

Dr. Günther Schulte *

Preisbindung in Verbundgruppen

1. Das Problem

Die europäische Handelslandschaft ist durch ungebremstes Wachstum filialisierender Großunternehmen gekennzeichnet, die besonders durch preisaggressives Auftreten weiter an Marktanteilen gewinnen werden. Kleine und mittlere Unternehmen, auch wenn sie in Verbundgruppen kooperieren, sind im Einsatz der wichtigsten Marketingaktivitäten nach wie vor durch kartellrechtliche Hindernisse eingeschränkt. Die vom Gedanken des Nachteilsausgleich durch Kooperation zur Existenzhaltung kleiner und mittlerer Unternehmen geprägte deutsche Rechtslage (§ 4 II (alt) GWB) in Verbindung mit der wohlwollenden Beurteilung durch das Bundeskartellamt¹ ist durch das zwar grundsätzlich liberalere europäische Wettbewerbsrecht der Artikel 81 f EGV überlagert bzw. ersetzt. Für die Verbundgruppen des Handels und ihre Mitglieder gilt ganz ausschließlich europäisches Recht, Art. 3, VO 1/2003. Nach Inkrafttreten der 7. Kartellnovelle wird deutlich, dass die bisherigen Gestaltungsmöglichkeiten der vertikalen Vertragsbindung, der Mittelstandsempfehlung nicht mehr greifen und auch die bisherigen Verwaltungsgrundsätze, wie sie sich in jahrelan-

¹ vgl. BKartA Tätigkeitsbericht 1995/96, BT-Drucksache 13/7900, S. 35-42

ger Praxis des Bundeskartellamtes herausgestellt haben, zumindest keine Rechtssicherheit mehr bieten, wenn nicht gar überdacht werden müssen.

Der kooperierende Handel hat bereits anlässlich der Diskussion der 6. Kartellnovelle auf die Notwendigkeit erweiterten kartellrechtlichen Freiraums für gemeinsame Vermarktung hingewiesen, um gemeinsame Werbung mit verbindlichem Preisangebot durchzuführen. Im Windschatten der Gruppenfreistellungsverordnung vertikale Wettbewerbsbeschränkung und auf der Basis der Mittelstandsempfehlung des § 22 Abs. 2 (alt) GWB gelang es vielfach, eine Gruppenwerbung mit Preisaussage umzusetzen. Diesen Marketinginitiativen fehlte jedoch die Verbindlichkeit und damit der Biss, um ernsthaft in diesem Aktionssegment gegenüber Großunternehmen anzutreten.

Die neue Rechtslage zwingt dazu, das Problem grundsätzlich anzugehen und umfassend zu lösen. Preisbindung der zweiten Hand erscheint generell als nicht legalisierungsfähige Wettbewerbsbeschränkung. Bisher wurde nicht der Frage nachgegangen, ob dieses quasi „per-se-Verbot“ der Preisbindung gemeinsame Werbeaktionen in Verbundgruppen aller teilnehmenden selbstständigen Einzelhändler als Wettbewerbsbeschränkungen i.S.d. Artikels 81 Abs. 1 EGV zu ächten ist oder gemäß Artikel 81 Abs. 3 EGV legalisierungsfähig ist.

2. Die Handelslandschaft in Deutschland

Der Marktanteil der kleinen und mittleren Fachgeschäfte ist in den letzten 20 Jahren in Deutschland massiv zurückgegangen und wird auch weiter zurückgehen. Großflächige Betriebsformen nehmen an Bedeutung zu. 1980 betrug der Marktanteil der kleinen und mittleren Fachgeschäfte im Einzelhandel in Deutschland 55,4%, 2005 wird er noch 23,8% erreichen. Der Marktanteil der Versender, Warenhäuser, Verbrauchermärkte, SB-Warenhäuser und der filialisierenden Fachgeschäfte hat in dieser Zeit von

