarung eines solchen Preisflegerabatts geeignet und dazu bestimmt, den Preiswettbewerb einzuschränken, und stellt eine vertikale Preisbindung dar.

Fallbeispiel 5: Preiserhöhung von „Ritter Sport“-Schokolade

In der Zeit von 2005 bis 2008 wurden im Rahmen der Jahresvereinbarungen insbesondere folgende Vereinbarungen zwischen „Ritter Sport“ und den Einzelhandelsketten „Rewe“ und „Edeka“ getroffen und schriftlich fixiert, jeweils als Gegenleistung dafür, dass der Ladenverkaufspreis (LVP) zum vereinbarten Termin im vereinbarten Umfang angehoben wird: Rückvergütungen, Stückprämien, Rabatte auf den Einkaufspreis sowie eine zeitversetzte Anhebung der Einkaufspreise erst ein paar Wochen nach der Anhebung der LVP („altpreisige Belieferung“). Das Bundeskartellamt verhängte deshalb 2014 ein Bußgeld von insgesamt rund 34 Millionen Euro.¹⁰⁰

Fallbeispiel 6: Preiserhöhung und Preispflege durch „Haribo“

Haribo, führender Anbieter bei Fruchtgummis und Lakritzen, betrieb bis 2009 durchgängig intensiv so genannte „Preispflege“, das heißt der Süßwarenhersteller versuchte systematisch die Ladenverkaufspreise (LVP) über das Aussprechen von Preisempfehlungen hinaus zu beeinflussen und die Einhaltung von Mindestverkaufspreisen sicherzustellen. Jeweils in den Jahren 2004/2005 und 2007/2008 drängte Haribo zunächst den Einzelhändler „Aldi“ nach Aufforderung von Edeka, Rewe, Kaufland, Lidl und Metro zu einer Preiserhöhung, da die übrigen Händler die Handelsspanne als wenig attraktiv beanstandeten. Nachdem „Aldi“ nach anhaltender Verhandlung vorab zustimmte, informierte Haribo von dieser beabsichtigten Preiserhöhung sogleich die anderen Händler und fragte ab, wann diese ihre LVP anheben würden. Innerhalb von zwei Wochen nach der LVP-Erhöpfung durch Aldi, meist bereits nach wenigen Tagen, hoben die übrigen Händler daraufhin ihre LVP ebenfalls an. Im Anschluss an die Preiserhöhungen verfolgte Haribo weiterhin eine unzulässige Preispflege. Haribo drohte gegebenenfalls damit, die Ware nicht oder nicht vollständig auszuliefern, was erforderlichenfalls in einigen Fällen auch tatsächlich praktiziert wurde. Gelegentlich wurden zudem finanzielle Anreize gesetzt, um den Händler von zu niedrigen Aktionspreisen abzuhalten. Auch die Händler selbst informierten bisweilen Haribo darüber, wenn ein anderer Händler die Preisuntergrenzen unterschritt und forderten Haribo zum Handeln auf.

Das Bundeskartellamt verhängte 2014–2016 Bußgelder von insgesamt über 60 Millionen Euro.¹⁰¹

100 BKartA, Beschluss vom 18.12.2014, Az. B 10 – 041/14 – „Ritter Sport“. Dazu zusammenfassend der Fallbericht vom 18.6.2015, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de.

101 BKartA, div. Entscheidungen, Az. B 10 – 040/14. Vgl. zusammenfassenden Fallbericht vom 14.12.2016, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de.

II. Verkauf unter Einstandspreis

Nach § 20 III 1, 2 Nr. 1 GWB dürfen Unternehmen mit überlegener Marktmacht Lebensmittel grundsätzlich nicht unter dem Einstandspreis¹⁰² anbieten. Nach § 20 III 4 ist dies aber ausnahmsweise sachlich gerechtfertigt, wenn es geeignet ist, den Vererb oder die drohende Unverkäuflichkeit der Waren beim Händler durch rechtzeitigen Verkauf zu verhindern, sowie in vergleichbar schwerwiegenden Fällen. Ferner stellt die Abgabe von Lebensmitteln an gemeinnützige Einrichtungen zur Verwendung im Rahmen ihrer Aufgaben keine unbillige Behinderung dar (§ 20 III 5 GWB). Dagegen kann es keinesfalls eine sachliche Rechtfertigung darstellen, auf das rechtswidrige Angebot von Lebensmitteln unter Einstandspreis bei Konkurrenten durch eigenes Nachziehen zu reagieren, weil dadurch das Ausmaß der wettbewerbsschädlichen Auswirkungen noch intensiviert würde.¹⁰³

Fallbeispiel 7: Verkauf von Milchprodukten unter Einstandspreis durch Netto

Netto Marken-Discount hatte im Rahmen mehrerer Aktionswochen (jeweils Montag bis Samstag) von Mitte Dezember 2006 bis Mitte Februar 2007 Milchprodukte unter Einstandspreis angeboten.

