

# Kartellverfahren gegen Lebensmittelhersteller

## – wo geht die Reise hin?



Foto: © Bundeskartellamt

Inzwischen kennt fast jeder die Schlagzeilen zu neuen Kartellermittlungen und Bußgeldern des Bundeskartellamts. Die Lebensmittelbranche stand in den letzten Jahren scheinbar besonders im Visier der Wettbewerbshüter. Mühlen, Zucker, Kaffeeröster, Bier, Konsumgüter, Süßwaren, Instant-Cappuccino, Kartoffeln und Wurst sind Beispiele der vergangenen Kartellermittlungen. Der Bundesverband Deutscher Milchviehhalter kam beim Bundeskartellamt glimpflich davon, indem das Kartellamt nur einen Verstoß gegen das Boykottverbot feststellte, aber keine Bußgelder verhängte.<sup>1</sup> Durchsuchungen des Bundeskartellamts

im Jahr 2010 bei Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels, des Drogeriewarenhandels, des Tierbedarfshandels sowie von Markenartikelherstellern bezogen sich auch auf den Verdacht, dass sich Markenartikelhersteller und Einzelhändler bei Endverbraucherpreisen abgestimmt hätten. Außerhalb Deutschland gab es in Europa ebenfalls zahlreiche Kartellermittlungen in der Lebensmittelbranche. Angeblich untersuchten die europäischen Kartellbehörden zwischen 2004 und 2011 insgesamt mehr als 180 Kartellfälle.<sup>2</sup>

Wir kommt es zu dieser Häufung von Kartellermittlungen im Lebensmittelsektor, und wie geht es weiter?

<sup>1</sup> Pressemitteilung vom 13.11.2008, verfügbar unter [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2008/13\\_11\\_2008\\_Milchboykott.html](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2008/13_11_2008_Milchboykott.html)

<sup>2</sup> Vgl. [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2012/25\\_05\\_2012\\_Kommission\\_Lebensmittelsektor.html](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2012/25_05_2012_Kommission_Lebensmittelsektor.html).

## Auslöser und Gründe für die Kartellermittlungen

Auslöser von Kartellermittlungen sind sehr häufig Kronzeugenanträge von Unternehmen oder Personen, die selbst an dem Kartell beteiligt waren. Die sogenannte Bonusregelung des Bundeskartellamts sichert demjenigen, der als erster ein Kartell meldet (sog. Kronzeuge) und genug Informationen und Beweismittel liefert, um dem Bundeskartellamt einen Durchsuchungsbeschluss zu ermöglichen, unter bestimmten Voraussetzungen Bußgeldfreiheit zu. Nachfolgende Bonusantragsteller können noch einen Bußgeldnachlass von bis zu 50% erhalten, je nach dem, in welcher Reihenfolge sie ihre Kooperation mit dem Kartellamt begonnen haben und was sie für einen Beitrag zur Sachverhaltsermittlung leisten. Die Verfahren Zucker, Kaffee, Konsumgüter, Süßwaren, Instant-Cappuccino und Bier beispielsweise wurden jeweils durch Kronzeugenanträge ins Rollen gebracht. Es handelte sich jedoch nicht in allen Fällen um klassische Kartelle, in denen die Unternehmen konspirativ hinter verschlossenen Türen üble Strategien zulasten ihren Kunden planten. Vielfach ging es nur um einen informellen Informationsaustausch. Und in manchen Fällen bestreiten die betroffenen Unternehmen und Personen eine Beteiligung. Einige Unternehmen haben gegen die Bußgeldbescheide Einspruch eingelegt und wenden sich gegen den Tatvorwurf und die Bußgeldhöhe.

