



## STELLUNGNAHME

im Rahmen der Verbändebeteiligung zur Kommission Wettbewerbsrecht 4.0

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 (Genossenschaften und andere förderwirtschaftlich tätige Kooperationen) 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, im Rahmen der Verbändebeteiligung zu den Fragen der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 Stellung zu nehmen. Dabei fokussieren sich unsere Ausführungen auf die aktuell unzureichenden gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Möglichkeiten zur Ausgestaltung von Kooperationen von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU).

### I. Einleitung

Mit dem noch immer rasant voranschreitenden Digitalisierungsprozess, insbesondere dem raschen Wandel hin zu elektronisch gestützten (Daten-)Prozessen entlang sämtlicher Stufen der Wertschöpfungskette, stehen gerade KMU vor gewaltigen Herausforderungen. Die traditionell inhabergeführten sowie lokal und stationär tätigen Handels-, Handwerks- und Dienstleistungsunternehmen stehen heute im Wettbewerb mit global agierenden Internetanbietern und Filialnetzen mit hohem finanziellen Investitionskapital.

Die für die meisten Unternehmen beste Chance, im Wettbewerb zu bestehen, ist die überbetriebliche Zusammenarbeit in gewerblichen Genossenschaften und anderen förderwirtschaftlichen Verbundgruppen. Im Vergleich zu Filialsystemen und Internetanbietern sind Verbundgruppen und ihre Anschluss Häuser allerdings dadurch im Wettbewerb benachteiligt, dass sie die datengestützten Möglichkeiten der Digitalisierung nicht bzw. nur in sehr begrenztem Umfang nutzen dürfen. Dies betrifft allen voran gemeinsame Marketingstrategien, bei denen Verbundgruppen nicht mit verbindlichen, einheitlichen Preisen am Markt auftreten können. Gleiches gilt auch für die Nutzung von Big Data in Kooperationen. In der Folge verlieren KMU quasi „systembedingt“ mit fortschreitender Digitalisierung erhebliche

Marktanteile. Dies gefährdet bereits gegenwärtig und auch auf mittlere Sicht in weiten Bereichen die Existenz- und Wettbewerbsfähigkeit lokaler Geschäftsinhaber.

Es ist daher dringend notwendig, dass das Kartellrecht die Schlüsselrolle der Verbundgruppen für mittelständische Unternehmen deutlich stärker berücksichtigt. Verbundgruppen müssen den mittelständischen Unternehmen einen Nachteilsausgleich verschaffen, durch den sie im Wettbewerb erfolgreich bestehen können. Sie stärken die wirtschaftliche Vielfalt und ermöglichen dadurch nicht weniger, sondern gerade mehr Wettbewerb - zum Nutzen der Verbraucher. Dazu wird ein verlässlicher und transparenter Wettbewerbsrahmen gebraucht. Dieser Rahmen braucht vergleichbare Freiräume für Verbundgruppen wie Filialbetriebe und Internetplattformen, damit diese auf neue wirtschaftliche und technische Herausforderungen, insbesondere die der Digitalisierung, adäquat reagieren können.

## **II. Liberalisierte Preispolitik in Verbundgruppen**

### **1. Herausforderung Digitalisierung**

Verbundgruppen, gerade solche mit einer gemeinsamen (Dach-) Marke, stehen vor der Herausforderung, ihre selbständigen Anschlusshäuser - Fachhändler, Handwerker und Dienstleistungsunternehmen - auf dem Weg in Richtung E-Commerce und anderen digitalen Prozessen zu unterstützen, um damit ihrer gesetzlichen Pflicht, dem förderwirtschaftlichen Auftrag nach § 1 GenG bzw. ihren jeweiligen Satzungen, nachzukommen. Sämtliche nach geltendem Wettbewerbsrecht zulässigen Konstellationen z.B. im Bereich E-Commerce kranken aber an der Verbindlichkeit: ein zentraler Online-Shop der Verbundgruppe ist unter den Anschlusshäusern nicht beliebt, weil die Verbundgruppe dadurch in Wettbewerb zu den eigenen Anschlusshäusern tritt. Ein dezentraler Online-Shop, der auf die einzelnen Anschlusshäuser der Verbundgruppe verweist, kann ohne verbindliche, einheitliche Preise, gerade bei Eigenmarken der jeweiligen Gruppe, nicht wirtschaftlich betrieben werden. Gleiches gilt für eine Verbundgruppen-eigene Online-Plattform.

