



## STELLUNGNAHME

zum Referentenentwurf für ein Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG)

DER MITTELSTANDSVERBUND – ZGV e.V. vertritt als Spitzenverband der Deutschen Wirtschaft in Berlin und Brüssel die Interessen von ca. 230.000 mittelständischen Unternehmen, die in rund 310 Verbundgruppen organisiert sind. Die kooperierenden Mittelständler erwirtschaften mit 2,5 Mio. Vollzeitbeschäftigten einen Umsatz von mehr als 490 Mrd. Euro (rund 18 Prozent des BIP) und bieten 440.000 Ausbildungsplätze. Einzelne Verbundgruppen treten unter einer Marke auf, z. B. EDEKA, REWE, INTERSPORT, EP: ELECTRONIC PARTNER, EXPERT, HAGEBAU und BÄKO. Alle fördern ihre Mitglieder durch eine Vielzahl von Angeboten wie etwa Einkaufsverhandlungen, Logistik, IT, Finanzdienstleistungen, Beratung, Marketing, Ladeneinrichtung und Trendforschung.

Gerne nutzt DER MITTELSTANDSVERBUND die Möglichkeit, zum Referentenentwurf für ein Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG) vom 01.07.2016 Stellung zu nehmen.

### 1. Grundsätzliches

DER MITTELSTANDSVERBUND ist mit dem Referentenentwurf der Ansicht, dass sich das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) mit seinen allgemeinen, sektorübergreifend geltenden kartellrechtlichen Vorschriften in der Praxis bewährt hat. Allerdings - und auch darin stimmt der MITTELSTANDSVERBUND mit dem Referentenentwurf grundsätzlich überein - ist festzustellen, dass der das gesamte Wirtschaftsleben, insbesondere aber kleine und mittlere Unternehmen betreffende und noch immer rasant voranschreitende Digitalisierungsprozess eine besonders große Herausforderung für sämtliche Marktteilnehmer, aber auch für die Wettbewerbspolitik darstellt. Es ist daher ausdrücklich zu begrüßen, dass der Referentenentwurf eine die sich verändernden Gegebenheiten berücksichtigende Anpassung des Kartellrechts ins Auge fasst, um so den Anforderungen des digitalen Zeitalters an die Wirtschaft gebührend Rechnung zu tragen.

Vor diesem Hintergrund unterstützt DER MITTELSTANDSVERBUND ausdrücklich die vorgeschlagenen Änderungen zur Sicherstellung einer wirksamen Fusionskontrolle gerade auf den sich dynamisch entwickelnden neuen Märkten sowie - dem Grunde nach -



den Schutz vor Missbrauch von Marktmacht. Zu kritisieren ist indes zum einen die Entfristung des Verbots des Anbietens von Lebensmitteln unter Einstandspreis sowie die Verschärfung der Regelungen zur missbräuchlichen Ausnutzung von Nachfragemacht (dazu unten Ziff. 2.), zum anderen die Tatsache, dass der Referentenentwurf - im Gegensatz zu der vorgeschlagenen Legalausnahme vom Kartellverbot für verlagswirtschaftliche Kooperationen - die sich ebenfalls zuspitzende Situation des kooperierenden Mittelstandes sowie die diesbezügliche Forderung des MITTELSTANDSVERBUNDES nach einem Nachteilsausgleich im Hinblick auf die Preispolitik nicht entsprechend würdigt. Aus diesem Grund setzt sich der MITTELSTANDSVERBUND auch im Rahmen dieser 9. GWB-Novelle für eine Liberalisierung des Per-Se-Verbotes der Preisbindung in Verbundgruppen und Franchisesystemen ein (dazu unten Ziff. 3.).

Die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union sowie das damit erklärte Ziel, für Schadensersatzklagen vor allem das Verfahren zur Geltendmachung des Anspruchs zu vereinfachen, wird vom MITTELSTANDSVERBUND begrüßt. Insbesondere der erleichterte Zugang zu Beweismitteln sowie grundsätzlich die Verbesserung des Zusammenspiels zwischen privaten Schadensersatzklagen und öffentlicher Kartellrechtsdurchsetzung werden eine positive Wirkung auf die Rahmenbedingungen für eine private Kartellrechtsdurchsetzung haben.

Richtig ist schließlich, dass der Referentenentwurf den Versuch unternimmt, die noch immer bestehenden gesetzlichen Lücken bei der Rechtsnachfolge in der Bußgeldhaftung zu schließen. Das dabei verfolgte Ziel, für die Zukunft zu verhindern, dass sich Unternehmen als Normadressaten der sanktionsbewehrten Verbots- und Gebotsbestimmungen des europäischen und nationalen Kartellrechts Bußgeldern entziehen können, weil die zu bebußenden Unternehmen z.B. aufgrund von Fusionen, Verschmelzungen oder konzerninternen Umstrukturierungen nicht mehr mit dem ursprünglichen Haftungsobjekt wirtschaftlich identisch und damit haftungstechnisch keine Rechtsnachfolger sind, wird unterstützt.