Bei der Feststellung des Einstandspreises einer Ware geht das Bundeskartellamt vom Listenpreis des Lieferanten ohne Mehrwertsteuer (sog. Netto-Einstandspreis) aus, von dem alle preiswirksamen Konditionen¹⁰⁴ abgezogen werden, die ihren rechtlichen Grund in den zwischen dem Lieferanten und dem Abnehmer geschlossenen Beschaffungsverträgen haben (sog. Netto/Netto-Einstandspreis). Eine Ware wird unter dem Einstandspreis angeboten, wenn der Verkaufspreis abzüglich Mehrwertsteuer (sog. Netto-Verkaufspreis) unter dem Netto/Netto-Einstandspreis liegt.¹⁰⁵ Es gilt also:

Verkaufspreis (Netto) < Listenpreis (Netto) – preiswirksame Konditionen.

Einen Schwerpunkt der Entscheidung bildete die Prüfung des Tatbestandsmerkmals „nicht nur gelegentlich“ in Bezug auf die dreimaligen Aktionswochen. Seit 30.6.2013 gilt diese Voraussetzung jedoch nicht mehr für den Handel mit Lebensmitteln, weil § 20 III GWB dies nur noch für andere Waren oder gewerbliche Leistungen erfordert. Das Verbot ist also nach neuem Recht bereits auf *einmalige Aktionsangebote* anzuwenden.

102 Nach § 20 III 3 ist das der zwischen dem Unternehmen mit überlegener Marktmacht und seinem Lieferanten vereinbarte Preis für die Beschaffung der Ware oder Leistung, auf den allgemein gewährte und im Zeitpunkt des Angebots bereits mit hinreichender Sicherheit feststehende Bezugsvergünstigungen anteilig angerechnet werden, soweit nicht für bestimmte Waren oder Leistungen ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist.

103 BGH, Beschluss vom 12.11.2002, Az. KVR 5/02 („Wal-Mart“).

104 Preiswirksame Konditionen können sich auf bestimmte Einzellieferungen beziehen oder Teil des allgemeinen Konditionenrahmens für die Beschaffung bzw. Belieferung sein, wie beispielsweise Jahresboni, Werbekostenzuschüsse oder Umsatzvergütungen.

105 Bundeskartellamt, Beschluss vom 25.10.2007, Az. B 9 – 77/07, S. 13.

Für die Prüfung einer sachlichen Rechtfertigung sei das Interesse der kleinen und mittleren Wettbewerber am Schutz vor ungerechtfertigter Behinderung mit dem Interesse des marktstarken Unternehmens abzuwägen, seine Marktstellung durch Preismaßnahmen zu verbessern. Als sachliche Rechtfertigung kämen daher in erster Linie betriebswirtschaftliche Notlagen in Betracht oder die gemeinsamen Interessen des Handelsunternehmens und seiner Lieferanten an einer Verkaufsförderung bestimmter Produkte.¹⁰⁶ Kein tauglicher Rechtfertigungsgrund war aber, dass sie mit ihren Unter-Einstandspreis-Angeboten für Milchprodukte nur auf die Niedrigpreisstrategien ihrer Wettbewerber – insbesondere Aldi und Penny – reagiert habe. Das Bundeskartellamt hält ein solches Verhalten aber ausnahmsweise beim Hinzutreten besonderer Umstände für denkbar, etwa der Gefahr unzumutbar starker Umsatzeinbrüche.¹⁰⁷

III. Mengenmäßige Planung von Angebotsaktionen

Im Einzelhandel sind regelmäßige, oft wöchentliche, Aktionszeiträume üblich, in denen bestimmte ausgewiesene Lebensmittel zu einem rabattierten Aktionspreis angeboten werden. Da diese Aktionszeiträume zumeist mit einer erheblich gesteigerten Nachfrage nach den jeweiligen Produkten einhergeht, ist es oftmals geboten, dass die Händler den Hersteller frühzeitig über geplante Aktionen zu informieren, um Lieferengpässe zu vermeiden. Kartellrechtliche Probleme ergeben sich nur dann, wenn dabei auch dem Hersteller der beabsichtigte Aktionspreis mitgeteilt wird. Hier kann im Einzelfall die Abgrenzung zwischen der – grundsätzlich erlaubten – bloßen Information seitens des Händlers über einen von ihm autonom geplanten Preis und der – als vertikale Preisabsprache grundsätzlich nach deutschem und europäischem Recht verbotenen – Zusage eines bestimmten Verkaufspreises Probleme aufwerfen, weshalb das Bundeskartellamt Händlern von der vorherigen Nennung des Aktionspreises gegenüber dem Hersteller strikt abrät.¹⁰⁸