42,6% auf 54,7% zugenommen, d. h. in den letzten 25 Jahren haben sich die Marktanteile der beiden Gruppen vertauscht². Hierfür gibt es vielfältige Ursachen, die teilweise unternehmensspezifisch sind wie Nachfolge- und Finanzierungsprobleme, ganz überwiegend aber Folge des zunehmend härter werdenden Wettbewerbs, insbesondere des Preiswettbewerbs der Großunternehmen ist. International oder bundesweit tätige Filialunternehmen haben andere Finanzressourcen, ihre internationale Präsenz ermöglicht es, den Herstellern interessante Vertriebsleistungen anzubieten. Dies führt zu günstigen Einkaufskonditionen. Straffe Sortimente, klare Handelsprofile durch langjährigen Werbeeinsatz geschaffene Wiedererkennungswert bei den Verbrauchern steigert die Erfolgs- und damit Wachstumsspirale. Die liberaler werdenden Wettbewerbsgesetze, letztlich auch die durch Wegfall von Rabattgesetz, Zugabe-Verordnung, des Rechts der Sonderveranstaltungen zugenommenen Werbemöglichkeiten, die Großunternehmen in entsprechende nationale Kampagnen umsetzen können und damit einhergehend der Verzicht auf mittelstandsstützende Beschränkungen, nicht unerwähnt bleiben darf in diesem Zusammenhang auch das Ladenschlussgesetz, lassen die Wettbewerbschancen des Mittelstandes schmelzen.

Verbundgruppen, bereits vor über 100 Jahren entstanden, beherrschen die Kunst des gemeinsamen Einkaufs und weiterer Dienstleistungen. Sie sind sukzessive in den Bereich der gemeinsamen Vermarktung vorgestoßen. Franchisesysteme, franchise-ähnliche Vertriebsketten, die Bildung von Kernsortimenten sind Möglichkeiten, den Gedanken eines „freiwilligen Konzerns“ nahezukommen und so Wettbewerbsnachteile auszugleichen. Eine Verbundgruppe, die für ihre Einzelhändler ein einheitliches Erscheinungsbild kreiert, deren Outlets unter einem einheitlichen bundesweit umworbenen Namen auftreten, haben es geschafft, vom Verbraucher quasi wie Filialunternehmen eingeschätzt zu werden und so ähnliche Markterfolge zu generieren. Auf der Basis der Mittelstandsempfehlung

²Die Zukunft der Kooperationen, Übersicht 3.78, S. 145

konnten in Prospekten und Hauswurfsendungen Produkte mit attraktiven Preisen beworben werden. Radio- und Fernsehwerbung „kränkelt“ an dem Satz „gültig in allen teilnehmenden Geschäften“. Der Verbraucher, der oft nach intensiver Beratung im Fachgeschäft genau weiß, welchen Markenartikel er erwerben will und das Internet zu Hilfe nehmen kann, um den günstigsten Anbieter zu finden, ist mit derart vagen Preisofferten nicht zu begeistern. Das mühsam aufgebaute Image einer Gruppe zerfällt, wenn in einer Handelslandschaft, die den Preis in den Vordergrund stellt, eine Werbeaktion zwar die richtigen Artikel, das richtige Verkaufsumgebung darstellt, bei der Frage „was kostet der Artikel“ jegliche Verbindlichkeit vermissen lässt.

So stellten bereits IBB und Institut für Handel und internationales Marketing in der Studie „Die Zukunft der Kooperationen“ als Resümee fest: „Die sich abzeichnende zunehmende Bedeutung des Preises als Marketinginstrument – so die anhaltende Zunahme des Discounts – macht es unabdingbar, dass auch Verbundgruppen ihre preisliche Attraktivität bzw. die ihrer Anschlusshäuser herausstellen müssen. Dies führt zur Forderung einer Preisbindung für Verbundgruppen. Einheitliche Verkaufspreise sollten in allen werblichen Aktivitäten ohne jede Einschränkung möglich und intern durchsetzbar sein³.“

Es fehlt die rechtlich verbindliche Anerkennung einer Preisbindung der kooperierenden Handelsunternehmen, die unter einem einheitlichen Markennamen gegenüber dem Verbraucher auftreten und die gemeinsame Werbeaktionen durchführen wollen und hierbei bestimmte Markenartikel mit einem konkreten und für alle verbindlichen Preis bewerben wollen. Die Preisbindung kann auf die Artikel einer Werbeaktion und auf eine Handvoll Werbeaktionen der Gruppe im Jahr begrenzt sein. Eine Beschränkung auf Höchst-⁴ oder Tiefstpreise reicht jedoch nicht aus, der umworbene Preis

³ IBB/Institut für Handel und internationales Marketing „Die Zukunft der Kooperationen“, S. 284

⁴ so GVO vertikal

muss während der Werbeaktion ein Festpreis für alle kooperierenden Unternehmen sein.