Im Folgenden nimmt DER MITTELSTANDSVERBUND zu zwei für den kooperierenden Mittelstand relevanten Punkten des Referentenentwurfes Stellung.

## **2. Missbrauchsaufsicht**

Die im Referentenentwurf lediglich rudimentär angedeuteten, aber zu erahnenden Änderungsplanungen im Hinblick auf die Entfristung des Verbots des Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis sowie die Verschärfung der Regelungen zur missbräuchlichen Ausnutzung von Nachfragemacht werden vom MITTELSTANDSVERBUND abgelehnt.

Das Verbot des Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis nach § 20 Abs. 3 Nr. 1 GWB hat sich als nicht justitiabel herausgestellt. Alle Versuche der Vergangenheit, eine praxisgerechte und ausgewogene Formulierung zu finden, die die Interessen sowohl des Handels, als auch der Produzenten berücksichtigt, haben sich letztlich als untauglich erwiesen. Überdies konterkariert die Vorschrift den freien Wettbewerb und führt damit im

Ergebnis zu höheren Verbraucherpreisen. Das offenbar vom Gesetzgeber verfolgte Ziel, die Landwirtschaft dem freien Wettbewerb zu entziehen und dadurch zu schützen, ist verfehlt, weil andere Gründe, namentlich die Überproduktion und die schwache internationale Nachfrage, die Problematik auslösen. Die Veränderungen im Markt beruhen auf anderen Ursachen, wie z.B. der Entwicklung neuer Vertriebsformen und einem geänderten Verbraucherverhalten.

Auch das Verbot des Forderns ungerechtfertigter Vorteile passt nicht in eine auf Vertragsfreiheit gegründete Wettbewerbswirtschaft. Es entsteht vielmehr der Verdacht, dass die Vorschrift den Wettbewerb um den günstigen Preis eher ausschaltet, als fördert. Der der Vorschrift zugrundeliegende Ansatz, Anbieter und Abnehmer verhandeln isoliert über Leistung und Gegenleistung, spiegelt im Übrigen nicht die Realität wider. Tatsächlich ist es so, dass die Vertragspartner heutzutage in der Regel über komplexe Leistungspakete und Konditionen verhandeln und dabei gerade nicht auf ein konkretes Produkt oder einen konkreten Preis blicken, sondern die betriebswirtschaftliche Gesamtbeurteilung des Geschäfts verfolgen. Die Vorschrift hat sich überdies als nicht praktikabel erwiesen.

### **3. Legalausnahme für Verbundgruppen und Franchisesysteme**

DER MITTELSTANDSVERBUND begrüßt ausdrücklich, dass der Referentenentwurf mit den vorgeschlagenen Änderungen in § 30 Abs. 2b GWB erstmals ganz bewusst die sich verschärfenden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und den sich daraus ergebenden Änderungsbedarf für eine spezielle Klientel, die Zeitungs- und Zeitschriftenverlage, in den Fokus einer Gesetzesänderung stellt.

Umso bedauerlicher ist es, dass der Referentenentwurf die in mindestens ebenso dramatischer Weise von der Digitalisierung betroffenen kleinen und mittleren Unternehmen in Verbundgruppen und Franchisesystemen nicht in gleichem Maße berücksichtigt und für diese Gruppe eine Liberalisierung der Preispolitik ermöglicht – zumal sich die im Referentenentwurf richtigerweise ausgeführte Begründung der Gesetzesänderung noch weitreichend auf die Situation der Verbundgruppen und Franchisesysteme übertragen lässt.

#### Im Einzelnen:

Ein Erfolgskonzept zur Sicherstellung der Wettbewerbsfähigkeit von kleinen und mittleren Handels-, Handwerks- und Dienstleistungsunternehmen ist die überbetriebliche Zusammenarbeit in Verbundgruppen und Franchisesystemen. Dabei ist deren wichtige Funktion seit langem wettbewerbspolitisch anerkannt. Die überwiegend inhabergeführten, mittelständischen sowie lokal bis regional tätigen Anschluss Häuser der vom MITTELSTANDSVERBUND vertretenen Verbundgruppen und Franchisesysteme sind allerdings im Wettbewerb mit Filialsystemen und Großbetriebsformen u.a. dadurch benachteiligt, dass sie nicht mit verbindlichen, einheitlichen Endkundenpreisen am Markt auftreten können. Dieser Nachteil hat sich in den letzten Jahren durch die Digitalisierung und den zunehmenden E-Commerce insbesondere aufgrund von global agierenden Internetanbietern (wie z.B. Amazon) und Filialnetzen (wie z.B. Saturn/Media-Markt) sowie erhöhter Markttransparenz und Preissensibilität der Verbraucher noch weiter verstärkt.