Vor diesem Hintergrund besteht dringender Handlungsbedarf. Gefordert wird dabei kein Sonderrecht, sondern ein Level Playing Field, namentlich die Legalisierung der Preisbindungsmöglichkeiten in gewerblichen Verbundgruppen.

### **2. Kartellrechtliche Ausgangslage**

Das Ziel, dass alle Anschlusshäuser einer Verbundgruppe ein bestimmtes Produkt den Endkunden zu demselben Preis anbieten, lässt sich organisatorisch nur dadurch erreichen, dass dieser Preis zwischen der Verbundgruppe und allen dort organisierten Anschlusshäusern rechtlich verbindlich vereinbart wird.

Dem steht jedoch de lege lata das Kartellrecht entgegen; denn die verbindliche Vereinbarung eines (Mindest-) Weiterverkaufspreises im Vertikalverhältnis wird seit Jahrzehnten von den Unionsgerichten als Wettbewerbsbeschränkung gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV<sup>1</sup> ange-

---

<sup>1</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

sehen<sup>2</sup>, welcher auch in lit. a) als Regelbeispiel „*die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- und Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen*“ nennt. Vertikale Preisbindung ist auch eine sog. Kernbeschränkung gemäß Art. 4 (a) der Vertikal-GVO<sup>3</sup>, die nicht nur von der Kommission, sondern gemäß Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 (bzw. bei fehlender zwischenstaatlicher Auswirkung gemäß § 2 Abs. 2 GWB) auch vom Bundeskartellamt (BKartA) angewendet wird.

Selbst bei sehr niedrigen Marktanteilen bleibt das Kartellverbot (zumindest das deutsche) auf vertikale Preisbindung anwendbar. Da die vertikale Preisbindung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV angesehen wird, ist auf sie die sog. De-Minimis-Bekanntmachung<sup>4</sup> von vorneherein nicht anwendbar. Zwar ist die Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV dann zu verneinen, wenn der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf keinem relevanten Markt über 5% liegt und zudem der gesamte von der Vereinbarung erfasste Umsatz zwischen den Vertragsparteien (also vorliegend zwischen der Genossenschaft und den Mitgliedern) maximal 40 Mio. Euro beträgt.<sup>5</sup> Eine entsprechende Spürbarkeitsschwelle gibt es aber im deutschen Recht nicht,<sup>6</sup> so dass selbst bei Unterschreitung dieser niedrigen Schwellen § 1 GWB weiterhin anwendbar ist.

Eine Kernbeschränkung kann – ebenso wie andere Wettbewerbsbeschränkungen gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV – gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV vom Kartellverbot (einzel-) freigestellt sein, wenn sie zur Verbesserung der Warenerzeugung oder Warenverteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt, die Verbraucher eine angemessene Beteiligung an dem entstehenden Effizienzgewinn erhalten, die Beschränkung für die Verwirklichung dieser Ziele unerlässlich ist und die Vereinbarung den Parteien nicht die Möglichkeit eröffnet, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Die Kommission hat in den Vertikal-Leitlinien<sup>7</sup> 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.

<sup>2</sup> Vgl. z.B. EuGH, Urteil vom 25. Oktober 1977, Rs. 26/76, Metro/Kommission, EU:C:1977:167, Rn. 21; EuGH, Urteil vom 25. Oktober 1983, Rs. 107/82, AEG/Kommission, EU:C:1983:293, Rn. 33, 42f.; Urteil des EuG vom 13. Januar 2004, T-67/01, JCB/Kommission, EU:T:2004:3, Rn. 121, 131, EuGH, Urteil vom 2. April 2009, Pedro IV Servicios/Total España, C-260/07, EU:C:2009:215, Rn. 82 m.w.N.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Vgl. Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken, ABl. 2014 C 291/1, Rn. 2; sowie das begleitende Commission Staff Working Document, Guidance on restrictions of competition „by object“ for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, SWD (2014) 198 final, Nr. 3.4 (S. 16 ff.).