3. Preisbindung nach deutschem und europäischem Kartellrecht

Die Regelungen des GWB waren mit dem Verbot der Preisbindung des § 14 GWB ebenso eindeutig wie sie durch VO 1/2003 überholt sind. Die 7. Kartellnovelle übernimmt die Regelungen der Art. 81/82 EGV. Der Vorrang des europäischen Kartellrechts, manifestiert durch die Verordnung 1/2003 die seit 1. Mai 2004 Gültigkeit hat, und die Europarelevanz nahezu aller bundesdeutschen Vertriebssysteme und damit im Markt befindlichen bzw. in den Markt strebenden Vertriebssysteme mit Preisbindungen führt dazu, dass ausschließlich Artikel 81 EGV (und die einschlägigen Gruppenfreistellungsverordnungen) zur Anwendung kommt. Es erübrigt sich daher auch, das Prinzip der Mittelstandsempfehlung, § 22 Abs. 2 GWB (alt), und der Herstellerpreisempfehlung, § 22 BGB (alt), näher zu durchleuchten. Mit der 7. Kartellnovelle wurden diese Vorschriften aufgehoben. Ein grundsätzliches Empfehlungsverbot besteht nicht mehr.

Artikel 81 Abs. 1 Buchstabe a) EGV nennt die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der Ein- oder Verkaufspreise als Beispiel einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung. Die Preisbindung des Wiederverkäufers durch den Lieferanten ist ein Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit⁵ und daher ein Verstoß gegen Artikel 81 Abs. 1 EGV. Hinzu kommt, dass es sich bei der beleuchteten Preisbindung einer Verbundgruppe nicht nur um vertikale Preisabsprachen oder Preisbindungen handelt, sondern der von der Geschäftsleitung der Verbundgruppen festgelegte Verkaufspreis unter dem Verdacht steht, ein horizontales Bindungssystem der Wiederverkäufer untereinander und insofern kollektiv vereinbart zu sein.

⁵Wägenbauer in Loewenheim, Meessen, Riesenkampff, Kartellrecht Bd. 1, 2005, Art. 81 Rdnr. 207

Die eindeutige Einordnung jeglicher Preisbindung als Wettbewerbsbeschränkung in Artikel 81 Abs. 1 EGV wird als per-se-Verbot jeglicher Preisbindung aufgefasst – zu Unrecht. Die Bundesregierung spricht in der Begründung der 7. Kartellnovelle von dem per-se-Verbot, das auch in Zukunft erhalten bleiben soll⁶. Diese Aussage verkennt, dass alle Wettbewerbsbeschränkungen gemäß Artikel 81 Abs. 3 unter den dort genannten Voraussetzungen freistellungsfähig sind. Nachdem der vorgeschlagene § 4 GWB die Erörterungen im Bundesrat nicht überstand, ist auch eine gesetzliche Regelung mit dem Titel „Verbot von Preisbindungen“ im neuen GWB nicht mehr zu finden.

Dieser Grundsatz der Freistellbarkeit steht nicht im Widerspruch dazu, dass horizontale Absprachen über die Festsetzung von Preisen oder vertikale Absprachen über die Bindung der Wiederverkaufspreise als sog. Kernbeschränkungen nicht unter die Bagatellausnahme fallen⁷.

Auch die Gruppenfreistellungsverordnung vertikale Wettbewerbsbeschränkungen wird als Beweis für die Unmöglichkeit, Preisbindungen vom Verbot des Artikels 81 Abs. 1 EGV freizustellen, angeführt. Richtig ist, dass § 4 der GVO vertikale Wettbewerbsbeschränkungen lediglich Höchstpreisbindungen und Preisempfehlungen freistellt. Diese Freistellung steht zusätzlich unter dem Vorbehalt, dass es sich nicht um horizontale Absprachen, etwa durch Verbundgruppen handelt.

Gruppenfreistellungen sind Verordnungen und damit Rechtsnormen, die als solche direkt in jedem Mitgliedstaat verbindlich sind, Artikel 249 Abs. 2 EGV. Die Gruppenfreistellungsverordnung ersetzt die allgemeine Befreiung vom Kartellverbot und hat damit die Wirkung einer Legalausnahme⁸. Wettbewerbsbeschränkungen, die Bedingungen der Gruppenfreistellungsverordnung nicht erfüllen, sind trotzdem nicht ohne weiteres

⁶ BT-Drucksache 15/3640, S. 45

⁷ Bagatellbekanntmachung ABL. 1997 Nr. C 372, S. 13, vom 9. Dezember 1997

nach Artikel 81 Abs.1 verboten⁹. Auch wird hierdurch keine Vermutung begründet, die Wettbewerbsbeschränkung sei mit Artikel 81 Abs. 3 unvereinbar. Sind die Voraussetzungen der Gruppenfreistellungsverordnung erfüllt, ist nur festgestellt, dass die Voraussetzungen der Legalausnahme und, so die „alte“ Logik der Gruppenfreistellungsverordnung, ein individuelles Freistellungsverfahren nicht mehr notwendig ist¹⁰.