Ganz praktisch: Verbundgruppen und Franchisesysteme, insbesondere solche mit einer gemeinsamen Dachmarke, stehen aktuell vor der Herausforderung, ihre selbständigen Anschlusshäuser (insb. Fachhändler, aber auch Handwerks- und Dienstleistungsunternehmen) auf dem Weg in Richtung eCommerce/Multichannel zu unterstützen. Sämtliche nach geltendem Wettbewerbsrecht zulässigen Konstellationen kranken aber an der mangelnden Verbindlichkeit: Ein eigener, zentraler Online-Shop der Verbundgruppenzentrale ist nicht opportun, weil die Zentrale dadurch in Wettbewerb zu den eigenen Anschlusshäusern tritt, ein dezentraler Online-Shop, der auf die einzelnen Anschlusshäuser verweist, kann ohne verbindliche Preisangabe nicht betrieben werden. Daher brauchen Verbundgruppen und Franchisesystem dringend liberalisierte Wettbewerbsregelungen, insbesondere im Bereich der vertikalen Preisbindung.

Dabei geht es weder um eine grundsätzliche Abschaffung des Verbots der Preisbindung im Vertikalverhältnis, noch um eine generelle Besserstellung der Verbundgruppen und Franchisesysteme. Es geht um Nachteilsausgleich und fairen Wettbewerb. Verbundgruppen und Franchisesysteme bilden mit ihren selbständigen Anschlusshäusern kein klassisches Vertikalverhältnis im Sinne der Wettbewerbsordnung - so wie z.B. das Verhältnis zwischen Hersteller/Lieferant und Handel. Denn Verbundgruppen folgen einem förderwirtschaftlichen Auftrag, den sie qua Gesetz (§ 1 GenG) oder Satzung zu erfüllen haben. Ihre Anschlusshäuser sind häufig Gesellschafter der Verbundgruppe und damit an den Entscheidungsprozessen unmittelbar beteiligt. Überdies nehmen Verbundgruppen mit ihren Anschlusshäusern verschiedene wichtige gesellschaftspolitische Aufgaben wahr, z.B. die Gewährleistung der Nahversorgung im ländlichen Raum, die Diversifizierung im Handel und nicht zuletzt auch gesellschaftspolitisch gewünschte städtebauliche Aspekte (lebendige Innenstädte). All diese Punkte treffen auf den klassischen Markenhersteller im Verhältnis zu seinen Abnehmern nicht oder nicht in gleichem Maße zu.

Die Europäische Kommission hat zwar in den Vertikal-Leitlinien für drei Konstellationen die Bedingungen konkretisiert, unter denen eine vertikale Preisbindung als einzeln freigestellt angesehen werden kann, nämlich (a) Sonderangebotskampagnen von 2-6 Wochen Dauer in Franchise- oder ähnlichen Vertriebssystemen, (b) Einführung eines neuen Produktes oder eines bekannten Produktes auf einem neuen geographischen Markt und (c) bei Erfahrungsgütern oder komplizierten Produkten, für die nachweislich ein Trittbrettfahrerproblem besteht. Diese drei von der Kommission konkretisierten Konstellationen sind jedoch sehr beschränkt, und insbesondere für die Konstellationen (b) und (c) sind die von der Kommission aufgestellten Voraussetzungen sehr weitreichend. Zudem sind außerhalb dieser drei Konstellationen die Anforderungen an den Nachweis der Freistellungsvoraussetzungen bei vertikaler Preisbindung sehr hoch. Darüber hinaus besteht – wie stets bei Kernbeschränkungen – für den Fall, dass den Unternehmen der ihnen obliegende Beweis der Einzelfreistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht gelingt, ein erhöhtes Bußgeldrisiko.

Nach gegenwärtigem Stand ist daher die rechtlich verbindliche Vereinbarung von (Mindest-) Weiterverkaufspreisen in Verbundgruppen und Franchisesystemen mit ganz erheblichen Risiken verbunden, so dass die eingangs dargestellten Nachteile für Verbundgruppen und ihre Anschlusshäuser kaum vermindert fortbestehen.

Eine Legalausnahme im Bereich der Preisbindung für Verbundgruppen und Franchisesysteme würde eine Stärkung der wirtschaftlichen Grundlage der beteiligten Unternehmen ermöglichen, um im Wettbewerb mit anderen Marktteilnehmern zu bestehen. Eine derartige Liberalisierung wäre aus Sicht des MITTELSTANDSVERBUNDES auch vor dem Hintergrund der sich nach wie vor verschärfenden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für kleine und mittlere Handels- und Handwerksunternehmen im Umbruch der Marktlandschaft und damit einhergehender struktureller Änderungen mit Blick auf die schützenswerte Vielfalt von Handels-, Handwerks- und Dienstleistungsunternehmen zugunsten der Verbraucher wettbewerbspolitisch angezeigt und gerechtfertigt.

Dr. Marc Zgaga  
15.07.2016