Außenstehende werden sich gleichwohl fragen, ob die Lebensmittelbranche besonders anfällig für Kartelle ist. Die Lebensmittelbranche zeichnet dadurch aus, dass die Abnehmerseite stark ist und erheblichen Preisdruck auf die Lieferanten ausübt.<sup>3</sup> Der Preisdruck beginnt bei sehr preissensiblen Verbrauchern, die dort einkaufen, wo es am billigsten ist. Der Einzelhandel wiederum besteht aus wenigen nachfragestarken Unternehmen, die ihren Zulieferern oft keinen großen Spielraum bei Preisverhandlungen lassen. Die Endkundenpreise müssen runter, also müssen die Preise der Lieferanten sinken, denn anderenfalls sinkt die Marge. Die Lebensmittelhersteller wiederum sind teils unkontrollierbaren Preisentwicklungen auf den Rohstoffmärkten ausgeliefert. Die These, dass die Lebensmittelpreise für Endverbraucher in Deutschland im europäischen Vergleich besonders niedrig sind, ist

<sup>3</sup> Siehe Pressemitteilung des Bundeskartellamts zur Sektoruntersuchung „Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel“ vom 24.9.2014, erhältlich auf der Internetseite des Bundeskartellamts [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de); in der Pressemitteilung findet sich auch ein Link zum vollständigen Bericht.

nach der Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts „Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel“ jedoch in dieser Deutlichkeit nicht zutreffend.<sup>4</sup>

## Warum so hohe Bußgelder?

Die Pressemeldungen des Bundeskartellamts nennen teilweise erschreckend hohe Bußgeldsummen. In den Pressemeldungen werden nur die insgesamt gegen alle beteiligten Unternehmen verhängten Bußgelder in einem bestimmten Fall genannt. Wie sie sich auf die betroffenen Unternehmen verteilen, geht daraus in der Regel nicht hervor, ebenso wenig wie die Gründe für die individuelle Bußgeldzumessung. Tatsächlich geht die Spanne der Bußgelder zwischen den betroffenen Unternehmen oft weit auseinander. Besonders hohe Bußgelder gegen ein Kartell oder auch gegen einzelne Unternehmen sind keineswegs ein Hinweis darauf, dass der Verstoß oder die Beteiligung besonders schwerwiegend war, da die Unternehmensgröße nach der Praxis des Bundeskartellamts bei der Bußgeldzumessung mittlerweile eine gewichtige Rolle spielt.

Der gesetzliche Rahmen für Bußgelder gegen Unternehmen beträgt 10% des weltweiten Umsatzes der wirtschaftlichen Einheit, zu der das beteiligte Unternehmen gehört. Innerhalb dieses Rahmens wird das Bußgeld festgesetzt. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat im Urteil Grauzement vom 26.2.2013 entschieden, dass die Regelung des § 81 Abs. 4 S. 2 GWB, wonach die Geldbuße 10% vom Gesamtumsatz eines Unternehmens nicht übersteigen darf, in verfassungskonformer Auslegung als Bußgeldobergrenze auszulegen ist.<sup>5</sup> Im Fall Silostellgebühren hat der BGH erneut bestätigt, dass hinsichtlich der 10%-igen Bußgeldobergrenze auf die „wirtschaftliche Einheit“ und nicht nur auf den handelnden Rechtsträger abzustellen ist.<sup>6</sup> Für die Bestimmung der Bußgeldobergrenze ist somit nicht nur der Umsatz des unmittelbar an dem Kartellverstoß beteiligten Unternehmens heranzuziehen, „sondern die Umsätze aller verbundenen Unternehmen, die in einem Konzernverbund (§ 18 AktG) unter einheitlicher Leitung stehen“.<sup>7</sup> Insoweit sind jedoch noch zahlreiche Einzelfragen hinsichtlich der Grenzen der Umsatzzu-

<sup>4</sup> Vgl. Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts „Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel“, S. 49 ff., verfügbar auf der Internetseite des Bundeskartellamts [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 26.2.2013, KRB 20/12 – Grauzementkartell, WuW/E DE-R 3861 = NJW 2013, 1972.

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 6.10.2014, KRB 46/13 – Silostellgebühren III, WuW/E DE-R 4317, 4318.