<sup>5</sup> Vgl. Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. 2004 C 101/81, Rn. 52; zur Beurteilung bei Überschreitung der Schwellenwerte vgl. Rn. 88. Vgl. auch z.B. EuGH, Urteil vom 2. April 2009, Pedro IV Servicios/Total España, C-260/07, EU:C:2009:215, Rn. 82 m.w.N.

<sup>6</sup> Die Bagatellbekanntmachung des BKartA vom 13. März 2007 ist laut ihrer Rn. 14 ebenso wie die De-Minimis-Bekanntmachung der Kommission nicht auf vertikale Preisbindung anwendbar, weil diese als Kernbeschränkung angesehen wird. Eine Freistellung als Mittelstandskooperation gemäß § 3 Abs. 1 GWB kommt laut Rn. 27 des Merkblatts des BKartA über Kooperationsmöglichkeiten für KMU vom März 2007 nur für horizontale Vereinbarungen in Betracht, nicht für vertikale Vereinbarungen.

<sup>7</sup> Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C 130/1, Rn. 225f.

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.<sup>8</sup> Zudem sind außerhalb dieser drei Konstellationen die Anforderungen an den Nachweis der Freistellungsvoraussetzungen bei vertikaler Preisbindung sehr hoch.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

Nach gegenwärtigem Stand ist daher die rechtlich verbindliche Vereinbarung von (Mindest-) Weiterverkaufspreisen in Verbundgruppe mit ganz erheblichen Risiken verbunden, so dass die eingangs dargestellten Nachteile für Verbundgruppen und ihre Anschluss Häuser kaum vermindert fortbestehen. Nicht zuletzt belegen dies die Entscheidungen des Bundeskartellamts in dem Verfahren gegen Hersteller und Lebensmitteleinzelhändler<sup>11</sup> wegen vertikaler Preisbindungen, bei dem insgesamt jeweils Bußgelder im zweistelligen Millionenbereich verhängt wurden.

### 3. Level Playing Field

Es ist zwar richtig, dass die Anschluss Häuser von Verbundgruppen durch die Preisbindung innerhalb der Verbundgruppe daran gehindert werden, ihre jeweiligen Weiterverkaufspreise unter die der anderen Verbundgruppen-Anschluss Häuser zu senken. Diese geringfügige Einschränkung des – ohnehin geringen Wettbewerbs zwischen den in der Regel lokal bis regional tätigen Anschluss Häusern ist aber unerlässlich für einen einheitlichen Marktauftritt der gesamten Verbundgruppe unter deren Marke, inklusive bundesweiter Werbekampagnen unter Nennung eines für Verbraucher unabhängig vom Vertriebskanal (d.h. online oder offline, gleich in welchem Ladengeschäft) tatsächlich verfügbaren Preises (insb. für Eigenmarken). Nur dadurch kann die aus zahlreichen KMU bestehende Verbundgruppe den Wert ihrer Marke voll realisieren und erfolgreich im Wettbewerb gegen große Hersteller und vor allem (Internet-) Händler bestehen.

Verbundgruppen agieren als geschlossene Einzelhandelsorganisationen im Wettbewerb mit Filialsystemen und sonstigen Großbetriebsformen, werden jedoch im Rahmen der EU-Wettbewerbspolitik unterschiedlich behandelt, weil die Einzelhandelsgeschäfte im Besitz unabhängiger KMU stehen und nicht zentral verwaltet werden. Aus diesem Grund ist es Verbundgruppen bislang kaum möglich, auf die rasanten strukturellen Veränderungen im Handel zu reagieren. In dem neuen Marktumfeld bedrohen die aufgezeigten wettbewerbspolitischen Beschränkungen die Fähigkeit und Flexibilität der Verbundgruppen und ihrer Anschluss Häuser, ihre Ladengeschäfte auf ein effektives und vollständig koordiniertes Omnichannelsystem auszuweiten. Infolgedessen hinken sie den großen Filialsystemen bei diesem technologischen Wettlauf hinterher.

<sup>8</sup> Vgl. Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 3. Auflage 2011, Rn. 535f.

<sup>9</sup> Vgl. Vertikal-Leitlinien, Rn. 223.