Gruppenfreistellungsverordnungen nehmen gewisse typisierte Vertragsmuster vom Kartellverbot aus. Diese Gruppenfreistellungsverordnungen stammen aus der Zeit, in der das Freistellungsmonopol der Kommission noch bestand. Sie sollten eine Vielzahl gleicher Sachverhalte summarisch legalisieren. In diese Systematik passt es, dass bestimmte Kernbeschränkungen nicht in den Genuss der pauschalen Freistellung kommen konnten. Begründung hierfür war die Überlegung, dass derartige Beschränkungen nach bisheriger Erkenntnis ohne besondere Sachverhaltsprüfung nicht legalisierungsfähig sind. Gruppenfreistellungsverordnungen sagen mit keinem Wort etwas darüber aus, was im Einzelfall gemäß Art. 81 Abs. 3 EGV freistellungsfähig ist.

Preisbindungen sind demzufolge im Prinzip freistellungsfähig. Damit ist der Weg frei für die grundsätzliche Überlegung, ob die oben skizzierte Preisbindung ausgesprochen von einer Verbundgruppe gegenüber den Teilnehmern einer gemeinsamen Marketingaktion unter den Bedingungen des Art. 81 Abs. 3 EGV legalisierungsfähig ist.

Richtigerweise müßte an dieser Stelle die Frage erörtert werden, ob die für notwendig erachtete skizzierte Preisbindung allgemeiner Werbeaktionen einer Verbundgruppe überhaupt unter § 1 GWB bzw. Art. 81 Abs. 1 EGV zu subsumieren sind. Dies dürfte insbesondere dann fraglich

⁸ Schroeter in Schroeter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsgesetz, Artikel 81 Rand-Nr. 324.

⁹ EuGH – VAG France/Magne, Rechtssache 10/86

¹⁰ Schroeter in Schroeter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsgesetz, Artikel 81 Rand-Nr. 328.

sein, wenn eine Verbundgruppe so aufgestellt ist, dass ihre Mitglieder aufgrund ihrer regionalen Einzelhandelstätigkeit und hierbei nicht vorhandener Gebietsüberschneidungen nicht im Wettbewerb stehen. Die Kommission hat in ihren Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 81 auf horizontale Vereinbarungen die Festsetzung von Preisen als „fast immer von Art. 81 Abs. 1 erfasst“ eingeordnet¹¹. Die Festsetzung von Preisen führt immer dazu, dass die Abnehmer höhere Preise zahlen müssten, nicht die gewünschte Menge erhalten könnten oder aber die Produktion hierdurch beschränkt würde. Dass diese Überlegungen auf die hier dargestellte Situation nicht passt, dürfte einleuchten. Geht die Kommission unter dem Stichwort der Vermarktungsvereinbarung auf abgestimmte Preise ein, dann hat sie jedoch ausschließlich Hersteller im Blick, wobei zu unterstellen ist, dass Hersteller nahezu immer überregional tätig sind und damit untereinander im Wettbewerb stehen. Auch die Tatsache, dass die Kommission in den Leitlinien der Gruppenfreistellungsverordnung vertikal Wettbewerbsbeschränkungen in § 4 Höchstpreisregelungen für freistellungsfähig, allerdings auch für freistellungsbedürftig hält, lässt den Schluss zu, dass sie Festpreisbindungen grundsätzlich für widersprüchlich zu Art. 81 Abs. 1 EGV hält. In Anbetracht dieses eindeutigen Meinungsbildes, das davon geprägt ist, dass Preisbindung nahezu immer unter das Kartellverbot zu fallen hat, soll an dieser Stelle darauf verzichtet werden, dieser Frage weiter nachzugehen. Man wird sicher auch feststellen, dass die Freistellungs Voraussetzungen gemäß Art. 81 Abs. 3 (bzw. § 2 GWB) die nachfolgend erörtert werden, nahezu gleichartig mit der Begründung, warum ein Kartellverbot mit Art. 81 Abs. 1 EGV bzw. § 1 GWB nicht gegeben ist.