IV. Gewinnspannengarantie

Der Hersteller und ein Händler können vereinbaren, dass der Hersteller für eine bestimmte Gewinnspanne des Händlers für sein Produkt garantiert. Dadurch wird das Absatz- und Deckungsrisiko vom Hersteller auf den Händler verlagert, was aber zumindest im Einklang mit der Vertragsfreiheit steht, solange der Händler keine marktbeherrschende Stellung missbraucht. Das Bundeskartellamt betrachtet solche Spannengarantien jedoch regelmäßig als konkludent abgestimmte Preisbindung und

106 Bundeskartellamt, Beschluss vom 25.10.2007, Az. B 9 – 77/07, S. 20.

107 Kommission, Entscheidung vom 6.10.1994, Az. IV/34.776, ABl. 1994, L 309/1, S. 20. Diese Auffassung widerspricht nicht der BGH-Rechtsprechung in der Sache „Wal-Mart“, der solche zusätzlichen Umstände nicht zu würdigen hatte.

108 Bundeskartellamt, Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels vom Juli 2017, S. 24 f., Rn. 72–74.

als verbotene Anreizgewährung (§ 21 II GWB), wenn sie im Kontext eines vorgegebenen UVP vereinbart werden, denn „bei vernünftiger Auslegung aus der Perspektive des Händlers wird sich der Hersteller ansonsten nicht auf eine für ihn wirtschaftlich potentiell nachteilige Garantie einlassen, die ihm das Risiko des Preissetzungsverhaltens des Händlers aufbürdet“.¹⁰⁹ Der Händler wird aus der Risikoübernahme durch den Hersteller also in der Regel folgern, diesem sei in den Gesprächen mit den übrigen Handelsunternehmen signalisiert worden, dass diese ebenfalls den vom Hersteller festgelegten UVP umsetzen werden.

Dagegen stellen Nachverhandlungen über Ausgleichsforderungen wegen nicht erzielter Deckungserwartungen nicht schlechthin eine unzulässige Preisbindung dar, sondern nur beim Hinzukommen weiterer Umstände. Ein solcher kann vorliegen, wenn der Händler den Hersteller auf die Unterschreitung des UVP durch andere Händler hinweist, was den Hersteller dazu veranlasst, Druck auf diesen Händler zur Einhaltung des UVP auszuüben. Dies gilt nach Auffassung des Bundeskartellamts selbst dann, wenn der Händler seine Verhandlungsposition durch Verweis auf die Marktlage stärken will, dabei aber Preisbindungsmaßnahmen des Herstellers gegenüber anderen Händlern in Kauf nimmt, weil hierin gleichwohl eine konkludente Übereinkunft gesehen werden kann, den UVP unter der Bedingung einzuhalten, dass der Hersteller für eine Einhaltung des Preisniveaus seitens der übrigen Händler sorgt.¹¹⁰

V. Nichtkontrahierung

Solange ein Hersteller keine marktbeherrschende Stellung einnimmt, ist es grundsätzlich eine zulässige Geschäftsstrategie, nur mit solchen Händlern Geschäftsbeziehungen einzugehen, die dafür bekannt sind, den UVP einzuhalten, und die Belieferung von Niedrigpreisdiscountern stattdessen zu verweigern. Den Hersteller trifft nämlich im Grundsatz kein Kontrahierungszwang. Gleiches gilt für den Abbruch und die Kündigung bestehender Geschäftsbeziehungen, weil sich die Erwartungen des Herstellers nicht erfüllt haben.

Die kartellrechtliche Grenze findet diese Geschäftspraxis dann, wenn der Hersteller sein Geschäftsverhalten kommunikativ offenlegt, was eine wettbewerbswidrige Verhaltensabstimmung beziehungsweise eine verbotene Anreizgewährung darstellt. Das Bundeskartellamt prüft dabei insbesondere, ob der Hersteller bei der Kündigung bestehender Geschäftsbeziehungen oder der Weigerung, eine Geschäftsbeziehung einzugehen, auf die Einhaltung des UVP Bezug nimmt, entsprechende Andeutungen macht, dies in der Vergangenheit getan hat, ohne sich glaubwürdig distanziert zu ha-

109 Bundeskartellamt, Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels vom Juli 2017, S. 27, Rn. 78.

110 Bundeskartellamt, Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels vom Juli 2017, S. 27–29, Rn. 81–85.

ben, oder durch allgemeine Ankündigungen seine diesbezügliche Vertriebspolitik offenbart hat.¹¹¹

VI. Verkaufsstättenausschließlichkeit

Im Lebensmittelbereich werden oftmals Gastronomiebetriebe an eine bestimmte Marke oder einen bestimmten Hersteller gebunden. Ein klassisches Beispiel sind etwa Bierlieferungsverträge zwischen Brauereien oder Großkonzernen mit einzelnen Gaststätten. Diese sehen in der Regel vor, dass in der Gaststätte keine Konkurrenzprodukte verkauft werden dürfen. Eine solche „Verkaufsstättenausschließlichkeit“ stellt eine Alleinbezugsverpflichtung dar.