<sup>10</sup> Vgl. die Pressemitteilungen des Bundeskartellamts vom 18. Juni 2015 zur Verhängung von Bußgeldern in Höhe von insgesamt 151,6 Mio. Euro wegen vertikaler Preisbindung im Lebensmitteleinzelhandel gegen sieben Handelsunternehmen (darunter die Zentralen von Edeka und Rewe) und vier Markenhersteller.

<sup>11</sup> Vgl. Bundeskartellamt in den Verfahren wegen vertikaler Preisbindungen bei Süßwaren und Kaffee, AZ: B 10 – 040/14; B 10 – 041/14; B10-050/14.

Dabei geht es weder um eine grundsätzliche Abschaffung des Verbots der Preisbindung im Vertikalverhältnis, noch um Sonderrechte für Verbundgruppen. Vielmehr geht es um den Ausgleich eines massiven Nachteils und um fairen Wettbewerb. Verbundgruppen 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 nach § 1 GenG bzw. Satzung zu erfüllen haben. Ihre Anschlusshäuser sind in der Regel Gesellschafter und Anteilseigner und damit an den Entscheidungsprozessen unmittelbar beteiligt. Darüber hinaus nehmen Verbundgruppen und ihre Anschlusshäuser verschiedene wichtige gesellschaftspolitische Aufgaben wahr, so etwa 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. Kurzum: nur das Vertikalverhältnis in Genossenschaften verdient eine ausgleichende Anpassung der Wettbewerbsregeln.

Nach allem dem gilt: Verbundgruppen brauchen gleiche und damit faire Wettbewerbsbedingungen, um zu vermeiden, dass die Verbraucher unter einem schlechteren Zugang, einer verminderten Auswahl sowie schlechteren Qualität von Waren und Dienstleistung leiden. Nur wenn es Verbundgruppen ermöglicht wird, gemeinsame, einheitliche Preise insbesondere für Online-Verkäufe festzulegen, würde dies zu einer Verbesserung der Markenkonsistenz beitragen und den Verbrauchern die Sicherheit geben, den bestmöglichen Preis zu erhalten. In ähnlicher Weise würde es den Verbundgruppen ermöglichen, Informationen über den Verkauf zu teilen und Produktsortimente vorzuschlagen, um die Effizienz der Logistik, der Lagerauffüllung und der Liefervorgänge zu verbessern und die lokale Produktverfügbarkeit zum Nutzen der Verbraucher sicherzustellen.

### **III. No data – no retail**

Die Digitalisierung führt auch zu einer Weiterentwicklung der Aufgaben- bzw. Tätigkeitsfelder von Verbundgruppen. Heute sind Verbundgruppen nicht mehr nur Einkaufs- und Marketingkooperationen, sondern Infrastrukturgeber, Anbieter und Vermittler von digitalen Services, Qualifizierer, Innovator/Entwickler und Daten-Netzwerkbetreiber. Sie kommen damit der Notwendigkeit nach, Anforderungen des Marktes auch und gerade im Bereich der Digitalisierung zu bündeln und im Rahmen einer Dienstleistung ihren mittelständischen Anschlusshäuser anzubieten, weil diese häufig allein personell und finanziell nicht dazu in der Lage sind.

Dies gilt auch für die Nutzung von Big Data und Algorithmen im Bereich der Kundenansprache und des Marketings grundsätzlich, bei Produktinformation sowie der flexiblen Gestaltung von Preisen. Auch wenn die dynamische und individualisierte Preisgestaltung keinesfalls Neuland ist – Unternehmen differenzieren ihre Produktpreise schon immer abhängig von Veränderungen im Markt räumlich, zeitlich oder individuell – bestehen durch den Einsatz von Big Data gerade im E-Commerce-Sektor neue Möglichkeiten. So können Online-Händler heute ihre Produktpreise besonders einfach und flexibel an das Bestellverhalten der Kunden oder das Preisverhalten der Wettbewerber anpassen.