¹¹ Leitlinien horizontale Zusammenarbeit, ABL. 2001/C/3/02 vom 6.1.2001

4. Materiellrechtliche Voraussetzungen der Legalausnahme

Die Freistellungsmöglichkeiten, d. h. seit 1. Mai 2004 die Voraussetzungen der Legalausnahme des Art. 81 Abs. 3 EGV und seit Juli 2005 des § 2 GWB müssen kumulativ erfüllt sein. Die Preisbindung bei gemeinsamen Werbeaktionen verbunden mit einem entsprechenden Sanktionssystem muss

1. zur Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung beitragen;
2. die Verbraucher an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligen;
3. dürfen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung der Ziele nicht unerlässlich sind und
4. darf das Kartell ihnen keine Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

5. Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung.....

Um diese Voraussetzung zu bejahen, muss mit genügend hoher Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, dass bei der Vergleichsbetrachtung zwischen der kartellierten und der kartellfreien Situation eine konkrete Verbesserung eintritt. Eine erste Frage wird daher lauten, ob die wettbewerbsbeschränkende Absprache – Preisbindung – überhaupt geeignet sein kann, die Warenverteilung etc. zu verbessern. Die Kommission hat zwar schon pauschal festgestellt, dass die Festsetzung von Mindestpreisen bzw. Einwirkungen des Lieferanten auf die Preispolitik der Händler grundsätzlich nicht geeignet ist, die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV zu erfüllen¹². Auch diese Entscheidungen dürfen nicht verallgemeinert werden. In dem hier angesprochenen Gedanken geht

¹² Hennessy/Henkell, Abl. 1980 L 383, S. 11 und BNIC/UGEL Abl. 1982 L 397, S. 1/13

es nicht um die Preisbindung im klassischen Verhältnis Hersteller/Wiederverkäufer, sondern wie eingangs beschrieben um eine Maßnahme zur Förderung der Wettbewerbssituation mittelständischer Handelsunternehmen im Wettbewerb zu Großunternehmen. In der Regel liegt hier keine kollektive Festlegung eines Verkaufspreises vor. Die Geschäftsleitung der Verbundgruppe ggf. beraten durch einen Marketingausschuss wird die Preisbindung aussprechen; es handelt sich daher um eine „vertikale“ Wettbewerbsbeschränkung.

Die Geeignetheit dieser Preisbindung bei gemeinsamen Werbeaktionen folgt aus der im Einzelhandel vorgefundenen Wettbewerbssituation. In einem vom aggressiven Preiswettbewerb der Großunternehmen gekennzeichneten Markt ist es notwendig, dass Fachhandelsgeschäfte neben der Herausstellung ihrer sonstigen Leistungsmerkmale auch mit konkreten vergleichbaren Warenangeboten Verbindung mit günstiger Preisgestaltung im Markt auftreten. Hinzu kommt, dass die Hersteller bestimmte Vertriebsleistungen, etwa bei der Einführung neuer Produkte oder bei der Förderung ihres Absatzes insbesondere von Markenartikeln auf die Leistungen des Handels zurückgreifen. Große Handelsunternehmen können in diesem Zusammenhang ihnen eingeräumte Preisvorteile an den Verbraucher weitergeben. Nur so ist es ihnen möglich, vereinbarte Abnahmemengen zu vermarkten. Diese Vertriebsmöglichkeit und damit auch diese Verkaufspotentiale können Gruppen von mittelständischen Händlern nur erbringen, und damit sich selbst zur Existenzsicherung zunutze machen, wenn sich die selbstständigen Einzelhändler, die in der Gruppe zusammenarbeiten, gegenüber dem Hersteller zu gleichartigem Preisverhalten verpflichten. Dies ist nur durch eine Preisbindung innerhalb der Gruppe oder besser gesagt, ausgesprochen durch die Verbundgruppenzentrale gegenüber den Anschlusshäusern erreichbar. Die Veränderungen der Marktanteile der Großunternehmen in insbesondere durch Markenartikel gekennzeichneten Märkten in den vergangenen Jahrzehnten belegt die Richtigkeit

dieser These. Beispielhaft ist der Markt der Unterhaltungselektronik etwa seit Auftreten von Media-Markt und Saturn, der das Phänomen charakterisiert, die nervigen Werbesprüche sollen hier nicht wiederholt werden. Die Entwicklung im Schuhfachhandel, aber auch das rasante Wachstum von H&M, ESPRIT und anderen im Textileinzelhandel.