Fallbeispiel 8: Pachtverträge mit Bierbezugsverpflichtung durch Whitbread

Whitbread ist ein britisches Unternehmen mit Geschäftsinteressen im Lebensmittel-, Getränke- und Freizeitsektor. Zu seinen Tätigkeiten zählen das Brauen von Bier, dessen Vermarktung und Vertrieb, der Großhandel mit anderen Getränken, die Verpachtung unternehmenseigener Schankwirtschaften sowie der Betrieb von Schankwirtschaften, Restaurants, Hotels und Freizeitclubs.

Nach Musterpachtverträgen stellte Whitbread dem Pächter eine voll ausgestattete Wirtschaft mit Schankerlaubnis zur Verfügung, die der Pächter zu betreiben hatte. Der Pächter zahlte dafür einen bestimmten Pachtzins und bezog die im Vertrag aufgeführten Biere von keiner anderen Quelle als von Whitbread oder dessen Beauftragten. Die Laufzeiten betragen dabei bis zu 20 Jahre.

Die Kommission stellte zunächst eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung fest.¹¹² Hierbei waren insbesondere die kumulativen Folgen der gleichartigen Pachtverträge mit verschiedenen Pächtern insgesamt zu bewerten („Bündeltheorie“). Für solche Konstellationen hat der EuGH konkretisiert, wann der Tatbestand des Art. 101 I AEUV erfüllt sein soll:¹¹³

1. Es muss unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen und rechtlichen Begleitumstände des streitigen Vertrags der nationale Markt für den Absatz von Bier in Gaststätten für Mitbewerber, die auf diesem Markt Fuß fassen oder ihren Marktanteil vergrößern könnten, *schwer zugänglich* sein. Dass der streitige Vertrag zu einem Bündel gleichartiger Verträge auf diesem Markt gehört, die sich kumulativ auf den Wettbewerb auswirken, ist nur einer unter mehreren Faktoren, anhand deren zu beurteilen ist, ob dieser Markt tatsächlich schwer zugänglich ist.
2. Es muss der streitige Vertrag in erheblichem Maße zu der *Abschottungswirkung* beitragen, die das Bündel dieser Verträge auf Grund ihres wirtschaft-

111 Bundeskartellamt, Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels vom Juli 2017, S. 29–31, Rn. 86–94.

112 Kommission, Entscheidung vom 24.2.1999, Az. IV/35.079/F3, ABl. 1999, L 88/26.

113 EuGH, Urteil vom 28.2.1991, Rs. C-234/89 – „Delimitis/Henninger Bräu“.

lichen und rechtlichen Gesamtzusammenhangs entfaltet. Die Bedeutung des Beitrags des einzelnen Vertrags hängt von der Stellung der Vertragspartner auf dem relevanten Markt und von der Vertragsdauer ab.

Eine Gruppenfreistellung nach der damals anwendbaren Verordnung (EWG) Nr. 1984/83 schied aus. Auch nach der jetzt gültigen Vertikal-GVO hätte es an der fünf-Jahres-Befristung gefehlt. Die Kommission bejahte jedoch eine Einzelfreistellung. Eine Bierlieferungsvereinbarung bewirke in der Regel eine Verbesserung der Warenverteilung, weil sie die Errichtung, die Modernisierung, die Erhaltung und den Betrieb von Gaststätten wesentlich erleichtere.¹¹⁴ Weiter käme dies auch den Verbrauchern zugute. Insbesondere führt die Kommission an, die Pachtbetriebe böten den Brauereien einen Anreiz, um in Lokale, die für die Eigenbewirtschaftung zu klein sind, neu bzw. weiter zu investieren. Das Vertragssystem trage somit zum Erhalt von Schankwirtschaften bei, die unter anderen Umständen vielleicht schließen müssten. Die ständige Anwesenheit solcher Lokale und die ständige Verbesserung von Einrichtungen dank entsprechender Investitionen sind ein klarer Vorteil für den Verbraucher. Es läge auf der Hand, dass die Pachtverträge einer bestimmten Brauerei nur dann zu diesem Vorteil beitragen, wenn der langfristige Betrieb der Lokale nicht in Frage gestellt wird.¹¹⁵ Die Alleinbezugsverpflichtung sei auch unerlässlich und schliesse angesichts eines Marktanteils von lediglich 13 % den Wettbewerb nicht aus.¹¹⁶