<sup>7</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 26.2.2013, KRB 20/12 – Grauzementkartell, WuW/E DE-R 3861 = NJW 2013, 1972, Rz. 69.



rechnung offen. Im Fall Grauzement wurde die Umsatzzurechnung hinsichtlich 100%iger Beteiligungen bejaht sowie im Falle einer 89%igen Beteiligung mit Gewinnabführungsvertrag und einheitlicher Führung der betroffenen Gesellschaften durch die Mitglieder der Geschäftsleitung unter regionaler Aufteilung der Zuständigkeiten.<sup>8</sup> Ansonsten wurde die Grenzziehung für die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit offen gelassen.

In der früheren Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts wurde die Regelung des § 81 Abs. 4 S. 2 GWB als Kappungsgrenze aufgefasst, d.h. es wurde ein Bußgeld auf der Grundlage der tatbezogenen Umsätze und der relevanten Bußgeldzumessungsfaktoren ausgerechnet und anschließend wurde geprüft, ob dieses Bußgeld 10% des Konzernumsatzes übersteigt. War dies der Fall, wurde der Betrag nach den früheren Bußgeldleitlinien von 2006 bei 10% (bei Fahrlässigkeit bei 5%) des Konzernumsatzes gekappt.<sup>9</sup> Dies ist bis heute die Praxis der Bußgeldberechnung der Europäischen Kommission.<sup>10</sup> Die Entscheidung des BGH im Fall Grauzement hat dazu geführt, dass die Unternehmensgröße bereits bei der Berechnung des Bußgeldrahmens zu berücksichtigen ist und dessen Obergrenze nur in Ausnahmefällen erreichen darf.

Das Bundeskartellamt hat versucht, die Vorgaben des BGH in neuen Leitlinien über die Bußgeldzumessung vom 25.6.2013 umzusetzen. Die Konsequenz dieser Leitlinien war zunächst, dass großen Unternehmen vielfach deutlich höhere Bußgelder auferlegt wurden als nach der bisherigen Praxis, während kleinere Unternehmen mit geringeren Bußgeldern davonkamen. Die Bußgeldberechnung wird in vielen Verfahren gerichtlich geprüft werden. Das für die Einsprüche zuständige OLG Düsseldorf setzt die Bußgelder nach eigenen Maßstäben innerhalb der gesetzlichen Vorgaben neu fest. Relevant ist hier insbesondere § 17 Abs. 3 OWiG. Grundlage für die Zumessung der Geldbuße sind danach die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit und der Vorwurf, der den Täter trifft. Auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters kommen in Betracht. Leitlinien gibt es beim OLG Düsseldorf nicht. Details der Bußgeldberechnung und der Umsatzwür-

digung sind nach der BGH-Entscheidung Grauzement noch offen. Auch hat der BGH sich mit Fragen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bei Einbeziehung der wirtschaftlichen Einheit nicht befasst. Im Gegensatz zum europäischen Recht wird im deutschen Recht nur das handelnde Unternehmen bebußt, jedoch werden die Konzernumsätze in die Bußgeldberechnung einbezogen. Dies kann dazu führen, dass das Bußgeld für das Unternehmen, das Adressat der Bußgeldentscheidung ist, der Höhe nach nicht tragbar ist. Verfassungsrechtliche Bedenken können sich unter anderem dann ergeben, wenn die Konzernmutter rechtlich nicht zum Ausgleich verpflichtet ist und die bebußte Tochtergesellschaft infolge der Bußgeldhöhe insolvent wird.<sup>11</sup> Im europäischen Recht wird die Konzernmutter herangezogen, soweit ihr das Verhalten im Hinblick auf ein Beherrschungsverhältnis zurechenbar ist. In diesem Fall spielt die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des eigentlich handelnden Unternehmens keine Rolle.

Neben Unternehmen werden in vielen Kartellbußgeldverfahren auch Personen mit Bußgeldern belegt, wenn sie an einem Kartellverstoß selbst beteiligt waren oder als Organe des betroffenen Unternehmens eine Aufsichtspflicht verletzt haben. Nach dem Gesetz kann Personen für jeden Verstoß ein Bußgeld in Höhe von bis zu Euro 1 Mio. auferlegt werden. Das Bundeskartellamt verhängt in ständiger Praxis Bußgelder in Höhe von bis zu einem Bruttojahreseinkommen. Für Personen können solche Bußgelder eine sehr hohe Belastung darstellen.