Die Existenzsicherung der mittelständischen Handelsunternehmen wiederum verbessert die Vertriebsmöglichkeiten der Hersteller. Dies führt zu einer Erhöhung der Produktvielfalt, d. h. zu einer Erweiterung der Wahlmöglichkeiten der Verbraucher.

6. Angemessene Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn

In dem eben Gesagten ist bereits indirekt die angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn angesprochen. Entscheidend ist es bei diesem Kriterium, dass die Allgemeinheit von der wettbewerbsbeschränkenden Absprache einen Vorteil hat, wobei Gewinn jeder Vorteil ist, der den Verbrauchern aufgrund der Absprache zufließt. Die Kommission hat festgestellt, dass zu diesen Vorteilen ein allgemein preislich günstiges Angebot¹³, ein erweitertes Warenangebot¹⁴, die regelmäßige Belieferung¹⁵, einen gut funktionierenden Kunden-, Garantie- und Reparaturdienst¹⁶, bequeme Einkaufsmöglichkeiten¹⁷ und eine sichere Versorgung¹⁸. Da die Preisbindung bei gemeinsamen Werbeaktionen im Wettbewerb gegenüber Großunternehmen dennotwendigerweise nur werbewirksam ist, wenn es sich hierbei um günstige Preise handelt, ist eine Senkung des Preisniveaus und damit

¹³ zuletzt Olivetti digital, Abl. 1994 L 309, S. 24, 30

¹⁴ zuletzt Unisource, Abl. 1997 L 318, S. 1/16

¹⁵ zuletzt Nightservices, Abl. 1994 L 259, S. 20,25, aber auch Begründungserwägungen zur Verordnung Nr. 1983/83, L 173, S. 1

¹⁶ Givenchy, Abl. 1992 L 236, S. 11, 19 f.

¹⁷ Begründungserwägung Nr. 7 zur Verordnung Nr. 1983/83

¹⁸ EuGH Metro I, Rechtssache 26/76, SLG 1977, 1875, 1916 f.

eindeutig in der Saldierung ein Vorteil für die Allgemeinheit bzw. den Verbraucher gegeben.

7. Unerläßlichkeit

Sind die beiden Voraussetzungen einer Legalisierung mit positiver Marktauswirkung erfüllt, ist die Frage der Verhältnismäßigkeit der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung zu stellen. Die getroffenen Preisbindungen müssen nach ihrem Gegenstand und Inhalt und Auswirkung erforderlich sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Anders ausgedrückt: Die angestrebten Vorteile dürfen nicht auf andere, weniger einschneidende Art und Weise herbeizuführen sein¹⁹. Es ist Indiz für die Erforderlichkeit einer Klausel, die Preisbindung während der gemeinsamen Werbeaktion ist, ob in Gruppenfreistellungsverordnungen derartigen Klauseln freigestellt wurden oder aber, was primär gegen die Klauseln spricht, in die schwarze Liste aufgenommen wurde. Prinzipiell unverhältnismäßig werden zwar Preisbindungen eingeschätzt²⁰. Die Kommission selbst akzeptiert zumindest teilweise den Gedanken einer Preisbindung in vertikalen Vermarktungssystemen. In der Gruppenfreistellungsverordnung vertikal ist die Festlegung eines Höchstpreises, der von den Wiederverkäufern nicht überschritten werden darf, zulässig, Artikel 4 Buchstabe a) GVO vertikal.

Dies schließt jedoch eine Freistellung im bisherigen individuellen Verfahren nicht aus, sofern hierfür eine besondere Rechtfertigung besteht²¹.