Bei der Rechtsprechung des EuGH ist jedoch generell zu beachten, dass für den Fall, dass die vorgegebenen Voraussetzungen für die Spürbarkeit nach der Bündeltheorie nicht gegeben sind, in der Regel wohl auch keine gemeinschaftsweite Bedeutung vorliegen wird, was dann zwar zutreffend die Anwendbarkeit des EU-Kartellrechts ausschließt, aber für die nationalen Kartellbehörden immer noch Raum ließe, eine *bezweckte* Wettbewerbsbeschränkung ohne zwischenstaatliche Auswirkungen anzunehmen, deren Spürbarkeit gar nicht nachgewiesen zu werden braucht. Die pauschale Annahme der kartellrechtlichen Zulässigkeit eines Bierlieferungsvertrages im Umkehrschluss aus dem Nichtvorliegen der EuGH-Voraussetzungen ginge daher zu weit.

VII. Kühltruhausschließlichkeit

Lebensmittel, die aus Gründen der Haltbarkeit der Kühlung bedürfen, müssen vom Händler in einer Kühltruhe gelagert werden. Auch viele Getränke werden aus Gründen des Geschmacks nur kalt serviert. Gerade bei kleineren Händlern, Kiosken, Restaurants oder Gaststätten ist es daher oftmals üblich, dass ein Hersteller von zu kühlenden Lebensmitteln zugleich dem Händler eine (Selbstbedienungs-)Kühltruhe

114 Kommission, Entscheidung vom 24.2.1999, Az. IV/35.079/F3, ABl. 1999, L 88/26, Rn. 150.

115 Kommission, Entscheidung vom 24.2.1999, Az. IV/35.079/F3, ABl. 1999, L 88/26, Rn. 172.

116 Kommission, Entscheidung vom 24.2.1999, Az. IV/35.079/F3, ABl. 1999, L 88/26, Rn. 175–177.

unentgeltlich zur Verfügung stellt. Aus Sicht des Herstellers soll dadurch einerseits ein Anreiz für den Händler zum Anbieten der Produkte des Herstellers geschaffen werden, andererseits auch die markenspezifische Gestaltung der Kühltruhe das Produkt des Herstellers bewerben und so die Kundennachfrage fördern. Darüber hinaus liegt es auch im Interesse des Herstellers zu verhindern, dass in der von ihm zur Verfügung gestellten Kühltruhe „Fremdprodukte“ gelagert und verkauft werden, was einer Amortisation der Aufwendungen des Herstellers für die Kühltruhe entgegensteht.

Die Kommission hatte bereits in zwei Verfahren über Ausschließlichkeitsvereinbarungen für Kühltruhen in Bezug auf Speiseeis zu entscheiden: 1993 gegen „Langnese-Iglo“ GmbH¹¹⁷ sowie die „Schöller Lebensmittel“ GmbH & Co. KG¹¹⁸ und 1998 gegen die „Bergh Foods“ Limited (ehemals „HB Ice Cream“ Limited)¹¹⁹. Gegen alle drei Unternehmen hat die Kommission die Vereinbarungen beanstandet. Während bei „HB“ zusätzlich ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung angenommen worden ist, lag im Übrigen stets eine Verstoß gegen den jetzigen Art. 101 AEUV vor.

Interessant sind dabei die Begründung zu einer Einzelfreistellungsmöglichkeit nach Art. 101 III AEUV. Nach der Auffassung der Kommission greift dabei das Argument, dass kleinere umsatzschwache Lokale ihren Speiseeisbetrieb einstellen müssten, wenn ihnen keine kostenfreie Kühltruhe zur Verfügung gestellt würde, nicht durch, obwohl es grundsätzlich der Verbesserung der Warenverteilung dienen kann. Im Falle von „HB“ hält die Kommission bereits entgegen, dass angesichts dessen hoher Marktanteile auch ohne Ausschließlichkeitsvereinbarung allein wegen der Marktzusammensetzung schon ein hoher Anteil eigener Produkte in der Kühltruhe zu erwarten wäre, was eine Ausschließlichkeitsvereinbarung entbehrlich mache.¹²⁰ Aber auch mit geringeren Marktanteilen ist eine Einzelfreistellung wenig wahrscheinlich, da die Kommission annimmt, die meisten Lokalbetreiber würden sich für Kauf, Miete oder Leasing einer eigenen Kühltruhe entscheiden, wenn ihnen das Angebot einer kostenfreien Kühltruhe nicht mehr zur Verfügung stünde.¹²¹

VIII. Absatzplanung und Datenübermittlung

Die „digitale Revolution“ erhält zunehmenden Einzug in allen Bereichen der Wirtschaft. Entscheidende Grundlage sind sog. „Big Data“-Anwendungen, also die Erhebung von möglichst umfangreichen Datensätzen und deren Auswertung zur Geschäftsoptimierung. Big Data bietet nicht nur bei Produktion und Technik in der Landwirtschaft und der „Industrie 4.0“ ein immenses Potential, etwa bei der Dün-