### Ein Ende der Kartellermittlungen im Lebensmittelsektor?

Ob der Abschluss der bisher anhängigen Bußgeldverfahren im Lebensmittelsektor auch ein Ende weiterer Kartellermittlungen in dieser Branche zur Folge haben wird, mag bezweifelt werden. Die Ermittlungen können den einen oder anderen Kartellbeteiligten eines noch nicht untersuchten Kartells vielmehr dazu veranlassen, sich mit einem Bonusantrag beim Bundeskartellamt selbst anzuzeigen, um einer Buße zu entkommen. Die Vor- und Nachteile eines solchen Schrittes sollten jedoch sehr gut abgewogen werden, denn eine Kartellstrafe zieht in vielen Fällen Forderungen von Kunden nach Schadensersatz nach sich.

Die Abbildung der Bußgeldentscheidungen in der Pres-

<sup>8</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 26.2.2013, KRB 20/12 – Grauzementkartell, WuW/E DE-R 3861 = NJW 2013, 1972, Rz. 71.

<sup>9</sup> Bekanntmachung des Bundeskartellamts Nr. 38/2006 vom 15. 9. 2006 über die Festsetzung von Geldbußen nach § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen (Bußgeldleitlinien) – Rz. 18 – (BAnz. 2006 S. 6499 = NJW 2006, 3544).

<sup>10</sup> Vgl. Sura, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. II, Europäisches Kartellrecht, 12. Auflage 2014, Art. 23 VO 1/2003, Rz. 35 m.w.N.

<sup>11</sup> Vgl. auch Meyer-Lindemann, Entscheidungsanmerkung zum BGH-Urteil vom 26.2.2013 (Grauzement), NJW 2013, 1972, 1076.

se weckt bislang nicht betroffene Unternehmen auf und veranlasst sie zu verstärkten Compliance-Bemühungen. Interne Compliance schützt jedoch nicht vor Strafe<sup>12</sup> und wird auch bei der Bußgeldzumessung grundsätzlich nicht berücksichtigt.<sup>13</sup> Compliance-Programme können nur unter sehr engen Voraussetzungen die Haftung des Unternehmens aufgrund einer Aufsichtspflichtverletzung für Verstöße von Mitarbeitern vermeiden, wenn gleichzeitig eine maschenlose Kontrolle bestand.<sup>14</sup> Unternehmen sollten angesichts der immensen Risiken des Kartellrechts jedoch im eigenen Interesse konsequent Schulungen betreiben und die Tätigkeit ihrer Mitarbeiter überwachen, um Verstöße vorzubeugen.<sup>15</sup> „Whistleblowern“ sollten Anreize gegeben werden, Verstöße aufzudecken, damit das Unternehmen angemessen reagieren und sich selbst vor weiterem Schaden schützen kann.

Was die Risiken weiterer Kartellermittlungen betrifft, sollte bedacht werden, dass sich kein Unternehmen auf die Solidarität von Wettbewerbern verlassen kann, mit denen kartellrechtlich relevante Gespräche oder Absprachen stattgefunden haben – selbst wenn zu den betroffenen Personen ein enges freundschaftliches Verhältnis besteht. Die Solidarität kann innerhalb kürzester Zeit enden, etwa aufgrund von Meinungsunterschieden der Kartellbeteiligten, einer Änderung der Unternehmensstrategie eines der Unternehmen, aufgrund von Compliance-Schulungen (durch welche die Unternehmensleitung auf Missstände aufmerksam wird), aufgrund von Übernahmen, durch Auseinandersetzungen und Personalwechsel innerhalb eines beteiligten Unternehmens, durch die Kündigung eines in ein Kartell involvierten Mitarbeiters (der anschließend aus Ärger seinen ehemaligen Arbeitgeber anzeigt) oder durch den Verdacht, dass ein anderes Unternehmen einem mit einem Bonusantrag zuvorkommen könnte. Das Unternehmen, das zuerst zum Kartellamt geht, hat in diesem Fall normalerweise den geringsten Schaden, denn es kann zumindest bußgeldfrei ausgehen. Diese Mechanik ist Grund für die Bonusregelung des Bundeskartellamts. Es wird immer Unternehmen geben, die „umkippen“ und das Kartell anzeigen. Auch Kunden und Verbraucher können übrigens Ermittlungen ins Rollen bringen, wenn sie sich über bestimmte Unstimmigkeiten im Markt beim Kartellamt