Ein besonderer Rechtfertigungsgrund liegt in der Konstruktion einer von mittelständischen Unternehmen getragenen Verbundgruppe. Die einzelnen Verkaufsstellen sind mittelständische Einzelhändler, die mit ei-

¹⁹ Schroeter, in Schroeter/Jakob/Mederer, Artikel 81, Rand-Nrn. 355, 356

²⁰ vgl. z. B. Begründungserwägungen 19-25 zu Verordnung 240/96

²¹ Boussois/Interpane, Abl. 1986 L 50, S. 30, 37; Rich Products/Jus-rol, Abl. 1988 L 89, S. 21, 27

genem Risiko selbstständig ihr Unternehmen führen. Die Kooperation im Zusammenwirken mit ihren Anschlusshäusern kann die oben beschriebene positive Wirkung im Markt nur sicherstellen, wenn die gesamte Gruppe in der Regel unter einheitlicher Bezeichnung oder Marke gegenüber dem Verbraucher wie ein Filialsystem auftritt. Die Wirksamkeit einer Gruppenwerbung unter einheitlichem Namen fällt in sich zusammen, wenn einzelne Teilnehmer der Gruppe in ihren Einzelhandelsgeschäften die Preispolitik der Gruppe unterlaufen. Die gesamte gemeinsame Werbeaktion wird nutzlos, wenn beim Verbraucher das Gefühl bestätigt wird, dass der ausgelobte Preis im für ihn nächst erreichbaren Geschäft nicht gefordert wird, sondern ein höherer. Wird dem Verbraucher bekannt, dass einzelne Geschäfte oder einzelne Unternehmen per Internet geringere Preise fordern, ist die gesamte Werbung nicht nur ggf. irreführend, zumindest verliert die Aussage der Gruppe Ihre Glaubwürdigkeit gegenüber ihrem Verbraucher und schlägt damit mittel- und langfristig ins Gegenteil um. Nachteilsausgleich selbstständiger kooperierender Unternehmen gegenüber Filialunternehmen muss dennotwendig so stattfinden, dass die gleichen Wettbewerbsparameter und damit Werbemöglichkeiten eingesetzt werden, wie sie filialisierenden Großunternehmen zur Verfügung stehen. Für ein Großunternehmen ist es selbstverständlich, dass eine bundesweite Werbeaktion nicht durch andere Preisgestaltung in einzelnen Filialen unterlaufen wird. Die oben beschriebenen Vorteile der gemeinsamen Werbeaktion für den Verbraucher sind also nur erreichbar, wenn das Konzept der Kooperation mittel- und langfristig aufgeht. Dies setzt Verlässlichkeit und damit Glaubwürdigkeit gegenüber dem Verbraucher voraus. Mit anderen Worten: Die Preisbindung ist unerlässlich.

8. Fehlen des Wettbewerbs

Als letzte Hürde, die zu nehmen ist, ist sicherzustellen, dass der Fortbestand wirksamen Wettbewerbs nicht gefährdet wird. Vorab ist daran

zu erinnern, dass sowohl in den Leitlinien für horizontale als auch für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen Marktanteile jenseits von 15 bzw. 30% grundsätzlich zu einer Unbedenklichkeit der Wettbewerbsbeschränkung führen, sofern nicht der Preiswettbewerb beseitigt wird. Es reicht auch hier, darauf hinzuweisen, dass der Preiswettbewerb der Anschlusshäuser der Kooperation untereinander in der Regel nur dann vorhanden ist, wenn einer der Anschlusshäuser überregional, z. B. im Internet aktiv ist. Grundsätzlich ist jedenfalls festzustellen, dass die gebundenen Teilnehmer untereinander nicht konkurrieren, dass sie jeweils an ihrem Standort und gemeinsam als Gruppe gegenüber in ihren Marktanteilen stetig wachsenden Großunternehmen im Wettbewerb stehen. Die Existenzsicherung dieser mittelständischen Unternehmen führt bundesweit, aber auch regional am jeweiligen Standort zu einer Belebung des Wettbewerbs und wie bei der ersten Voraussetzung bereits dargestellt, damit gerade nicht zu einer Abschottung der Märkte. Damit ist bewiesen, dass hier untersuchte Wettbewerbsbeschränkung auf der Aktivseite bereits eine Wettbewerbsbelebung bzw. den Erhalt von Wettbewerb für sich verbuchen kann, schließt sich gedanklich die Gefährdung von Wettbewerb aus.

9. Resümee

Es konnte bewiesen werden, dass die Voraussetzungen einer Legalisierung von Preisbindungen in gemeinsamen Werbeaktionen von Verbundgruppen mittelständischer Handelsunternehmen i. S. d. Art. 81 Abs. 3 EGV vorliegen. In derartige Vereinbarungen, wenn sie denn gegen das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EGV verstoßen, unter die Legalausnahme fallen. Anders ausgedrückt: Sie sind im Grunde genommen unter den genannten Voraussetzungen zulässig.