117 Kommission, Entscheidung vom 23.12.1993, Az. IV/ 34.072, ABl. 1993, L 183/19.

118 Kommission, Entscheidung vom 23.12.1993, Az. IV/31.533 und IV/ 34.072, ABl. 1993, L 183/1.

119 Kommission, Entscheidung vom 11.03.1998, ABl. 1998, L 246/1.

120 Kommission, Entscheidung vom 11.03.1998, ABl. 1998, L 246/1, Rn. 227–228.

121 Kommission, Entscheidung vom 11.03.1998, ABl. 1998, L 246/1, Rn. 229–231.

geoptimierung, der Wartung und Instandhaltung von Maschinen, oder der Lagerhaltung und Logistik, sondern auch im Bereich des Vertriebs und Einzelhandels. Im Rahmen von „Outdoor“ und „Indoor Analytics“ werden etwa aus der Auswertung der erfassten Datenmassen Antworten darauf gefunden, welchen Weg Verbraucher durch ein Geschäft nehmen, oder welche Angebote die meisten Interessenten anziehen.¹²²

Fallbeispiel 9: Digitalisierte Absatzplanung

Die ehemalige Unternehmenskette „Kaiser’s Tengelmann“ ersetzte vor der deren späterer Übernahme durch andere Einzelhandelsketten die manuelle Absatzplanung durch ein „Predictive-Analytics“-System, um „den Aufwand bei der Absatzplanung in den Filialen zu reduzieren, Absatzvorhersagen zu präzisieren und die Kundennachfrage an den einzelnen Standorten bedarfsgerecht zu erfassen“.¹²³ Dazu wurden folgende Daten für einen Zeitraum von vier Jahren täglich aktualisiert erfasst: positionsgenau alle Abverkäufe auf Artikel-/Filialbasis, alle Bestände über den genannten Zeitraum ebenfalls auf Artikel-/Filialbasis, und ergänzende Informationen wie Promotionszeiträume, Preisveränderungen, Rahmentourenpläne, und Abschreibungen. Kaiser’s Tengelmann hat dazu mit dem IT-Dienstleister „Blue Yonder“ zusammengearbeitet, zu dessen Kunden nunmehr auch die Einzelhandelsketten „Kaufland“ oder „dm“ gehören.¹²⁴ Die Absatzplanung betrifft freilich auch die Herstellerseite, weshalb etwa mit demselben Big-Data-Dienstleister auch der Lebensmittelhersteller „Natsu Foods“ zusammenarbeitet und dessen Datenanalyse verwendet.

An diesem Fallbeispiel offenbart sich auch eine kartellrechtliche Implikation der digitalisierten Absatzplanung, wenn Händler Datensätze über Verkaufspreise und Aktionszeiträume entweder direkt oder über dritte Dienstleister an den jeweiligen Hersteller übermitteln. Dies ermöglicht nämlich dem Hersteller gegebenenfalls eine lückenlose Überwachung der Einhaltung eines UVP, was eine unzulässige Preisbindungsmaßnahme bedeuten kann. Die Datenübermittlung ist jedoch grundsätzlich ohne hinzutretende Umstände zulässig, wobei nach dem Hinweisen des Bundeskartellamts¹²⁵ folgende Bedingungen eingehalten werden sollten: die übermittelten Daten sind jeweils nicht aktueller als drei Monate¹²⁶

122 Vgl. zu diesem Anwendungsbereich Bitkom, „Leitlinien für den Big-Data-Einsatz“, 2015, S. 40 f., online abrufbar: <https://www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2015/Leitfaden/LF-Leitlinien-fuer-den-Big-Data-Einsatz/150901-Bitkom-Positionspapier-Big-Data-Leitlinien.pdf>.

123 Bitkom, „Big Data und Geschäftsmodell-Innovationen in der Praxis: 40+ Beispiele“, 2015, S. 103 f., online abrufbar: <https://www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2015/Leitfaden/Big-Data-und-Geschäftsmodell-Innovationen/151229-Big-Data-und-GM-Innovationen.pdf>.