beschweren. Man sollte zudem bedenken, dass Hinweise auf Kartelle beim Bundeskartellamt anonym unterbreitet werden können.<sup>16</sup> Ein anonymes Hinweis kann für eine Durchsuchung ausreichen.

### Vertikale Preisbindung

Ein anderes Thema, welches das Bundeskartellamt beschäftigt hat und noch immer beschäftigt, betrifft die vertikale Preisbindung im Lebensmitteleinzelhandel. Im Januar 2010 wurden Einzelhandelsunternehmen und Hersteller von Markenartikeln wegen des Verdachts vertikal abgestimmter Endverbraucherpreise und der Festlegung von Untergrenzen für Endverbraucherpreise durchsucht.<sup>17</sup>

Die Festlegung von Endverbraucherpreisen in Vereinbarungen zwischen einem Lieferanten und einem Abnehmer fällt unter das Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen (§ 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV). Die Gruppenfreistellungsverordnung der Europäischen Kommission für vertikale Vereinbarungen ist auf Vereinbarungen über die Lieferung von Waren oder Dienstleistungen im Vertikalverhältnis zwischen Lieferanten und Abnehmern anwendbar, soweit keiner von beiden einen Marktanteil von 30% in Bezug auf die betroffenen Waren oder Dienstleistungen überschreitet. Sie greift jedoch grundsätzlich nicht ein, wenn die Vereinbarung die Festlegung von Endverbraucherpreisen umfasst. Es handelt sich um eine sogenannte Kernbeschränkung. Anwendbar ist die Gruppenfreistellung insofern nur, wenn lediglich unverbindliche Preisempfehlungen ausgesprochen werden oder Höchstpreise festgelegt 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. Vereinbarungen, die nicht unter eine Gruppenfreistellung fallen, können allenfalls individuell freigestellt sein, wenn sie die Voraussetzungen für eine Freistellung nach § 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen, d.h. sie müssen (1) Effizienzen mit sich bringen, (2) Verbrauchern zugutekommen, dürfen (3) nur Beschränkungen umfassen, die für die Effizienzen erforderlich sind und dürfen (4) keine Ausschaltung von Wettbewerb zur Folge haben. Generell gilt jedoch: Wenn eine Vereinbarung als Kernbeschränkung im

12 Vgl. dazu Pampel, BB 2007, 1636; Bosch/Colbus/Harbusch, WuW 2009, 740.

13 Vgl. Bosch/Colbus/Harbusch, WuW 2009, 740.

14 Vgl. Bosch/Colbus/Harbusch, WuW 2009, 740, 748.

15 Vgl. dazu Pampel, BB 2007, 1636.

16 Dafür gibt es auf der Internetseite des Bundeskartellamts ([www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de)) ein Online-Formular.

17 Siehe dazu <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/wettbewerb-razzia-im-deutschen-einzelhandel-1610775.html>.

Sinne einer Gruppenfreistellungsverordnung gilt, ist sie auch individuell grundsätzlich nicht freistellbar<sup>18</sup>. Der Fall muss also ungewöhnlich gelagert sein, um eine Freistellung zu rechtfertigen.