Allein: Nicht hinter jedem Digitalisierungsprozess steckt eine Gefahr für den Verbraucherschutz. Im Gegenteil: Mit Blick auf den Mehrwert und Nutzenfaktor bei der Bereitstellung von Daten eröffnen sich völlig neue Chancen für den Kunden. Dieser erwartet in vielen Fällen ein passgenaues Angebot, welches seinen Präferenzen gerecht wird. Der Einsatz neuer Prozesse wird damit zum notwendigen Kriterium im Wettbewerb mit anderen Unternehmen. Auch hierbei bedarf es aber eines rechtlichen Rahmens, der für alle Marktteilnehmer gleichermaßen gilt. Die genossenschaftliche Struktur darf dabei kein Hindernis darstellen. Deshalb sind gerade im Bereich der Anwendung des Wettbewerbs- und Kartellrechts Sachlichkeit und Augenmaß angeraten. Daher besteht keine Notwendigkeit, die Preissetzungsfreiheit des Handels im Interesse eines überbordenden Verbraucherschutzes gesetzlich noch weiter einzuschränken. Die verfassungsrechtlich geschützte Preisgestaltungsfreiheit bildet einen Grundpfeiler der Wirtschaftsordnung und wird bereits durch die heute geltende Rechtsordnung in ausreichendem Maße reglementiert.

Auch die dynamische Preisgestaltung, bei der Preise in kurzer Zeit nach Zielgruppen und äußeren Umständen differenziert werden, lässt sich für den Mittelstand nicht durch einzelne Unternehmen realisieren, sondern muss zwingend kooperativ innerhalb der Genossenschaft möglich sein. Auch hierfür muss ein modernes Wettbewerbsrecht Spielräume bieten. Neue Technologien, die eine schnellere Reaktion auf Veränderungen der Nachfrage ermöglichen, müssen auch von mittelständischen Unternehmen in Genossenschaften genutzt werden können.

#### **IV. Informationsaustausch in Verbundgruppen**

Ein wesentlicher Zweck von Verbundgruppen lag und liegt darin, besonders attraktive Einkaufskonditionen für die in der Verbundgruppe organisierten kleinen und mittleren Unternehmen zu verhandeln, um dadurch die Wettbewerbsfähigkeit der Anschluss Häuser zu begründen und zu erhalten. Aus diesem Grund werden Genossenschaften und andere Verbundgruppen von kleinen und mittleren Unternehmen von der Politik und Gesetzgebung regelmäßig als wettbewerbsfördernd angesehen und für die Situation des gemeinsamen Einkaufs vom Kartellverbot freigestellt.

Wesentliches Kriterium für die kartellrechtliche Beurteilung ist dabei nach den Horizontal-Leitlinien der EU-Kommission<sup>12</sup> die durch die Nachfragebündelung entstehende Marktmacht auf den Einkaufs- und - soweit die Beteiligten auch als konkurrierende Anbieter auftreten - Absatzmärkten. Es gibt dabei keine absolute Schwelle, bei deren Überschreiten davon ausgegangen werden muss, dass eine Verbundgruppe/Einkaufskooperation „Marktmacht“ begründet. In den meisten Fällen ist es jedoch unwahrscheinlich, dass „Marktmacht“ besteht, wenn die Genossenschaft (und deren Mitglieder) sowohl auf den Einkaufsmärkten als auch auf den Verkaufsmärkten einen gemeinsamen Marktanteil von nicht mehr als 15 % haben. Überschreitet ein Marktanteil diese Schwelle auf einem oder beiden Märkten, so heißt dies aber nicht automatisch, dass die Genossenschaft dann wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat. Hier müssen vielmehr im Einzelfall die Auswirkungen auf den Märkten geprüft werden, u.a. unter Berücksichtigung von Faktoren wie Marktkonzentration und mögliche Gegenmacht starker Anbieter.

<sup>12</sup> Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit – 2011/C 11/01, Rdn. 194 ff.

Zur Umsetzung einer gemeinsamen Einkaufsregelung und damit der praktischen Durchführung einer Einkaufsgenossenschaft oder sonstigen Einkaufsgemeinschaft gehört auch die Verhandlung von Einkaufskonditionen mit den jeweiligen Lieferantenpartnern. Hierfür ist es für die Verbundgruppe zwingend notwendig, dass sie vorher bei Ihren Anschlusshäusern Informationen über die dortigen Einkaufskonditionen einholt, um dann – gestützt auf diese Informationen der Anschlusshäuser – mit dem Lieferanten auf Augenhöhe zu verhandeln. Die hierfür notwendigen Prozesse des Informationsaustausches sind aber nach aktueller Rechtslage bzw. Auslegung durch das BKartA mit nicht unerheblichen Risiken für die Betroffenen behaftet; die Offenlegung von Preisen, auch Einkaufspreisen, wird derzeit als Beschränkung des Wettbewerbs angesehen und ist damit unzulässig.