124 Siehe Website des Unternehmens, online abrufbar: www.blueyonder.ai.

125 Bundeskartellamt, Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels vom Juli 2017, S. 31–34, Rn. 95–101.

126 Eine Koordinierung von Preiserhöhungen, die nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes in der Vergangenheit zumeist innerhalb eines Korridors von wenigen Wochen stattfänden, läge insofern nicht nahe.

und beziehen sich nur auf die Vergangenheit, eine Weiterleitung der Daten an andere Händler wird vertraglich ausgeschlossen, eine Vergütung für die Datenübermittlung darf nicht in Bezug zur Einhaltung des UVP stehen und eine auf Grundlage der Datenbasis erkannte Unterschreitung darf nicht zu einer Intervention des Herstellers führen. Wird ein IT-Dienstleister wie in oben dargestelltem Fallbeispiel eingesetzt, wäre es auch möglich, die ermittelten und weitergegebenen Ergebnisse so zu verarbeiten, dass sie keine Rückschlüsse mehr auf die konkrete Preisgestaltung eines Händlers erlauben, etwa wenn dem Hersteller nur noch eine aus einer Vielzahl von Parametern errechnete mengenmäßige Absatzprognose übermittelt wird.

IX. Warengruppenmanagement

Eine weitere Kooperationsform stellt das Warengruppenmanagement (engl. *Category Management*) dar.¹²⁷ Dieses geht vom betriebswirtschaftlichen Ansatz aus, dass die Verbindung von bestimmten Produkten, die in einem Zusammenhang stehen oder üblicherweise gemeinsam verwendet oder gekauft werden, zu Verkaufseinheiten, die im selben Regal beziehungsweise in räumlicher Nähe angeboten werden, positive Auswirkungen auf den Absatz und die Kundenzufriedenheit hat. Für die Aufstellung der Kategorien wird jedoch umfassende Markt- und Produktkenntnis benötigt, die eher dem Hersteller als dem Händler zugeschrieben wird. Daher werden bestimmte Hersteller mit hohen Marktanteilen vom Händler als sog. „Category Captain“ eingesetzt, der für die Produktauswahl in seiner Kategorie verantwortlich ist.

Auch wegen der Verbrauchervorteile wird das Warengruppenmanagement generell positiv bewertet; die EU-Kommission und das Bundeskartellamt halten sich bei solchen Verabredungen grundsätzlich zurück.¹²⁸ Gleichwohl sollten einige kartellrechtliche Vorgaben eingehalten werden. Zur Preisbindung gelten die bereits allgemein dargestellten Regeln. Auch hinsichtlich der Produktauswahl sollte der Category Captain nur *unverbindliche Empfehlungen* aussprechen und keine Anreize gewähren oder Druck ausüben. Strengere Maßstäbe gelten bei einer marktbeherrschenden Stellung des Category Captain, aber auch ohne Rücksicht auf eine Marktbeherrschung darf keine unbillige Beeinträchtigung stattfinden (§ 21 I GWB). Eine solche kann vorliegen, wenn zusätzliche Umstände hinzutreten, etwa beim Vorbehalten der absatzstärksten Plätze im Regal für eigene Produkte, wodurch Wettbewerber beim Absatz ihrer Produkte behindert werden, oder sonstige *gezielte Benachteiligungen* von Wettbewerbern bei der Sortimentsauswahl.¹²⁹ Es ist daher zu empfehlen, die

127 Vgl. zur Gestaltung des Category-Management-Systems *Martinek*, „Vertriebsrecht und Innovation – Vertriebsvertragsrecht als Infrastruktur und Instrument für technische und administrative Innovationen“, ZVertriebsR 2018, 139, 143f.

128 Vgl. *Metzloff*, „Category Management und Kartellrecht“, ZVertriebsR 2012, 138, 149 ff.

129 Vgl. *Metzloff*, „Category Management und Kartellrecht“, ZVertriebsR 2012, 138, 147.

Auswahl nur auf objektive Kriterien und sachlich richtige Daten zu stützen und zu dokumentieren, um den Verdacht missbräuchlichen Verhaltens von vorneherein zu entkräften.¹³⁰ Vorsicht ist auch beim Informationsaustausch geboten, weil dadurch eine wettbewerbswidrige Verhaltensabstimmung und Überwachung dieser ermöglicht werden könnte.

X. Franchising

Franchise-Kooperationen – insbesondere Vertriebsfranchising – erfreuen sich im Lebensmittelbereich hoher Beliebtheit. Gerade in den Bereichen Gastronomie und Einzelhandel konnten sich namhafte Franchise-Systeme erfolgreich durchsetzen. Beim Franchising führt der Franchisenehmer eine Filiale selbständig, nutzt jedoch den Namen, Symbole und Betriebsmittel sowie Know-how des Franchisegebers gegen Zahlung einer Lizenzgebühr.