Das Bundeskartellamt hat am 13.4.2010 an Unternehmen, die bei der Untersuchung vertikaler Preisbindungen im Lebensmitteleinzelhandel kooperiert haben, eine Einschätzung zur Zulässigkeit bestimmter Praktiken bei Preisen versandt.<sup>19</sup> Diese Hinweise beziehen sich zwar nur auf den Lebensmitteleinzelhandel, können jedoch allgemein als Leitlinien und Richtschnur für vertikale Preisbindungen dienen. In dem Schreiben hat das Bundeskartellamt unter anderem klargestellt, dass die Versendung bloßer unverbindlicher Preisempfehlungen an den Handel als solche zwar keine Kernbeschränkung begründet, es aber zusätzliche Faktoren geben kann, die dazu führen, dass eine über eine unverbindliche Preisempfehlung hinausgehende Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise vorliegt. Problematisch sind alle Verhaltensweisen, die auf eine Einhaltung der Preisempfehlung hinwirken wie die nochmalige Kontaktaufnahme hierzu, Druck- oder Belohnungsmechanismen für die Einhaltung des empfohlenen Preises oder sogar der Aufdruck der Preisempfehlung auf der Verpackung. Bedenklich sind auch alle Verhaltensweisen, die dazu führen, dass über den Lieferanten die Preise von Handelsunternehmen untereinander abgestimmt werden.<sup>20</sup> In diesem Fall handelt es sich um eine horizontale Abstimmung unter Wettbewerbern. Der Lieferant fungiert hier nur als Bote.

Das Vorgehen des Kartellamts gegen die Bindung von Wiederverkaufspreisen ist nicht auf den Lebensmitteleinzelhandel beschränkt. Das Bundeskartellamt ist auch in anderen Fällen immer wieder streng gegen vertikale Preisbindungen vorgegangen und hat Bußgelder gegen das preisbindende Unternehmen verhängt. Beispiele umfassen die Fälle Microsoft<sup>21</sup>, Ciba Vision<sup>22</sup>, Phonak<sup>23</sup>, Garmin<sup>24</sup> TTS<sup>25</sup> und nun auch den Matrat-

zenfall<sup>26</sup>. Gegen das Verbot der Bindung von Weiterverkaufspreisen verstößt nicht nur der Lieferant, sondern auch der Händler. In den zuvor genannten Fällen war das Bundeskartellamt jedoch nur gegen die Lieferanten vorgegangen. Eine verbotene Preisbindung lag auch bei den sogenannten Preisparitätsklauseln von Amazon für Amazon-Händler vor<sup>27</sup> sowie bei den Best-Price-Klauseln der Hotelplattform HRS,<sup>28</sup> wobei diese Klauseln zugleich das Ziel hatten, Amazon bzw. HRS zu begünstigen.

Den Preisbindungsverfahren ähnlich sind Verfahren des Bundeskartellamts gegen Plattformverbote bei Markenwaren (also beispielsweise das Verbot, auf Amazon oder Ebay zu vertreiben).<sup>29</sup> Solche Verbote schränken Händler ebenso wie Absprachen zu Wiederverkaufspreisen in ihrem Verhalten gegenüber ihren Kunden ein. Mit Plattformverboten wollen die Verwender solcher Klauseln den Markenschutz sichern (Markenware soll nicht „verramscht werden“) und Trittbrettfahrer fernhalten, die kein stationäres oder Online-Geschäft unterhalten, aber von der Beratung durch solche Händler profitieren. Der Endkunde lässt sich von einem Händler beraten und kauft dann die Ware billig über eine Internetplattform. Plattformverbote greifen jedoch in die Freiheit von Händlern ein, beschränken die Auswahl für den Endkunden und mindern den Preiswettbewerb. Daher ist das Bundeskartellamt hiergegen trotz der nachvollziehbaren Motive für solche Beschränkungen vorgegangen. Die Position des Bundeskartellamts zur vertikalen Preisbindung des Einzelhandels und zu Plattformverboten ist nicht unumstritten. Preise sind – ebenso wie Vertriebswege – ein Qualitätssignal und Teil des Markenimages.<sup>30</sup> Viele Hersteller möchten zudem Händler schützen, die in die Kundenberatung investieren. Das Bundeskartellamt hält jedoch die Preissetzungsfreiheit und den Preiswettbewerb auf Händlerebene für bedeutsamer als das Markenimage, welches das Bundeskartellamt durch die Erhaltung der Preissetzungsfreiheit nicht gefährdet sieht. Bei Plattformverboten

18 Vgl. Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, Rz. 46, ABI. 2004 Nr. C 101, S. 97.

19 Im Internet abrufbar unter [http://www.fiw-online.de/files/bkarta\\_vorsschreiben\\_13042010\\_final\\_anonym.pdf](http://www.fiw-online.de/files/bkarta_vorsschreiben_13042010_final_anonym.pdf).