Es ist vor diesem Hintergrund notwendig, den Informationsaustausch von Einkaufskonditionen und anderen Einkaufs-Parametern (Mengen, Zeiträume etc.) innerhalb von Einkaufsgenossenschaften und sonstigen Einkaufsgemeinschaften vollständig zu legalisieren. In Anlehnung an die Horizontal-Leitlinien der EU-Kommission<sup>13</sup> sollte der Austausch dieser Geschäftsinformationen grundsätzlich zulässig sein. Dies gilt nicht nur für den Informationsaustausch auf horizontaler Ebene innerhalb der Verbundgruppe, z.B. in Einkaufsausschüssen oder ähnlichen Gremien, wo sich die Anschlusshäuser der Verbundgruppe beraten, sondern auch für den Fall, dass ein Anschlusshaus der Verbundgruppe im Namen der Verbundgruppe die Verhandlungen mit dem Lieferantenpartner führt. Letzteres kann nur dann gelingen, wenn das Anschlusshaus die Einkaufskonditionen der anderen Anschlusshäuser kennt.

### **Austausch von sonstigen Wirtschaftskennzahlen**

Verbundgruppen bieten den in ihnen organisierten kleinen und mittleren Handels-, Handwerks- und Dienstleistungsunternehmen Informationen in verschiedenen Formen und Informationsaustausch in Telefonkonferenzen und Gremiensitzungen an. Die Anschlusshäuser erhalten dadurch Gelegenheit, neben einer gemeinsamen Bewertung anstehende Änderungen rechtlicher Rahmenbedingungen auch die Marktsituation zu erörtern, regionale Besonderheiten kennenzulernen und Informationen auszutauschen. Dies ist originäre Funktion und Aufgabe der Arbeit einer Verbundgruppe. Kartellrechtlich ist dieser Informationsaustausch aber mit einem Makel behaftet und nur dann zulässig, wenn hiermit keine Wettbewerbsverhinderung, -einschränkung oder -verfälschung bezweckt oder bewirkt wird.

Soweit es sich um branchenspezifisch öffentlich verfügbare bzw. zugängliche Marktstatistiken und Marktinformationen handelt, ist der Austausch von Informationen in der Regel unproblematisch. Bei Betriebsvergleichen, die von den Verbundgruppen selbst oder sonstigen marktkundigen Dritten für ihre Anschlusshäuser angeboten und organisiert werden, stellt das Kartellrecht indes Anforderungen, die mit dem Gedanken des (genossenschaftlichen) Förderauftrages nicht übereinstimmen.

---

<sup>13</sup> Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit – 2011/C 11/01, Rdn. 215.

Dies zeigt sich insbesondere bei einem Informationsaustausch über die in einem Betriebsvergleich aufgenommenen Wirtschaftskennzahlen zum Thema „Betriebliche Kosten“ (sog. Kostenvergleich). Hier ist es gerade Sinn und Zweck des Informationsaustausches, dass die Anschlusshäuser der Verbundgruppe sich untereinander über die einzelnen Kostenpositionen und -entwicklungen detailliert austauschen, um voneinander zu lernen. Wenn man hierbei aber die durch das Kartellrecht aufgestellten Anforderungen nach Anonymisierung, Aggregation und Aufnahme von historischen Zahlen einhält, ist ein derartiger Informationsaustausch nicht möglich bzw. sinnlos. Wie sollte man auch von einem anderen Anschlusshaus der Verbundgruppe lernen, wenn man nicht weiß, wen man z.B. bei der Frage nach der positiven Kostenentwicklung ansprechen soll?

Vor diesem Hintergrund wird eine wesentlich liberalere Auslegung der kartellrechtlichen Anforderungen an den Informationsaustausch in gewerblichen Verbundgruppen gefordert.

Dr. Marc Zgaga  
07.11.2018