Der EuGH hat sich erstmals in der „Pronuptia“-Entscheidung¹³¹ mit der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Franchise-Systemen auseinandergesetzt, wobei der EuGH das Vertriebsfranchising für grundsätzlich zulässig hielt. Dabei dürften auch Vereinbarungen getroffen werden, die unerlässlich sind, zu verhindern, dass „das dem Franchisenehmer vermittelte Know-how und die ihm zuteil gewordene Unterstützung mittelbar einem Konkurrenten zu Gute kommen“¹³², beispielsweise Wettbewerbsverbote. Ebenso darf dem Franchisenehmer auferlegt werden, „die vom Franchisegeber entwickelten Geschäftsmethoden anzuwenden und das von diesem übermittelte Know-how einzusetzen“, „Vertragswaren nur in dem nach den Anweisungen des Franchisegebers eingerichteten und ausgestatteten Ladengeschäft zu verkaufen, um ein einheitliches Erscheinungsbild zu gewährleisten“, und objektive Qualitätsnormen einzuhalten, sowie verboten werden, den Ort des Geschäfts oder den Inhaber zu wechseln.¹³³

Franchise-Verträge unterlägen aber einer Schranke in Ansehung von Vereinbarungen, „die zum Schutz des vermittelten Know-how oder zur Wahrung der Identität und des Ansehens der Vertriebsorganisation keineswegs notwendig sind, sondern den Wettbewerb zwischen den Mitgliedern dieser Organisation beschränken. Dies ist der Fall bei Bestimmungen, die die Märkte zwischen Franchisegeber und Franchisenehmern oder unter den Franchisenehmern aufteilen oder die die Franchisenehmer daran hindern, sich einen Preiswettbewerb zu liefern.“¹³⁴ Insbesondere verbindliche Preisvorgaben sind daher auch in Franchise-Systemen kartellrechtswidrig.

130 *Wiring*, „Sortimentsplanung im Supermarktregal – Welchen Spielraum lässt das Kartellrecht?“, GRUR-Prax 2010, 332 (335).

131 EuGH, Urteil vom 28.1.1986, Rs. 161/84.

132 EuGH, Urteil vom 28.1.1986, Rs. 161/84, Rn. 16.

133 EuGH, Urteil vom 28.1.1986, Rs. 161/84, Rn. 18–21.

134 EuGH, Urteil vom 28.1.1986, Rs. 161/84, Rn. 23.

Gemäß den oben genannten Vorgaben fallen Franchise-Abreden in aller Regel unter die Gruppenfreistellung der Vertikal-GVO oder gegebenenfalls auch der Technologietransfer-GVO.¹³⁵

E. Zusammenfassung und Ausblick

Lebensmittelunternehmen werden in allen Phasen von Forschung und Entwicklung über Einkauf und Produktion bis zum Vertrieb mit einer Vielzahl kartellrechtlicher Fragen konfrontiert. Die voranstehenden Ausführungen konnten lediglich typischen Konstellationen erörtern und damit nur einen Ausschnitt der im Einzelfall bestehenden Praxisprobleme aufzeigen. Insbesondere in der Lebensmittelbranche sind auch im Kartellrecht oft rechtliche Spezialprobleme wie Kühltruhenausschließlichkeit oder Warengruppenmanagement anzutreffen. Auch hat sich gezeigt, dass die neuen Entwicklungen fortlaufend berücksichtigt werden müssen; beispielsweise gelten für Lebensmittelhändler seit 1.7.2017 strengere Regeln für den Verkauf unter Einstandspreis und ein neuer Leitfaden des Bundeskartellamts konturiert klare Regeln zur Preispflege, deren Beachtung das Beanstandungsrisiko minimieren kann.

Unternehmen im Lebensmittelbereich können die empfindlichen Bußgelder sowie zivilrechtliche Schadensersatzansprüche und die Unwirksamkeit von Verträgen vermeiden, wenn sie möglichst von Anfang an die Analyse und Einhaltung kartellrechtlicher Vorgaben in ihr Compliance-Management-System integrieren. Beispielsweise sollten gerade Hersteller und Händler von Lebensmitteln in ihrer wechselseitigen Kommunikation miteinander eine besondere Sorgfalt wahren. Haben sich Unternehmen in der Vergangenheit bereits kartellrechtswidrig verhalten, sollten die Verstöße umgehend abgestellt und durch kooperatives Verhalten harte Sanktionen abgewendet werden. Im Einzelfall können weitere Maßnahmen erforderlich sein, bei unerlaubter Verhaltensabstimmung müssen sich Unternehmen beispielsweise auch glaubhaft distanzieren. Spezialisierte Rechtsanwälte können Unternehmensführungen und Rechtsabteilungen bei der Einhaltung der relevanten Vorschriften beraten.

Summary

In the area of food production and trade, in particular in the relationship between food producers and food trade, many antitrust issues arise and have been subject matter of various proceedings started by antitrust authorities in Germany and on the EU level. The authors deal with these issues by explaining the basic but also specific rules applicable on anticompetitive behaviour of food business operators. Various case studies complete the comprehensive presentation.

¹³⁵ Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. 2014, L 93/17.