20 Vgl. zur Verhaltensabstimmung über Dritte auch Stöcker, WuW 2012, 935.

21 Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 8.4.2009.

22 Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 25.9.2009.

23 Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 15.10.2009.

24 Fallbericht des Bundeskartellamts vom 28.6.2010 (Entscheidung vom 18.6.2010); Garmin hatte die Preispraktiken selbst beim Bundeskartellamt angezeigt; siehe zu den zuvor genannten Verfahren auch Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 2009/2010, S. 43.

25 Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 20.8.2012.

26 Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 22.8.2014.

27 Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 26.11.2013 und Fallbericht vom 10.12.2013.

28 Entscheidung vom 20.12.2013, auf der Internetseite des Bundeskartellamts im Volltext verfügbar.

29 Vgl. dazu Hintergrundpapier des Bundeskartellamts „Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie“ für den Arbeitskreis Kartellrecht vom 10.01.2013; Lohse, WuW 2014, 120; sowie die Pressemitteilungen des Bundeskartellamts im Fall Adidas vom 2.7.2014 sowie Fallbericht vom 19.8.2014; im Fall Asics vom 28.4.2014; Fallbericht vom 15.10.2013 im Fall Sennheiser; Pressemitteilung vom 28.11.2013 im Fall Gardena.

30 Vgl. dazu das Hintergrundpapier des Bundeskartellamts „Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie“ für den Arbeitskreis Kartellrecht vom 10.01.2013; Inderst, WuW 2014, 256.

wiederum sind nach Auffassung des Bundeskartellamts andere Maßnahmen zum Schutz der Marke ausreichend wie beispielsweise Anforderungen an Händler in einem selektiven Vertriebssystem oder Anreize für Händler, angemessene Beratungsleistungen zu erbringen.<sup>31</sup> In manchen Bereichen wird sich für Hersteller starker Markenprodukte (z.B. Modeartikel), die ohnehin ein eigenes Vertriebsnetz betreiben, die Frage stellen, ob überhaupt Dritte für den Vertrieb eingesetzt werden oder ob das Unternehmen vollständig auf Eigenvertrieb umstellen soll. Dies ist ihm grundsätzlich gestattet. Insofern kann die Auffassung des Kartellamts auch kontraproduktiv sein und Wettbewerb mindern. Es bleibt zu beobachten, wie sich die Auffassung des Bundeskartellamts auf den Vertrieb von Markenwaren und das Verhalten von Herstellern, Händlern und Endkunden auswirken wird. Sollten die Prophezeiungen der betroffenen Unternehmen zutreffen und die strenge Anwendung des Kartellrechts negative Auswirkungen haben (etwa durch die Verschlechterung des Markenimages, die Verteuerung der Markenpflege oder das Verschwinden von Fachhändlern), muss neu diskutiert werden.

Verstöße gegen das Verbot der vertikalen Preisbindung sind nicht von der Bonusbekanntmachung des Bundeskartellamts für Kartelle gedeckt.<sup>32</sup> In den Untersuchungen des Lebensmitteleinzelhandels hat das Bundeskartellamt den kooperierenden Unternehmen jedoch auf informeller Grundlage einen Bußgeldnachlass versprochen. Würde die Bonusbekanntmachung auch auf vertikale Sachverhalte angewandt, könnte dies für die betroffenen Unternehmen zu größerer Rechtssicherheit führen. Mangels der verbindlichen Zusicherung eines Bußgeldnachlasses oder gar eines Bußgelderlasses für Selbstanzeigen gibt es bei vertikalen Sachverhalten keinen vergleichbaren Anreiz zur Kooperation wie bei Kartellen. Die Hemmschwelle zur Selbstanzeige ist in solchen Fällen im Gegenteil in der Regel sogar größer als bei horizontalen Fällen, weil eine Selbstanzeige auch das Verhältnis zwischen dem Lieferanten und dem Kunden beeinträchtigt. In der Lebensmittelbranche kam es teilweise nur deshalb

zu Selbstanzeigen, weil die betroffenen Unternehmen damit rechnen mussten, dass dem Bundeskartellamt bereits aufgrund der Durchsuchung Anfang 2010 belastendes Material vorlag. Verfahren, die vertikale Beschränkungen betreffen, werden vielmehr oft dadurch in Gang gebracht, dass sich Kunden beim Bundeskartellamt über restriktive Vorgaben ihrer Lieferanten beschwerten.

### Zur Person



**Dr. Bettina Bergmann** ist Gründerin und Inhaberin der Kanzlei Bergmann Law, einer unabhängigen, auf die Bereiche des deutschen und europäischen Kartellrechts sowie des Beihilfen- und weiteren EU-Rechts spezialisierten Kanzlei. Bevor sie 2007 ihre eigene Anwaltskanzlei gründete, war Frau Dr. Bergmann für zehn Jahre als Rechtsanwältin in

namhaften internationalen Großkanzleien in Düsseldorf, Brüssel und Bonn tätig.

Frau Dr. Bergmann berät zahlreiche Unternehmen und Unternehmensvertreter unter anderem bei Kartelluntersuchungen, in der Fusionskontrolle, bei Compliance, Missbrauch von Marktmacht, im Beihilfenrecht und sonstigen Europarecht (z.B. Dienstleistungsfreiheit) sowie in kartellrechtlichen Gerichtsverfahren. Einer der Branchenschwerpunkte der Tätigkeit von Frau Dr. Bergmann liegt in der Beratung und Vertretung von Herstellern von Lebensmitteln und Konsumgütern.

### Fazit

1. In der Lebensmittelbranche gab es etliche Kartelluntersuchungen, die in teilweise hohen Bußgeldern geendet sind.
2. Die Höhe der Bußgelder hängt teilweise mit der Unternehmensgröße zusammen, die nach der Rechtsprechung des BGH in Sachen Grauzement stärkeres Gewicht erhält als bislang.
3. Ein Ende der Ermittlungen ist nicht abzusehen. Die Bonusregelung des Kartellamts und verstärkte Compliance-Bemühungen von Unternehmen ermutigen immer wieder zu Selbstanzeigen.
4. Auch die vertikale Preisbindung, also die Einflussnahme des Herstellers auf die Weiterverkaufspreise des Einzelhandels, ist vielfach unter kartellrechtlichen Aspekten problematisch.

<sup>31</sup> Vgl. des Bundeskartellamts Fallbericht im Fall ADIDAS vom 19.8.2014 (Entscheidung vom 27.6.2014), verfügbar auf der Internetseite des Bundeskartellamts [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de); Der EuGH hatte 2011 im Fall Pierre Fabre bereits festgestellt, dass das Ziel, den Prestigecharakter eines Produkts zu schützen, eine Beschränkung des Wettbewerbs unter Art. 101 I AEUV nicht rechtfertigen kann, vgl. EuGH, Urt. v. 13. 10. 2011 – C-439/09, Slg. 2011, I-9447 = EuZW 2012, 28 = WuW/EU-R 2163, Rz. 46.

<sup>32</sup> In manchen Ländern gehen die Leniency-Programme weiter als in Deutschland. In Großbritannien werden beispielsweise auch vertikale Preisbindungen erfasst. Siehe dazu die Übersicht des ECN Model Leniency Program, Report on the Assessment on State of Convergence (2006), im Internet verfügbar unter [http://ec.europa.eu/competition/ecn/model\\_leniency\\_programme.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_programme.pdf).